

Michael Wicki

Fürsprecher

Komplementärmedizin
im Rahmen des Rechts



STÄMPFLI VERLAG AG BERN · 1998

INHALTSVERZEICHNIS

INHALTSVERZEICHNIS.....	I
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VIII
LITERATURVERZEICHNIS.....	XIV
VORWORT.....	XXXVII

I. GRUNDLAGEN DER KOMPLEMENTÄR- UND SCHULMEDIZIN..... 1

1. Einleitung.....	1
1.1. Zunehmende Bedeutung der Komplementärmedizin.....	1
1.2. Begriffsbestimmung der Komplementärmedizin.....	4
1.3. Themenaufbau.....	5
1.4. Juristischer Überblick.....	6
1.4.1. Privatrecht.....	6
1.4.1.1. Der Vertrag und sein Inhalt.....	6
1.4.1.2. Die Schranken.....	9
A. Die "öffentliche Ordnung" gemäss Art.19 OR.....	9
B. Die ursprüngliche Unmöglichkeit gemäss Art.20 Abs.1 OR.....	9
C. Die Widerrechtlichkeit der Leistung gemäss Art.20 Abs.1 OR.....	11
D. Die Sittenwidrigkeit gemäss Art.19 Abs.2 und Art.20 Abs.1 OR.....	12
E. Verletzung des Rechts der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung gemäss Art.27 ZGB und Art.19 Abs.2 OR.....	16
F. Die Übervorteilung nach Art.21 OR.....	16
G. Wesentlicher Irrtum, absichtliche Täuschung und Furchterregung.....	19
1.4.1.3. Bundesgesetz über die Produkthaftpflicht - „PrHG“.....	21
1.4.2. Verwaltungsrecht.....	23
1.4.3. Versicherungsrecht.....	23
1.4.4. Strafrecht.....	24
1.5. Hoffnung und Schranken.....	24
2. Das Wesen komplementärmedizinischer Verfahren.....	25
2.1. Andere Erkenntnistheorie.....	25
2.2. Ursachenbekämpfung.....	27
2.3. Unterteilung der Komplementärmedizin.....	29
3. Bedeutung der Komplementärmedizin.....	32
4. Allgemeines zum Krankheitsbegriff und zur „Gesundheitspolizei“.....	40
4.1. Gesundheitsbegriff - Krankheitsbegriff.....	40
4.2. Ärztliche Berufsausübung.....	47
4.2.1. Schulmedizin.....	47
4.2.2. Standesregeln.....	51
4.2.2.1. Ärztevereinigungen.....	52
A. Ärztekammerbeschlüsse.....	53

	B. Weiter- und Fortbildung	54
	C. Kantonale Ärzteorganisationen	56
4.2.2.2.	Schweizerische Akademie der medizinischen Wissenschaften (SAMW).....	59
	A. Richtlinien für Forschungsuntersuchungen am Menschen.....	60
	B. Richtlinien für die Organisation und Tätigkeit medizinisch-ethischer Kommissionen	64
4.2.2.3.	Durchsetzung dieser Regelungen	65
4.3.	Gesundheitspolizeiliche Kontrolle der Heilbehandlung	66
4.3.1.	Aufgaben.....	66
4.3.2.	"Gefährlichkeit" des Heilens	72
4.3.3.	Lösungsmodelle	74
4.3.4.	Regelung für nichtärztliche Gesundheitsberufe (ohne Naturärzte, Heilpraktiker etc.)	81
	4.3.4.1. Ursprünge und Tendenzen	81
	4.3.4.2. Allgemeine Zulassungskriterien der Gerichtspraxis.....	83
	4.3.4.3. Organisation im Kanton Bern.....	85
	A. Unterscheidung nach Behandlungsobjekt	87
	B. Unterscheidung nach Ausbildung (Bedeutung des SRK).....	90
4.3.5.	Kurierfreiheit (Tätigkeit von Naturärzten, Heilpraktikern etc.).....	94
	4.3.5.1. Drei Beispiele.....	96
	A. Kanton Appenzell Ausserrhoden.....	96
	B. Kanton Basel-Landschaft	100
	C. Kanton Graubünden.....	101
	4.3.5.2. Würdigung	103
4.3.6.	Methoden- oder Therapiefreiheit	106
	4.3.6.1. Allgemeines.....	106
	4.3.6.2. Im Bereich der Heilmittelzulassung.....	109
	4.3.6.3. Im Bereich medizinischer Methoden	110
4.4.	Abgrenzungen der Heiltätigkeit.....	116
	4.4.1. "Heilen" - "Pflegen".....	116
	4.4.2. Gesundheitsgesetzgebung.....	117
	4.4.2.1. Eindruckstheorie	118
	4.4.2.2. Kantonale Lösungen.....	124
	4.4.2.3. Würdigung	127
	4.4.3. Gesundbeten	131
	4.4.3.1. Glaubens- und Gewissensfreiheit / Kultusfreiheit.....	131
	4.4.3.2. Grundrechtsgeschützte religiöse Heiltätigkeit.....	133
	4.4.3.3. Grundrechtsbeschränkungen.....	135
4.5.	Arzneimittelkontrolle	137
	4.5.1. Regelung der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel (IKS) und der Kantone.....	137
	4.5.1.1. EXKURS: Die Regelung für Importe und Exporte von Heilmitteln sowie für Hausspezialitäten.....	141
	4.5.2. Zulassungsverfahren	146
	4.5.2.1. Registrierung.....	146
	4.5.2.2. Revision	150
	4.5.2.3. Rückruf.....	152

