

SK 2013 186

Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern

Oberrichter Vicari (Präsident), Oberrichter Weber, Oberrichter Guéra
Gerichtsschreiber Knecht

vom 2. Februar 2015

in der Strafsache

A.

verteidigt durch Rechtsanwalt X.

Beschuldigter/Berufungsführer

gegen

Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern, Maulbeerstrasse 10, Postfach 6250,
3001 Bern

und

B.

vertreten durch Rechtsanwalt Y.

Privatkläger

wegen schwerer Körperverletzung, evtl. einfacher Körperverletzung

Regeste

Die zusätzliche Entfernung der Gallenblase (als Operationserweiterung) war weder durch eine vorgängige noch durch eine mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt: Kann ein ärztlicher Eingriff ohne Nachteile aufgeschoben werden und bietet sich damit die Gelegenheit, die erforderliche Einwilligung einzuholen, liegt kein Rechtfertigungsgrund im Sinne einer mutmasslichen Einwilligung vor. Eine Operationserweiterung darf ohne vorgängige Aufklärung und Zustimmung des Patienten nicht allein unter dem Gesichtspunkt erfolgen, dass eine weitere Operation – falls sie vom Patienten dann doch gewünscht würde – für diesen mit zusätzlichen seelischen oder körperlichen Belastungen verbunden wäre.

Ob die aus dem Zivilrecht stammende Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung auch im Strafrecht zur Anwendung gelangt, kann offen bleiben, da es bereits an der entsprechenden Ausgangslage einer mangelhaften Aufklärung fehlt.

Auszug aus den Erwägungen:

[...]

II. Materielles

1. Ausgangslage

Die Entfernung der Gallenblase durch den Berufungsführer [...] stellt, selbst wenn sie allenfalls medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden ist, einen Eingriff in die Körpersubstanz des Privatklägers und damit eine Körperverletzung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar (vgl. BGE 124 IV 258 E. 2; 127 IV 154 E. 3a m.w.H.). Diese ist – in Beachtung des Verschlechterungsverbots – als einfache Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB einzustufen. Da der Privatkläger zum Zeitpunkt der Körperverletzung narkotisiert war, erfolgte die einfache Körperverletzung an einem Wehrlosen (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 3 StGB, vgl. hierzu auch pag. 371 Ziff. 6.6 Abs. 2 und Ziff. 7 Abs. 2). Der Berufungsführer wusste um den narkotisierten Zustand des Privatklägers und entnahm ihm wissentlich und willentlich seine Gallenblase. Der (objektive und subjektive) Tatbestand der einfachen Körperverletzung an einem Wehrlosen ist somit grundsätzlich erfüllt.

Fraglich und nachfolgend zu prüfen ist, ob infolge rechtfertigender Umstände oder mangels objektiver Zurechenbarkeit eine Strafbarkeit des Berufungsführers entfällt.

2. Vorgängige Einwilligung

Wie von der Vorinstanz zutreffend festgestellt und vom Berufungsführer nicht bestritten, wurde präoperativ die Gallenblase differentialdiagnostisch untersucht, wobei keine Anomalien (insb. Gallensteine) festgestellt werden konnten (vgl. pag. 40 f., 54, 74, 608). Eine Entfernung der Gallenblase stand präoperativ deshalb nie zur Diskussion, ebenso wenig eine allfällige – während der Operation vom Berufungsführer als notwendig oder nützlich erachtete – Operationserweiterung (vgl. u.a. pag. 41; 499 f. = S. 18 f. des Motivs; pag. 608 = S. 6 der Replik des Berufungsführers). Damit fehlte es im Zeitpunkt der Gallenblasenentfernung an einer vorgängigen Einwilligung des Privatklägers. Der Berufungsführer war sich der fehlenden vorgängigen Einwilligung bewusst (vgl. pag. 40; 76 Z. 104 ff.; 466 Z. 31 ff.). Dies schliesst einen Erlaubnistatbestandsirrtum im Sinne der Putativeinwilligung aus (vgl. diesbezüglich auch den Entscheid der Beschwerdekammer, pag. 372 Ziff. 8.2).

