

Eingereicht am 25. Juli 2012

Strafbarkeit des Arztes in der medizinischen Heilbehandlung

Masterarbeit

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Bern
Betreut durch Ass. -Prof. Dr. Martino Mona

Nermin Zulic
Untersteckholzstrasse 10
4900 Langenthal
Tel.: +41 76 501 65 54
E-Mail: nermin_zulic@students.unibe.ch
Matrikelnummer: 06-126-411

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	IV
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VII
A. EINLEITUNG	1
1. PROBLEMSTELLUNG	1
2. ZIELSETZUNG.....	2
3. METHODIK.....	2
4. ZAHLENMÄSSIGE ERFASSUNG DER BEHANDLUNGSFEHLER	3
4.1 ZWISCHENFAZIT	4
5. BEGRIFFLICHES.....	4
5.1 HEILBEHANDLUNG UND HEILEINGRIFF.....	4
5.2 DEFINITION HEILBEHANDLUNG	5
5.3 MEDIZINISCH INDIZIERT	6
5.4 KUNSTGERECHTE DURCHFÜHRUNG.....	7
5.5 HEILWILLE ALS SUBJEKTIVES ERFORDERNIS	7
B. DER HEILEINGRIFF ALS TATBESTANDMÄSSIGE HANDLUNG DES STGB.....	8
1. ÜBERBLICK.....	8
2. DER MEDIZINISCHE HEILEINGRIFF ALS DELIKT GEGEN DIE KÖRPERLICHE UNVERSEHRTHEIT.....	8
3. ANDERE TB DES STGB	10
4. AUSSCHLUSS DER RECHTSWIDRIGKEIT VS. TATBESTANDSVARIANTE	12
4.1 ALLGEMEINES	12
4.2 RECHTFERTIGUNGSLÖSUNG.....	12
4.3 TATBESTANDSLÖSUNG	13
4.4 ZWISCHENFAZIT	14
C. RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE	15
1. EINWILLIGUNG	15
1.1 EINWILLIGUNGSGEGENSTAND	15
1.2 DISPOSITIONSBEFUGNIS.....	16
1.3 EINWILLIGUNGSBERECHTIGUNG	17
1.4 EINWILLIGUNGSFÄHIGKEIT.....	17
1.5 GESETZLICHE VERTRETUNG	18
1.6 KEINE WILLENSMÄNGEL	20
1.7 AUFKLÄRUNGSPFLICHT DES ARZTES	21
1.7.1 <i>Allgemeines</i>	21
1.7.2 <i>Gegenstand der Aufklärung</i>	22
a) <i>Sicherungsaufklärung</i>	22
b) <i>Eingriffsaufklärung</i>	22
aa) <i>Diagnoseaufklärung</i>	22
bb) <i>Aufklärung über die Behandlung</i>	23
cc) <i>Behandlungsalternativen</i>	23
dd) <i>Risikoaufklärung</i>	24
1.7.3 <i>Aufklärungsumfang</i>	24
1.7.4 <i>Aufklärungspflichtiger</i>	25
1.7.5 <i>Aufklärungszeitpunkt</i>	26
1.7.6 <i>Form der Aufklärung</i>	26
1.7.7 <i>Ausnahmen von der Aufklärungspflicht</i>	27
a) <i>Therapeutisches Privileg</i>	27

b) Patientenwissen	28
c) Aufklärungsverzicht	28
d) Zeitliche Dringlichkeit	29
e) Operationserweiterung	29
f) Placebo-Therapie	30
1.7.8 Folgen fehlender oder fehlerhafter Aufklärung	30
1.8 FORM DER EINWILLIGUNG	31
1.9 REICHWEITE DER EINWILLIGUNG	31
1.9.1 In personeller Hinsicht	31
1.9.2 In gegenständlicher Sicht	32
1.10 ZEITPUNKT DER EINWILLIGUNG	32
1.11 WIDERRUF DER EINWILLIGUNG	32
2. MUTMASSLICHE EINWILLIGUNG	33
3. GESCHÄFTSFÜHRUNG OHNE AUFTRAG	33
4. STELLVERTRETENDE EINWILLIGUNG	34
5. FOLGEN NICHT VORHANDENER ODER MANGELHAFTEN EINWILLIGUNG	34
6. ZWISCHENFAZIT	34
D. BEHANDLUNGSFEHLER	35
1. DEFINITION	35
E. BEISPIELE AUS DER PRAXIS	36
1. DIAGNOSEFEHLER	36
2. GESUNDHEITSBEGRIFF	37
3. AUFKLÄRUNGSFEHLER	38
4. LEX ARTIS	40
F. MÖGLICHE KONSTELLATIONEN	41
G. GESAMTFAZIT	42
SELBSTÄNDIGKEITSERKLÄRUNG	43

Literaturverzeichnis

ARZT GUNTHER, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, in: Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Arzt und Recht- Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985.

BUSMANN DANIEL, Die Strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriff, Diss. Zürich 1984.

DELNON VERA/RÜDY BERNHARD: Kommentierung des Art. 181 StGB, in: Niggli Marcel/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111- 392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.

FINK CLAUDIA, Aufklärungspflicht von Medizinalpersonen (Arzt, Zahnarzt, Apotheker), Diss. St. Gallen 2008.

JOSSEN ROCHUS, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, Bern 2009.

KUHN MORITZ, Arzt und Haftung aus Kunst- bzw. Behandlungsfehlern, in: Kuhn Moritz W./Poledna Thomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007.

Medizinische Behandlungsfehler in Deutschland, Heft 04/01, Robert Koch Institut (Hrsg), 2001, abrufbar unter: http://www.rki.de/EN/Content/Health_Reporting/GBEDownloadsT/behand.pdf?__blob=publicationFile

NOLL PETER, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955.

RABIA LUCIA/ROTHHARDT VALÉRIE, Jahresbericht der FMH-Gutachterstelle 2011, Schweizerische Ärztezeitung, abrufbar unter: <http://www.fmh.ch/service/gutachterstelle/jahresberichte.html>

ROTH ANDREAS A./BERKEMEIER ANNE: Kommentierung der Art. 122 f. StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111- 392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.

SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., München 2006.

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Kommentierung der Art. 111 ff., in: Niggli Marcel/Wiprächtiger Hans (Hrsg), Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111- 392 StGB, 2. Aufl., Basel 2007.

STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., Bern 2011. (*zit. Stratenwerth, Strafrecht AT I*)

STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010. (*zit. Stratenwerth/Jenny Bommer, Strafrecht BT I*)

TAG BRIGITTE, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis. Eine arztstrafrechtliche Untersuchung, Habil. Heidelberg 2000. (*zit. Tag, Körperverletzungstatbestand*)

TAG BRIGITTE, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn Moritz W./Poledna Thomas (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007. (*zit. Tag, Arztrecht*)

THOMMEN MARC, Medizinische Eingriff an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter- Eine Strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel 2004.

ULSENHEIMER KLAUS, Arztrecht in der Praxis, 3. Aufl., Heidelberg, 2003.

WEISSENBERGER PHILIPPE, Die Einwilligung des Verletzten bei Delikten gegen Leib und Leben, Diss. Basel 1996, Bern 1996.

WICKI MICHAEL, Komplementärmedizin im Rahmen des Rechts, Diss. Bern 1998.

WIEGAND WOLFGANG, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994.

WIPRÄCHTIGER HANS, Die Strafbarkeit des Arztfehlers, in: Fellmann Walter/Poledna Tomas (Hrsg.), Die Haftung des Arztes und des Spitals, Zürich 2003 (*zit. Wiprächtiger, Arztfehler*).

WIPRÄCHTIGER HANS, „Kriminalisierung“ der ärztlichen Tätigkeit? Die Strafbarkeit des Arztfehlers in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in: Donatsch Andreas/Blocher Felix/Volz Annemarie Hubschmid (Hrsg.), Strafrecht und Medizin – Tagungsband des Instruktionkurses der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft vom 26./27. Oktober 2006 in Flims, Bern 2007 (*zit. Wiprächtiger, Rechtsprechung*).

Die Internetquellen wurden zuletzt am 25. Juli 2012 geprüft.

Abkürzungsverzeichnis

a.M.	anderer Meinung
Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
best.	bestätigt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
ca.	circa
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
Erw.	Erwägung
etc.	et cetera
f./ff.	folgende/fortfolgende
FMH	Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte
Fn.	Fussnote
gl. M.	gleicher Meinung
GUMG	Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 08. Oktober 2004, SR 810.12
Habil.	Habilitation
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber

i.V.m.	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
lit.	litera (Buchstabe)
m.E.	meines Erachtens
MWSTGV	Verordnung zum Bundesgesetz über die Mehrwertsteuer vom 29. März 2000, SR 641.201
N	Randnote/-ziffer
Nr./Nrn.	Nummer(n)
OGer	Obergericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 21. März 1911, SR 220
resp.	respektive
RKI	Robert Koch Institut
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
TransG	Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 08. Oktober 2004, SR 810.21
v.	vom/von
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
Ziff.	Ziffer
zit.	Zitiert als

A. Einleitung

1. Problemstellung

Kaum ein Thema betrifft die Menschen mehr als die Gesundheitsvorsorge und die Behandlung von Krankheiten. Zurzeit herrscht in der Schweiz eine grosse politische Diskussion darüber, wie man das Gesundheitssystem optimieren könnte, um die Krankenkassenprämien in den Griff zu bekommen. Grosse Uneinigkeit herrscht aber darüber, wo man ansetzen soll. Soll dies beim Tarifsystem des Arztes¹ oder des Spitals geschehen, bei der Organisation der Versicherungen oder bei der Leistung für die Patienten? Wahrscheinlich läuft es darauf hinaus, dass alle Beteiligten kürzer treten müssen. Es wird gespart, wo dies nur möglich ist. Vor allem beim Leitungs- und Qualitätserfordernis in einem Spital ist Vorsicht geboten. Die Gesundheit eines Menschen muss immer im Vordergrund bleiben und darf aus wirtschaftlichen Gründen nicht aufs Spiel gesetzt werden. Vielmehr ist es so, dass angesichts des immensen Fortschritts in der Medizin in den letzten Jahrzehnten die Erwartungen an die Qualität einer Behandlung berechtigterweise gestiegen sind.

Fragen um die Schnittstelle Medizin/Strafrecht und insbesondere auch diejenigen um die Verletzung ärztlicher Sorgfaltspflicht bezüglich Behandlungsfehlern werden in der Literatur immer wieder diskutiert und stossen auf grosses Interesse. Weshalb wohl? Sind es die komplexen Fragen um Fahrlässigkeit, Rechtfertigung und Irrtum? Geht es Ihnen um Fragen der Rechtssicherheit oder wollen sie zur Qualitätssicherung der Medizin beitragen? Vielleicht finden sich unter den Strafrechtsexperten einfach nur besonders viele verhinderte Ärzte.

Auf jeden Fall hat dies in der Ärzteschaft verständlicherweise grosse Sorge und Beunruhigung hervorgerufen. Man spricht von einer „Kriminalisierung“ der ärztlichen Tätigkeit. Es wird befürchtet, dass dadurch eine defensive Medizin entsteht, die aus Scheu vor einer Klage zu viel untersucht und zu wenig an Eingriffen wagt.²

¹ Der Einfachheit halber wird für Personen jeweils nur die männliche Form verwendet; sie gilt für beide Geschlechter.

² Ulsenheimer, Arztstrafrecht, S. 4.

Ein Weiterer Grund für das Misstrauen der Ärzteschaft gegenüber den Juristen ist die gesteigerte Prozessbereitschaft der Patienten, die in der Schweiz festzustellen ist. Diese Entwicklung geht mit einer grundlegenden Veränderung des gesellschaftlichen Arztbildes einher. Vom früher fehlerlosen Halbgott in Weiss, hat sich der Arzt zum irdischen Dienstleister gewandelt, der nur mit Zustimmung des Patienten einen bevorstehenden Eingriff durchführen kann.³

2. Zielsetzung

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, den Patientenwillen als legitimierendes Element bei der ärztlichen Heilbehandlung zu umschreiben. Dadurch soll aufgezeigt werden, welche Voraussetzung an eine rechtswirksame Einwilligung zu stellen sind.

Es ist aufzuzeigen, was der Arzt bei der Aufklärung des Patienten über einen bevorstehenden Eingriff beachten muss und welche Anforderungen das Bundesgericht zu diesem Thema stellt.

Diese Arbeit beschränkt sich auf den strafrechtlichen Teil des Medizinrechts. Daher wird über Schadenersatzansprüche aus dem Zivilrecht nicht eingegangen und nur dort herangezogen, wo dies für das Verständnis des Gesamtkontextes notwendig ist. Anhand von Fällen soll aufgezeigt werden, welche Konstellationen die Gerichte in der Praxis beschäftigt und wie diese im Einzelfall entschieden haben.

3. Methodik

Die Arbeit umfasst 3 Teile Theorie, Beispielen aus der Praxis sowie den daraus gewonnen Erkenntnissen und Schlussfolgerungen.

Zunächst wird Anhand von Statistiken eine Übersicht über mögliche Behandlungsfehler in der Medizin und deren Anzahl in der Schweiz geschaffen. Danach werden zum besseren Verständnis einzelne Begriffe erklärt, bzw. abgegrenzt.

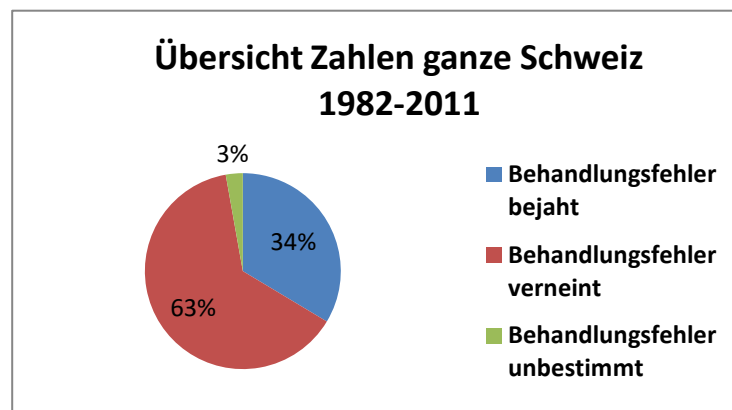
³ Jossen, med. Heileingriff, S. 1.

Im anschliessenden Teil wird definiert, welche Handlungen die Tatbestandsmässigkeit des StGB erfüllen können.

In Fällen, in denen die Tatbestandsmässigkeit erfüllt ist, gilt es zu prüfen, ob allenfalls Rechtfertigungsgründe bestehen und welche Voraussetzung an diese zu stellen sind. Anhand von Fällen kann sehr gut aufgezeigt werden, wo sich in der Praxis die grössten Probleme stellen und wie man diese lösen kann.

