

# Inhaltsverzeichnis

- Vorwort ..... V**
- Inhaltsübersicht ..... VII**
- Inhaltsverzeichnis ..... IX**
- Abkürzungsverzeichnis ..... XVII**
- Literaturverzeichnis ..... XXI**
- Kapitel 1: Einleitung ..... 1**
- Kapitel 2: Begriffe und Grundlagen ..... 5**
  - I. Begriffsbestimmung: hypothetische oder mutmassliche Einwilligung? 5
    - 1. Einleitung ..... 5
    - 2. Die mutmassliche Einwilligung ..... 5
      - 2.1 Die mutmassliche Einwilligung im Zivilrecht ..... 5
      - 2.2 Die mutmassliche Einwilligung im Strafrecht ..... 9
    - 3. Die hypothetische Einwilligung ..... 10
      - 3.1 Die hypothetische Einwilligung im Zivilrecht ..... 10
      - 3.2 Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht ..... 11
    - 4. Abgrenzung der hypothetischen Einwilligung von der mutmasslichen Einwilligung im Zusammenhang mit der Operationserweiterung ..... 11
  - II. Der ärztliche Heileingriff als Körperverletzung und die Patientenautonomie 15
    - 1. Einleitung ..... 15
    - 2. Die Theorie des Ausschlusses der Rechtswidrigkeit ..... 16
      - 2.1 Die Rechtsprechung des Bundesgerichts ..... 16
      - 2.2 Die Abhandlungen in der Lehre ..... 18
    - 3. Die Tatbestandslehre ..... 20
    - 4. Die gesetzliche Verankerung und Reichweite der Patientenautonomie ..... 22
      - 4.1 Einleitung ..... 22
      - 4.2 Gesetzliche Verankerung der Patientenautonomie ..... 23
      - 4.3 Reichweite der Patientenautonomie ..... 24
    - 5. Stellungnahme ..... 25
  - III. Die Aufklärungspflicht des Arztes bei medizinischen Eingriffen 29
    - 1. Einleitung ..... 29

2. Rechtliche Grundlagen .....	33
2.1 Privatrecht .....	33
2.2 Öffentliches Recht.....	34
2.3 Kantonale Gesetze.....	34
2.4 Spezialgesetzliche Regelungen der Aufklärung.....	35
3. Die Arten der Aufklärung.....	36
3.1 Die Eingriffsaufklärung .....	36
a Diagnoseaufklärung .....	36
b Verlaufsaufklärung.....	36
c Die Risikoaufklärung im Besonderen .....	37
3.2 Die Sicherungsaufklärung .....	42
3.3 Die wirtschaftliche Aufklärung.....	44
3.4 Relevanz in Bezug auf die hypothetische Einwilligung .....	45
4. Aufklärung über die Person des Operateurs .....	49
4.1 Abhandlungen in der Rechtsprechung und Lehre .....	49
4.2 Stellungnahme.....	53
5. Parteien der Aufklärung .....	53
6. Zeitpunkt und Modalitäten der Aufklärung.....	55
7. Therapeutisches Privileg und das Recht auf Nichtwissen .....	56
8. Schutzzweck der Aufklärungspflicht.....	60
8.1 Problemstellung .....	60
8.2 Stellungnahme.....	64
<b>Kapitel 3: Die hypothetische Einwilligung im Zivilrecht .....</b>	<b>67</b>
I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts .....	67
1. Einleitung .....	67
2. Erste Anzeichen der hypothetischen Einwilligung in der Rechtsprechung .....	68
2.1 BGE 66 II 34 (Pra 29 Nr. 26).....	68
a Sachverhalt.....	68
b Relevanz des Entscheids .....	69
2.2 BGE 108 II 59 .....	69
a Sachverhalt.....	69
b Relevanz des Entscheids .....	71
3. Anerkennung der hypothetischen Einwilligung in der Rechtsprechung.....	73
3.1 BGE 117 Ib 197 .....	73
a Sachverhalt.....	73

