

BUCHBESPRECHUNGEN

**Maximilian Immig: Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht.
Eine kritische Betrachtung der Übertragung
der zivilrechtlichen Rechtsprechung in das Strafrecht**

von Prof. Dr. Gunnar Duttge

2016, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ISBN: Peter Lang GmbH, Frankfurt a. M., ISBN: 978-3-8487-3112-1, S. 220, Euro 58,00.

Bis heute schwimmt das Arztstrafrecht geradezu wie selbstverständlich im Sog der zivilrechtlichen Judikatur zur ärztlichen Aufklärung (wie auch zur Kategorie des Behandlungsfehlers nach Maßgabe des medizinischen „Standards“): Was die Zivilgerichte in zahllosen Einzelfällen vor allem an unvorhersehbaren (aber „eingriffsspezifischen“) Risiken des Heileingriffs als aufklärungspflichtig deklarieren, wird im Strafrecht um der „Einheitlichkeit“ des ärztlichen Pflichtenkanons willen bislang unverändert übernommen und zum Maßstab auch der strafrechtlichen Inverantwortungnahme erhoben. Dass eine Sanktionierung wegen Körperverletzung, je nach Behandlung der Irrtumsproblematik ggf. sogar wegen § 227 StGB, dem (allenfalls) begangenen (freiheitsspezifischen) Unrecht nicht gerecht wird, bekümmert das sonst so sehr auf seine Rechtsgutsdoktrin pochende Strafrecht bis heute nicht sonderlich; mehr noch geht beim *BGH* in Strafsachen das „Harmoniestreben“ sogar so weit, eine dezidiert im Lichte der zivilprozessualen Beweislastfrage entwickelte Rechtsfigur, die hypothetische Einwilligung, ungeachtet der massiven Bedenken sowohl dogmatischer wie rechtspraktischer Natur experimentierhalber in das Strafrecht zu überführen. Schon mehrfach wurde gerade in letztgenanntem Zusammenhang angemahnt, sich nicht auf eine Linderung der Symptome zu beschränken, sondern an den Wurzeln des Übels – der überzogenen Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht – anzusetzen. Es ist nachdrücklich zu begrüßen, dass die vorliegende, unter der Betreuung von *Kudlich* entstandene Dissertation mit diesem Leitgedanken ernst macht und ein Konzept der genuin strafbewehrten Aufklärungspflichtverletzung ausarbeitet.

Dazu wird lobenswert zunächst die unsichere Reichweite der sog. Selbstbestimmungsaufklärung exemplifiziert, die insbesondere dadurch geprägt ist, dass sich die zivilrechtliche Judikatur vom Ausgangspunkt eines nur „im Großen und Ganzen“ geschuldeten Informationstransfers im Rahmen einer ausdifferenzierten Typenbildung und Kasuistik weit entfernt hat (S. 28 ff., 41 ff.). In der Tat ist der behandelnde Arzt – vor allem auch aufgrund der Unvorherseh-

barkeit der jeweiligen Anforderungen im konkreten Einzelfall – „permanent der Gefahr ausgesetzt, [...] zivil- und strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden“ (S. 53). Die dysfunktionalen Folgen für das ärztliche Selbstverständnis und Ideal einer vertrauensvollen Arzt-Patienten-Beziehung sind bekannt und werden seit langem unter dem Schlagwort der „Defensivmedizin“ kritisch diskutiert – eine medizinethische Dimension, der sich Verf. leider nicht näher widmet. Weil die als „Haftungskorrektiv“ gedachte hypothetische Einwilligung nicht überzeugen kann (solider Überblick auf S. 111 ff., freilich ohne das Spektrum an Argumenten und Literatur auszuschöpfen) und selbst bei extensiver Annahme eines vorsatzausschließenden Erlaubnistatumsirrtums (S. 89 ff., 103 f.) noch immer eine Sanktionierung wegen strafbarer Fahrlässigkeit droht (S. 105 ff.), sprechen gute Gründe für eine „Reduzierung der Aufklärungsanforderungen im Strafrecht“ (S. 143 ff.).