4. Zahlenmässige Erfassung der Behandlungsfehler⁴

In der Schweiz gibt es kaum Statistiken über gemeldete Behandlungsfehler, mit Ausnahme jener der FMH-Gutachterstelle in Bern. Diese Statistik ist, da die FMH keine allgemeine Meldestelle und zudem nur für einen

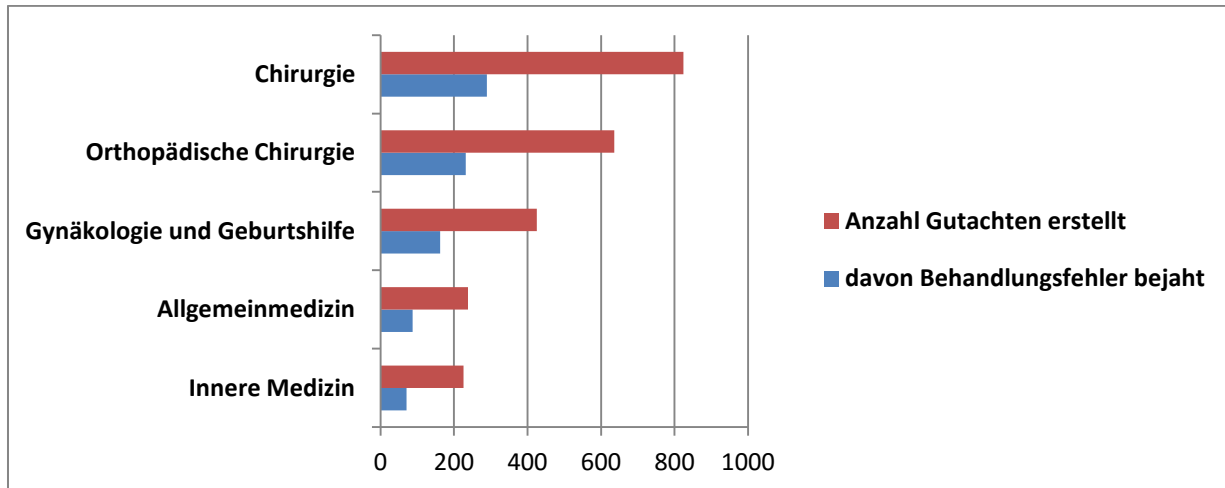


beschränkten Teil von Streitigkeiten zuständig ist⁵, kaum umfassend und angesichts der eher geringen Anzahl von Gutachten, im Vergleich zu den rund 20 bis 30 Haftpflichtfällen, mit welchen ein grosses nicht universitäres Kantonsspital jährlich konfrontiert ist, nur beschränkt repräsentativ. Zwischen 1982 und 2011 wurden 3391 Gutachten erstellt, also pro Jahr rund 117 Gutachten. Die meisten Gutachten waren in der Chirurgie [824], der orthopädischen Chirurgie [636] und der Gynäkologie und Geburtenhilfe [425] zu verzeichnen. In über 33 % der Fälle wurde ein Behandlungsfehler bejaht. Bei den im Jahre 2011 erstatteten 77 Gutachten ging es bei gut 2/3 der Fälle um die Analyse von Spitalbehandlungen, bzw. von Behandlungen, in die sowohl Privatpraxis wie auch Spitäler involviert waren. In den Gutachten des Jahres 2011 wurde in 34 der abgeschlossenen Fälle die Kausalität zwischen festgestelltem Fehler und Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit oder klar bejaht, während diese in den anderen Fällen verneint oder aber als lediglich

⁴ Basierend auf dem Jahresbericht der FMH-Gutachterstelle 2011.

⁵ Nur wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: 1. Erhebliche gesundheitsschädigende Folgen 2. Keine Einigung zwischen Patient und Haftpflichtversicherer 3. Fall noch nicht vor Gericht.

möglich erachtet wurde. In mehreren Fällen kam die Expertengruppe zum Schluss, dass zwar kein Diagnose- oder Behandlungsfehler vorlag, die Aufklärung jedoch aus medizinischer Sicht ungenügend war oder gar fehlte.



4.1 Zwischenfazit

Die hier aufgeführten Zahlen müssen mit Vorsicht interpretiert werden. Diese Statistik sagt einzig aus, wie viele Gutachten aus welchen Fachgebieten über die FMH-Gutachterstelle abgewickelt und bei wie vielen davon Fehler bejaht bzw. verneint wurden. Berücksichtigt man den Umstand, dass ein Teil unerkannt bleibt, bzw. nicht gemeldet oder verfolgt wird, lässt darauf schliessen, dass die Dunkelziffer viel höher liegt. Über diese Ziffer können nur Vermutungen angestellt werden. Das Robert Koch Institut vermutet, dass diese in Deutschland bei rund 40`000 Fällen pro Jahr liegt.⁶

5. Begriffliches

5.1 Heilbehandlung und Heileingriff

In der Literatur werden im Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit die Begriffe Heilbehandlung und Heileingriff nicht einheitlich verwendet, weshalb es einer Präzisierung dieser Begriffe bedarf.

⁶ Basierend auf Kennzahlen verschiedener Gutachterstellen, Versicherungen, der behandelten Fälle der Zivilkammer der Landgerichte etc., wurde eine Schätzung aufgestellt, in: medizinische Behandlungsfehler in Deutschland, RKI, 2001.

Einer früheren Auffassung nach war die „Heilbehandlung“ als Oberbegriff und der „Heileingriff“ als engerer Begriff zu verstehen.⁷ Beim Heileingriff handelte es sich demnach um ein äusseres Einwirken auf den Körper des Patienten, wie zum Beispiel hautverletzende Behandlungen, Bestrahlungen, Elektroschocks etc., während die Heilbehandlung vorwiegend internistisch angewandte Therapien erfasste.⁸

Eine Trennung dieser Begriffe erscheint jedoch angesichts der heutigen Spitzenmedizin nicht mehr angemessen, da die Grenzziehung zwischen den operativen Massnahmen und internen Behandlungen im ärztlichen Alltag ohnehin meist fliessend sind.⁹ Nachfolgend werden die Begriffe „Heilbehandlung“ und „Heileingriff“ daher einheitlich verwendet. Die Heilbehandlung bzw. der Heileingriff umfasst somit sämtliche medizinische Massnahmen zu Heilzwecken, sowohl operative als auch medikamentöse Behandlung, Therapieformen und vorbeugende Massnahmen.

5.2 Definition Heilbehandlung

Eine gesetzliche Definition der medizinischen Heilbehandlung findet sich in Art. 2 Abs. 1 MWSTGV. Als Heilbehandlungen gelten nach dieser Bestimmung *die Feststellung und Behandlung von Krankheiten, Verletzungen und anderen Störungen der körperlichen und seelischen Gesundheit des Menschen sowie Tätigkeiten, die der Vorbeugung von Krankheiten und Gesundheitsstörungen des Menschen dienen.* Diese Definition entspricht dem klassischen Verständnis des medizinischen Heileingriffs, welcher als medizinisch indizierter und kunstgerecht durchgeführter Eingriff zu Heilzwecken betrachtet wird und der Arzt mit dem Willen zur Heilung handelt.¹⁰ Nicht angesprochen in dieser Arbeit werden entsprechend das Humanexperiment, der kosmetische Eingriff, das Doping, die Sterilisation, die künstliche Befruchtung, die Organentnahme und die Transplantation, sowie ärztliche Eingriffe aus straf- und zivilprozessualen Gründen.

⁷ Bussmann, Heileingriff, S.3.

⁸ Fink, Aufklärungspflicht, S. 23.; Bussmann, Heileingriff, S. 3.

⁹ Vgl. Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 39 ff.; Fink, Aufklärungspflicht, S. 24.; Jossen, med. Heileingriff, S. 5.

¹⁰ Wiprächtiger, Arztfehler, S. 238; Jossen, med. Heileingriff, S. 6; Bussmann, Heileingriff, S. 3.

5.3 Medizinisch Indiziert

Das Ziel der Heilbehandlung liegt zunächst einmal in der Verbesserung oder zumindest in der Erhaltung der Gesundheit des Patienten. Die gewählte Behandlung muss daher ihrer Art nach geeignet sein, den Gesundheitszustand des Patienten zu verbessern.¹¹ Der Gesundheitsbegriff lässt sich jedoch nur schwer definieren. Von der WHO ist die Gesundheit definiert worden als *Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens*.¹² Die Konsequenz wäre, dass jede Beeinträchtigung dieses idealen Zustandes als Krankheit bezeichnet würde. Von diesem Begriff kann im Strafrecht nicht ausgegangen werden, da sonst Uferlosigkeit der Körperverletzungstatbestände drohen würde.¹³ Vielmehr ist in erster Linie vom subjektiven Gesundheitsbegriff auszugehen.¹⁴ Krankheit und damit die Abweichung vom Normalzustand der physischen und psychischen Funktionsabläufe ist immer auch individuell geprägt. Der betroffene Patient kann am besten beurteilen, wie lebenswert ihm ein Dasein oder die Beeinträchtigung erscheint. Im Sinne der Rechtsstaatlichkeit und Justiziabilität ist aber ein minimaler Rückgriff auf objektive Kriterien unumgänglich.¹⁵ Das Kriterium der Gesundheitsförderung ist vor allem bei jenen Therapieformen strittig, bei denen die wissenschaftliche Wirkung nicht hinreichend belegbar ist, wie dies beispielsweise bei alternativen Heilmethoden oftmals der Fall ist.

Nicht jede Behandlung, mit welcher die Verbesserung der Gesundheit des Patienten angestrebt wird, stellt einen Heileingriff dar. Als weiteres objektives Element ist die Indikation erforderlich. Eine Behandlung gilt als indiziert, wenn sie zur Heilung oder Linderung einer Krankheit oder zur Gesundheitserhaltung des Patienten notwendig ist.¹⁶ Diese beurteilt sich ex ante aus Sicht eines einsichtigen Durchschnittsbeobachters im Augenblick des Eingriffs.¹⁷ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt die so genannten Therapie und Methodenfreiheit. Dabei ist beim

¹¹ Fink, Aufklärungspflicht, S. 36.

¹² Vgl. Präambel der Verfassung der WHO, Abs. 2, in Kraft gesetzt am 7. April 1948: «La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.»

¹³ So auch Bussmann, Heileingriff, S. 20.

¹⁴ So auch Jossen, med. Heileingriff, S. 6.

¹⁵ Jossen, med. Heileingriff, S. 6

¹⁶ Fink, Aufklärungspflicht, S. 37.

¹⁷ Schönke/Schröder, § 223 N 36.

Vorliegen mehrerer Heilmassnahmen mit einem vergleichbaren Kosten-Nutzen-Verhältnis, dass jede einzelne Massnahme medizinisch indiziert ist und der Arzt jede dieser Therapien wählen kann.¹⁸

5.4 Kunstgerechte Durchführung

Der Arzt muss die Behandlung *lege artis*, d.h. unter Beachtung der Regeln der ärztlichen Kunst durchführen.¹⁹ Falls er dies nicht tut, begeht er einen Kunstfehler und die Bezeichnung Heilbehandlung ist dann nicht mehr angemessen. Denn kann der Arzt schon keinen Erfolg garantieren, hat er zumindest für die sachgerechte Durchführung der Behandlung zu sorgen.²⁰ Der Begriff des medizinischen Kunstfehlers ist weder im Gesetz verankert, noch wird er in der Literatur einheitlich verwendet. WICKI definiert die Kunstregeln als *die auf dem neusten Wissensstand typisierten medizinischen Verhaltensnormen der Berufsgenossen in gleichgelagerten Fällen, wobei ein Ausbildungsstand erforderlich ist, der zur Behandlung solcher Fälle genügt.*²¹ Was darunter aber genau zu verstehen ist, kann schlussendlich nur die Medizin entscheiden.²² Es gilt jedoch festzuhalten, dass nicht jede Abweichung von dieser Regel automatisch zu einem Sorgfaltsverstoss und somit zu einem Kunstfehler führt. Der Grundsatz der Methodenfreiheit erlaubt es dem Arzt von einer anerkannten Behandlungsmethode abzuweichen, wenn dies durch die Besonderheit einer bestimmten Krankheit gerechtfertigt ist.²³

5.5 Heilwille als subjektives Erfordernis

Als subjektive Voraussetzung wird der Heilwille verlangt. Der Arzt hat den Eingriff zum Wohle des Patienten vorzunehmen.²⁴ Entscheidend ist, dass der Arzt wissentlich und willentlich darauf hinarbeitet, den Gesundheitszustand des Patienten zu verbessern. Ein genereller Wille zum Heilen genügt grundsätzlich nicht. Der

¹⁸ BGE 130 IV 7 Erw. 3.3, S. 12.

¹⁹ Wiprächtiger, Arztfehler, S. 238; Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 199.

²⁰ Jossen, med. Heilbehandlung, S. 8.; BGE 130 IV 7 Erw. 3.3, S. 12.

²¹ Wicki, Komplementärmedizin, S. 343.

²² Bussmann, Heileingriff, S. 7.

²³ So auch Bussmann, Heileingriff, S. 6; anders Jossen, med. Heileingriff, S. 8.

²⁴ Bussmann, Heileingriff, S. 7.

Heilwille muss sich vielmehr auf den einzelnen, konkreten Patienten beziehen.²⁵ Kein Heileingriff liegt beispielsweise vor, wenn experimentelle Zwecke im Vordergrund stehen.²⁶ Auch nicht von Belang ist, aus welchem Beweggrund der Arzt den

²⁵ Fink, Aufklärungspflicht, S. 35.

²⁶ Bussmann, Heileingriff, S. 7.

Heilerfolg anstrebt. Ob dies nun aus lohntechnischen Gründen geschieht, oder für die internationale Anerkennung seiner Arbeit, ist unerheblich.²⁷

B. Der Heileingriff als tatbestandmässige Handlung des StGB

1. Überblick

Der Arztalltag ist wie jeder andere Berufs- und Lebensbereich dem Gesetz und damit auch dem Strafrecht unterworfen. Neben verschiedenen Spezialregelungen für Teilbereiche des medizinischen Heileingriffs, wie z.B. Art. 118 f. StGB zur Strafbarkeit des medizinisch indizierten Schwangerschaftsabbruchs oder andere spezialgesetzlich Strafnormen abseits des Kernstrafrechts²⁸, wird der Fokus in der Folge auf die Straftaten gegen Leib und Leben²⁹, insbesondere auf die fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB), die fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB) und auf die Tötlichkeiten (Art. 126 StGB), gelegt.

2. Der medizinische Heileingriff als Delikt gegen die körperliche Unversehrtheit

Das StGB schützt die körperliche Unversehrtheit durch verschiedene Straftatbestände. Vorweg ist hinzuweisen auf die Tatbestände der fahrlässigen und vorsätzlichen Tötung nach Art. 111 bzw. 117 StGB, wobei im Medizinstrafrecht die fahrlässige Tötung von vorherrschender Relevanz ist. Diese Delikte sind Officialdelikte. Die zugrunde liegenden Sachverhalte müssen demgemäss bei Vorliegen eines entsprechenden Anfangsverdachts von Seiten der Strafverfolgungsbehörden abgeklärt werden.³⁰ Die vorsätzliche Tötung wird mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. Der abstrakte Strafrahmen der fahrlässigen Tötung reicht von Geldstrafe bis hin zu drei Jahren Freiheitsstrafe.

