Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Von Prof. Dr. Ingeborg Puppe, Bonn

I. Eingrenzung des Problems

Als ich im Jahre 2003 auf einem Symposion in Barcelona zum ersten Mal öffentlich die Ansicht vertrat, dass die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung als Ersatz für die wirkliche Einwilligung des unzureichend aufgeklärten Patienten das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet und seinen strafrechtlichen Schutz de facto paralysiert, hielt man mir sofort die folgende Frage entgegen: Wie wollen Sie ohne das Institut der hypothetischen Einwilligung den Fall lösen, dass der Patient sich nachträglich mit der Behandlung des Arztes zufrieden erklärt? Schließlich hat auch in diesem Fall der Arzt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet und eine nachträgliche Genehmigung eines strafbaren Eingriffs kennt das Strafrecht aus wohl erwogenen Gründen nicht. Brauchen wir also nicht das Institut der hypothetischen Einwilligung, um zu verhindern, dass auch in diesem Fall der Arzt wegen Körperverletzung bestraft wird, obwohl der Patient sich in keiner Weise in seinen Rechten verletzt fühlt? Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden. Der erste ist der, dass der Patient deshalb mit dem Ergebnis der Behandlung zufrieden ist, weil sich das Risiko, über das der Arzt ihn nicht aufgeklärt hat, nicht realisiert hat. Hier ist der Eingriff bereits durch die wirklich erteilte Einwilligung des Patienten gedeckt. Diese wird ja wegen des Aufklärungsmangels nicht vollständig unwirksam, sondern nur mangelhaft. Mit dem Eingriff als solchen hat der Patient sich ja einverstanden erklärt und das Risiko, mit dem er sich mangels Aufklärung darüber nicht einverstanden erklären konnte, hat sich im Eingriff nicht realisiert.[1]

---

1 *Kuhlen*, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 (436 ff.); *ders.*, in: Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331 (342); *Widmaier*, in: Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.),

Schwieriger ist der Fall zu lösen, dass sich das Risiko, über das der Patient nicht aufgeklärt wurde, zwar im Erfolg tatsächlich realisiert hat, der Patient aber im Nachhinein die Risikoabwägung des Arztes akzeptiert und das Risiko auf sich nimmt. Eine Rechtfertigung durch nachträgliche Genehmigung kennt das Strafrecht, wie gesagt, nicht.[2] Ein Grund dafür ist das an der Verfolgung einer Straftat bestehende öffentliche Interesse, über das auch der Verletzte nicht disponieren kann. Ein zweiter Grund liegt darin, dass auch der Straftäter nicht auf Gedeih und Verderb dem Willen des Verletzten ausgeliefert werden soll, von gewissen dadurch drohenden Nebeneffekten, wie beispielsweise einem Freikauf des Straftäters oder gar einer Erpressung durch den Verletzten ganz zu schweigen.[3] Und doch kennt das Strafrecht für einige Delikte eine Institution, die in ihren strafprozessualen Wirkungen der nachträglichen Genehmigung ziemlich nahe kommt, das Antragserfordernis. Es gilt nach § 230 StGB gerade für diejenigen Delikte, die bei unzureichender Aufklärung durch einen behandelnden Arzt in Betracht kommen, nämlich die fahrlässige Körperverletzung bei einem fahrlässigen Aufklärungsmangel und im schlimmsten Fall die vorsätzliche Körperverletzung bei einem vorsätzlichen Aufklärungsmangel. Hier werden nun tatsächlich was die Strafverfolgung betrifft Wohl und Wehe des Täters in die Hand des Verletzten gelegt, der im Übrigen auch noch frei bleibt, seine Rechte im Zivilrechtsweg geltend zu machen. Ist der Patient im Ergebnis mit der Heilbehandlung und ihren verwirklichten Risiken einverstanden, so wird er keinen Strafantrag stellen und die Staatsanwaltschaft wird in einem solchen Fall auch das öffentliche Interesse nicht bejahen, es sei denn, sie habe den Verdacht unlauterer Machenschaften zwischen Patient und Arzt, etwa den eines Freikaufs.

Das tatsächliche Problem, das mit Hilfe des Instituts der hypothetischen Einwilligung gelöst werden soll, beschränkt sich also auf die folgende Fallkonstellation: Der Patient ist über ein nach den allgemeinen Regeln der Aufklärungspflicht relevantes Risiko nicht oder nicht richtig und vollständig aufgeklärt worden. Dieses Risiko hat sich bei der Heilbehandlung

---

Strafrecht als Scientia Universalis, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, Bd. 1, 2011, S. 439 (445 ff.); *Duttge*, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 179 (190 f.).

2 Auf nichts anderes als eine nachträgliche Genehmigung läuft der Vorschlag von *Zabel* (GA 2015, 219 [233]) hinaus, der Patient könne nach dem Heileingriff erklären, dass seine Einwilligung trotz seines Irrtums wirksam sei.

3 *Rönnau*, JuS 2014, 882 (884); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6).

realisiert und der Patient ist nachträglich nicht damit einverstanden, fühlt sich also in seinem Selbstbestimmungsrecht verletzt.