Den Bezugspunkt hierfür will Verf. aus einer zutreffenden Einsicht in die Rechtsgutsdimension des § 223 StGB gewinnen: Danach bildet das Selbstbestimmungsrecht kein eigenständiges Schutzgut neben der körperlichen Unversehrtheit, sondern ist in diesem Kontext stets ein allein „körperbezogenes Dispositionsrecht“ (S. 158: das dem „primären Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit zu ... dienen“ habe). Hieraus wird gefolgert, dass infolgedessen auch die Selbstbestimmungsaufklärung nur so weit strafrechtlich abgesichert sein kann, wie es um die „wesentlichen körperlichen Auswirkungen“ des intendierten Heilgriffs geht: Nur soweit die ärztliche Aufklärung dem Patienten ermögliche, „eine im Hinblick auf seine körperliche Unversehrtheit autonome Entscheidung zu treffen“, sei sie von strafrechtlicher Relevanz; andernfalls „liefe man Gefahr, dass die primäre Rechtsgutsbestimmung der §§ 223 ff. StGB außer Acht gelassen“ werde (S. 174). Die Krux an dieser Sichtweise besteht allerdings darin, dass der zur Eingrenzung des Pflichtenkreises in Anspruch genommene „Körperlichkeitsbezug“ im Kontext eines ärztlichen Eingriffes immer per se gegeben ist – denn für den Patienten läuft das Prozedere am Ende stets auf die Entscheidung hinaus, ob er seine körperliche Unversehrtheit um des erhofften Heilerfolges willen vorübergehend preisgeben will oder nicht. Von hier aus lässt sich daher ohne Zusatzkriterium (das dann jedoch zum eigentlichen

Abgrenzungsmaßstab mutiert!) keine Begrenzung erreichen, was Verf. ungewollt selbst einräumt, wenn er die alte „im-Großen-und-Ganzen“-Formel wiederaufleben lassen will (so explizit S. 175; für die Verlaufsaufklärung S. 183). Denn für die damit postulierte Unterscheidung zwischen „wesentlichen“ und „unwesentlichen“ Informationen gibt es keine im Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit verankerte (objektive) Matrix, was in der Vergangenheit doch eben zu der beanstandeten Ausweitung geführt hat. Es gehört deshalb schon eine gewisse Chuzpe dazu, die alte, aus einer pragmatischen Intuition entstandene Formel gleichsam als *Deus ex machina* zu präsentieren, der auch noch die Rechtssicherheit und gesetzliche Bestimmtheit der strafrechtlichen Grenzen garantiere (so S. 152, 163 f. et passim).

Das fehlende begründende Fundament zeigt sich dort am deutlichsten, wo die bisherige arztrechtliche Judikatur am stärksten angefochten war: bei der Reichweite der Risikoaufklärung. Hier will Verf. mittels des Kriteriums der „Komplikationsdichte“ – verstanden als „Produkt aus der [statistischen, Zusatz *G.D.*] Eintrittswahrscheinlichkeit eines negativen Ereignisses und dessen Ausmaß“ (S. 187) – die Aufklärungsnotwendigkeiten des behandelnden Arztes auf dasjenige Maß begrenzen, was für „den (?) Patienten“ unverzichtbar ist, um „die Gefahrenlage in Bezug auf seine körperliche Unversehrtheit realistisch einschätzen“ zu können (S. 189). Zu einer „realistischen“ Einschätzung zählt jedoch aus objektiver Weltansicht uneingeschränkt jede Information, sofern und solange sie auch nur in irgendeinem gedanklichen Zusammenhang mit der Sachgegebenheit steht. Wer sich als Patient etwa auch für das besonders seltene Risiko eines Impfschadens – einem von Verf. gerne angeführten Beispiel folgend – interessiert, weil er seine Abwägung von Nutzen und Risiken auf möglichst vollständiger Informationsgrundlage treffen will, orientiert sich bei seiner Einschätzung nicht an „unrealistischen“ Gegebenheiten – im Gegenteil: Aus objektiver Sicht entfernt sich doch eher derjenige von den „Realitäten“, der einen Teil der Faktenwelt ignorieren will – wenn auch vielleicht aus dem verständlichen Motiv, sich vor einem „Übermaß“ zugunsten seiner Entscheidungsfähigkeit zu bewahren.