²⁷ Jossen, med. Heileingriff, S. 10.

²⁸ Vgl. hier u.a. Art. 69 TransG, Art. 36 GUMG.

²⁹ Art. 111 f. StGB.

³⁰ Tag, Arztrecht, S. 671.

Unter dem Titel „Körperverletzung“ werden in Art. 122 – 126 des Strafgesetzbuches Straftatbestände zusammengefasst, welche die körperliche und die geistige Integrität eines Menschen schützen.³¹ Zu präzisieren ist, dass Schutzobjekte der Körperverletzungstatbestände sowohl der Körper als auch die Gesundheit des Menschen sind.³² Als Grundtatbestand stellt Art. 123 Ziff. 1 StGB die einfache Körperverletzung unter Strafe. Danach wird bestraft, wer jemanden vorsätzlich an Körper oder Gesundheit schädigt. Als Gesundheitsschädigung ist dabei jedes Hervorrufen oder Steigern eines pathologischen Zustandes anzusehen, wobei auch schon jede Verzögerung der Heilung ausreicht.³³ Beispiele sind einfache Frakturen, Hirnerschütterungen und Quetschungen.³⁴ Andere Beeinträchtigungen des körperlichen Wohls, welche keine Schädigung des Körpers oder der Gesundheit zur Folge haben, werden bei vorsätzlicher Begehung von Art. 126 StGB, der Tätlichkeit, erfasst.³⁵ Im Unterschied zur einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB ist die Tätlichkeit nach Art. 126 StGB also eine Einwirkung auf den Körper ohne schädigende Folgen des Körpers oder der Gesundheit. Diese bringen lediglich eine vorübergehende Beeinträchtigung des Wohlbefindens mit sich.³⁶ Einig ist sich Lehre und Rechtsprechung, dass eine gewisse minimale Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Integrität vorausgesetzt wird, damit überhaupt von einer Tätlichkeit gesprochen werden kann.³⁷ Es muss sich um eine Einwirkung über dem *allgemein üblichen und gesellschaftlich geduldeten Mass* handeln.³⁸ Als typisches Beispiel ist die Ohrfeige zu erwähnen. Im Arztbereich ist etwa an körperliche Beeinträchtigung durch Infusionen und Injektionen zu denken. Relevant sind die Unterschiede zwischen den beiden Körperverletzungstatbeständen deshalb, weil die Tätlichkeit als Übertretung ausgestaltet ist und somit nach Art. 105 Abs. 2 StGB Versuch und Gehilfenschaft nicht unter Strafe gestellt sind. Die einfache Körperverletzung wird hingegen nach Art. 123 Ziff. 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Im Übrigen werden sowohl die Tätlichkeit nach Art. 126 StGB als auch die einfache Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB nur auf Antrag hin

³¹ Vgl. dazu Roth, BSK, vor Art. 122, N 11 ff.

³² Roth, BSK, vor Art. 122, N 13.

³³ Jossen, med. Heileingriff, S. 40; Busmann, Heileingriff S. 21; Roth, BSK, vor Art. 122, N 15.

³⁴ Wiprächtiger, pdf, S. 69.

³⁵ Busmann, Heileingriff, S. 19.

³⁶ Vgl. BGE 117 IV 14 ff; Wiprächtiger, Rechtsprechung, S. 70.

³⁷ Roth, BSK, vor Art. 122, N 16.

³⁸ BGE 117 IV 14 Erw. 2, S. 16.

verfolgt, ausser es trifft eine der Voraussetzungen nach Art. 123 Ziff. 2 oder nach Art. 126 Abs. 2 StGB zu, wonach die Täter von Amtes wegen verfolgt würden.

Für die schwere Körperverletzung, die nach Art. 122 Abs. 4 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu zehn Jahren oder mit Geldstrafe nicht unter 180 Tagessätzen geahndet werden kann, gilt das Offizialprinzip ausnahmslos. Dabei wird verlangt, dass die zugefügte Verletzung von lebensgefährlichem Charakter ist (Abs. 1). In Abs. 2 hat der Gesetzgeber Beispielgruppen aufgelistet, die als schwere Verletzung zu gelten haben. Namentlich genannt wird eine Handlung, *bei der ein wichtiges Organ oder Glied verstümmelt oder unbrauchbar gemacht wird, ein Mensch bleibend arbeitsunfähig, gebrechlich oder geisteskrank gemacht oder sein Gesicht arg und bleibend entstellt wird*. Schliesslich wird in Abs. 3 eine Generalklausel angeführt, wonach alle vergleichbaren Schädigungen des Körpers oder der Gesundheit als schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB zu werten sind.³⁹

Art. 125 Abs. 1 StGB bedroht die fahrlässige Schädigung eines Menschen am Körper oder an der Gesundheit auf Antrag mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe; bei fahrlässiger schwerer Körperverletzung wird der Täter von Amtes wegen verfolgt (Art. 125 abs. 2 StGB).

3. Andere TB des StGB

Das Medizinstrafrecht muss sich oft auch mit den Sachverhalten auseinandersetzen, bei denen es um den Vorwurf der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung und die Abgrenzung zum noch straflosen Verhalten geht. Diese Fragen stellen sich vor allem im Zusammenhang mit den Art. 114 und 115 StGB bei der passiven und aktiven Sterbehilfe. Diese Frage interessiert uns in dieser Arbeit nicht und wird auch nicht weiter thematisiert.

Ebenfalls nicht weiter thematisiert wird die Verletzung des Berufsgeheimnisses, Art. 321 StGB, obwohl es im Medizinstrafrecht keine unbedeutende Rolle einnimmt. Immer wieder hatte sich der Kassationshof des Bundesgerichts mit dem

³⁹ Stratenwerth/Jenny/Bommer, BT 1, N 41.

Berufsgeheimnis im Sinne von Art. 321 Ziff. 1 StGB zu befassen. Da ging es etwa um die Frage, wer als Hilfsperson zu qualifizieren sei, die gemäss der zitierten Bestimmung ebenfalls zur Geheimhaltung verpflichtet sein kann.⁴⁰

In Betracht kommen auch strafbare Handlungen gegen das Vermögen, wie z.B. die unrechtmässige Aneignung, Art. 137 StGB, oder Diebstahl, Art. 139 StGB. Diese Tatbestände können eine Rolle spielen bei der Verwendung von Substanzen menschlicher Herkunft, die ohne Einwilligung des Spenders oder der sonst dazu befugten Personen gewonnen wurden.⁴¹

Auch Betrug nach Art. 146 StGB kommt gelegentlich zur Anwendung. So macht sich der Arzt, welcher der Krankenkasse Rechnungen für nicht erbrachte Leistungen einreicht, des Betruges gemäss Art. 146 StGB strafbar. Zudem macht er sich aber auch der Falschbeurkundung gemäss Art. 251 StGB schuldig, weil er zur Krankenkasse in einem besonderen Vertrauensverhältnis steht und weil die Wahrheit der in der Arztrechnung beurkundeten Erklärung gegenüber der Kasse durch Ausnützung dieses besonderen Vertrauensverhältnisses besonders untermauert wird.⁴²

Als weiteres Thema, das den Strafrichter in den Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit bringen kann, sind die Delikte gegen die Freiheit. Nach Art. 181 StGB wird bestraft, wer *jemanden durch Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oder durch andere Beschränkung seiner Handlungsfreiheit nötigt, etwas zu tun, zu unterlassen oder zu dulden*. Vorstellbar ist eine Nötigung nach Art. 181 StGB beispielsweise bei einer heimlich herbeigeführten Narkose zur Duldung der medizinischen Behandlung.⁴³

⁴⁰ Entscheid des BGer vom 22.07.1994, 6S.252/1994: Unter Art. 321 Ziff. 1 StGB fällt die gelegentlich in der Praxis ihres Ehepartners aushelfende Person, nicht aber eine Medizinstudentin, die sich im Auftrag eines Arztes ab und zu um einen probeweise aus dem strafrechtlichen Massnahmenvollzug (Verwahrung) Entlassenen kümmert.

⁴¹ Brigitte Tag, *Arztrecht*, S. 672

⁴² Entscheid des Bundesgerichts vom 23.09.1999, 6S.491/1999.

⁴³ Delnon/Rüdy, *BSK*, Art. 181 N 18 ff.; Stratenwerth/Jenny/Bommer, *Strafrecht BT I*, S. 127 N 11

Nicht ganz selten sind sexuelle Übergriffe, insbesondere von Ärzten an Patientinnen, die zur Anwendung der Art. 187 ff. StGB führen können.⁴⁴

Beschäftigt man sich mit der medizinischen Rechtsprechung, ergibt sich rasch, dass die Straftatbestände der Tötung und Körperverletzung im Vordergrund der untersuchten Fälle und der gesellschaftlichen Diskussion stehen.⁴⁵ Daher werden sich die folgenden Ausführungen in dieser Arbeit auch mit diesen medizinstrafrechtlichen Fragen befassen.

4. Ausschluss der Rechtswidrigkeit vs. Tatbestandsvariante

4.1 Allgemeines

Mediziner wehren sich oft gegen die Betrachtungsweise, mit dem medizinischen Heileingriff werde eine tatbestandsmässige Körperverletzung begangen. Mit blosser Rechtfertigung für ihr Handeln (vor allem durch die Einwilligung) wollen sie sich nicht zufrieden geben. Die Ärzte haben ein berechtigtes Interesse daran, den wichtigen, positiven sozialen Wert ihrer ärztlichen Tätigkeit bestätigt zu erhalten und sich nicht als potentielle Straftäter sehen zu müssen. Es liegt aber auch im Interesse des Patienten, eine Heilung oder Linderung ihrer körperlichen Beschwerden zu erfahren, ohne dass das Strafrecht die Verantwortungsbereitschaft der Ärzte beeinflusst und somit eine Art Sicherheitsmedizin entsteht. Man kann hier den Unmut der Mediziner verstehen, genau gleich wie man die Haltung von Lokomotivführern und Flugzeugkapitänen nachvollziehen kann, die nicht gerne als Verursacher einer Freiheitsberaubung dastehen.⁴⁶ Zur Lösung dieses Problems werden grundsätzlich zwei Varianten vorgeschlagen; die Tatbestands- und die Rechtfertigungslösung.

4.2 Rechtfertigungslösung

Die Rechtsprechung in der Schweiz beurteilt die medizinisch indizierte und kunstgerecht durchgeführte Heilbehandlung nach denselben Massstäben, die für

⁴⁴ Entscheid des Kassationshofs vom 31.10.2001, 6S.580/2001, der einen Orthopäden wegen Schändung (Art. 191 StGB) und Ausnützen der Notlage (Art. 193 StGB) schuldig sprach; ferner auch Entscheid vom 03.10.2005, 6S.448/2004 (Verurteilung eines Frauenarztes wegen Schändung).

⁴⁵ Siehe Jahresbericht der aussergerichtlichen FMH-Gutachterstelle 2011; Brigitte Tag, *Arztrecht*, S. 672

⁴⁶ Wiprächtiger, *Rechtsprechung*, S. 74.

jede andere Körperverletzung oder Tätlichkeit gelten.⁴⁷ Daher wird davon ausgegangen, dass jedes ärztliche Handeln, soweit es in die körperliche Integrität oder die biologische bzw. seelische Gesundheit schädigend eingreift, den Tatbestand der Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB oder falls die Schwelle dazu nicht erreicht wird, den der Tätlichkeit nach Art. 126 StGB, erfüllt. Der Patient kann danach den Tatbestand mit Hilfe des Rechtfertigungsgrundes der Einwilligung im Einzelfall wieder ausschliessen.

Nach bisheriger Praxis des BGer⁴⁸ wurde festgehalten, dass das Abstellen auf den Heilzweck kein taugliches Abgrenzungskriterium für die Frage sei, ob eine tatbestandsmässige Körperverletzung vorliege. Insbesondere wird argumentiert, dass der Begriff des Heilzwecks keine allgemein gültige, feste Grösse sei, sondern durchaus unterschiedlich definiert und interpretiert werden könne.⁴⁹ Nicht alles, was medizinisch angezeigt sein könne, müsse vom betreffenden Patienten als für ihn gut und richtig betrachtet werden. Ausschlaggebend für die Frage nach dem Wohl ist der Wille des Patienten.⁵⁰

Die Befürworter der Rechtfertigungslösung⁵¹ weisen dabei auf das Grundrecht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit, Art. 10 Abs. 2 BV, und auf das Selbstbestimmungsrecht hin. Schutzobjekt der Körperintegrität ist nach ihrer Meinung nicht nur der Körper als solcher, sondern auch die Verfügungsbefugnis darüber.⁵²

4.3 Tatbestandslösung

Die Vertreter der sogenannten Tatbestandslösung⁵³ sind der Meinung, dass die medizinische Heilbehandlung den Tatbestand der Körperverletzung gar nicht erfüllen kann, da der Heileingriff gerade zur Erhaltung oder Wiederherstellung der körperlichen Integrität führt. Zweck des Eingriffs ist das Streben des Arztes, den Gesundheitszustand des Patienten zu verbessern und nicht eine Schädigung

⁴⁷ BGE 99 IV 208; BGE 124 IV 258, Erw. 2.

⁴⁸ Begründet in BGE 99 IV 208, Erw. 3 und 4, S. 210 f.

⁴⁹ Wiprächtiger, Rechtsprechung, S. 72.

⁵⁰ BGE 124 IV 258, Erw. 2.

⁵¹ Roth, BSK, vor Art. 122 N 24 ff.; Wiprächtiger, Rechtsprechung, S. 63, 74 f.; Bussmann, Heileingriff, S. 35.

⁵² Bussmann, med. Heileingriff, S. 37.