II. Das Selbstbestimmungsrecht und der hypothetische Wille

Nach *Rosenau* offenbart der Vorwurf, dass die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten untergrabe und dem Arzt die Möglichkeit verschaffe, seinen Patienten jede Behandlung aufzudrängen, die mit der lex artis (noch gerade) vereinbar sei, einen „fundamentalen Irrtum." „Der Tatbestand des § 223 StGB hat das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit vor Augen und darf nicht in einen Tatbestand zum Schutz der Selbstbestimmung umgedeutet werden."[4] Aber der Schutz eines Individualinteresses ist von dem Schutz des Rechts, über dieses Interesse zu verfügen, nicht zu trennen, es sei denn man unterwirft das Interesse einer fremdbestimmten Vernunfthoheit. Das gilt auch für das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit.[5]

Manche *Autoren* bestreiten, dass die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet, sie realisiere es vielmehr, weil man ja bestrebt ist, den hypothetischen Willen dieses individuellen Patienten zu ermitteln und ihn nicht irgendeiner Vernunfthoheit, etwa der medizinischen lex artis oder anderen fremdbestimmten Entscheidungsregeln, zu unterwerfen.[6] Aber selbst wenn es möglich wäre, eine eindeutige und, wie man sich heute ausdrückt, belastbare Aussage darüber zu treffen, wie sich der Patient in einer Konfliktlage entschieden hätte, wenn man ihn pflichtschuldigst gefragt hätte, wird dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten nicht dadurch Rechnung getragen, dass man ihm die auf diese Weise ermittelte Entscheidung als von ihm getroffen unterstellt. Es macht nämlich unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung einen wesentlichen Unterschied, ob jemand sich einem Risiko oder einem Übel aus eigener Entscheidung, aus welchen Gründen auch

---

4 *Rosenau*, in: Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683 (696); *Beulke*, medstra 2015, 67 (69).

5 *Puppe*, GA 2003, 764 (765); *Tag*, ZStW 126 (2015), 523 (525); *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (30) m.w.N.

6 *Kuhlen*, JR 2004, 227; *ders.* (Fn. 1 – FS Müller-Dietz), S. 442; *Rönnau*, JZ 2004, 801 (803 f.); *Beulke*, medstra 2015, 67 (74).

immer, unterzieht, oder ob ihm dieses Risiko oder dieses Übel von einem anderen aufgezwungen oder unterschoben wird. Der Patient, der gegen den Arzt, der ihn hintergangen hat, etwa ein Privatklageverfahren wegen Körperverletzung angestrengt hat, dürfte sich kaum in seinem Selbstbestimmungsrecht respektiert fühlen, wenn der Richter ihm erklärt, dass dieses nicht verletzt sei, weil er, der Richter, genau wisse, dass er auch bei richtiger Aufklärung in den Heileingriff eingewilligt hätte.[7]

Aber was weiß der Richter hier eigentlich. Er weiß, dass der Patient tatsächlich nicht in das Behandlungsrisiko eingewilligt hat, weil der Arzt ihn nicht darüber aufgeklärt hat. Die Behauptung, dass er bei richtiger Aufklärung in dieses Risiko eingewilligt hätte, ist reine Spekulation. Der Richter wählt nach objektiv erkennbaren Kriterien eine fiktive Willensentscheidung des Patienten aus, die er dann seiner Beurteilung über die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Verhaltens zugrunde legt. *Rosenau* hält das für unbedenklich, weil man ja auch sonst auf subjektive Tatsachen nur mit Hilfe objektiver Indizien schließen muss und auch kann.[8] Aber es ist etwas ganz anderes, aus objektiven Indizien auf einen subjektiven Sachverhalt zu schließen, von dem man dann annimmt, dass er wahr ist, als anhand objektiver Indizien einen subjektiven Sachverhalt zugrunde zu legen, von dem man genau weiß, dass er nicht wahr ist.

Aber damit fangen die Probleme der hypothetischen Einwilligung erst an. Niemand kann eine wahrheitsfähige Aussage darüber machen, wie er selbst oder ein anderer sich in einer Konfliktsituation entschieden hätte, in der er in Wirklichkeit nicht gestanden hat. Eine solche Aussage ist ihrer logischen Form nach ein irrealer Konditionalsatz, also ein Satz, der ein Bedingungsverhältnis zwischen zwei Gliedsätzen behauptet und zugleich behauptet, dass der erste falsch ist. Ein solcher Satz ist rein logisch betrachtet stets wahr, gleichgültig wie das Hinterglied lautet. Unter der Voraussetzung, dass der Patient tatsächlich nicht richtig aufgeklärt worden ist, ist also rein logisch betrachtet sowohl der Satz wahr, dass er dem Heileingriff auch dann zugestimmt hätte, wenn er richtig aufgeklärt worden wäre, als auch der Satz, dass er nicht zugestimmt hätte, wenn er richtig aufge-

---

7 Vgl. z.B. BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2, mit Bespr. *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, Bd. 1, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 18 ff. In diesem Fall war allerdings das Selbstbestimmungsrecht des Patienten möglicherweise tatsächlich nicht verletzt, weil er schon von anderen Ärzten über die Risiken des Heileingriffs aufgeklärt worden war.

8 *Rosenau* (Fn. 4), S. 692.

klärt worden wäre. Einen Sinn hat ein solcher Satz nur als Paraphrase auf allgemeine Gesetze, die nicht nur die wirklichen Ereignisse, sondern auch die fiktiven bestimmen müssten.[9] Solche allgemeinen Sätze kennen wir für menschliches Verhalten nicht und wir wissen trotz aller experimentellen Hirnforschung nach wie vor nicht, ob solche strikten Gesetze für menschliches Verhalten gelten oder nicht.[10] Die Anhänger der hypothetischen Einwilligung weisen dies als theoretische Besserwisserei zurück, indem sie darauf hinweisen, dass im täglichen Leben sehr oft Behauptungen dieser Form aufgestellt werden, beispielsweise der Satz, Ailton hätte im Jahr 2003 seinen Vertrag mit Werder Bremen verlängert, wenn der Verein ihm mehr Geld angeboten hätte als Schalke 04.[11] An Fußballstammtischen oder politischen Stammtischen werden dergleichen Behauptungen gerne aufgestellt und auch für bare Münze genommen. Aber im Gerichtssaal sollten andere Wahrheitsmaßstäbe gelten als an einem Fußballstammtisch. Freilich ist mit logischen Argumenten in der heutigen Rechtswissenschaft wenig auszurichten. Man kann sie ja einfach bestreiten.[12] Weit überzeugender ist das Argument, dass es mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Art. 2 GG, und der Menschenwürde, Art. 1 GG, unvereinbar ist, an die Stelle der einer Person von Rechts wegen zustehenden Willensentscheidung von Rechts wegen Spekulationen darüber zu setzen, wie sich die Person entschieden hätte, wenn man ihr pflichtgemäß die Gelegenheit gegeben hätte.