An diesem Punkt erhebt sich nun aber das gewichtigste Bedenken gegen die von Verf. präferierte Sichtweise: Sie sucht nach einer „objektiven“, d.h. generellen Grenzlinie zwischen Wissenswertem und zu Vernachlässigendem zwecks Abwendung einer übermäßigen Kriminalisierung der Ärzte (z.B. S. 211: „effektiven Weg ..., ärztliches Aufklärungsverhalten angemessen zu entkriminalisieren“), vergisst dabei aber denjenigen, um dessen „selbstbestimmte“ Entscheidung willen die Aufklärungspflicht überhaupt erst ihren Sinn erfährt: den individuellen Patienten. Während zu Beginn noch betont wird, dass der tradierte Paternalismus einer „individualistischen Einstellung“ gewichen sei (S. 15), sieht Verf. im Kontext der eigenen Positionierung eine Befugnis des behandelnden Arztes, Fragen des Patienten abzuweisen, die „wesentlich“ über eine Aufklärung „im Großen und Ganzen“ hinausgehen (S. 176 f.): Der Leser versteht: Ein individuali-

sierter Informationsanspruch würde die postulierte „objektive“ Grenzlinie untergraben, und damit der Affront im Lichte des Autonomieprinzips (das eigentlich die eigene Konzeption als weiteres Leitprinzip durchaus anleiten soll: S. 173) nicht gar so harsch ausfällt, wird die patientenunabhängige Informationsbarriere mit Hilfe der diffusen Klausel des „Wesentlichen“ bzw. „Unwesentlichen“ abgefedert (paradigmatisch für die dadurch produzierte Vagheit S. 176: „Fragen ..., die über den Bereich einer Aufklärung im Großen und Ganzen hinausgehen, dürfen nicht gänzlich [?] ignoriert werden“). Welche Informationen aber für die höchstpersönliche Entscheidung über Ob und Inwieweit des ärztlichen Heileingriffs wesentlich sind, vermag einzig und allein der betroffene individuelle (und keine postulierte Maßfigur des durchschnittlichen, typischen u.a.m.) Patient(en) zu beurteilen. Wenn es wirklich darum gehen sollte, dem Patienten eine „Übermaßaufklärung“ zu ersparen (die Verf. zu Recht beklagt, vgl. S. 54), dann wäre weit grundsätzlicher zu fragen, warum sich die ärztliche Aufklärungspflicht dann nicht sogleich am jeweiligen Informationsbedürfnis im konkreten Fall orientiert. Weil Verf. diese Grundfrage seines Themas von vornherein ausspart und die neuere Literatur hierzu übersieht (z.B. *Duttge*, Die Rolle der Wahrheit im Medizinrecht, in: Nembach [Hrsg.], *Informationes Theologiae Europae* 23 [2015], S. 193 ff.), gerät er erst in Versuchung, das Selbstbestimmungsrecht zu kastrieren und z.B. die Aufklärung über Behandlungsalternativen für strafrechtlich irrelevant zu erklären (S. 204 ff.). Auf der Strecke bleibt dabei die allgemeine Einsicht, dass sich die Entscheidungsfreiheit des Menschen maßgeblich an der (zutreffenden) Kenntnis und Einschätzung aller bestehenden Optionen bemisst. Konkret: Wenn dem Patienten künftig nicht mehr gesagt zu werden braucht, dass er womöglich auch ohne künstliches Kniegelenk einigermaßen schmerzfrei und ohne Inkaufnahme der Operationsrisiken eine Lebensperspektive haben kann, wird man von einem „informed consent“ beim besten Willen nicht mehr sprechen können.

