

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	7
A. Einleitung	17
B. Grundfragen des informed consent	21
C. Rechtsprechung aus dem Zivil- und Strafrecht	29
D. Kritik an Rechtsprechung	61
E. Bestrebungen zur Reduzierung der ärztlichen Aufklärungspflichten	69
F. Analyse der Aufklärung als zwischenmenschliche Kommunikation	127
G. Sprechakttheorie	145
H. Analyse der juristischen Aufklärungspflicht anhand der Sprechakttheorie	187
I. Entwicklung einer These zur strafrechtlichen Haftung	239
J. Asymmetrische Akzessorietät des Strafrechts zum Zivilrecht	241
K. Evidente Aufklärungspflichtverletzungen	309
L. Zusammenfassung und Schluss	333
Literaturverzeichnis	337

# Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Gang der Untersuchung	19
II. Eingrenzung der Arbeit	20
B. Grundfragen des informed consent	21
I. Schutz des Selbstbestimmungsrechts und Ausgleich eines Informationsgefälles	21
II. Rechtfertigende oder tatbestandsausschließende Einwilligung	25
III. Ärztlicher Heileingriff = Körperverletzung	27
C. Rechtsprechung aus dem Zivil- und Strafrecht	29
I. Aufklärung im Großen und Ganzen	30
1. Definition	30
2. Umfang der Aufklärungspflicht	32
a. Zum Umgang der Rechtsprechung mit Risiken und zum Begriff des Risikos	32
i. Eingriffsspezifische Risiken	32
ii. Außergewöhnliche Risiken	35
iii. Allgemeine und bekannte Risiken	35
iv. Theoretisch bleibende Erörterungen	37
v. Frühere Rechtsprechung: Risikodichte ist maßgeblich	37
b. Dringlichkeit	38
c. Vorinformierter Patient	39
d. Behandlungsalternativen	40
i. Echte Behandlungsalternativen	41
ii. Vorgezogene Aufklärungspflichten bei potenzieller Wahlmöglichkeit	42
iii. Grenzen der Aufklärung über Behandlungsalternativen	42

e.	Verschärfte Aufklärungspflichten	43
	i. Kosmetische Operationen und fremdnützige Eingriffe	43
	ii. Neulandmethoden/Außenseitermethoden	44
f.	Grenzen der Aufklärungspflicht	45
g.	Zum Arzt-Patienten-Gespräch	46
	i. Grundsatz der Wahrhaftigkeit	47
	ii. Verständlichkeit	48
	iii. Rechtzeitigkeit	50
h.	Förmlichkeit	53
	i. Telefonische Aufklärung	53
	ii. Merkblätter und Aufklärungsbögen	54
	iii. Routineeingriffe	55
3.	Patientenbezogene Aufklärung	55
4.	Zusammenfassung	57
II.	Grundaufklärung	58
	1. Definition	58
	2. Vergleich mit Aufklärung im Großen und Ganzen	59
III.	Aufklärungsverzicht	60
D.	Kritik an Rechtsprechung	61
	I. Defensivmedizin und Formularpraxis	61
	II. Fortune-Korrektur	63
	III. Undurchsichtigkeit	64
	IV. Seltene Risiken	65
	V. Zweifelhafter Nutzen	66
E.	Bestrebungen zur Reduzierung der ärztlichen Aufklärungspflichten	69
	I. Bestrebungen innerhalb der Rechtsprechung	69
	1. Auf Beweisebene	69
	2. Hypothetische Einwilligung und zur Ansicht <i>Roxins</i>	70
	3. Zwischenergebnis	73
	II. Ansätze für das Zivil- und Strafrecht aus der Literatur	73
	1. Übliche Aufklärung	73
	2. Stufenaufklärung	75
	a. Grundsätze der Stufenaufklärung	75
	b. Stufenaufklärung und Kommunikation	77

c. Nur bei Routineeingriffen?	78
d. Ablehnung der Stufenaufklärung	80
3. (Begrenzter) Beurteilungsspielraum des Arztes	81
a. Ausgestaltung im Einzelfall	81
b. Vergleichbarkeit	82
c. Weitere Kritik	83
4. Zwischenergebnis	84
III. Spezifisch strafrechtliche Ansätze	84
1. Reduzierung durch rechtsgutsbezogene Aufklärungspflichten	85
a. Nur konkretes Risiko ist aufklärungspflichtig	85
b. Nur eingriffsbezogene Risiken sind aufklärungspflichtig	86
c. Weitere Ansätze mit Rechtsgutsbezug	87
d. Kritik an den rechtsgutsbezogenen Ansätzen	87
i. Einwilligung ist immer Ausübung des Selbstbestimmungsrechts	88
ii. Abgrenzung zu Motivirrtümern nicht möglich	92
iii. Zur wirtschaftlichen Aufklärung	96
iv. Zwischenergebnis	97
2. Reduzierung durch Bezugnahme auf die Grundaufklärung	97
a. Zivilrechtliche Grundaufklärung	97
i. Inhaltliches Verhältnis von Grundaufklärung und Aufklärung im Großen und Ganzen	98
ii. Grundaufklärung nur als Zurechnungskriterium	100
b. Strafrechtliches Begriffsverständnis einer „Grundaufklärung“ als Basisaufklärung	102
c. Kritik an einer solchen Reduzierung	102
d. Zwischenergebnis	106
IV. Weitere Möglichkeiten zur Reduzierung der strafrechtlichen Aufklärungspflichten	106
1. Grobe Verletzung der Aufklärungspflicht	106
2. Verwerflichkeitsklausel in § 223 StGB	107
V. Gegenargumente	108
1. Strenge Zivilrechtsakzessorietät	108
2. Patientenautonomie	108