⁵³ Stratenwerth/Jenny/Bommer, Strafrecht BT I, S. 68, N 16; Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 129 ff.

herbeizuführen.⁵⁴ Als Vergleich wird immer wieder angeführt, wie grotesk es wäre, einen Handwerker der Sachbeschädigung zu beschuldigen, der eine Sache, um sie zu reparieren, zunächst einmal auseinandernimmt und so ihre Brauchbarkeit vorübergehend beeinträchtigt.⁵⁵

Diese Auffassung führt aber zu Strafbarkeitslücken.⁵⁶ So verhält es sich beispielsweise beim kunstgerechten, aber misslungenen Eingriff, wenn er ohne Zustimmung des Patienten oder der Patientin erfolgt. Hier würde vorsätzliche Körperverletzung nicht in Frage kommen, weil der Arzt die Schädigung des Patienten nicht mit Wissen und Willen, d.h. vorsätzlich, herbeigeführt hat. Fahrlässige Körperverletzung fiele ausser Betracht, weil dem Arzt kein Sorgfaltsmangel vorzuwerfen ist; der Eingriff erfolgte ja eben kunstgerecht. Schliesslich wird der Tatbestand der Nötigung (Art. 181 StGB), der hier ergänzend diskutiert werden könnte, kaum jemals erfüllt sein, weil sich der Arzt nur selten des Nötigungsmittels „Gewalt“ resp. „Androhung ernstlicher Nachteile“ bedienen wird.⁵⁷ Ein solches eigenmächtiges Vorgehen des Arztes könnte also nicht sanktioniert werden. Die Befürworter der Tatbestandsvariante in der Schweiz verlangen deshalb genau aus diesem Grund schon lange die Schaffung eines Tatbestandes der „eigenmächtigen Heilbehandlung“.⁵⁸ Damit würde in diesem Bereich des Arztrechts ein Ausgleich gefunden zwischen dem Interesse des Patienten an der Wahrung seines Selbstbestimmungsrechts einerseits und dem Interesse des Arztes am Schutz vor Diskriminierung und unzumutbarem strafrechtlichem Risiko andererseits.⁵⁹

4.4 Zwischenfazit

Dieser Unterscheidung sollte grundsätzlich kein grosses Gewicht zukommen.⁶⁰ Strafrechtliche Relevanz erreicht eine Heilbehandlung nach beiden Theorien letztlich nur, wenn sie misslingt oder gegen den Willen des Patienten erfolgt. Entscheidend wird für den Arzt sein, dass letztlich das Strafverfahren eingestellt wird oder dass er tatsächlich freigesprochen wird, sei es über die Tatbestandsmässigkeit oder eben

⁵⁴ Fink, Aufklärungspflicht, S. 179.

⁵⁵ Bussmann, Heileingriff, S. 34.

⁵⁶ Wiprächtiger, Rechtsprechung, S. 73.

⁵⁷ Bussmann, Heileingriff, S. 50.

⁵⁸ Stratenwerth/Jenny/Bommer, Strafrecht BT I, S. 69, N 17; Bussmann, S. 41.

⁵⁹ Fink, Aufklärungspflicht, S. 281.

⁶⁰ So auch Wiprächtiger, Rechtsprechung, S. 74.

über die mangelnde Rechtswidrigkeit durch Einwilligung. Geht man davon aus, dass es dem Rechtsgutträger möglich sein soll, über seine körperliche Integrität auch zu verfügen, um ihn so gegen das eigenmächtige Handeln des Arztes zu schützen, muss davon ausgegangen werden, dass der Tatbestand der Körperverletzung bei einem medizinischen Heileingriff grösstenteils erfüllt ist. Deshalb gilt es nun in einem zweiten Schritt zu prüfen, welche Gründe bestehen können, die das Handeln des Arztes legitimieren.

C. Rechtfertigungsgründe

1. Einwilligung

1.1 Einwilligungsgegenstand

Jede medizinische Behandlung ist mit gewissen Risiken verbunden. Deshalb kann kein Arzt den Heilerfolg garantieren oder einen solchen schulden.⁶¹ Die Einwilligung des Patienten wird sich somit immer nur auf die sorgfaltsgemässe Durchführung richten.⁶² Beispielsweise hat der Patient in einen Schnitt in die Haut einzuwilligen, welcher für die Öffnung der Operationswunde unausweichlich ist. Diese Körperverletzung wird vom Arzt sogar mit direktem Vorsatz angestrebt, erfährt jedoch erst mit der Einwilligung seine Rechtfertigung.

Darüber hinaus muss der Patient auch in die mit der Behandlung einhergehenden Gesundheitsrisiken einwilligen.⁶³ Im Gegensatz zur Einwilligung in den Taterfolg wird hier die Verletzung nicht angestrebt, kann aber als unerwünschte Folge selbst bei sorgfaltsgemäsem ärztlichen Handeln eintreten. In aller Regel werden dabei weder Patient noch Arzt in die tatsächlich resultierende Verletzung einwilligen, sondern richtet sich ihr Wille allein in Richtung der bewussten Gefahrschaffung. Ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass sich diese Gefahr auch in einen tatsächlichen Misserfolg verwirklichen wird, weil beispielsweise eine Behandlung mit grossen Risiken verbunden ist, muss sich die Einwilligung zumindest auch auf diesen

⁶¹ Hierzu siehe vorne, S. 7.

⁶² Bussmann, Heileingriff, S. 42, 49; Roth, BSK, vor Art. 122, N 23; Tag, Arztrecht, S. 701 ff.; BGE 123 II 577, Erw. 4d; BGE 115 Ib 175, Erw. 2b; BGE 113 Ib 420, Erw. 4.

⁶³ Jossen; med. Heileingriff, S. 60.

Misserfolg beziehen.⁶⁴ Entscheidend für die Strafbarkeit des Arztes ist dabei, ob der Arzt im Behandlungszeitpunkt die erforderliche Behandlung mit dem Willen des Patienten vornehmen und diese Gefahr schaffen durfte.

1.2 Dispositionsbefugnis

Der Einwilligung zugänglich sind ausschliesslich Individualrechtsgüter, d.h. Rechtsgüter, welche die Interessen des Einzelnen unmittelbar schützen sollen und über welche der Einzelne demnach auch verfügen kann.⁶⁵ Dieses Individualrechtsgut ist zudem rechtlich beschränkt. In eine Tötung kann wirksam nicht eingewilligt werden.⁶⁶ Die Unzulässigkeit der Einwilligung in die eigene Tötung wird vielfach mit dem Hinweis auf Art. 114 StGB begründet: Wenn selbst eine Tötung auf ernsthaftes und eindringliches Verlangen unter Strafe gestellt wird, kann eine blosser Einwilligung in dieselbe, die weniger als ein Tötungsverlangen darstellt, erst recht nicht wirksam sein.⁶⁷

Bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit ist zu differenzieren. Die Einwilligung in eine einfache Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB ist nach h.L. unabhängig von ihrem Zweck zulässig.⁶⁸ Dagegen wird eine schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB durch Einwilligung nur gerechtfertigt, wenn ihr Zweck, im Verhältnis zur Schwere der Verletzung, den Eingriff als zulässig erscheinen lässt.⁶⁹ Im Bereich der medizinischen Heilbehandlung hat diese Einschränkung keine praktischen Konsequenzen, denn das Ziel jeder medizinischen Heilbehandlung ist die Erhaltung oder Verbesserung der Patientengesundheit mittels erprobter Behandlungsmethoden.⁷⁰ Somit werden dem Patienten auch schwere Eingriffe in seine körperliche Integrität ermöglicht.

⁶⁴ Jossen, med. Heileingriff, S. 60; Tag, Arztrecht, S. 702 ff.

⁶⁵ Stratenwerth, Strafrecht AT I, S. 227, N 13.

⁶⁶ Schwarzenegger, BSK, vor Art. 111 N 5, 8.

⁶⁷ Schwarzenegger, BSK, Art. 114 N 5.

⁶⁸ Roth, BSK, vor Art. 122 N 19; Stratenwerth/Jenny, Strafrecht BT I, S. 68, N 14.

⁶⁹ Wiprächtiger, Arztfehler, S. 245; Bussmann, Heileingriff, S. 56.

⁷⁰ Bussmann, Heileingriff, S. 56; Jossen, med. Heileingriff, S 67.

1.3 Einwilligungsberechtigung

Die Dispositionsbefugnis über das Rechtsgut der körperlichen Integrität stellt ein höchstpersönliches Recht dar.⁷¹ Daher ist grundsätzlich der Patient selbst zustimmungsberechtigt. Die Einwilligung anderer Personen, wie z.B. Ehegatten oder Eltern, genügen nicht und sind auch nicht erforderlich bei einem urteilsfähigen Patienten. Zum Erfordernis der Urteilsfähigkeit ist im nächsten Abschnitt einzugehen.

1.4 Einwilligungsfähigkeit

Das Bundesgericht geht davon aus, dass nur der urteilsfähige Patient einwilligen könne.⁷² Urteilsfähig ist gemäss Art. 16 ZGB, wem es *nicht wegen Kindesalter oder infolge Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Trunkenheit oder ähnlicher Zustände an der Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln*. Es gilt der Grundsatz der Relativität der Urteilsfähigkeit, d.h. die gleiche Person kann für gewisse Handlungen urteilsfähig sein, für andere jedoch nicht.⁷³ Gerade im Hinblick auf einen bestimmten Eingriff ist zu untersuchen, ob der betroffene Patient in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite des vorzunehmenden Eingriffs zu beurteilen. Feste Altersgrenzen sind dabei nicht zu nennen. Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob der Patient im Zeitpunkt seiner Zustimmung über die notwendigen (intellektuellen, psychischen, physischen) Fähigkeiten verfügt, die Bedeutung, die Schwierigkeit und Auswirkung des Eingriffs zu erkennen und in diesen durch wirkliche Selbstbestimmung einzuwilligen.⁷⁴ So wird ein durchschnittlich intelligentes, 16 Jahre altes Kind ohne weiteres einer harmlosen Blutentnahme für Untersuchungszwecke wirksam zustimmen können, nicht dagegen zu einer schwerwiegenden, risikoreichen Herzoperation.⁷⁵ Für die Urteilsunfähigkeit sind ganz verschiedene Ursachen denkbar, wie z.B. Alter, Geisteskrankheit, Trunkenheit, Hypnose etc., deshalb ist es im Einzelfall oftmals nicht leicht, diese festzustellen. Allerdings muss das persönliche, auf Erfahrung und gesunden Menschenverstand beruhende Urteil des Arztes in der Regel genügen.⁷⁶ Bestehen Zweifel über die Urteilsfähigkeit des Patienten, sollte der Arzt in nicht dringlichen Fällen mit der Behandlung warten, bis die Frage der

⁷¹ Busmann, Heileingriff, S. 57.

⁷² BGE 99 IV 208 Erw. 4, S. 211; BGE 134 II 235 Erw. 4.1., S. 237 f.

⁷³ Fink, Aufklärungspflicht, S. 250; Jossen, med. Heileingriff, S. 81.

⁷⁴ Busmann, Heileingriff, S. 57.

⁷⁵ Busmann, Heileingriff, S. 57.

⁷⁶ Busmann, Heileingriff, S. 58.

Urteilsfähigkeit geklärt ist. In dringenden Fällen wird die Einwilligung des (allenfalls urteilsunfähigen) Patienten genügen und der Eingriff ist vorzunehmen.⁷⁷ Stellt sich im Nachhinein heraus, dass der Patient in gegebenem Zeitpunkt tatsächlich urteilsunfähig war, ist sein Verhalten nach Art. 13 StGB (Sachverhaltsirrtum) zu beurteilen, weil er irrtümlich annahm, die tatsächlichen Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einwilligung seien erfüllt.⁷⁸

Das Recht auf persönliche Freiheit beinhaltet auch das Recht, objektiv unvernünftig zu handeln.⁷⁹ Daher ist es nicht statthaft, allein wegen der Unvernünftigkeit einer Zustimmung zu einem Eingriff auf mangelnde Urteilsfähigkeit zu schliessen. Will man dem Patienten zugestehen, dass nur er selbst sein Wohl bestimmen kann, dann sollte diese Freiheit auch bei der Einwilligungsfähigkeit zu respektieren sein. Die Einwilligungsfähigkeit beschränkt sich daher nur auf die Fähigkeit, vernünftige Entscheidungen treffen zu können. Seine Beweggründe müssen dabei keinen objektiv vernünftigen Argumenten entsprechen.⁸⁰ Dem Patienten bleibt es daher frei, beispielsweise aus religiösen Gründen die Einwilligung in eine lebensrettende Operation zu verweigern. In diesem Zusammenhang wird immer wieder das Beispiel eines Zeugen Jehovas oder des Evangelischen Brüdervereins gebraucht, der die lebensnotwendige Bluttransfusion aus Glaubens- oder Gewissensgründen ablehnt.⁸¹

1.5 Gesetzliche Vertretung

Der gesetzliche Vertreter hat nach dem Wohl des Betroffenen nur dann seine Zustimmung zu geben, wenn infolge mangelnder Einsichts- und Willensfähigkeit eine rechtswirksame Einwilligung des Patienten nicht eingeholt werden kann.⁸²

Urteilsunfähige Kinder unter elterlicher Sorge werden beim Entscheid über medizinische Eingriffe von ihren Eltern vertreten.⁸³ Entscheidend ist hierbei, wer das elterliche Sorgerecht hat.⁸⁴ Während der Ehe sind die Eltern von Gesetzes wegen

⁷⁷ Bussmann, Heileingriff, S. 58; Jossen, med. Heileingriff, S. 107.

⁷⁸ Bussmann, Heileingriff, S. 58.

⁷⁹ Jossen, med. Heileingriff, S. 82; Arzt, Aufklärungspflicht, S. 59

⁸⁰ Odenwald Steffen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns, Diss. Heidelberg 2003, Frankfurt a.M 2004, S. 57.

⁸¹ Jossen, med. Heileingriff, S. 82.

⁸² Bussmann, Heileingriff, S. 59.

⁸³ Art. 296 Abs. 1 i.V.m. Art. 304 Abs. 1 ZGB.

⁸⁴ Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 6; Weissenberger, Einwilligung, S. 80.

gemeinsam sorgeberechtigt.⁸⁵ Hinsichtlich der Behandlung haben sich verheiratete Eltern zu einigen. Die Zustimmungserklärung brauchen die Eltern nicht gemeinsam abzugeben, sondern können den anderen zum Entscheid ermächtigen. Der eingreifende Arzt darf somit bei Gutgläubigkeit voraussetzen, dass jeder Elternteil im Einvernehmen mit dem andern handelt und ist daher berechtigt, nach dem Einverständnis eines Elternteils den Eingriff am Kind vorzunehmen.⁸⁶ Muss der Arzt indessen annehmen, dass der andere Elternteil die Zustimmung verweigert, darf er die Behandlung nicht durchführen. Nimmt er irrtümlicherweise an, beide Elternteile hätten ihre Zustimmung gegeben, beurteilt sich sein Verhalten nach Art. 13 StGB über den Sachverhaltsirrtum. Wird dagegen die Urteilsfähigkeit eines Kindes oder Jugendlichen bejaht, sind diese selber einwilligungsfähig und es ist auch gegen den Willen der Eltern zu entscheiden.⁸⁷

Können sich die gemeinsamen sorgeberechtigten Eltern über die Zustimmung nicht einigen oder verweigert beispielsweise die alleine sorgeberechtigte Mutter die Zustimmung zu einem notwendigen Eingriff, kann die Vormundschaftsbehörde zum Wohle des Kindes die Eingriffszustimmung ersetzen oder falls nötig einen Beistand nach Art. 392 Ziff. 1 ZGB ernennen.⁸⁸ Das gleiche gilt bei Fehlen eines gesetzlichen Vertreters, weil beispielsweise in Folge unfallbedingter Bewusstlosigkeit eine Person vorübergehend einwilligungsunfähig ist, oder in dringenden Fällen die gesetzlichen Vertreter nicht erreicht werden können.⁸⁹ Falls in Notfallsituationen auch für die Einholung der Einwilligung bei der Vormundschaftsbehörde die Zeit nicht mehr reicht, darf der Arzt den Eingriff auch ohne die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde vornehmen.⁹⁰

Ist eine erwachsene Person dauernd ausserstande, ihre Angelegenheiten durch selbständige, vernunftgemässe Entscheide wahrzunehmen, so wird ihre ein Vormund zur Seite gestellt (Art. 369 Abs. 1 ZGB). Wie beim einwilligungsfähigen Kind ist beim

⁸⁵ Art. 297 ZGB.