Allerdings nimmt auch die Rechtsprechung solche irrealen Konditionalsätze manchmal für bare Münze und entscheidet die „Hätte"-Frage dadurch, dass sie den Patienten einfach fragt, wie er sich denn entschieden hätte, wenn der Arzt ihn richtig und vollständig aufgeklärt hätte.[13] In der ersten Entscheidung, die einen Arzt aufgrund einer hypothetischen Einwilligung des Patienten freigesprochen hat, hat der BGH den Patienten allerdings nicht danach gefragt, sondern selbst Indizien dafür angeführt, dass

---

9 *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Vor § 13 Rn. 91 mit Fn. 93, Rn. 126 ff.; *dies.* (Fn. 7), § 2 Rn. 49, § 11 Rn. 12 f., § 19; *dies.*, JR 2004, 470 (471).

10 Zustimmend *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (28 f.); *Duttge* (Fn. 1), S. 189; *Hefendehl*, in: Freund/Murmann/Bloy/Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 465 (471).

11 *Kuhlen*, JR 2004, 227 (228); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6).

12 *Beulke*, medstra 2015, 67 (74).

13 BGH JR 2004, 469; vgl. auch BGH JR 2004, 251 (252).

der Patient auch bei vollständiger Aufklärung zugestimmt hätte.[14] Aber ganz abgesehen von allen erkenntnistheoretischen Einwänden gegen solche Aussagen und solche Beweismethoden lehrt uns alle unsere eigene Erfahrung, dass wir uns, wenn wir tatsächlich in eine bestimmte Entscheidungssituationen geraten sind, oft anders verhalten, als wir zuvor glaubten, dass wir uns verhalten würden. Hinzu kommt, dass die Antwort unseres Patienten auf die „Hätte"-Frage oft von Faktoren beeinflusst werden kann, die erst nach der Entscheidungssituation eingetreten sind, zum Beispiel davon, ob der Eingriff gut oder schief gegangen ist,[15] oder auch davon, wie sich der Arzt dem Patienten gegenüber allgemein verhalten hat.

Nehmen wir zum Beispiel den Bohrer-Fall, in dem der BGH die Erklärung des Patienten, er hätte auf keinen Fall in den Eingriff eingewilligt, für bare Münze genommen und darauf die Verurteilung des Arztes gestützt hatte.[16] Dem angeklagten Arzt war bei einer Bohrung des Schulterblatts des Patienten die Bohrerspitze abgebrochen. Nach einem kurzen vergeblichen Versuch, sie zu entfernen, ließ er die Bohrerspitze einfach im Schulterblatt stecken und verschloss die Operationswunde. Als ihm dann später klar wurde, dass diese Bohrerspitze auf jedem Röntgenbild der Schulter des Patienten deutlich zu sehen sein würde, entschloss er sich, sie durch einen weiteren operativen Eingriff zu entfernen. Um dem Patienten sein Versagen in der ersten Operation nicht eingestehen zu müssen, erklärte er ihm, er müsse auf der anderen Seite der Schulter noch eine Kapselraffung vornehmen, womit sich der Patient einverstanden erklärte. Verständlicherweise war der Patient auf diesen Arzt nicht mehr gut zu sprechen, als er die Wahrheit erfuhr. Schließlich hatte der ihn dreist getäuscht und sogar versucht ihn zu betrügen, denn er wollte ihm ja die angebliche Kapselraffung wohl in Rechnung stellen. Außerdem müsste man, um die „Hätte"-Frage überhaupt beantworten zu können eine ganze Menge von fiktiven Umständen hinzu erfinden. In welcher Art und Weise hätte der Arzt den Patienten gefragt? Hätte er ihm seinen Fehler reuevoll eingestanden und ihn um Verständnis gebeten, hätte er ihm erklären können, dass die Entfernung der Bohrerspitze, wenn auch nicht unbedingt medizinisch indiziert,

---

14 BGHR § 223 Abs. I Heileingriff 2, mit Bespr. *Puppe* (Fn. 7), § 11 Rn. 18 ff.

15 *Sternberg-Lieben*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 299 (302); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6); *Conrad/Koranyi*, JuS 2013, 979 (983); vgl. dazu BGH JR 1996, 69 (71 f.).

16 BGH JR 2004, 469 mit Anm. *Puppe*.

so doch auch im Eigeninteresse des Patienten war? Je nachdem, wie man diese Nebenumstände fingiert, wird man mehr oder weniger plausible Gründe sowohl für die Bejahung als auch für die Verneinung der „Hätte"-Frage finden können.