3. Zum Stand der Diskussion	111
VI. Bestandsaufnahme und Kritik am informed consent	111
1. Grenzen des informed consent	112
a. Information overload	113
b. Nocebo-Effekt	114
c. Zwischenergebnis	115
2. Nicht berücksichtigte Faktoren beim informed consent	116
a. Begrenzte Rationalität	116
b. Framing-Effekte	119
c. Aufklärungsverzicht und Recht auf Nichtwissen	121
3. Zwischenergebnis	122
VII. Folgerungen und Fortgang der weiteren Untersuchung	122
F. Analyse der Aufklärung als zwischenmenschliche Kommunikation	127
I. Vernachlässigung der zwischenmenschlichen Kommunikation im juristischen Diskurs	127
II. Watzlawick et al.: pragmatische Wirkung der Kommunikation	130
1. Axiom: Die Unmöglichkeit, nicht zu kommunizieren	131
2. Axiom: Jede Kommunikation hat einen Inhalts- und Beziehungsaspekt	132
3. Axiom: Zwischenmenschliche Kommunikationsabläufe sind entweder symmetrisch oder komplementär	133
4. Zwischenergebnis	134
III. Luhmann: Kommunikationstheorie innerhalb der Systemtheorie	134
1. Shannon-Weaver-Modell	134
2. Keine Informationsübertragung	137
3. Drei Selektionen	137
a. Erste Selektion: Wahl der Information	137
b. Zweite Selektion: Wahl des Verhaltens	138
c. Dritte Selektion: Differenz von Information und Mitteilungsverhalten	139
4. Anschlussverhalten	141
5. Erfolg der Kommunikation	141
6. Ergebnis	143
IV. Thesen	143

G. Sprechakttheorie	145
I. Einführung in die Sprechakttheorie	145
1. Elemente des Sprechakts	146
a. Äußerungsakt	147
b. Illokutionärer Akt	147
c. Propositionaler Akt	148
d. Perlokutionärer Akt	149
2. Klassifikation von Sprechakten nach Searle	151
3. Intentionalität	152
4. Notwendige Gelingensbedingungen für illokutionäre Akte	152
II. Aufklärung als Sprechakt	156
1. Propositionaler Akt	157
2. Illokutionärer Akt	159
a. Aufklärung als illokutionärer Akt	159
b. Informationsvermittlung	161
c. Sachverständige Beratung	162
3. Perlokutionärer Akt und perlokutionäre Effekte	165
a. Wissen	167
b. Voraussetzung für den informed consent	168
c. Patienten beruhigen und dessen Furcht und Hemmungen nehmen	168
d. Nebeneffekte und Nocebo-Effekt	170
e. Perlokutionäres Ziel und perlokutionäres Nachspiel	170
f. Aufklärung im engeren Sinne	171
g. Zwischenergebnis	171
4. Zusammenfassung	172
III. Das „Automatenproblem“ – Verknüpfung von Illokution und Perlokution	172
1. Konventionale Theorien	176
2. Intentionale Theorien	180
3. Bezugnahme auf einen Common Ground	184
4. Zusammenfassung	185
IV. Zwischenergebnis	186