⁸⁶ Art. 304 Abs. 2 ZGB.

⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 6P.106/2006; Art. 19 Abs. 2 ZGB, Urteilsfähige Minderjährige können über höchstpersönliche Belange selbst entscheiden.

⁸⁸ Art. 307 ff. ZGB.

⁸⁹ Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 8.

⁹⁰ Bussmann, Heileingriff, S. 60; Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 9.

einwilligungsfähigen Entmündigten strafrechtlich keine Zustimmung vonnöten.⁹¹ Dieser ist erst dann für die Einwilligung zuständig, falls bei der bevormundeten Person totales Unvermögen über die Tragweite eines medizinischen Eingriffs vorliegt.

1.6 Keine Willensmängel

Die Zustimmung muss ein Akt freier Selbstbestimmung sein und darf daher nicht auf Willensmängeln beruhen. Entspricht die Erklärung nicht dem wahren Willen des Patienten, ist die Einwilligung grundsätzlich unwirksam. Als Willensmängel in Frage kommen etwa Irrtum, Täuschung, Drohung oder Gewalt.

Der Irrtum des Patienten ergibt sich meistens aus der mangelhaften Aufklärung des Arztes gegenüber dem Patienten. Allerdings ist zu beachten, dass nicht jeder Irrtum automatisch die Unwirksamkeit der Einwilligung zur Folge hat. Die Unwirksamkeit beschränkt sich ausschliesslich auf rechtsbezogene Irrtümer,⁹² d.h. auf solche Irrtümer welche die körperliche Integrität und das Leben des Patienten betreffen.⁹³ Unerheblich sind daher Irrtümer, die nicht die medizinische Bedeutung des Eingriffs betreffen, wie z.B. ein Irrtum über die Kosten der Operation.⁹⁴

Der Irrtum ist dadurch gekennzeichnet, dass der Arzt einen Irrtum nicht absichtlich beim Patienten hervorruft, bzw. den rechtgutsbezogenen Irrtum nicht erkennt. Bei einer Täuschung handelt der Arzt genau mit dieser Absicht. Dadurch ist er, im Gegensatz zum unabsichtlichen Irrtum, durch Art. 13 StGB, nicht geschützt. Die Einwilligung wäre in diesem Fall unwirksam, was zu einer Strafbarkeit des Arztes führen würde.

Vorstellbar sind auch Irrtümer über die Person des Arztes. Zu denken ist etwa an die fälschliche Annahme des Patienten, der Behandelnde sei ein Arzt, dabei wird er von

⁹¹ Jossen, med. Heileingriff, S. 95; Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 7 f.

⁹² Arzt, Willensmängel, S. 20 ff., Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 366 ff.; Weissenberger, Einwilligung, S. 81 ff.

⁹³ Bussmann, Heileingriff, S. 61.

⁹⁴ Bussmann, Heileingriff, S. 61; anders Noll, Rechtfertigungsgründe, S.131: Willensmängel sind nur soweit wesentlich, als sie massgebliche Motive zur Preisgabe des verletzten Rechtsguts betreffen. Dies konnte nach Noll aber auch die Aussicht auf eine finanzielle Entschädigung bilden, beispielsweise wenn jemand nur deshalb einem schweren Eingriff zu Transplantationszwecken zustimmt, um dafür bezahlt zu werden.

einer Pflegeperson oder einer Krankenschwester behandelt. Auch möglich ist es, dass ein Irrtum über die Qualifikation oder die Erfahrung des Arztes vorliegt. In diesen Fällen ist der Irrtum solange unbeachtlich, als sich das Risiko der Behandlung durch die andere Person nicht erhöhe.⁹⁵ Dies wäre insbesondere der Fall bei geringfügigen Eingriffen, wie beispielsweise eine intramuskuläre Injektion.⁹⁶ Weitere Beispiele sind etwa die Versorgung einer Wunde oder das Anlegen eines Verbandes, welche schon gar nicht den Tatbestand der einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB oder der Tötlichkeiten nach Art. 126 StGB erfüllen würde.

Verlangt der Patient jedoch ausdrücklich die Behandlung durch einen Arzt, hat der Nichtarzt sich jeden Eingriffs zu enthalten.⁹⁷

Drohung oder Gewalt sind weitere Mittel, bei denen die Freiwilligkeit einer Zustimmung fehlt und diese unwirksam macht. Diese können vom Arzt selber oder von einem Dritten, beispielsweise von Angehörigen, ausgehen. Der Druck von aussen muss zudem eine gewisse Intensität aufweisen, damit die Selbstbestimmung ausgeschlossen wird. Der Gesetzgeber hat in Art. 181 StGB ausdrücklich Regeln aufgestellt, wie intensiv die Einwirkung auf die Willensfreiheit sein muss, damit sie strafrechtlich relevant wird.⁹⁸ Dieser Massstab muss auch im Bereich der Einwilligung gelten.⁹⁹ Liegen Gewalt oder Drohung im Sinne von Art. 181 StGB vor, liegt die Einwilligung nicht mehr im Verantwortungsbereich des Patienten, sondern in jenem des nötigen Dritten.

1.7 Aufklärungspflicht des Arztes

1.7.1 Allgemeines

Mit der Aufklärung soll der Patient über die medizinische Behandlung soweit unterrichtet werden, dass er sich in Kenntnis der Sachlage für oder gegen diese entscheiden kann.¹⁰⁰ Die Aufklärungspflicht des Arztes folgt daher aus dem Erfordernis des Selbstbestimmungsrechts des Patienten über seinen Körper. Man

⁹⁵ Jossen, med. Heileingriff, S. 184.

⁹⁶ Bussmann, Heileingriff, S. 62.

⁹⁷ Bussmann, Heileingriff, S. 62.

⁹⁸ Delnon/ Rüdiger, BSK, Art. 181, N 18 ff.; Stratenwerth/Jenny, Strafrecht BT I, S. 121 ff.

⁹⁹ Arzt, Willensmängel, S. 32 ff.

¹⁰⁰ Bussmann, Heileingriff, S. 63; Fellmann, Arztrecht, S. 170; Roth, BSK, vor Art. 122, N 23.

kann nur dann in eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität einwilligen, wenn man weiss, worauf man sich überhaupt einlässt.

Angesichts des immensen Fortschritts der Medizin in den letzten Jahrzehnten kann der Patient heute als medizinischer Laie gar nicht wissen, was mit ihm passiert. Daher gilt im Medizinstrafrecht insbesondere, dass der Wissensvorsprung des Arztes, als potentieller Täter, gegenüber dem Patienten, als seinem Opfer, durch die entsprechende Aufklärung auszugleichen.¹⁰¹ Das Erfordernis einer hinreichenden Information findet daher nirgends eine so grosse Bedeutung wie in der Medizin. Deshalb wurde und wird das Thema, in wie weit das Ausmass der Aufklärung zu erfolgen hat, in der Literatur ausführlich diskutiert.¹⁰²

1.7.2 Gegenstand der Aufklärung

a) Sicherungsaufklärung

Die Sicherungsaufklärung wird auch therapeutische Aufklärung genannt und ist der Teil der medizinischen Behandlung, bei dem es darum geht, die für die Heilung erforderliche Kooperationsfähigkeit des Patienten herzustellen. Dieser soll es beispielsweise infolge Unkenntnis nicht versäumen, die Wirkung eines Medikamentes auszuschalten, indem er Alkohol trinkt.¹⁰³

b) Eingriffsaufklärung

Davon abzugrenzen ist die Eingriffsaufklärung, bei der es dem Patienten ermöglicht werden soll, über die konkret anstehende medizinische Behandlung eigenverantwortlich zu entscheiden, indem die schwer verständlichen medizinischen Fakten erklärt würden.¹⁰⁴

aa) Diagnoseaufklärung

Der Patient ist nach h.L. und Rechtsprechung über den Befund aufzuklären.¹⁰⁵ Der Patient kann nämlich eine autonome Entscheidung nur fällen, wenn er darüber informiert ist, was ihm eigentlich fehlt. Demgegenüber halten einige Autoren eine

¹⁰¹ Jossen, med. Heileingriff, S. 109.

¹⁰² Arzt, Aufklärungspflicht, S. 52; Bussmann, Heileingriff, S. 63 ff.; Fink, Aufklärungspflicht, S. 85 ff.; Wiegand, Arztrecht, S. 127 ff; Weissenberger, Einwilligung, S. 150 ff.

¹⁰³ Bussmann, S. 63; Wicki, Komplementärmedizin, S. 356.

¹⁰⁴ Jossen, med. Heileingriff, S. 111; Tag, Arztrecht, S. 706.

¹⁰⁵ BGE 117 Ib 197, Erw. 3, S. 204.

Diagnoseaufklärung nur für ausnahmsweise erforderlich, z.B. wenn der Patient durch ausdrückliche Nachfrage erkennbar macht, dass er der Diagnose eine erhebliche Bedeutung für den Behandlungsentscheid zumisst und nur durch Mitteilung des Befundes zur erforderliche Einwilligung motiviert werden kann.¹⁰⁶ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Es ist eine vollständige Information über den Befund notwendig. Nur so kann der Patient darüber entscheiden, ob er seine Einwilligung zu einem Eingriff gibt oder nicht.

Der Arzt hat dem Patienten wahrheitsgemäss den Befund zu offenbaren.¹⁰⁷ Könnte die Mitteilung der Diagnose den Patienten seelisch schwer belasten und damit mögliche Heilungschancen beeinträchtigen (insbesondere bei einem Krebsbefund), so ist der Befund vorsichtig zu offenbaren.¹⁰⁸ Besteht nur der Verdacht über einen möglichen Befund, so ist auch dieser mitzuteilen, da er für die Entscheidungsfindung ebenfalls relevant sein kann.¹⁰⁹

bb) Aufklärung über die Behandlung

Nach der Feststellung des Krankheitsbildes sind dem Patienten die medizinischen Möglichkeiten zu erörtern, um diesen Zustand zu verbessern oder zumindest zu erhalten. Hierzu gehören die Art der Behandlung (operativ, medikamentös), der Verlauf der Behandlung sowie die Prognose der Behandlung (erwartete Folgen der Behandlung bzw. Nichtbehandlung, Risiken). Bei den Folgen eines Eingriffs ist etwa auf zurückbleibende Narben bei einer Operation, Haarausfall bei einer Chemotherapie oder Unfruchtbarkeit bei einer Gebärmutterentfernung hinzuweisen.¹¹⁰

cc) Behandlungsalternativen

Falls verschieden Behandlungsmethoden in Frage kommen, hat der Arzt dem Patient in verständlicher Weise die Vor- und Nachteile, insbesondere auch die unterschiedlichen Risiken und Erfolgsaussichten der betreffenden

¹⁰⁶ Wicki, Komplementärmedizin, S. 369.

¹⁰⁷ Bussmann, Heileingriff, S. 66.

¹⁰⁸ Bussmann, Heileingriff, S. 66.

¹⁰⁹ Bussmann, Heileingriff, S. 66; anders Wiegand, Arztrecht, S. 132. Die Orientierung über Verdachtsmomente kann unterbleiben, da der bevorstehende Eingriff nicht auf einer unsicheren Diagnose oder gar einem einfachen Verdacht beruhen dürfe, sondern nur auf gesicherten Daten.

¹¹⁰ Wiegand, Arztrecht, S. 133.

Behandlungsmethoden mitzuteilen, um dem Patienten eine Abwägung zu ermöglichen.¹¹¹ Dabei hat der Arzt nur über diese alternativen Behandlungsmethoden aufzuklären, die er als fachkundige Person vorschlagen würde.¹¹² Dabei kommen auch komplementärmedizinische Methoden in Frage, wenn diese einen gewissen Anerkennungsgrad erreicht haben, wie z.B. die Behandlung allergischer und rheumatischer Erkrankungen durch Akupunktur.¹¹³

dd) Risikoaufklärung

Bei jedem Eingriff können, unabhängig von einem Behandlungsfehler, Komplikationen auftreten. Fraglich ist daher, inwieweit ein Arzt über mögliche unerwünschte Folgen aufzuklären hat. Unbestritten ist aufzuklären über Folgen, die unvermeidlich sind, wie etwa der Verlust eines Gliedes, auffällige Narben etc.¹¹⁴

Als Richtlinie für die Beurteilung eines Behandlungsrisikos dient zunächst einmal die Häufigkeit der auftretenden Komplikationen, welche bei regelmässigem Auftreten als typische Risiken bezeichnet werden.¹¹⁵ Über diese ist stets aufzuklären. Weiter ist auf die Bedürfnisse des Patienten einzugehen. Zeigt der Patient besonderes Interesse an der Risikoaufklärung, indem er immer wieder nachfragt, so ist auch über seltene Risiken aufzuklären, sofern diese Informationen für den Patienten eine erhebliche Rolle bei der Entscheidung über die Einwilligung spielen.¹¹⁶ Gemäss Rechtsprechung besteht keine Aufklärungspflicht über allgemeine Risiken, welche regelmässig mit einem Eingriff verbunden sind. Der Arzt könne davon ausgehen, dass er es mit einem verständigen Patienten zu tun habe, welcher über die allgemein bekannten Gefahren einer Operation Bescheid wisse.¹¹⁷ Auf die Möglichkeit einer Wundinfektion nach einer Operation ist damit in der Regel nicht hinzuweisen.

1.7.3 Aufklärungsumfang

Nach wie vor herrscht jedoch Unsicherheit darüber, in welchem Umfang eine Aufklärung erfolgen soll bzw. welches Mass an Aufklärung tatsächlich sinnvoll ist. Erschwerend kommt hinzu, dass der Arzt sowohl bei ungenügender Aufklärung als

¹¹¹ Bussmann, Heileingriff, S. 66; Arzt, Aufklärungspflicht, S. 68.

¹¹² Wicki, Komplementärmedizin, S. 366.

¹¹³ Wiegand, Arztrecht, S. 141; Wicki, Komplementärmedizin, S. 366.

¹¹⁴ Bussmann, Heileingriff, S. 67.

¹¹⁵ Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 273; Jossen, med. Heileingriff, S. 115.

¹¹⁶ Jossen, med. Heileingriff, S. 115; Bussmann, Heileingriff, S. 68.