Der *VI. Zivilsenat* des BGH, der für Arztrecht zuständig ist und die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung gewissermaßen erfunden hat, hat denn auch niemals auf der Beantwortung dieser Frage bestanden, sondern ein fein austariertes System von Beweislastregeln dazu entwickelt. Danach braucht der Patient im Arzthaftungsprozess lediglich plausibel zu machen, dass er im Falle richtiger Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt gestanden hätte. Danach obliegt es dem Arzt zu beweisen, dass er sich gleichwohl für den Eingriff entschieden hätte.[17] An dieser Beweisanforderung scheitert der Arzt praktisch immer.[18] Im Strafprozess steht der Weg, Interessenkonflikte durch Beweislastregeln zu entscheiden, nicht offen. Hier gilt für jede Frage, die als entscheidungsrelevant angesehen wird, der Grundsatz, dass sie im Zweifelsfall so zu beantworten ist, wie es für den Angeklagten am günstigsten ist. Der Richter darf sich also im Strafprozess auch nicht an Plausibilitätserwägungen orientieren. Er muss aus der Erkenntnis, dass die „Hätte"-Frage prinzipiell nicht beantwortbar ist, wenn ein entscheidungsrelevanter Aufklärungsmangel besteht, die Konsequenz ziehen, sie stets zu Gunsten des angeklagten Arztes zu beantworten. Es ist also bei ehrlicher und konsequenter Handhabung des Zweifelsgrundsatzes im Strafprozess stets davon auszugehen, dass der Patient auch dann in den Heileingriff eingewilligt hätte, wenn er richtig und vollständig aufgeklärt worden wäre. Der Arzt kann also dem Patienten durch vorsätzlich unvollständige Aufklärung ungestraft jeden Heileingriff aufzwingen, der sich noch im Rahmen der lex artis hält.[19] Wird die Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung nicht gewissermaßen von außen auf Heileingriffe im Rahmen der lex artis eingeschränkt, so gilt sie auch für Außenseitermethoden.[20] Wohin es führt, wenn man die

17 *Wagner*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 874.

18 *Wagner* (Fn. 17), § 823 Rn. 874; *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7).

19 *Puppe*, GA 2003, 764 (769); *Otto*, Jura 2004, 679 (685); *Duttge* (Fn. 1), S. 188; *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (22 f.); *Tag*, ZStW 126 (2015), 523 (538 f.).

20 So BGH NJW 2013, 1688.

„Hätte"-Frage auch auf andere Rechtfertigungsgründe erstreckt, beispielsweise prozessuale, hat der Fall Jalloh erschreckend gezeigt.[21]

Auch der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung wird durch die Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung gegenstandslos. Das Rechtsinstitut der mutmaßlichen Einwilligung erlaubt es einem Arzt, sich dann an der hypothetischen Einwilligung des Patienten zu orientieren und sich darauf zu berufen, wenn er die wirkliche Einwilligung des Patienten aus tatsächlichen Gründen nicht einholen kann, beispielsweise weil der Patient nicht bei Bewusstsein oder aus anderen Gründen entscheidungsunfähig ist, und die Wiederherstellung seiner Entscheidungsfähigkeit, falls sie denn überhaupt ohne medizinischen Eingriff eintreten würde, nicht abgewartet werden kann. Diese Einschränkungen entfallen natürlich restlos, wenn sich der Arzt auch dann mit einer hypothetischen Einwilligung des Patienten entlasten kann, wenn sie nicht gegeben sind.[22] *Kuhlen*, der dies erkannt hat, will dem die Spitze dadurch nehmen, dass er einen Arzt, der sich ohne Not auf eine hypothetischen Einwilligung des Patienten beruft, wegen Versuchs bestrafen will, weil dieser doch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet hat, also ein Handlungsunwert gegeben ist, auch wenn der Erfolgsunwert entfällt.[23] Diese Rechnung geht nicht auf. Der Versuch ist nicht irgendein Handlungsunwert, sondern die Ausführung des Vorsatzes, den Tatbestand zu verwirklichen, ohne dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes gegeben sind, also die genaue Widerspiegelung des objektiven Unrechts im Bewusstsein des Täters. Eine Strafbarkeit des Arztes wegen Versuchs kommt also nur dann in Betracht, wenn er erstens den Patienten vorsätzlich getäuscht oder unvollständig aufgeklärt hat und zweitens nicht ernsthaft (sondern höchstens vage) darauf vertraut hat, dass der Patient auch dann in den Eingriff eingewilligt hätte, wenn er ihn richtig aufgeklärt hätte.[24] Angesichts der Erkenntnis, dass Behauptungen über den hypothetischen Wil-

---

21 BGHSt 59, 292 (303), mit Bespr. *Puppe* (Fn. 7), § 11 Rn. 25 ff.

22 *Haas*, GA 2015, 147 (151, 157); *Rönnau*, JuS 2014, 882 (884); *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (26); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7). *Beulke*, medstra 2015, 67 (74), sieht allerdings keinen Unterschied zwischen beiden Situationen, weil in jedem Fall der hypothetische Wille des Patienten erforscht werde.

23 *Kuhlen*, JR 2004, 227 (229).

24 *Puppe*, JR 2004, 470 (471); *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (28); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (8); siehe dazu BGH NStZ-RR 2007, 340 (341); BGH NStZ 2012, 205 (206). Das gilt entgegen *Beulke*, medstra 2015, 67 (75), also gerade dann, wenn sich der Arzt eine mangelhafte Einwilligung durch Täuschung des Patienten erschlichen hat.

len des Patienten ohnehin keine Tatsachen, sondern nur Spekulationen sind, kann der angeklagte Arzt ein solches Vertrauen jederzeit unwiderleglich behaupten, es sei denn, der Patient habe sich die Aufklärung anderweitig verschafft und dem Arzt ungefragt erklärt, dass er in dieses Risiko oder diese Operationserweiterung nicht einwillige.