3. Mutmassliche Einwilligung

Eine mutmassliche Einwilligung kann nur dann eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung ersetzen, wenn der ärztliche Eingriff (aus objektiver Sichtweise) dringend geboten war (z.B. bei unmittelbarer Lebensgefahr oder wenn ein bleibender Nachteil droht). Es geht um die hilfswise Ausübung der Entscheidungsbefugnisse des Patienten, wenn die Entscheidung unaufschiebbar, der Patient aber ausserstande ist, sie selbst innert nützlicher Frist zu treffen. Erforderlich ist mit anderen Worten der Zwang, eine Entscheidung treffen zu

müssen, und die Unmöglichkeit, dass der an sich dazu Berufene sie selbst vornimmt. Wenn der Eingriff hingegen ohne Nachteile aufgeschoben werden könnte und sich damit die Gelegenheit bot, die erforderliche Einwilligung einzuholen, liegt kein Rechtfertigungsgrund im Sinne einer mutmasslichen Einwilligung vor. Wer gefragt werden kann, muss gefragt werden, ansonsten die Anforderungen an eine tatsächliche Einwilligung unterlaufen würden (vgl. zum Ganzen: ROXIN, Über die mutmassliche Einwilligung, in: FS WELZEL, Berlin 1974, S. 447 ff., 461; ROCHUS, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim medizinischen Heileingriff, in: Abhandlungen zum Schweizerischen Recht, HAUSHEER (Hrsg.), Bern 2009, S. 51 f.; SEELMANN, in: Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Auflage, Basel 2013, Art. 14 N. 23; HAAS, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, in: Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft (LBR) Band/Nr. 18, S. 312 ff.; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht - Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Auflage, Bern 2011, S. 234 ff.). Wie ROXIN zutreffend ausführt, besteht kein Anlass, das Risiko, dass der wirkliche Wille des Rechtsgutsträgers verfehlt wird, dort zu erlauben, wo es möglich ist, den zu befragen, in dessen Rechtssphäre eingegriffen werden soll. Der Arzt, der einen in Narkose liegenden Patienten operiert, kann sich also für seine Eigenmächtigkeit dann nicht auf eine mutmassliche Einwilligung berufen, wenn das Erwachen des Patienten aus der Narkose ohne Schaden für seine Gesundheit abgewartet werden kann (ROXIN, a.a.O., S. 461).

Vorliegend war die Entfernung der Gallenblase weder lebensnotwendig noch von besonderer zeitlicher Dringlichkeit oder unzweifelhaft nötig. Der Berufungsführer hätte die Operation ohne Gefährdung des Patienten wie geplant und im Umfang der vorgängig erteilten Einwilligung zu Ende führen können (vgl. u.a. pag. 22.2: *„Dies könnte eine Ursache der Pathologie sein.“*; pag. 54: *„Intraoperativ bestand deshalb die Frage, ob die Gallenblase für die Beschwerden ursächlich sein könnte.“*; pag. 74 Z. 51 f.: *„Es war also ebenso gut möglich, dass die Gallenblase die Ursache von den Beschwerden [...] hätte sein können.“*; pag. 75 Z. 81 f.: *„Nein, es gab keine anderen Gründe. Der Grund war, dass dies eine mögliche Quelle vom Schmerz war.“*; ferner: pag. 80 Z. 242 ff.; 124; 463 Z. 4 f.). Die Entfernung der Gallenblase hätte ohne Nachteile für den Patienten aufgeschoben und im Rahmen einer weiteren Operation – soweit eine solche vom Patienten nach gehöriger Aufklärung und allfälligen weiteren Abklärungen gewünscht worden wäre – vorgenommen werden können (vgl. u.a. pag. 58, 124 Ziff. 9.1). Es bestand keine erhebliche Gefahr für Leben oder Gesundheit, die eine – sofortige oder spätere – Entfernung der Gallenblase erforderlich gemacht hätte. Hinzu kommt, dass es sich bei der hierfür verwendeten Methode der Laparoskopie um eine besonders schonende Operationstechnik handelt, die seit vielen Jahren standard- und routinemässig sowohl diagnostisch als auch therapeutisch zur Anwendung gelangt (sog. minimal-invasiver chirurgischer Eingriff). Unter diesen Umständen darf eine Operationserweiterung ohne vorgängige Zustimmung des Patienten nicht allein unter dem Gesichtspunkt erfolgen, dass eine weitere Operation – falls sie vom Patienten dann doch gewünscht würde – für diesen mit zusätzlichen seelischen oder körperlichen Belastungen verbunden wäre. Andernfalls liefe das Selbstbestimmungsrecht des Patienten weitgehend leer, da seelische und/oder körperliche Beeinträchtigungen zwangsläufig Folge jeder Operation sind (ebenso: BGH Urteil 5 StR 712/98 vom 04. Oktober 1999).