¹¹⁷ Tag, Körperverletzungstatbestand, 274 f.

auch bei zu ausführlicher Aufklärung belangt werden kann (sog. Aufklärungsschaden).¹¹⁸ Zu beachten ist, dass Umfang und Intensität der Aufklärung abhängig von der konkreten Sachlage ist. Je dringlicher und notwendiger die Durchführung eines Eingriffs ist, desto geringere Anforderungen sind an den Umfang und Intensität der Aufklärung zu stellen.¹¹⁹ So hat beispielsweise bei kosmetischen Eingriffen die Aufklärung genau zu erfolgen, weil der Patient in diesem Fall noch die echte Wahl hat, sich behandeln zu lassen oder nicht. Umgekehrt reduziert sich die Aufklärung in ihrer Intensität und in ihrem Umfang, wenn sich der Patient in lebensbedrohlicher Lage befindet.¹²⁰

Weiter hängt die Anforderung an die Aufklärung von der Art der Behandlungsmassnahme ab. Wird daher eine komplementärmedizinische Behandlung angestrebt, hat der Arzt zusätzlich auch über mögliche schulmedizinische Behandlungsalternativen aufzuklären und beide Methoden in Relation zu setzen.¹²¹

Zu berücksichtigen ist bei der Intensität und Genauigkeit im Weiteren der Grad der Gefährlichkeit der Behandlung. Ist die Wahrscheinlichkeit von Komplikationen einer bevorstehenden Behandlung besonders hoch, hat auch eine umfassende Aufklärung zu erfolgen.¹²²

1.7.4 Aufklärungspflichtiger

Zuständig für die erforderliche Aufklärung ist grundsätzlich der Arzt der den Eingriff vornimmt.¹²³ Allerdings ist dies keine zwingende Voraussetzung. Die Aufklärung kann an einen anderen Arzt delegiert werden, solange dieser über ein vergleichbares Fachwissen verfügt wie der behandelnde Arzt.¹²⁴ Zudem wird oftmals aus wirtschaftlichen Gründen in Spitälern die Aufklärung von einem Assistenzarzt, die Durchführung der Behandlung aber von einem Ober- oder Chefarzt durchgeführt. Der Assistenzarzt verfügt meistens nicht über ein vergleichbares Fachwissen. Dies ist

¹¹⁸ Wiegand, Arztrecht, 188 f.

¹¹⁹ Bussmann, Heileingriff, S. 64.

¹²⁰ Bussmann, Heileingriff, S. 65.

¹²¹ Wicki, Komplementärmedizin, S. 403 f.

¹²² Bussmann, Heileingriff, S. 65.

¹²³ Bussmann, Heileingriff, S. 65; Tag, Arztrecht, S. 707; Wicki, Komplementärmedizin, S. 360.

¹²⁴ Fink, Aufklärungspflicht, S. 177.

solange unbedenklich, als die aufklärende Person fähig erscheint, die Aufklärung sachgerecht durchzuführen und unter Umständen eine Überwachung und Instruktion des eigentlich behandelnden Arztes stattfindet.¹²⁵

Bei der Behandlung durch mehrere Spezialisten hat jeder über sein Fachgebiet aufzuklären.¹²⁶ Der Anästhesist hat beispielsweise über die Wirkung und Risiken der Narkose aufzuklären und der Herzchirurg über die Folgen einer Bypassoperation am Herzen.

1.7.5 Aufklärungszeitpunkt

Der Patient verfügt erst durch die Aufklärung über die erforderlichen Informationen, um über seine Einwilligung zu entscheiden. Deshalb muss die Aufklärung vor der Einwilligung erfolgen. Bei der Bestimmung des Zeitpunktes der Aufklärung ist es wichtig, den damit verbundenen Entscheidungsprozess des Patienten mit zu berücksichtigen. Deshalb ist die Aufklärung zeitlich genügend vor dem Behandlungsbeginn anzusetzen.¹²⁷ Das Bundesgericht hält in dieser Entscheidung fest, dass bei nicht gravierenden Eingriffen eine Einwilligung einen Tag vor der Behandlung ausreiche, wohingegen die Einwilligung bei schwerwiegenden und risikoreichen Operationen drei Tage im Voraus eingeholt werden müsse.

1.7.6 Form der Aufklärung

Das Strafrecht kennt keine Formvorschrift darüber, wie die Aufklärung geschehen sollte. Dennoch besteht das Erfordernis der individualisierten Aufklärung regelmässig in einem mündlichen, zwischen dem Arzt und dem Patienten erfolgenden Aufklärungsgespräch.¹²⁸ Ein vorgängig abgegebener, standardisierter Aufklärungsbogen kann dabei das Aufklärungsgespräch nicht ersetzen.¹²⁹ Zudem ist darauf zu achten, dass das Aufklärungsgespräch in einer dem Patienten bekannten Sprache geschieht und insbesondere medizinische Fachausdrücke vermieden werden sollten.¹³⁰

¹²⁵ Jossen, med. Heileingriff, S. 118.

¹²⁶ Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 335 f.

¹²⁷ BGer 4P.265/2002 vom 28. April 2003, Erw. 5.2.

¹²⁸ Jossen, med. Heileingriff, S. 120.

¹²⁹ Fink, Aufklärungspflicht, S. 188 f.; Tag, Arztrecht, S. 708; Wicki, Komplementärmedizin, S. 360.

¹³⁰ Fink, Aufklärungspflicht, S. 161; Tag, Arztrecht, S. 708; Tag, Körperverletzungstatbestand, S. 342.

1.7.7 Ausnahmen von der Aufklärungspflicht

Ohne Aufklärung ist die Einwilligung grundsätzlich unwirksam. Es gibt dennoch Fälle, bei denen ein ärztlicher Eingriff auch ohne Aufklärung gerechtfertigt ist. Auf diese ist im Folgenden einzugehen.

a) Therapeutisches Privileg

Der Arzt steht oftmals im Konflikt zwischen dem Selbstbestimmungsrecht, das eine umfassende Aufklärung verlangt und der Tatsache, dass die Aufklärung heilzweckwidrige Folgen nach sich ziehen kann. Das Prinzip des therapeutischen Privilegs gibt dem Arzt die Möglichkeit, die Aufklärung zum Wohle des Patienten zu beschränken. In der schweizerischen Rechtsprechung ist das therapeutische Privileg als Möglichkeit der Aufklärungsbeschränkung anerkannt. Der Arzt darf dem Patienten Informationen vorenthalten, wenn die volle Aufklärung über die Diagnose und die Risiken der Behandlung zu schweren psychischen Schädigungen führen würde.¹³¹ Als extremes Beispiele zu nennen ist hier das Basedow-Symptom, bei dem schon die geringste psychische Erregung des Patienten tödlich wirken könnte.¹³² Auch bei einem Krebsbefund passiert es oft, dass Patienten nach der Mitteilung in einen depressiven Zustand geraten.

Allerdings wird das Verschweigen der Diagnose nur in Ausnahmefällen als zulässig erachtet.¹³³ Ein Grund, der für eine zurückhaltende Anwendung des therapeutischen Privilegs spricht, ist das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient. Dieses könne nur dort zustande kommen, wo der Arzt den Patienten nicht über ihn betreffende Tatsachen täusche. Im Rahmen seiner Sorgfaltspflicht hat der Arzt die Entscheidung für oder gegen eine vollständige Aufklärung einer „vernichtenden“ Prognose gewissenhaft und unter Berücksichtigung sämtlicher ihm bekannten Fakten zu treffen¹³⁴. Wird dem Patienten die Prognose einer schwerwiegenden oder zum Tode führenden Entwicklung aus therapeutischen Gründen verschwiegen, muss

¹³¹ BGE 113 Ib 420, Erw. 6, S. 426.

¹³² Bussmann, Heileingriff, S. 69.

¹³³ Bussmann, Heileingriff S. 69 f.; Fink, Aufklärungspflicht, S. 154; Tag, Arztrecht, S. 711 ff.; Weissenberger, Einwilligung, S. 151; Wiegand, Arztrecht, S. 143 ff.

¹³⁴ Fink, Aufklärungspflicht, S. 154.

gemäss Bundesgericht zumindest die Aufklärung der Angehörigen erfolgen.¹³⁵ Die Information der Angehörigen bietet sich insbesondere in kritischen Situationen an, wenn seitens des Arztes Unsicherheit über das zumutbare Ausmass der Aufklärung besteht. Normalerweise kennen die Angehörigen den Patienten besser und können folglich auch eher einschätzen, ob dieser die Diagnose verkraftet oder nicht.¹³⁶

b) Patientenwissen

Die Aufklärung kann unterbleiben, wenn beim Patienten ein entsprechendes Vorwissen besteht, welches eine Aufklärung hinfällig werden lässt.¹³⁷ Die Gründe hierfür können vielfältig sein. In einem Entscheid des BGer wurde bei einem Kind, das an einem schweren Herzfehler litt, zum dritten Mal eine Herzoperation durchgeführt. Während des Eingriffs kam es zu Komplikationen, wobei das Kind wegen ungenügender Blutzufuhr eine schwere Hirnschädigung erlitt. Das Bundesgericht verneinte eine Verletzung der Aufklärungspflicht, weil sich der gesetzliche Vertreter aufgrund früherer erfolgter Operationen über alle Risiken dieser schwierigen Operation im Klaren sein musste.¹³⁸

Die Aufklärung kann sich auch erübrigen, wenn der Patient aus eigener medizinischer Sachkunde bereits unterrichtet ist oder dies noch tun kann, wie dies beispielsweise bei einem Arzt der Fall ist.¹³⁹

c) Aufklärungsverzicht

Kraft seines Selbstbestimmungsrechts kann der Patient auch über eine Aufklärung verzichten. Dem Patienten darf kein Wissen aufgedrängt werden, das er ablehnt.¹⁴⁰ Umstritten ist die Frage, in welchem Umfang ein Aufklärungsverzicht zulässig ist. Ein Vollverzicht wird von der h.L. abgelehnt. Der Patient muss zwar seine Situation nicht in Einzelheiten, wohl aber in ihren Umrissen korrekt sehen.¹⁴¹ Dieses Minimum an Information ist für den Patienten nötig, um überhaupt entscheiden zu können, ob er etwas wissen will oder nicht. Sinnvoll ist es, den Aufklärungsverzicht schriftlich

¹³⁵ BGE 105 II 284, Erw. 6, S.288.

¹³⁶ Siehe hierzu BGE 105 II 284, Erw. 6, S. 286 f.; Wiegand, *Arztrecht*, S. 146.

¹³⁷ Tag, *Körperverletzungstatbestand*, S. 346.

¹³⁸ BGE 115 Ib 175, Erw. 3a, 182.

¹³⁹ Bussmann, *Heileingriff*, S. 70.

¹⁴⁰ Bussmann, *Heileingriff*, S. 70.

¹⁴¹ Arzt, *Aufklärungspflicht*, S.63; Ulsenheimer, *Arztstrafrecht*, N 126.

festzuhalten, obwohl dies für seine Gültigkeit nicht zwingend vorausgesetzt ist. Die Beweislast für das Vorhandensein eines Aufklärungsverzichts liegt in einem späteren Prozess aber beim Arzt.¹⁴²

Schlussendlich ist zu beachten, dass ein Aufklärungsverzicht nur gültig sein kann, wenn er freiwillig und ohne Beeinflussung seitens des Arztes abgegeben worden ist.¹⁴³

d) Zeitliche Dringlichkeit

Eine Aufklärung kann im Falle einer Notfallsituation unterbleiben. Dies ist beispielweise der Fall, wenn der Patient bewusstlos ins Spital eingeliefert wird.¹⁴⁴

Gerechtfertigt ist der Eingriff aber trotzdem durch die mutmassliche Einwilligung.¹⁴⁵

Der Patient ist in diesem Fall aber im Nachhinein über den vorgenommenen Eingriff zu informieren.¹⁴⁶ Falls sich ein noch urteilsfähiger Patient in einer lebensbedrohlichen Lage befindet, ist zumindest über die Grundzüge der Behandlung oder, wenn nicht einmal hierfür Zeit bleibt, über die Operationsabsicht zu unterrichten.¹⁴⁷

e) Operationserweiterung

Ein weiteres Problem stellt sich bei der Operationserweiterung, über deren Möglichkeit im Vorhinein nicht aufgeklärt wurde und eine Information während der Operation nicht möglich ist, weil der Patient sich in Narkose befindet.¹⁴⁸ Ein solcher Eingriff ist nach BGer nur zulässig, wenn *der Eingriff dringlich oder unzweifelhaft nötig und eine Operationsunterbrechung nicht ohne Gefahr möglich sei*.¹⁴⁹

¹⁴² Fink, Aufklärungspflicht, S. 156.

¹⁴³ Jossen, med. Heileingriff, 127.

¹⁴⁴ Tag, Arztrecht, S. 710.

¹⁴⁵ So auch Wiegand, Arztrecht, S. 162 f.; anders Bussmann, Heileingriff, S. 71: Kommt zwar zum gleichen Ergebnis, sieht die Rechtfertigung aber in der Geschäftsführung ohne Auftrag 419 ff. OR.; Zu den Begriffen, siehe hinten, S. 33 f.

¹⁴⁶ Tag, Arztrecht in der Praxis, S. 710.

¹⁴⁷ Tag, Arztrecht in der Praxis, S. 710.

¹⁴⁸ Wiegand, Arztrecht, S. 174.

¹⁴⁹ BGE 108 II 59, Erw. 2, S. 61.

WIEGAND unterscheidet zwischen vital indizierten und nicht vital indizierten Erweiterungen mit oder ohne gravierenden Folgen.¹⁵⁰ Während vital indizierte Erweiterungen stets erlaubt seien, wären nicht vital indizierte Erweiterungen ohne schwerwiegende Folgen zulässig, wenn die Erweiterung nicht mit einer erhöhten Gefahr verbunden und ein Abbruch kontraindiziert sei. Nicht vital indizierte Erweiterungen mit schwerwiegenden Folgen und Erweiterungen, die aus blossen Zweckmässigkeitsüberlegungen vorgenommen würden, seien generell unzulässig. In jedem Fall zulässig ist eine Erweiterung, wenn der Arzt aufgrund besonderer Umstände auf den hypothetischen Willen des Patienten schliessen kann.

f) Placebo-Therapie

Die Aufklärung über die Anwendung eines Placebos (Scheinmedikament, unwirksame pharmazeutische Substanz) würde der Placebo-Therapie gerade widersprechen. Der Erfolg der Behandlung wäre bei voller Aufklärung gefährdet.¹⁵¹ Die Verabreichung hat nur dort eine Bedeutung, wo sie beispielsweise durch Injektion geschieht und so den Tatbestand der einfachen Körperverletzung nach Art. 123 Ziff. 1 StGB erfüllen würde, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegen würde. Die Verabreichung von Salben wäre ein Beispiel, wo der Tatbestand nicht erfüllt wäre.

In der Praxis ist diese Therapie besonders in der Arzneimittelforschung von Bedeutung.¹⁵² Als Rechtfertigungsgrund für den Eingriff einer solchen Therapie wird die Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 OR genannt, wenn die Placebo-Therapie medizinisch indiziert und anderen Behandlungsmöglichkeiten vorzuziehen ist.¹⁵³

1.7.8 Folgen fehlender oder fehlerhafter Aufklärung

Falls eines der oben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt ist, ist ein Eingriff in die körperliche Integrität rechtswidrig. Eine Einwilligung kann somit gar nicht vorliegen, weil erst die hinreichende Aufklärung es dem Patienten ermöglicht, eine freie Entscheidung über die Durchführung einer medizinischen Behandlung zu treffen und

¹⁵⁰ Wiegand, *Arztrecht*, S. 175 f.