III. Zur systematischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht

Aber sind nicht alle Einwände gegen die Anerkennung eines hypothetischen Patientenwillens als strafrechtlicher Rechtfertigungs- oder Haftungsausschließungsgrund buchstäblich Schnee vom vorigen Jahrtausend, nachdem der *VI. Zivilsenat* des BGH die hypothetische Einwilligung als Haftungsausschließungsgrund anerkannt hat und der Gesetzgeber sie als Einwendung des angeklagten Arztes durch das Patientenrechtsgesetz in § 630h Abs. 2 BGB übernommen hat? Kann das Strafrecht strenger sein als das Zivilrecht?[25] Um die Frage zu klären, inwieweit das Zivilrecht in diesem Bereich für das Strafrecht bindend ist, gilt es zunächst die systematische Stellung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht und im Zivilrecht zu klären. Manche Verfechter der hypothetischen Einwilligung betrachten diese als ein neues Institut, das gewissermaßen frei im deliktssystematischen Raum schwebend einem fairen Ausgleich der Risiken zwischen Arzt und Patienten dienen soll. Es soll die nach der Ansicht vieler Strafrechtler überzogenen Anforderungen an die Aufklärungspflicht des Arztes dadurch ausgleichen, dass der Arzt für seinen nach dieser Pflichtbestimmung bestehenden Aufklärungsfehler strafrechtlich nicht einstehen muss.[26] Nun ging es bei den Fällen, in denen Ärzte aufgrund einer hypothetischen Einwilligung der Patienten freigesprochen wurden, soweit bisher bekannt, nicht um geringe, sondern um ganz massive Aufklärungsfehler, wenn nicht gar bewusste Täuschungen.[27]

---

25 Verneinend der Beitrag von *Kuhlen*, ZStW 126 (2015), 693 (694); *Rosenau*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 53 m.w.N.; *Beulke*, medstra 2015, 67 (73).

26 *Zabel*, GA 2015, 219 (220); *Rosenau* (Fn. 4), S. 698.

27 BGH JR 2004, 251 f.; BGH NStZ 1996, 34. Dasselbe gilt für einige Fälle, in denen der BGH den Freispruch des Instanzgerichts aufgehoben hat, BGH NStZ 2012, 205; BGH NStZ-RR 2007, 340.

Wenn die Aufklärungspflichten der Ärzte überzogen sind, so muss man sie eben auf ein angemessenes Maß zurückschneiden, auch wenn das unbequem und in der Praxis schwer durchsetzbar ist.[28] Man darf die Folgen überzogener Aufklärungspflichten nicht dadurch korrigieren, dass man den strafrechtlichen Schutz der ärztlichen Aufklärungspflicht generell durch Anerkennung einer hypothetischen Einwilligung beseitigt.

In welchem systematischen Zusammenhang stellt sich also im Strafrecht die Frage, ob ein unzureichend aufgeklärter Patient bei richtiger Aufklärung in den Heileingriff eingewilligt hätte? Für *Kuhlen*, den wichtigsten Protagonisten der Lehre von der hypothetischen Einwilligung, macht es keinen Unterschied, ob diese bei der objektiven Zurechnung oder bei der Rechtfertigung systematisch eingeordnet wird.[29] „Richtig ist freilich in der Tat, dass der Erfolg ganz ebenso auf der definitiv pflichtwidrigen, weil objektiv nicht gerechtfertigten Handlung beruhen muss, wie auf der prima facie pflichtwidrigen, weil mit einem tatbestandlich missbilligten Risiko verbundenen Handlung."[30] In beiden Zusammenhängen stelle sich die Frage, ob der Täter den Erfolg durch rechtmäßiges Alternativverhalten vermieden hätte, und diese sei eben mit nein zu beantworten, wenn der Patient in den Heileingriff auch dann eingewilligt hätte, wenn er richtig und vollständig aufgeklärt worden wäre. *Kuhlen* stellt also einen Zurechnungszusammenhang her zwischen dem Aufklärungsmangel und der Durchführung des Heileingriffs.[31] Aber ehe man die Frage nach der Vermeidbarkeit durch das sog. rechtmäßige Alternativverhalten stellt, sollte man sich darüber vergewissern, was denn vermieden werden soll. Vermieden werden soll nicht, dass derjenige medizinische Heileingriff stattfindet, den der Arzt ohne wirksame Einwilligung durchgeführt hat, sondern dass ein medizinischer Heileingriff ohne Einwilligung des Patienten stattfindet. Dieses Resultat lässt sich auf zweierlei Weise verhindern: Entweder wird der Heileingriff dem Willen des Patienten angepasst oder der Wille des Patienten passt sich dem vom Arzt vorgeschlagenen Heileingriff an. Beide Alternativen sind unter dem Gesichtspunkt der Selbstbestimmung des Patienten

---

28 *Saliger*, in: Fahl/Müller/Satzger/Swoboda (Fn. 14), S. 257 (269 ff.); *Sternberg-Lieben* (Fn. 14), S. 306 ff.; *Tag*, ZStW 126 (2015), 523 (543 ff.).

29 *Kuhlen*, JR 2004, 227 (229); dagegen *Duttge* (Fn. 1), S. 190.

30 *Kuhlen*, JR 2004, 227 (228); vgl. auch *Rosenau* (Fn. 4), S. 694 f.; dagegen *Duttge* (Fn. 1), S. 190.

31 *Kuhlen* (Fn. 1 – FS Müller-Dietz), S. 436; *ders.*, JR 2004, 227 (228); *ders.* (Fn. 1 – FS Roxin), S. 337, 339 ff.

gleichwertig. Hätte aber der Arzt den Patienten richtig und vollständig aufgeklärt, so wäre eine dieser beiden Alternativen eingetreten, der Unrechtserfolg also vermieden worden.[32] Dies soll keine Anerkennung der Lehre von der Vermeidbarkeit durch rechtmäßiges Alternativverhalten sein, aber auf die grundsätzlichen Fehler und Mängel, an denen diese Lehre leidet, kann hier nicht eingegangen werden.[33]

In der ersten Entscheidung, in der der BGH in Strafsachen das Institut der hypothetischen Einwilligung eingeführt hat, um damit den Freispruch des angeklagten Arztes zu begründen, führt er die Frage, wie sich der Patient bei richtiger und vollständiger Aufklärung entschieden hätte, mit folgenden Worten ein: „Dennoch muss es beim Freispruch verbleiben, weil die Strafkammer mit fehlerfreier Begründung die Auffassung vertreten hat, dass diese Pflichtwidrigkeit für die Körperverletzung nicht ursächlich gewesen sei. Sie stützt dies auf die Erwägung, dass der Nebenkläger in dem Angeklagten endlich einen Arzt gefunden habe, der seinem dringlichen Wunsch nachgekommen sei, die störende Fehlstellung der Beine operativ zu korrigieren, dass er ein weitgehend bedingungsloses Vertrauen in das ärztliche Können und die operative Kunst des Angeklagten gehabt habe und dass er deshalb in die Operation auch dann eingewilligt hätte, wenn er über alle damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden wäre."[34] Systematisch wird also der Aufklärungsfehler wie ein ärztlicher Kunstfehler behandelt und demgemäß das Erfordernis der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung für die Durchführung der ärztlichen Heilbehandlung geprüft, die als der zu vermeidende Körperverletzungserfolg behandelt wird.