b	Relevanz des Entscheids .....	76
3.2	Urteil BGer 2P.101/1994 vom 5. Mai 1995 (ZBl 97/1996, 278 ff.) ...	78
a	Sachverhalt.....	78
b	Relevanz des Entscheids .....	80
3.3	Urteil BGer 4C.276/1993 vom 1. Dezember 1998.....	81
a	Sachverhalt.....	81
b	Relevanz des Entscheids .....	84
3.4	Urteil BGer 4P.265/2002 vom 28. April 2003 .....	85
a	Sachverhalt.....	85
b	Relevanz des Entscheids .....	89
3.5	Urteil BGer 4C.9/2005 vom 24. März 2005.....	91
a	Sachverhalt.....	91
b	Relevanz des Entscheids .....	93
3.6	BGE 133 III 121 (Pra 9/2007, Nr. 105).....	95
a	Sachverhalt.....	95
b	Relevanz des Entscheids .....	97
3.7	Urteil BGer 4A_604/2008 vom 19. Mai 2009.....	98
a	Sachverhalt.....	98
b	Relevanz des Entscheids .....	102
3.8	Urteil BGer 4A_516/2012 vom 8. Februar 2013.....	104
a	Sachverhalt.....	104
b	Relevanz des Entscheids .....	106
3.9	Urteil BGer 4A_453/2014 vom 23. Februar 2015.....	109
a	Sachverhalt.....	109
b	Relevanz des Entscheids .....	111
3.10	Urteil BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015 .....	112
a	Sachverhalt.....	112
b	Relevanz des Entscheids .....	115
3.11	Urteil BGer 4A_137/2015 vom 19. August 2015 .....	117
a	Sachverhalt.....	117
b	Relevanz des Entscheids .....	120
3.12	Urteil BGer 4A_483/2016 vom 6. Februar 2017.....	122
a	Sachverhalt.....	122
b	Relevanz des Entscheids .....	124
3.13	Urteil BGer 4A_353/2018 vom 1. April 2019.....	125
a	Sachverhalt.....	125
b	Relevanz des Entscheids .....	127

4.	Stellungnahme zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung .....	128
4.1	Grundsätzliche Ausführungen zur Geltendmachung der hypothetischen Einwilligung.....	128
4.2	Massgebliche Kriterien des Bundesgerichts bei der Anwendung der hypothetischen Einwilligung.....	131
4.3	Beweislastverteilung und Beweiswürdigung durch das Bundesgericht .....	134
4.4	Dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung durch das Bundesgericht .....	136
4.5	Schwierigkeit der Geltendmachung einer genügenden Aufklärung durch den Arzt.....	136
4.6	Folgen der Verletzung der Aufklärungspflicht.....	137
II.	Die Abhandlungen in der Lehre .....	138
1.	Anerkennung oder Ablehnung der hypothetischen Einwilligung.....	138
2.	Die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung.....	140
2.1	Im Rahmen der Prüfung der natürlichen Kausalität oder als rechtmässiges Alternativverhalten .....	140
2.2	Stellungnahme.....	141
3.	Beweislast und Beweismass .....	146
3.1	Kritik der Lehre an der Beweislastverteilung des Bundesgerichts ...	146
3.2	Stellungnahme.....	147
III.	Vollständig unterlassene Aufklärung oder Einwilligung .....	152
1.	Abhandlungen in der Lehre und Rechtsprechung.....	152
2.	Stellungnahme .....	153
IV.	Vorsätzliche Verletzung der Aufklärungspflicht .....	155
V.	Entscheidungskonflikt oder Verweigerung des Eingriffs .....	157
VI.	Abschliessendes Fazit zur hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht .....	158