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass keine Situation vorlag, bei welcher der Rechtfertigungsgrund der mutmasslichen Einwilligung in Betracht käme. Der Berufungsführer war sich der fehlenden Dringlichkeit und Notwendigkeit der von ihm vorgenommenen Gallenblasenentfernung denn auch bewusst (vgl. u.a. pag. 463 Z. 10 ff.). Sein Wissen um die

konkreten Umstände, die der Anwendung des Rechtfertigungsgrunds der mutmasslichen Einwilligung entgegenstehen, schliesst die Annahme eines entsprechenden Erlaubnistatbestandsirrtums aus. Der Berufungsführer ging subjektiv nicht davon aus, dass die Entfernung der Gallenblase keinen Aufschub toleriert oder eine erst später vorgenommene Entfernung mit grossen gesundheitlichen Risiken bzw. erheblichen gesundheitlichen Nachteilen für den Patienten verbunden wäre (bzgl. eines indirekten Verbotsirrtums vgl. Ziff. 5 nachfolgend).

4. Hypothetische Einwilligung

Von der mutmasslichen Einwilligung gilt es die hypothetische Einwilligung zu unterscheiden. Bei der hypothetischen Einwilligung ist – im Gegensatz zur Ausgangslage bei der mutmasslichen Einwilligung – zwar eine rechtzeitige Einwilligung erfolgt, aber der Rechtsträger wurde vorgängig nicht korrekt bzw. umfassend über den geplanten Eingriff aufgeklärt. Im Falle einer unplanmässigen Ausdehnung des Operationsplans ist die Abgrenzung zwischen mutmasslicher und hypothetischer Einwilligung besonders schwierig. Hier gibt es gemäss HAAS zwei Situationen zu unterscheiden: War die Ausdehnung des Eingriffs notwendig, weil sich im Verlauf des gerechtfertigten Eingriffs ein neuer Befund ergibt, der nicht vorhergesehen werden konnte, muss nach einer mutmasslichen Einwilligung gesucht werden. Hat hingegen der Eingreifende die Ausweitung des geplanten Eingriffs voraussehen können, ist er verpflichtet, den Verletzten vorgängig darauf aufmerksam zu machen. Wenn diese Information unterbleibt, verletzt der Eingreifende seine Aufklärungsobliegenheit. Es liegt dann zwar eine Einwilligung vor, diese ist aber ungültig, da nicht alle ihre Voraussetzungen erfüllt sind. In einem solchen Fall muss zur Rechtfertigung des Eingriffs und dessen Ausdehnung eine hypothetische Einwilligung konstruiert werden (HAAS, a.a.O., S. 938; ferner: JANSEN, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, in: ZJS 6/2011, S. 482 ff., 484). Hierfür muss ermittelt werden, wie ordnungsgemäss aufzuklären gewesen wäre, und ob der Patient daraufhin (immer noch) eingewilligt hätte. Das Rechtskonstrukt der hypothetischen Einwilligung bezweckt die Entschärfung der hohen Anforderungen an die Aufklärungspflicht, die dazu führen, dass selbst kleinste Mängel in der Aufklärung die Wirksamkeit der erfolgten Einwilligung ausschliessen.