Der Aufklärungsmangel kann insofern kausal für die Heilbehandlung als Körperverletzungserfolg werden, als er kausal für die Einwilligung des Patienten ist und diese insofern kausal für die vom Arzt durchgeführte Heilbehandlung, als dieser sie ganz ohne Einwilligung nicht durchgeführt hätte. Aber die Bedeutung der Einwilligung im Recht besteht nicht darin,

---

32 *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (25); vgl. auch *Schlehofer*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 953 (970), der auch darauf hinweist, dass die tatbestandsmäßige Handlung des Arztes nicht die unvollständige Aufklärung ist, sondern der Heileingriff nach unvollständiger Aufklärung, a.a.O., S. 969. Dessen Unterlassen wäre also das rechtmäßige Alternativverhalten gewesen.

33 Siehe dazu *Puppe*, JZ 2008, 488 (492 ff.); *dies.*, GA 2015, 203 (209 ff.), insbesondere bei psychischen Kausalverläufen BGHSt 13, 13.

34 BGHR § 223 Abs. 1 Einwilligung 2, mit Bespr. *Puppe* (Fn. 7), § 11 Rn. 18 ff.

dass sie den Heileingriff verursacht, sondern darin, dass sie ihn rechtfertigt. Deshalb ist es von vornherein systematisch verfehlt, die Lehre von der Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung für die Rechtsgutsverletzung auf den Aufklärungsfehler anzuwenden.[35] Indem man dann auf dieses angebliche Kausalitätsproblem die Lehre von der conditio sine qua non anwendet,[36] kommt man zu der irrealen Frage, ob der Heileingriff auch vonstattengegangen wäre, wenn der Arzt den Aufklärungsfehler nicht begangen hätte. Also denkt man sich „hypothetisch" eine richtige Aufklärung des Arztes hinzu und kann dann darüber spekulieren, ob der Patient sicher, oder möglicherweise, oder nicht ausschließbar, dem Eingriff zugestimmt hätte, so dass es aufgrund einer, wenn auch inhaltlich anderen Einwilligung zu genau dem gleichen Heileingriff gekommen wäre. Deshalb sei eben der Aufklärungsmangel für den Eingriff selbst nicht kausal. Vernachlässigt wird bei dieser Kausalitätsprüfung allerdings der Unterschied zwischen dem wirklich stattgehabten, inhaltlich nicht durch eine Einwilligung gedeckten Heileingriff und einem durch die Einwilligung gedeckten, die der Patient bei richtiger Aufklärung (sicher, vielleicht oder nicht ausschließbar) erteilt hätte, eben der hypothetischen Einwilligung.

Nun kann man die Prüfung der Kausalität des Einwilligungsmangels oder, wie *Kuhlen* sich ausdrücken würde, des Beruhens des weiteren Geschehens auf dem Einwilligungsmangel allerdings auch noch anders ansetzen, nämlich so, dass man die Frage stellt, ob der Aufklärungsmangel die wirkliche Einwilligung des Patienten verursacht hat. Prüft man nun nach der sattsam bekannten Wegdenk- und Zudenkmethode, indem man sich fragt, ob der Patient eingewilligt hätte, wenn der Arzt ihn vollständig auf-

---

35 *Puppe*, GA 2003, 764 (770); *dies.* (Fn. 7), § 11 Rn. 23 f.; *Duttge* (Fn. 1), S. 185 f.; *Gropp*, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Fn. 1), S. 197 (206 f.); *Schlehofer* (Fn. 32), S. 953 (969 f.); *Haas*, GA 2015, 147 (155); *Sternberg-Lieben* (Fn. 14), S. 301 f.; *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (21, 24, 27); *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 168a mit Fn. 834; *Jäger*, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 25 f.; *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2015, S. 25 f. Daran, dass der Zusammenhang zwischen dem durch den Aufklärungsfehler verursachten inhaltlichen Mangel der Einwilligung und dem Heileingriff kein Kausalzusammenhang ist, ändert sich, entgegen *Hefendehl* (Fn. 10), S. 474 ff., auch nichts, wenn man statt eines dreistufigen einen zweistufigen Verbrechensaufbau zugrunde legt, also die Rechtfertigungsbedingungen in die Tatbestandsbeschreibungen integriert.

36 Grundsätzlich kritisch zu dieser Methode, Kausalität zu bestimmen und im Einzelfall festzustellen, *Puppe*, GA 2010, 551; *dies.* (Fn. 9), Vor § 13 Rn. 90 ff.

geklärt hätte, so kommt man in der Tat wieder genau zu der Frage, von der die Lehre von der hypothetischen Einwilligung die Verantwortlichkeit des Arztes abhängig macht, eben der „Hätte"-Frage. Aber wie der BGH schon sehr früh in einer treffenden Entscheidung ausgeführt hat, verliert der wirkliche Kausalverlauf sein Dasein nicht dadurch, dass an seine Stelle unter anderen Umständen ein anderer getreten wäre, aber nicht getreten ist.[37] Alle möglichen Spekulationen über die „Hätte"-Frage ändern nichts an der schlichten Tatsache, dass der über ein Risiko oder eine mögliche Operationserweiterung nicht aufgeklärte Patient über dieses Risiko oder diese mögliche Operationserweiterung nicht entschieden, geschweige denn sich positiv dazu erklärt hat. Anderes würde höchstens dann gelten, wenn der Patient sich die für eine solche Entscheidung notwendigen Informationen anderweitig verschafft hätte.[38] Im Übrigen bleibt es bei dem rein tatsächlichen Befund, dass die vom Patienten tatsächlich getroffene Entscheidung und die von ihm erklärte Einwilligung dieses Risiko und diese Operationserweiterung nicht decken.