## **Kapitel 4: Übertragung der hypothetischen Einwilligung ins**

### **Strafrecht?..... 163**

I.	Einleitung .....	163
II.	Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht in Deutschland .....	163
1.	Einleitung .....	163
2.	Die hypothetische Einwilligung im Zivilrecht als Ursprung .....	164
3.	Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung vom Zivilrecht ins Strafrecht durch die Rechtsprechung des BGH .....	165
3.1	Erste Ansätze einer Übertragung der Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung ins Medizinstrafrecht .....	165

3.2	Ausdrückliche Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung bei fahrlässiger Verletzung der Aufklärungspflicht.....	167
3.3	Anerkennung der hypothetischen Einwilligung bei vorsätzlicher Verletzung der Aufklärungspflicht.....	168
3.4	Anerkennung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung bei medizinisch nicht indizierten sowie nicht lege artis durchgeführten Eingriffen.....	170
3.5	Die hypothetische Einwilligung im Rahmen einer Operationserweiterung.....	173
3.6	Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung bei Neulandmethoden .....	174
3.7	Stellungnahme.....	176
4.	Dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung .....	177
4.1	Dogmatische Einordnung durch die Rechtsprechung .....	177
4.2	Dogmatische Einordnung durch die Lehre.....	179
a	Ausschluss der Begehungskausalität oder Ausschluss des Kausalzusammenhangs beim unechten Unterlassungsdelikt.....	179
b	Rechtmässiges Alternativverhalten / Objektive Zurechnung auf der Tatbestandsebene .....	181
c	Objektive Zurechnung auf der Rechtfertigungsebene .....	182
d	Eigenständiger Rechtfertigungsgrund .....	184
4.3	Stellungnahme.....	186
5.	Die Abhandlungen in der deutschen Lehre zur Rechtmässigkeit der Anwendung einer hypothetischen Einwilligung im Strafrecht .....	187
5.1	Einleitung.....	187
5.2	Hypothetische Einwilligung und der Grundsatz «in dubio pro reo» .....	188
5.3	Unmöglichkeit der nachträglichen Bestimmung des Patientenwillens .....	190
5.4	Schwächung des Selbstbestimmungsrechts und der Voraussetzungen der Aufklärungspflicht des Arztes .....	191
5.5	Hypothetische Einwilligung als nachträgliche Genehmigung und verdeckter Strafantrag? .....	193
5.6	Hypothetische Einwilligung und mutmassliche Einwilligung .....	194
5.7	Gleichlauf des Strafrechts mit dem Zivilrecht? .....	196
5.8	Abschwächung der Problematik aufgrund der möglichen Versuchsstrafbarkeit bei der hypothetischen Einwilligung? .....	198
5.9	Problematische Ausdehnung des Anwendungsbereichs.....	199
6.	Ausblick .....	199
III.	Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht in der Schweiz .....	201
1.	Die Rechtsprechung des Bundesgerichts.....	201

1.1	Einleitung.....	201
1.2	Urteil BGer 6B_788/2015, 6B_902/2015 vom 13. Mai 2016 .....	202
a	Sachverhalt.....	202
b	Relevanz des Entscheids .....	205
2.	Die Rechtsprechung der kantonalen Gerichte .....	207
2.1	Einleitung.....	207
2.2	Entscheid des Cour d'appel pénale des Kantons Waadt vom 12. Januar 2015 (PE11.009917-BUF/SOS).....	207
a	Sachverhalt.....	207
b	Relevanz des Entscheids .....	207
2.3	Entscheid des Chambre pénale du Tribunal cantonal des Kantons Fribourg vom 4. September 2017 (502 2016 136) .....	208
a	Sachverhalt.....	208
b	Relevanz des Entscheids .....	210
2.4	Entscheid des Cour de Justice des Kantons Genf vom 26. Februar 2018 (AARP/58/2018).....	211
a	Sachverhalt.....	211
b	Relevanz des Entscheids .....	212
2.5	Urteil des Kreisgerichts St. Gallen vom 24. Juni / 30. August 2005 (ST.2005.122-SG3K-PHO).....	213
a	Sachverhalt.....	213
b	Relevanz des Entscheids .....	214
3.	Stellungnahme.....	215
4.	Die Abhandlungen in der Schweizer Lehre.....	218
4.1	Einleitung.....	218
4.2	Die Abhandlungen von JOSSEN.....	218
4.3	Die Abhandlungen von EICKER.....	219
4.4	Die Abhandlungen von ETIER/STRÄULI .....	220
4.5	Die Abhandlungen von MONA .....	221
4.6	Die Abhandlungen von FATEH-MOGHADAM.....	222
5.	Eigene Abhandlungen zur Übertragung der hypothetischen Einwilligung vom Zivilrecht ins Strafrecht .....	223
5.1	Einleitung.....	223
5.2	Dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht.....	223
a	Hypothetische Einwilligung als Ausschluss der ..... Begehungskausalität.....	223
b	Hypothetische Einwilligung als Unterbrechung der Kausalität beim Unterlassungsdelikt .....	225