¹⁵¹ Bussmann, *Heileingriff*, S. 71.

¹⁵² Fink, *Aufklärungspflicht*, S. 160.

¹⁵³ Bussmann, *Heileingriff*, S. 71.

damit rechtswirksam in einen Eingriff einzuwilligen.¹⁵⁴ In der Praxis werden selten Fälle genannt, in denen eine Aufklärung ganz ausbleibt. Häufiger kommt es vor, dass der Arzt es versäumt, den Patienten über ein bestimmtes Risiko aufzuklären. In der Regel wird aber auch bei einer fehlerhaften oder ungenügenden Aufklärung der Eingriff als ganz rechtswidrig sein, da z.B. die Unkenntnis eines bestimmten Risikos dazu führt, dass eine wesentliche, die gesamte Operation betreffende Entscheidungsgrundlage fehlt und somit die Einwilligung insgesamt unwirksam ist.¹⁵⁵

1.8 Form der Einwilligung

Die Einwilligung bedarf keiner bestimmten Form.¹⁵⁶ Eine schriftliche Einwilligungserklärung ist nicht notwendig. Es reicht, wenn aus dem Patientenverhalten hergeleitet werden kann, eine Einwilligung liege vor.¹⁵⁷ Es muss daher nicht zwingend eine ausdrückliche mündliche oder schriftliche Einwilligung vorliegen. Eine stillschweigende Einwilligung durch konkludentes Verhalten reicht aus.¹⁵⁸ Die Zustimmung muss sich nicht nur auf die Behandlung im Allgemeinen, sondern auf den bevorstehenden Eingriff im Besonderen erstrecken.¹⁵⁹ Daher kann beispielsweise nicht angenommen werden, durch den Eintritt ins Spital habe der Patient seine Einwilligung in eine Operation bereits gegeben.¹⁶⁰

1.9 Reichweite der Einwilligung

1.9.1 In personeller Hinsicht

Die Einwilligung erstreckt sich grundsätzlich nur auf den Arzt, dem sie erteilt wird.¹⁶¹ Wird der Patient hingegen in einem Spital behandelt, wo ein ganzes Ärzteteam an der Behandlung beteiligt ist, muss angenommen werden, dass sich die Einwilligung auf alle beteiligten Ärzte erstreckt.¹⁶² Ausgenommen bleiben Fälle, wo der Patient

¹⁵⁴ Wiegand, Arztrecht, S. 180.; Siehe hierzu auch vorne, S. 21.

¹⁵⁵ Wiegand, Arztrecht, S. 181.

¹⁵⁶ Wiegand, Arztrecht, S. 148; Bussmann, Heileingriff, S. 72.

¹⁵⁷ Jossen, med. Heileingriff, S. 217; BGE 99 IV 208, Erw. 4, S. 211.

¹⁵⁸ Jossen, med. Heileingriff, S. 222.

¹⁵⁹ Bussmann, Heileingriff, S. 72.

¹⁶⁰ Fink, Aufklärungspflicht, S. 260.

¹⁶¹ Fink, Aufklärungspflicht, S. 260.

¹⁶² Bussmann, Heileingriff, S. 72.

ausdrücklich zu erkennen gibt, dass er von einem bestimmt Arzt (Chefarzt einer Abteilung) behandelt werden will.¹⁶³

1.9.2 In gegenständlicher Sicht

Die Einwilligung muss sich auf die tatsächlich durchgeführte Behandlung beziehen. Besteht die Behandlung aus mehreren Phasen, muss für jede einzelne dieser Phasen bzw. Massnahmen eine Einwilligung vorliegen. Falls Änderungen bei der Durchführung des Eingriffs möglich sind, ist der Patient auch darüber zu informieren.¹⁶⁴ Kommt es während des Eingriffs zu einer unerwarteten Operationserweiterung, auf welche sich die Einwilligung nicht erstreckt, ist diese grundsätzlich unter dem Titel der mutmasslichen Einwilligung trotzdem zulässig, falls es sich um einen medizinisch Indizierten Eingriff handeln würde.¹⁶⁵

1.10 Zeitpunkt der Einwilligung

Die Einwilligung muss vor dem Eingriff erteilt werden und während derselben andauern.¹⁶⁶ Eine nachträgliche Einwilligung kann die Rechtswidrigkeit nicht mehr ausschliessen, da die Legitimation einer Handlung im Zeitpunkt ihrer Vorname bestehen muss.¹⁶⁷

1.11 Widerruf der Einwilligung

Der Patient hat grundsätzlich das Recht, seine Einwilligung zu einer Heilbehandlung ohne Bindung an gewisse Gründe und Fristen jederzeit zu widerrufen.¹⁶⁸ Es bedarf jedoch der Einwilligungs-, bzw. Urteilsfähigkeit des Patienten und der Widerruf muss nach aussen kundgegeben werden. Bei Vorliegen eines wirksamen Widerrufs darf die Behandlung nicht begonnen bzw. muss grundsätzlich abgebrochen werden. Dem Arzt obliegt in diesem Fall die Pflicht, den Patienten auf mögliche gesundheitliche Folgen einer Unterbrechung hinzuweisen.¹⁶⁹

¹⁶³ Bussmann, S. 73.

¹⁶⁴ Fink, Aufklärungspflicht, S. 261.

¹⁶⁵ Siehe hierzu vorne, S. 5.

¹⁶⁶ Weissenberger, Einwilligung, S. 89; Wicki, Komplementärmedizin, S. 377, Bussmann, S. 73.

¹⁶⁷ Noll, Rechtfertigungsgründe, S. 132.

¹⁶⁸ Arzt, Aufklärungspflicht, S. 60 f.; Bussmann, Heileingriff, S. 73, Tag, Arztrecht, S. 696.

¹⁶⁹ Tag, Arztrecht, S. 696.

2. Mutmassliche Einwilligung

In Fällen, wo eine rechtzeitige Einwilligung nicht mehr erlangt werden kann, weil der Patient im Zeitpunkt der medizinischen Heilbehandlung dazu nicht in der Lage ist, ist darauf abzustellen, wie der Patient sich äussern würde, wäre er dazu imstande. Sobald Indizien für den eigenen Willen des Patienten oder sogar entsprechende vorgängige Willensäusserungen vorliegen, welche mittels Aussagen von Familienangehörigen oder durch frühere schriftliche Aufzeichnungen des Patienten ermittelt werden können, soll auf diese Rücksicht genommen werden.¹⁷⁰ Objektive Kriterien, wie beispielsweise die medizinischen Interessen, sollen erst subsidiär berücksichtigt werden.¹⁷¹

Die mutmassliche Einwilligung kann nur vermutet werden. Bis zum Gegenbeweis spricht eine Vermutung dafür, dass der Arzt in Notsituationen grundsätzlich nach dem mutmasslichen Willen des Patienten handelt, wenn er den medizinisch indizierten Eingriff vornimmt.¹⁷² Stellt sich im Nachhinein heraus dass die Vermutung falsch war, weil der Patient sich unter den konkreten Umständen anderes entschieden hätte, dies aber für den Arzt nicht erkennbar war, ist der Eingriff trotzdem gerechtfertigt.¹⁷³

3. Geschäftsführung ohne Auftrag

Nach Art. 419 OR handelt rechtmässig, wer im Interesse des Verletzten und nach dessen mutmasslichem Willen eine tatbestandsmässige Handlung vornimmt.¹⁷⁴ Auch das Bundesgericht hat sich für eine Anwendung dieser Norm im Medizinstrafrecht bekannt.¹⁷⁵ Teilweise wird zwischen der mutmasslichen Einwilligung und der Geschäftsführung ohne Auftrag gar nicht unterschieden.¹⁷⁶ WICKI nennt als Hauptgrund den Unterschied, ob sich die Indizien des Patientenwillens mit den festgestellten objektiven Interessen des Behandelnden

¹⁷⁰ Jossen, med. Heileingriff, S. 52; Wicki, Komplementärmedizin, S. 392.

¹⁷¹ Stratenwerth, Strafrecht AT I, S. 234, N 25 f.

¹⁷² Bussmann, Heileingriff, S. 79

¹⁷³ So auch Bussmann, Heileingriff, S. 80.

¹⁷⁴ Bussmann, Heileingriff, S. 75 f.

¹⁷⁵ BGE 99 IV 208, Erw. 3 und 4, S. 210.

¹⁷⁶ Jossen, med. Heileingriff, S. 53.

decken oder nicht.¹⁷⁷ Trifft dies zu, ist der Eingriff durch die Geschäftsführung ohne Auftrag gerechtfertigt, ansonsten geschieht die Rechtfertigung durch die mutmassliche Einwilligung.

4. Stellvertretende Einwilligung

Bei der stellvertretenden Einwilligung willigt der gesetzliche Vertreter anstelle des einwilligungsunfähigen Patienten in die medizinische Heilbehandlung ein.¹⁷⁸

War der Patient einmal einwilligungsfähig, muss sich der Entscheid des Stellvertreters nach dem ermittelbaren mutmasslichen Willen des Patienten richten.¹⁷⁹ Falls der Patient gar nie Einwilligungsfähig war, muss nach dem objektiven Wohl des Patienten entschieden werden.¹⁸⁰

5. Folgen nicht vorhandener oder mangelhafter Einwilligung

Trifft eine der oben genannten Voraussetzungen nicht zu, so ist zu prüfen, in welcher Hinsicht der Arzt für sein eigenmächtiges Handeln strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Dadurch würde nämlich kein Rechtfertigungsgrund vorliegen und bei schuldhaftem Verhalten ist der Arzt dann, je nachdem, ob die Einwilligung vorsätzlich oder fahrlässig nicht eingeholt wurde, wegen vorsätzlicher (Art. 122 und 123 StGB) oder fahrlässiger Körperverletzung (Art. 125 StGB) zu bestrafen. Hat die eigenmächtige Heilbehandlung zum Tod des Patienten geführt, kommen auch die Tatbestände der fahrlässigen und vorsätzlichen Tötung (Art. 111 bzw. 117 StGB) in Betracht.

6. Zwischenfazit

Damit die Einwilligung des Patienten den ärztlichen Eingriff in die körperliche Integrität rechtfertigen kann, muss sie diversen Anforderungen genügen. Als wichtigste Voraussetzung gilt, dass der Einwilligung eine vollständige Aufklärung

¹⁷⁷ Wicki, Komplementärmedizin, S. 392.

¹⁷⁸ Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 5 ff.

¹⁷⁹ Jossen, med. Heileingriff, S. 53.

¹⁸⁰ Thommen, Stellvertretende Einwilligung, S. 23.

vorausgegangen sein muss. Eine rechtsgültige Einwilligung kann zudem nur dann vorliegen, wenn sie von einer urteilsfähigen Person abgegeben wurde. Bei Urteilsunfähigkeit muss die Einwilligung in den Eingriff vom gesetzlichen Vertreter erfolgen. Im Übrigen kann die Einwilligung in eine Tötung nie rechtsgültig sein.

D. Behandlungsfehler

1. Definition

Ein ärztlicher Behandlungsfehler wird in der schweizerischen Literatur und Rechtsprechung bezeichnet als *ein Verstoss gegen allgemein anerkannte Regeln der Ärztlichen Wissenschaft und Praxis (Heilkunst) infolge eines Mangels an gehöriger Aufmerksamkeit oder Vorsicht*.¹⁸¹ Dabei kann sich dieser auf alle Phasen des ärztlichen Handelns beziehen, egal ob dies die Stellung der Diagnose, die Aufklärung, die Therapie oder die Nachbehandlung ist. Die Besonderheit der ärztlichen Kunst liegt darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken hat. Dies heisst aber nicht, dass er diesen auch herbeiführen oder gar garantieren müsse, denn der Erfolg als solcher gehört nicht zu seiner Verpflichtung.¹⁸² Die Anforderungen an die ärztliche Sorgfaltspflicht richten sich nach den Umständen des Einzelfalls, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit.¹⁸³ Es ist also bei jedem Sachverhalt von Neuem zu prüfen, ob aufgrund gegebener Umstände ein Behandlungsfehler bejaht werden kann oder nicht. Nachfolgend werden Beispiele aus der Praxis erläutert, bei den sich die Gerichte in der Schweiz mit dieser Frage auseinandersetzen hatten.

¹⁸¹ Kuhn, Behandlungsfehler, S. 605; BGE 115 Ib 175, Erw. 2b, S. 180.

¹⁸² Siehe hierzu vorne, S. 7

¹⁸³ BGE 113 II 429; Erw. 3.; BGE 120 Ib 411, Erw. 4a, S. 413; Anders ;Kuhn, Behandlungsfehler, S. 605; BGE 105 II 284, Erw. 1, S. 284 f.: Nach alter bundesgerichtlicher Rechtsprechung wurde die Sorgfaltspflichtverletzung auf grobe Behandlungsfehler beschränkt.

E. Beispiele aus der Praxis

1. Diagnosefehler

T fuhr auf seinem Kleinmotorroller, B auf seinem Rollbrett auf dem Trottoir, wobei sich B von seinem Freund T bei einer Geschwindigkeit von 30- 35 km/h ziehen liess. In der Folge liess B den Arm von T los, um vom Trottoir auf die Strasse zu wechseln. Unmittelbar danach kam er zu Fall, stürzte auf die Strasse und blieb regungslos liegen. Er wurde notfallmässig ins Spital gebracht. Aufgrund der Meldung des Rettungsdienstes, es werde ein ca. 25/26-jähriger, stark alkoholierter Mann nach einem Sturz ohne Rissquetschwunde eingeliefert, bot die zuständige Krankenschwester den für die medizinische Abteilung verantwortlichen Assistenzarzt Dr. D auf, der in jener Nacht Notfalldienst leistete und zum Zeitpunkt seit der Einlieferung rund 20 Stunden ununterbrochen im Dienst gestanden hatte. Aufgrund des negativen Befundes seiner Untersuchung und den Auskünften des Freundes T gelangte Dr. D zum Schluss, es liege keine Kopfverletzung vor. Er sah daher vom Beizug eines Chirurgen, von weiteren Untersuchungen sowie von der Anordnung einer stationären Überwachung im Spital ab, entliess B aus dem Spital und übergab ihn in die Obhut seiner inzwischen herbeigerufenen Freundin. In der Folge wurde B wiederum notfallmässig ins Spital eingeliefert, wo ein grosses Epituralhämatom (Hirnblutung) diagnostiziert wurde. Im Universitätsspital, wohin er anschliessend gebracht wurde, wurde er operiert. Ein Schädel-Hirn-Trauma mit einer grossen Blutung bewirkte eine Durchblutungsstörung des Hirngewebes sowie einen lebensgefährlichen Druck auf das Gehirn. Diese Verletzungen führten bei B zu einer bleibenden Invalidität.¹⁸⁴

Der Kassationshof bejahte eine Verletzung der Sorgfaltspflicht. In Notfällen ist zwar an die Sorgfaltspflicht des Arztes wegen den zeitlichen Dringlichkeiten ein weniger strenger Massstab anzulegen als in Fällen, in denen dem Arzt für seine Diagnose und die Wahl der zu treffenden Behandlung oder der sonstigen Massnahme genügend Zeit zur Verfügung steht. Dr. D hätte sich aber nicht bloss auf einzelne Komponenten beschränken und die Stellung der Verdachtsdiagnose nicht allein auf die Darstellung der Ereignisse durch den Freund T und die mündliche Orientierung der Rettungssanitäterin beschränken dürfen, sondern hätte insbesondere dem von der letzteren ausgefüllten Formular «Notruf 144» Beachtung schenken müssen, weil ein solches die Umstände, unter denen der Verletzte aufgefunden wird, festhält.