IV. Zur systematischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht

Eigentlich sollte es einigermaßen erstaunen, dass es ausgerechnet ein Zivilgericht war, dass das Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung erfunden hat, um die Haftung von Ärzten für eine Heilbehandlung abzulehnen, die von der wirklichen Einwilligung des Patienten deshalb nicht gedeckt ist, weil diese auf einem ärztlichen Aufklärungsmangel beruht. Welcher Zivilrechtler würde einen zustimmungspflichtigen oder auch genehmigungspflichtigen Rechtsakt auch ohne die erforderliche Zustimmung für wirksam erklären mit der Begründung, dass der Zustimmungsberechtigte wohl zugestimmt hätte, wenn man ihn pflichtgemäß darum ersucht hätte? Eine systematische Begründung für die Relevanz der Frage, ob der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung mit dem Eingriff einverstanden gewesen wäre, sucht man aber in den einschlägigen Entscheidungen verge-

37 BGHSt 13, 13; jetzt leider anders BGH NStZ 2010, 88; beide mit Bespr. *Puppe* (Fn. 7), Rn. 43 ff.

38 Im Fall BGHR § 223 Abs. 1 Einwilligung 2 war das wohl tatsächlich der Fall. Der Patient hatte schon zwei andere Ärzte konsultiert, die die von ihm verlangte Operation gerade wegen der Risiken abgelehnt hatten, die sich dann später realisierten.

bens. Diese „Hätte"-Frage wird vielmehr ganz unvermittelt aufgeworfen und zunächst einmal für relevant erklärt.[39] Es gibt allerdings in einer Entscheidung eine Formulierung, die darauf hindeutet, dass es eben nicht um eine Rechtfertigung oder Haftungseinschränkung aufgrund einer hypothetischen Einwilligung geht, sondern um einen Kausalzusammenhang zwischen dem Aufklärungsmangel, also dem Irrtum des Patienten, und der wirklichen Einwilligung.[40] Wie soeben dargelegt, ist die Feststellung eines solchen Kausalzusammenhangs deshalb nicht erforderlich, weil der Irrtum des Patienten die Einwilligung nicht verursacht, sondern ihren Inhalt bestimmt. Außerdem hängt die Kausalität des Irrtums für die wirkliche Einwilligung auch nicht von der „Hätte"-Frage ab, denn der wirkliche Kausalprozess, der zu dem Entschluss des Patienten geführt hat, sich mit dem Eingriff an sich einverstanden zu erklären, verliert sein Dasein nicht dadurch, dass unter anderen Voraussetzungen sicher oder möglicherweise oder nicht ausschließbar ein anderer Kausalprozess an seine Stelle getreten wäre, der zu dem gleichen Ergebnis geführt hätte, der aber tatsächlich gar nicht stattgefunden hat.[41] Es bleibt uns also nichts anderes übrig, als uns selbst auf die Suche nach einer Begründung dafür zu begeben, dass die Haftung des Arztes für ein Risiko, das sich durch seinen Eingriff realisiert hat, aber mangels Aufklärung von der Einwilligung des Patienten nicht gedeckt war, davon abhängig sein soll, ob der Patient sich bei der gebotenen vollständigen Aufklärung auch mit der Übernahme dieses Risikos einverstanden erklärt hätte.

Der einzige Anknüpfungspunkt, der sich für die „Hätte"-Frage anbietet, ist § 249 BGB, die sog. haftungsausfüllende Kausalität. Aber dies ist in Wahrheit gar keine Frage von Kausalität, es ist der allgemeine Gedanke, dass demjenigen, der von einem Unrecht betroffen ist, sein Recht dadurch gewährt wird, dass er in den Zustand versetzt wird, in dem er sich befunden hätte, wenn das Unrecht nicht geschehen wäre. Mit Kausalität im strengen Sinne hat das nichts zu tun, aber es wirft umso entschiedener die Frage auf, was geschehen wäre, wenn statt des fehlerhaften Verhaltens ein korrektes stattgefunden hätte, also unsere „Hätte"-Frage. Nun weiß jeder Deliktsrechtler, dass diese Rechnung nicht aufgeht, man denke an die Fälle des Vorhandenseins einer Ersatzursache, wo nach dieser Regel dem Be-

39 Vgl. z.B. BGHZ 90, 103 (111); BGH NJW 1980, 133 (134).

40 In BGH NJW 1980, 133 (134), ist von der „Ursächlichkeit des Aufklärungsmangels für den Einwilligungsentschluss" die Rede.

41 BGHSt 13, 13 (14).

troffenen ein doppeltes Insolvenzrisiko aufgebürdet würde. Man denke an die Fälle, in denen der Geschädigte gegen diesen Schaden versichert ist. Man denke an die sog. Schadensliquidation im Drittinteresse. So unausweichlich, wie es nach dem Wortlaut des § 249 BGB den Anschein hat, ist also die Beantwortung der „Hätte"-Frage auch im Schadensersatzrecht nicht. Deshalb hatte der *VI. Zivilsenat* des BGH auch die Möglichkeit, hier mit Beweislastregeln zu arbeiten.