H. Analyse der juristischen Aufklärungspflicht anhand der Sprechakttheorie	187
I. Vergleich zwischen Aufklärungspflichten und Sprechakttheorie	187
1. Zuordnung von Aufklärungspflichten zu den einzelnen Akten	187
2. Gegenüberstellung von Gelingensbedingungen und Aufklärungspflichtverstößen	189
3. Erkenntnisse	191
II. Nähere Analyse der Aufklärung als Sprechakt anhand einzelner Beispiele	192
1. Perlokutionäre Effekte in der Rechtsprechung des BGH und der Literatur	192
a. Nach intentionaler Theorie	193
b. Nach konventionaler Theorie	194
c. Folgerungen: intentional-konventionaler-Ansatz	195
2. Nocebo-Effekte	199
a. Nach intentionaler Theorie	200
b. Nach konventionaler Theorie	202
c. Folgerungen	204
3. Intentionale Bedingungen – Defensivmedizin und „Aufklärungsmonologe“	204
III. Zwischenergebnis	209
IV. Aufklärungspflicht als das Vollziehen von Sprechakten – Versuch einer Neujustierung	209
1. Vorschlag einer Neudefinition	210
2. Sinn und Zweck der Definition: Aufklärung oder Nicht-Aufklärung	213
3. Abgrenzung: Aufklärung zu Nicht-Aufklärung	215
a. Aufklärung und Manipulation	217
b. Auch eine Frage der Patientenautonomie	220
c. Zum Autonomiekonzept von Beauchamp/Childress	222
4. Bedeutung für Zivil- und Strafrecht	223
5. Keine grundsätzlichen Bedenken gegen Gesprächsanalyse	224
6. Komplexität nimmt zu	226
7. Aufklärungsformulare und Dokumentationsbögen	227
8. Praktische Umsetzung	228

9. Trennung in Sprechakt- und Inhaltsebene	229
a. Verschränkungen	229
b. Beispielfälle	230
i. Fehler auf der Sprechaktebene	231
ii. Fehler auf der Inhaltsebene	233
10. Abgrenzung zwischen Aufklärung und therapeutischer Information/Sicherungsaufklärung	234
11. Kritik an dem vorgeschlagenen Verständnis	235
12. Zwischenergebnis	236
I. Entwicklung einer These zur strafrechtlichen Haftung	239
J. Asymmetrische Akzessorietät des Strafrechts zum Zivilrecht	241
I. Grundlagen	241
II. Autonomie des Strafrechts: Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken	244
III. (Strenge) Akzessorietät zu außerstrafrechtlicher Verhaltensnorm	248
1. Trennung in Verhaltens- und Sanktionsnormen	249
2. Anwendung auf Aufklärungspflicht	251
3. Begründungsversuche	252
IV. (Asymmetrische) Akzessorietät zu den zivilrechtlichen Aufklärungspflichten	255
1. Begriff	255
a. Negative Akzessorietät	256
b. Begrenzungsfunktion	258
2. Begründungsversuche	258
a. Fragmentarisch – ultima ratio – subsidiär	259
i. Fragmentarischer Charakter des Strafrechts	259
ii. Subsidiarität des Strafrechts	262
iii. Strafrecht als Ultima Ratio	263
iv. Kritik an den vorgestellten Ansätzen	266
b. Exkurs: Asymmetrische Akzessorietät der Untreue	268
i. Bundesgerichtshof	268
ii. Ansätze aus der Literatur	270
iii. Zwischenergebnis	270
c. BVerfG zu Untreue: Präziserungsgebot	271



## Inhaltsverzeichnis

d. Asymmetrische Akzessorietät als Ausfluss aus dem Präzisierungsgebot	273
e. Zwischenergebnis	280
3. Strafrechtswidrigkeit	281
4. Zwischenergebnis	284
V. Ableitung auf Aufklärungspflicht	284
1. Blankett oder normatives Tatbestandsmerkmal?	285
2. Verhaltens- und Sanktionsnorm bei der Aufklärung	286
a. Einwilligung ist tatbestandsausschließend	286
b. Einwilligung wirkt rechtfertigend	289
3. Unbestimmtheit der Aufklärungspflichten	294
a. Anwendung auf Rechtfertigungsgründe	296
b. Faktische Unbestimmtheit	298
c. Gesetzliche Unbestimmtheit	302
d. Präzisierung durch den BGHSt?	303
e. Zwischenergebnis	306
4. Zusammenfassung	307
K. Evidente Aufklärungspflichtverletzungen	309
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse bis hierhin	309
II. Ausformulierung der asymmetrisch-akzessorischen Auslegung	310
1. Evidenter Verstoß gegen Aufklärungspflicht	311
a. Evidenz auf der Sprechaktebene	311
b. Evidenz auf der inhaltlichen Seite der Aufklärung	315
c. Zwischenergebnis	315
2. Notwendige und hinreichende Bedingungen strafrechtlicher Haftung	315
3. Beispielfälle	316
a. Vorsätzliche Falschaufklärung	316
b. Fahrlässige Falschaufklärung ohne fremdbestimmende Elemente	318
c. Fahrlässige Falschaufklärung mit fremdbestimmenden Elementen	320
4. Zwischenergebnis	321
III. Überprüfung der These	321
1. Verkürzung des Selbstbestimmungsrechts	321
a. Information Overload	325

*Inhaltsverzeichnis*

b. Begrenzte Rationalität	326
c. Bestimmtheitsgebot	327
d. Zwischenergebnis	328
2. Weitere Kritik	328
3. Zur hypothetischen Einwilligung	329
4. Zwischenergebnis	331
L. Zusammenfassung und Schluss	333
Literaturverzeichnis	337