Während die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts in Zivilsachen anerkannt ist, hat sie bisher keine Aufnahme ins Schweizer Strafrecht gefunden (EICKER/FISCH, Die hypothetische Einwilligung im Medizinrecht – eine umstrittene und dem Schweizer Strafrecht (noch) fremde Rechtsfigur, in: Jusletter 28. April 2014; JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, Bern 2009, S. 156 Fn. 822). In Deutschland wurde die hypothetischen Einwilligung zwar mit Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 1995 in die strafrechtliche Rechtsprechung übertragen, sieht sich aber nach wie vor mit starker Kritik aus der strafrechtlichen Lehre konfrontiert (vgl. zum Stand in Deutschland: JANSEN, a.a.O., S. 482 ff.; SWOBODA, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, in: ZIS 1/2013, S. 18 ff., S. 19 Fn. 16; VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), in: HRRS1/2014, S. 22 ff.).

Vorliegend ist das Fehlen einer wirksamen Einwilligung zur Entfernung der Gallenblase nicht auf eine mangelhafte, unvollständige oder ungenügende Aufklärung seitens des Berufungsführers zurückzuführen. Die präoperativen Abklärungen zeigten bei der Gallenblase keinen negativen Befund (vgl. u.a. pag. 40 f., 54, 74, 102, 118, 462 Z. 17 f. und 26 ff., 466 Z. 3 ff.,

518, 608). Eine Aufklärung dahingehend, dass allenfalls auch die Gallenblase entfernt werden müsse und welche Risiken und Folgen eine solche Entfernung mit sich bringen würde, war unter diesen Umständen weder notwendig noch angezeigt. Es gab mithin keinen Grund, präoperativ mit dem Patienten über die Entfernung der Gallenblase und die damit einhergehenden Risiken zu sprechen. Der Befund zeigte sich dem Berufungsführer erst intraoperativ, d.h. im Verlauf der Operation, und war aufgrund der präoperativen Befunde für ihn nicht vorhersehbar (vgl. u.a. pag. 40 f., 54, 76 Z. 91 f., 102, 291, 462 Z. 17 f., 26 ff., 518, 608). Damit fehlt es zur Annahme einer hypothetischen Einwilligung bereits an der erforderlichen Ausgangslage, dass der Rechtsträger über den bevorstehenden Eingriff *nicht korrekt bzw. nicht gehörig aufgeklärt wurde*. Erfolgte eine Ausdehnung der hypothetischen Einwilligung auf Fälle, in denen der Rechtsträger im fraglichen Zeitpunkt – aus welchen Gründen auch immer – nicht mehr aufgeklärt werden und wirksam einwilligen kann, würden die strengen Voraussetzungen der (gegenüber der tatsächlichen Einwilligung subsidiär zur Anwendung gelangenden) mutmasslichen Einwilligung unterlaufen (ebenso EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, in: *forum* 4/2014, S. 238 ff., 239).

Ob die aus dem Zivilrecht stammende Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Falle *mangelhafter bzw. ungenügender Aufklärung* auch im Strafrecht zur Anwendung gelangt, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

5. Verbotsirrtum

Zu Gunsten des Berufungsführers ist davon auszugehen, dass er in Verkennung der rechtlichen Grenzen des Rechtfertigungsgrundes der mutmasslichen Einwilligung handelte und somit einem indirekten Verbotsirrtum unterlag (vgl. pag. 466 Z. 31 ff.). Dieser Irrtum war für den Berufungsführer als langjährig praktizierender Arzt jedoch zweifellos vermeidbar, weshalb der Verbotsirrtum lediglich strafmildernd wirken kann (Art. 21 StGB).

6. Fazit

Es liegen keine rechtfertigenden und/oder die objektive Zurechenbarkeit ausschliessenden Umstände vor, die eine Strafbarkeit des Berufungsführers entfallen liessen. Der erstinstanzliche Schuldspruch ist folglich zu bestätigen.

[...]