c	Hypothetische Einwilligung als Ausschluss des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs beim Fahrlässigkeitsdelikt ..	227
d	Hypothetische Einwilligung als Ausschluss des Zurechnungszusammenhangs zwischen Rechtfertigungsmangel und Erfolg .....	231
e	Hypothetische Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund .....	232
5.3	Hypothetische Einwilligung und der Grundsatz «in dubio pro reo»	233
5.4	Zwingender Gleichlauf von Zivilrecht und Strafrecht? .....	241
5.5	Hypothetische Einwilligung und nachträgliche Genehmigung .....	245
5.6	Hypothetische Einwilligung und mutmassliche Einwilligung .....	247
5.7	Mangelnde nachträgliche Bestimmbarkeit des Patientenwillens als Argument gegen die hypothetische Einwilligung? .....	249
5.8	Unzulässige Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts durch die hypothetische Einwilligung? .....	251
IV.	Fazit: keine Übertragung der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht	254
 <b>Kapitel 5: Entwickelte Alternativen zur hypothetischen Einwilligung .....</b>		
<b>259</b>		
I.	Einleitung	259
II.	Reduzierung der Aufklärungspflichten	260
1.	Beschränkung auf eine rechtsgutsbezogene Grundaufklärung .....	260
1.1	Der Ansatz gemäss STERNBERG-LIEBEN .....	260
1.2	Der Ansatz gemäss OTTO/ALBRECHT .....	261
1.3	Der Ansatz gemäss JOSSEN .....	261
1.4	Der Ansatz gemäss GAEDE .....	262
1.5	Der Ansatz gemäss SALIGER .....	263
2.	Entscheidungskonflikt als massgebendes Kriterium (ROXIN) .....	263
3.	Redimensionierung der strafrechtlichen Aufklärungspflichten (TAG) .....	264
III.	Als Korrektiv innerhalb der tatsächlichen Einwilligung	264
1.	Der Ansatz von EISELE .....	264
2.	Der Ansatz von EICKER .....	265
IV.	Verwerflichkeitsklausel	266
V.	Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung	267
VI.	Die hypothetische Einwilligung als Strafbefreiungsgrund	269
VII.	Stellungnahme	269

<b>Kapitel 6: Eigenes Lösungsmodell .....</b>	<b>277</b>
I. Einleitung .....	277
II. Konkretes Prüfungsschema zur Feststellung der Strafbarkeit des Arztes .....	277
1. Feststellung der Verletzung der Aufklärungspflicht.....	277
2. Einschränkung der Strafbarkeit durch den Schutzzweck der Norm .....	281
3. Prüfung der Zurechenbarkeit der ungültigen Einwilligung .....	282
4. Beachtung der Gesamtumstände als Strafmilderungsgrund .....	285
III. Fazit .....	285
<b>Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....</b>	<b>287</b>