¹⁸⁴ BGE 130 IV 7.

Ausserdem handelt es sich bei Rettungssanitätern um medizinisch geschulte Fachkräfte, welche aufgrund ihrer Ausbildung in der Lage sind, die erforderlichen ersten Hilfsmassnahmen zu ergreifen und dementsprechend die für die Beurteilung des Sachverhalts entscheidenden Informationen zu erkennen und festzuhalten. Der Beschwerdeführer hätte damit den Sturz des Geschädigten, der ihm von T geschildert und ihm auch durch die Rettungssanitäterin beschrieben worden war, ernst nehmen müssen und nicht als Bagatelle abtun dürfen. Das Sturzgeschehen erlangte namentlich in Kombination mit dem Umstand, dass B alkoholisiert gewesen war, besondere Bedeutung. Bei dieser Sachlage hätte Dr. D die Bewusstseinsstörung und das Erbrechen des B nicht allein dem zusätzlich vorausgegangenen Alkoholkonsum zuschreiben dürfen, sondern hätte einen Kopfaufprall in Betracht ziehen müssen. Zusammenfassend hätte bei Dr. D der Verdacht auf die naheliegende Verletzung aufkommen müssen und er hätte die festgestellten Symptome nicht allein dem Alkoholrausch zuschreiben dürfen. Indem er dies getan hatte, beging er einen Behandlungsfehler und verletzte seine Sorgfaltspflicht.

2. Gesundheitsbegriff

Dr. med. X wird vorgeworfen, er habe als verantwortlicher Arzt Frau Y unter anderem auch an der zweiten Zehe des rechten Fusses operiert, obschon er für diesen Eingriff keine Einwilligung der Patientin besessen habe. Der Beschwerdeführer hat im Rahmen der Operation an der Beschwerdegegnerin ein Face-Hals-Lifting sowie eine Mittelgelenksresektion an der zweiten und an der dritten Zehe des rechten Fusses vorgenommen. Für das Lifting und für die Operation der dritten Zehe lag vor dem Eingriff die ausdrückliche Einwilligung der Beschwerdegegnerin vor. Während der Operation entschloss sich der Beschwerdeführer, auch die zweite Zehe zu operieren. Vor Bundesgericht machte der Beschwerdeführer geltend, ein gelungener und kunstgerecht ausgeführter medizinischer Eingriff verbessere die Gesundheit des Patienten. weshalb der objektive Tatbestand der Körperverletzung von vornherein nicht erfüllt sein könne.¹⁸⁵

Ärztliche Eingriffe erfüllen, auch wenn sie medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind, jedenfalls insoweit den objektiven Tatbestand der Körperverletzung, als sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. bei

¹⁸⁵ BGE 124 IV 258.

Amputationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten beeinträchtigen oder verschlechtern. Solche Eingriffe können durch die ausdrückliche oder mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden. In casu wurde auch eine mutmassliche Einwilligung verneint.

Das Bundesgericht führte dabei aus, dass das Abstellen auf den Heilzweck kein taugliches Abgrenzungskriterium für die Frage sei, ob eine tatbestandsmässige Körperverletzung vorliege. Es leuchte ohne weiteres ein, dass der Begriff des Heilzwecks keine allgemein gültige, feste Grösse sei, sondern durchaus unterschiedlich definiert und interpretiert werden könne. Nicht alles, was medizinisch angezeigt sein könne, müsse vom betreffenden Patienten als für ihn gut und richtig betrachtet werden.

3. Aufklärungsfehler

An einem Kantonsspital wurde beim 55-jährigen C eine Röntgenkontrastdarstellung des Wirbelkanals vorgenommen und anschliessend durch den Oberarzt eine Laminektomie (Operationsmethode an der Wirbelsäule) durchgeführt. Gemäss Operationsbericht wurde eine Diskushernie (Bandscheibenvorfall) gefunden und entfernt. Nach der Operation wies C eine vollständige Lähmung beider Beine auf. C verlangte Schadenersatz und Genugtuung.¹⁸⁶

Das Bundesgericht hielt unter anderem fest, ein chirurgischer Eingriff an einem Patienten sei rechtswidrig, falls er nicht auf der vorherigen Einwilligung des ausreichend über den beabsichtigten Eingriff aufgeklärten Patienten beruhe. Der Arzt habe die gehörige Aufklärung und Einwilligung des Patienten zu beweisen. Was den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht anbelange, so müsse der Arzt den Patienten über Art und Risiken der in Aussicht genommenen Behandlungsmethoden aufklären, es sei denn, es handle sich um alltägliche Massnahmen, die keine besondere Gefahr und keine endgültige oder länger dauernde Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit sich brächten. Im vorliegenden Fall wurde weder behauptet, noch ergab sich aus der Krankengeschichte, dass der Patient über mögliche operative Komplikationen informiert worden war. Den an der Operation

¹⁸⁶ BGE 117 Ib 197 (Laminektomiefall).

teilnehmenden Ärzten hätte bewusst sein müssen, dass die Durchführung der ausgeführten Laminektomie in beinahe 70% der Fälle zu keiner Verbesserung des Zustandes führe und zudem in nahezu 35% der Fälle die Gefahr einer Paraplegie (Querschnittlähmung) bestehe. Über diese vom Gesichtspunkt eines medizinischen Laien aus sehr ungünstigen Erfolgsaussichten hätte nach Auffassung des Bundesgerichts der Kläger ausdrücklich und unter Angaben der ungefähren prozentualen Anteile aufgeklärt werden müssen. Die Klage wurde gutgeheissen.

X hatte Ende 1993 an beiden Hüften eine aseptische Nekrose (Knocheninfarkt). Nach zuerst erfolgloser Operation wurde ihr in der linken Hüfte eine Total-Prothese eingesetzt, was zu einer wesentlichen Verbesserung des Gesundheitszustandes führte. Im April 1996 begann X starke Schmerzen in der rechten Hüfte spüren. Der Arzt, welcher sie an der linken Hüfte operiert hatte, verwies sie aus Altersgründen an einen anderen Arzt, welcher ihr in der Folge auch auf der rechten Seite eine Hüftprothese einsetzte. Bei dieser Operation wurde der rechte Unterschenkelnerv von X verletzt. Seither leidet sie an einer Schwächung des rechten Unterschenkels, weshalb sie zum Gehen Krücken benötigt und sich nicht länger als 45 Minuten aufrecht halten kann. Nebst einer ärztlichen Sorgfaltspflichtverletzung machte X auch geltend, sie sei über die Risiken der Operation nicht korrekt informiert worden.¹⁸⁷

Nachdem bereits die Vorinstanz das Vorliegen der hypothetischen Einwilligung bejaht und damit eine Verletzung der Aufklärungspflicht verneint hatte, gelangte auch das Bundesgericht zu diesem Schluss. Erstens hat der Arzt keinerlei Druck auf X ausgeübt, um sie zur Operation zu bewegen. Zweitens hat X zweieinhalb Jahre zuvor eine gleiche Operation an der linken Hüfte erfolgreich überstanden, was ihr eine viel bessere Beweglichkeit erlaubte. Diese erste Operation war für ihren Entscheid, einer zweiten Operation zuzustimmen, ausschlaggebend. Schliesslich wusste die Patientin, dass die einzige Alternative zu einem chirurgischen Eingriff die Medikamenteneinnahme war und dass eine solche Behandlung neben den hohen Risiken, die sie für die Gesundheit der Patientin darstellte, die Verschlimmerung der Krankheit, unter der die Patientin litt, nicht verhindern konnte. Solche Umstände sprechen gemäss Bundesgericht nicht dafür, dass die Klägerin bei Kenntnis der mit der Operation verbundenen neurologischen Risiken vor der Operation eine Überlegenszeit verlangt hätte oder gar davon abgehalten worden wäre, in die Operation einzuwilligen. Vielmehr entspricht es der Lebenserfahrung, dass eine

¹⁸⁷ BGE 133 III 121.

Person, welcher zweieinhalb Jahre zuvor mit Erfolg eine Hüfte operiert worden ist und die an der anderen Hüfte starke Schmerzen verspürt, kaum zögert, sich unverzüglich operieren zu lassen, ohne sich über neurologische Risiken aufzuhalten, die eine solche Operation miteinschliessen. Dies umso mehr, wenn sie weiss, dass die einzige Alternative zum chirurgischen Eingriff eine medikamentöse Behandlung ist, die für ihre Gesundheit erhebliche Risiken beinhaltet und der Verschlimmerung der Krankheit nicht Einhalt gebieten kann. Das Bundesgericht verneinte sowohl eine Verletzung der Sorgfalts- als auch der Aufklärungspflicht und wies die Klage in beiden Punkten ab.

4. Lex Artis

X stürzte im September 1974, als er 28 Jahre alt war, in eine Baugrube, wobei er sich u.a. Gesichtsverletzungen zuzog, durch die seine Nase bleibend verunstaltet wurde. Am 6. Dezember 1974 liess er sich in einer Zürcher Klinik von Dr. B, einem Chirurgen mit langjähriger Praxis, in der Annahme operieren, dass dieser die Verunstaltung beseitigen könne. Gemäss einem Gutachten, das erstellt wurde, hat sich der Zustand der Nase nach der Operation verschlechtert. Es wurde eine auffällige asymmetrie der Nasenspitze festgestellt, welche darauf zurückzuführen ist, dass ein Flügelknorpel unzweckmässig bearbeitet und der Dreieckknorpel beim Abraspeln des Nasenrückens einseitig abgetragen wurde.¹⁸⁸

Das Bundesgericht bejahte in diesem Fall die Haftung des Arztes. Der Arzt hat zwar für einfache Fehlgriffe, die bis zu einem gewissen Grad in der Natur des Berufes lägen, nicht einzustehen. Er hafte dagegen, wenn er sich offenkundig irre oder einen Patienten falsch behandle, einen klaren Kunstfehler begehe oder allgemein bekannte Grundlagen der ärztlichen Wissenschaft verkenne. Gerade auf dem Gebiet der Chirurgie sei besondere Zurückhaltung geboten und müsse dem Arzt viel Ermessensfreiheit eingeräumt werden. *Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht, die einem Arzt zuzumuten ist, lassen sich nicht ein für allemal festlegen. Sie richten sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art des Eingriffs oder der Behandlung, den damit verbundenen Risiken, dem Ermessensspielraum, den Mitteln und der Zeit, die dem Arzt im einzelnen Fall zur Verfügung stehen, sowie*

¹⁸⁸ BGE 113 II 429.

nach dessen Ausbildung und Leistungsfähigkeit.¹⁸⁹ Je schwieriger der Eingriff, je weniger der Arzt spezialisiert ist und je weniger Mittel und Zeit ihm zur Verfügung stehen, desto näher liegt es im Fall einer Schädigung, die Ersatzpflicht zu ermässigen oder überhaupt zu verneinen und umgekehrt. Nach dem, was in tatsächlicher Hinsicht feststeht, kann vorliegend im Ernst nicht zweifelhaft sein, dass der Beklagte den misslungenen Eingriff zu verantworten und für die Folgen davon aufzukommen hat. Seine Haftung setzt keinen schweren Operationsfehler voraus, wie die Vorinstanz anzunehmen scheint. Sein Misserfolg lässt sich aber auch nicht damit verharmlosen, dass Nasenoperationen zu den schwierigsten der plastischen Chirurgie gehörten und die vom Experten festgestellten Fehler nicht qualitativer, sondern bloss quantitativer Art seien und sich noch im Rahmen des Vertretbaren hielten.

F. Mögliche Konstellationen

Im Sinne einer Zusammenfassung werden hier fünf denkbare Konstellationen von ärztlichen Heileingriffen aufgelistet¹⁹⁰:

Der gelungene Eingriff:

- Mit Zustimmung des Patienten: Keine Probleme.
- Ohne Zustimmung des Patienten: Schuldspruch wegen vorsätzlicher Körperverletzung.

Kunstgerechter, aber misslungener Eingriff mit Zustimmung:

- Keine Probleme. Die Einwilligung deckt den indizierten, lege artis vorgenommenen Eingriff selbst dann ab, wenn er misslingt.

¹⁸⁹ BGE 113 II 429; Erw. 3.

¹⁹⁰ Siehe Bussmann, Heileingriff, S. 33-51.

Nicht kunstgerechter, misslungener Eingriff mit Zustimmung:

- Bei einem missglückten Heileingriff ist in jedem einzelnen Fall zu prüfen, ob den Arzt der Vorwurf einer fahrlässigen Körperverletzung (Art. 125 StGB) oder einer fahrlässigen Tötung (Art. 117 StGB) trifft.

Kunstgerechter, misslungener Eingriff ohne Zustimmung:

- Der Arzt erfüllt wegen seines eigenmächtigen Eingriffs in die Körpersubstanz den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung.

Nicht kunstgerechter, misslungener Eingriff ohne Zustimmung:

- Hier verwirklicht der Arzt wegen des eigenmächtigen Eingriffs in die körperliche Integrität den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung.

G. Gesamtfazit

Zusammenfassend ist anzumerken, dass gemäss schweizerischer Strafgesetzgebung und bundesgerichtlicher Rechtsprechung verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit es zu einer Verurteilung des Arztes kommt. Der Vorwurf der Ärzte, ihre Tätigkeit würde „kriminalisiert“ werden, kann so nicht hingenommen werden. Sind hingegen die Voraussetzungen für eine Verurteilung gegeben, hat diese vor allem im Sinne der Prävention zu erfolgen. Ärzte mit hoher Fehlerrate müssen, wenn nötig, durch Gerichte aus dem Operationszimmer verbannt werden.

Selbständigkeitserklärung¹⁹¹

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbstständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls die Arbeit mit der Note 1 bewertet wird und der Senat gemäss Artikel 36 Absatz 1 Buchstabe o des Gesetzes über die Universität vom 5. September 1996 und Artikel 20 des Universitätsstatuts vom 17. Dezember 1997 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Langenthal, den 25. Juli 2012.

Nermin Zulic

¹⁹¹ Art. 42 Abs. 2 RSL RW (Reglement über das Bachelor- und das Masterstudium und die Leistungskontrollen an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern vom 21. Juni 2007)