Dass Verf. die tradierten („objektiven“) Einschränkungen der Aufklärungspflicht „aus therapeutischen Gründen“ kritiklos hinnimmt (S. 177 ff., 181 f., 185), kann nach dem Vorstehenden nicht mehr überraschen (siehe dagegen *Duttge*, Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht aus therapeutischen Gründen? Renaissance eines alten Themas im neuen Patientenrechtegesetz, in: Yamanaka/Schorkopf/Jehle [Hrsg.], *Präventive Tendenzen in Staat und Gesellschaft zwischen Sicherheit und Freiheit*, 2014, S. 143 ff.). Dass von dem mittlerweile anerkannten sog. „Recht auf Nichtwissen“ (z.B. *Duttge*, *MedR* 2016, 664 ff. m.w.N.) an keiner Stelle etwas zu lesen ist, obgleich es hier dezidiert um denselben sachlichen Lebenssachverhalt – die Reichweite des Informationstransfers – geht, nur eben im Sinne einer Dispositionsbefugnis des individuellen Patienten, belegt den allgemeinen Eindruck (zu erkennen auch am Fußnotenapparat und Literaturverzeichnis, in dem sich vorwiegend die „Klassiker“ des Medizinrechts wiederfinden), dass sich die vorliegenden Arbeit in medizinethischer und medizinrechtlicher Hinsicht auf einem veralteten Stand der Erkenntnis bewegt. Die Erläuterungen zum Aufklärungsverzicht, der dazu die Brücke hätte

schlagen können, bleiben kursorisch und lassen den Leser ratlos zurück, wenn für dessen Wirksamkeit die Kenntnis des Patienten von der „Erforderlichkeit des Eingriffs wie auch von dessen Risiken“ (!) verlangt wird (S. 31) – mit denen sich der Patient aber ausweislich seiner Verzichtserklärung gerade nicht belasten will. Wenn schließlich die rechtsgutsbezogene Inkonsequenz bei der strafrechtlichen Absicherung der ärztlichen Aufklärungspflicht im Körperverletzungstatbestand am Ende aus „kriminalpolitischen“ (S. 66 – bagatellisierend von einer „gewissen Verwässerung“ sprechend) bzw. „praktischen“ Gründen (S. 70) hingenommen wird, obgleich dieser „Körperbezug“ das postulierte „strafrechtliche Mindestaufklärungsniveau“ (S. 162, 210) im Kern begründen und rechtfertigen soll, kann von einer überzeugenden Positionierung nicht gesprochen werden.

Die Arbeit bleibt daher – leider – auf halbem Wege stehen und erspart sich die notwendige Vertiefung der postulierten „körperbezogenen“ Grenzziehung, indem an den zentralen Stellen des eigenen Begründungsgangs auf die Ein-

beziehung und Auswertung einschlägigen Fallmaterials (zumeist anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung) ausgewichen wird. Dieser Zug macht die Darstellung anschaulich, kann aber die notwendige Argumentation nicht ersetzen. Auch unter dem (zu Recht) betonten Aspekt der Bestimmtheit und Rechtssicherheit bleibt es unbefriedigend, wenn Verf. im Kontext der Risikoaufklärung der Rechtsprechung die Aufgabe überlassen will, selbst die Grenze nach Maßgabe der „Komplikationsdichte“ zu ziehen (S. 190). Wie der dabei herangezogene Vergleich mit der (nicht bestehenden) Aufklärungspflicht einer Fahrerlaubnisbehörde über die Wahrscheinlichkeit tödlicher Motorradunfälle erhellend sein soll (S. 191), bleibt wohl des Verf. Geheimnis. Kurz und knapp zur Arbeit im Ganzen: Eine zutreffende Diagnose zum Elend der ärztlichen Aufklärungspflicht mit anschließend leider falscher Therapie – aber zugleich ein großes Verdienst, die Eigenständigkeit der strafrechtlichen Bewertung losgelöst vom haftungsrechtlichen Koordinatensystem als zwingende Notwendigkeit und bisheriges Defizit überzeugend dargetan zu haben. Diesen neuen Weg gilt es weiter voranzuschreiten!