Die wichtigste Erkenntnis für den Strafrechtler, die sich aus dieser Erklärung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung ergibt, ist die, dass es den Strafrechtler nichts angeht. Die vom *VI. Zivilsenat* entwickelte Lehre von der Maßgeblichkeit der hypothetischen Einwilligung für die Haftung des Arztes ist also für das Strafrecht in keiner Weise bindend oder präjudiziell. Dasselbe gilt denn auch für § 630h Abs. 2 BGB.

Eine Anregung könnte die Rechtsprechung des *VI. Zivilsenats* allerdings für die Lösung des Problems geben, wie man die angeblich so ausufernde Aufklärungspflicht des Arztes sinnvoll einschränken könnte. Was der *VI. Zivilsenat* als Beweislastregeln formuliert hat, könnte man auch als Schutzzweck der Norm erfassen. Der *VI. Senat* hat eine Beweislastumkehr zulasten des Arztes unter der Voraussetzung vorgesehen, dass der Patient darlegen kann, dass er bei richtiger und vollständiger Aufklärung über die Risiken des Eingriffs oder die gegebenenfalls notwendigen Erweiterungen des Eingriffs sich in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte, ob er nun in diesen Eingriff einwilligen soll oder nicht. Dieses Kriterium ist auch sinnvoll als Bestimmung des Schutzzwecks der Norm, die die Aufklärungspflicht des Arztes begründet. Den Arzt treffen verschiedenartige Aufklärungspflichten, beispielsweise auch darüber, wie sich der Patient nach dem Heileingriff verhalten soll oder wie der Heilungsprozess voraussichtlich im Einzelnen verlaufen wird. Nicht alle Aufklärungspflichten des Arztes dienen also dem Zweck, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten bei Erteilung der Einwilligung gegen Irrtümer zu schützen. Diesen Zweck haben nur Aufklärungspflichten über solche Tatsachen, insbesondere Risiken oder mögliche Erweiterungen des Eingriffs, bei deren Kenntnis sich der Patient in jenem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte. Auf diese Weise lässt sich im Strafrecht das gleiche Ergebnis erreichen, dass der *VI. Zivilsenat* im Zivilrecht anstrebt, während die Eins-zu-Eins-Übernahme der hypothetischen Einwilligung als Haftungsausschließungsgrund im Strafrecht nach dem Zweifelsgrundsatz zur Paralysierung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten führen würde.

Aus dem Schutzzweck einer vom Arzt gegebenenfalls verletzten Aufklärungspflicht fallen demnach solche Fehlinformationen, die nicht unmittelbar das Körperinteresse des Patienten betreffen, beispielsweise die Information über die Kosten der Behandlung oder über die Frage, ob die Versicherung des Patienten diese übernimmt. Fehlinformationen, die das Körperinteresse des Patienten betreffen, sind nur dann vom Schutzzweck der Aufklärungsnorm nicht erfasst, wenn sie für die vom Patienten zu treffende Entscheidung irrelevant sind. Diese Einschränkung des Schutzzwecks der Aufklärungsnormen dient der Vorbeugung gegen Versuche von Patienten, bei Verdacht auf einen Behandlungsfehler ihren Schaden über einen erheblich leichter beweisbaren Aufklärungsmangel geltend zu machen, was das Anliegen des *VI. Zivilsenats* bei der Einführung der hypothetischen Einwilligung war.[42] Im Übrigen ist der Schutzzweck der Aufklärungspflicht bei allen Informationen betroffen, die für die Entscheidung des Patienten, sich dem Eingriff zu unterziehen, im Hinblick auf sein Körperinteresse eine Rolle spielen. Der Grund für die Einwilligungsbedürftigkeit eines ärztlichen Heileingriffs liegt darin, dass der Patient seine erhoffte gesundheitliche Wiederherstellung zunächst mit einem Opfer an Gesundheit erkaufen muss.[43] Wird er bei dieser Entscheidung irregeleitet, so ist sein Selbstbestimmungsrecht über seinen Körper, also das Rechtsgut des § 223 StGB, betroffen. Deshalb ist *Gaede* zu widersprechen, wenn er den Schutzzweck der Aufklärungspflicht auf die Eigenschaften des Heileingriffs als solchen beschränken will und insbesondere die Aufklärung über die Diagnose, die Heilungsaussichten und über Behandlungsalternativen davon ausnehmen will.[44] Die Diagnose ist der Grund dafür, dass der Patient sich dafür entscheidet, zunächst ein Opfer an Körperintegrität zu bringen und nur, wenn er etwa vorhandene Behandlungsalternativen kennt, kann er darüber entscheiden, welches Opfer er bringt.[45]

Der Siegeszug der Lehre von der hypothetischen Einwilligung, zumal im Strafrecht, ist ein in seinen praktischen Rechtsfolgen dramatisches Beispiel dafür, wie tief die Rechtsanwendung in die Irre gehen kann, wenn sie

---

42 *Laufs/Katzenmeier/Lipp*, Arztrecht, 7. Aufl. 2015, Rn. 154 f.; vgl. *Wagner* (Fn. 16), § 823 Rn. 810; BGHZ 90, 103 (111 ff.); *Zabel*, GA 2015, 219 (223).

43 *Puppe*, GA 2003, 764.

44 *Gaede* (Fn. 34), S. 65 f. Im sog. Surgibone-Fall (BGH NStZ 1996, 34) hatte auch der BGH den Arzt nicht für verpflichtet gehalten, den Patienten über Alternativen zu den vom Arzt bevorzugten Behandlungsalternativen aufzuklären.

45 *Kuhlen*, GA 2015, 709 (710), Rezension zu *Gaede* (Fn. 34).

die Ermittlung des systematischen Standorts eines Rechtsproblems vernachlässigt und versucht, einen Gedankengang, der in einem ganz anderen systematischen Zusammenhang entwickelt wurde, eins zu eins auf dieses Problem zu übertragen.