4.5.3.	Regelung nach dem deutschen Arzneimittelgesetz.....	152
4.5.4.	Würdigung.....	156
4.6.	Lebensmittel, Heilmittel oder Gift?.....	160
4.6.1.	Das Lebensmittelgesetz.....	160
4.6.1.1.	Nahrungs- und Genussmittel.....	161
4.6.1.2.	Kosmetika (Art.467 LMV).....	165
4.6.1.3.	Heilvorrichtungen.....	167
4.6.1.4.	Probleme der Abgrenzung zu den Listenpräparaten der IKS.....	168
4.6.1.5.	Würdigung.....	169
4.6.2.	Weitere Rechtsgebiete.....	170
4.6.3.	Geplante Gesetzesänderungen.....	171
4.7.	Der Einfluss der Krankenkassen.....	172
4.7.1.	Krankenversicherung.....	173
4.7.1.1.	Heilmittel.....	176
4.7.1.2.	Behandlungsmethoden.....	181
4.7.1.3.	Einschränkung der Methodenfreiheit durch die Krankenversicherung.....	185
4.7.1.4.	Würdigung.....	187
4.7.2.	Unfallversicherung.....	188

II. WISSENSCHAFTLICHKEIT 195

5.	Wissenschaftlichkeit und Komplementärmedizin.....	195
5.1.	Ambivalente Natur.....	195
5.2.	Wissenschaft - Naturwissenschaft.....	195
5.2.1.	Wissenschaft.....	195
5.2.2.	Naturwissenschaft.....	196
5.3.	Die Theorie des Erklärens.....	198
5.3.1.	Erklärungsskizzen und Pseudo- oder Scheinerklärungen.....	199
5.3.2.	Analogien.....	201
5.3.3.	Neue Erklärungsweisen?.....	202
5.4.	Heiltätigkeit.....	207
5.4.1.	Ausgangspunkte.....	207
5.4.2.	Der Wirksamkeitsnachweis (kontrollierter Versuch).....	209
5.5.	Grundsätzliche Kritik an der Wissenschaftlichkeit der Schulmedizin.....	212
5.6.	Grundsätzliche Kritik an der Komplementärmedizin.....	215
5.6.1.	Fragwürdige wissenschaftliche Grundlagen.....	215
5.6.2.	Fragwürdige Ehrlichkeit.....	216
5.6.3.	Fragwürdiges ethisches Verhalten.....	218
5.6.4.	Fehlende Forschung.....	220
6.	Juristische Konsequenzen des Wissenschaftlichkeitserfordernisses.....	223
6.1.	Zwang zu nachvollziehbarer Begründung für staatliches Handeln.....	223
6.2.	Wissenschaftlichkeit als Rechtsbegriff.....	228
6.3.	Wissenschaftlichkeitserfordernis in der Sachverhaltsermittlung am Beispiel des Strafprozesses.....	230
6.3.1.	Allgemeines.....	230
6.3.2.	Beweis und Beweiswürdigung.....	231
6.3.2.1.	Erfahrungssätze.....	233

6.3.2.2.	Tatsachen.....	235
6.3.2.3.	Beweiswürdigung.....	237
6.3.2.4.	Notorische Tatsachen.....	241
6.3.2.5.	In dubio pro reo.....	245
6.3.2.6.	Würdigung.....	247
6.4.	Wissenschaftlichkeitserfordernis für den Nachweis der strafrechtlichen Kausalität und der Adäquanz.....	249
6.4.1.	Kausalität und Adäquanz im Strafrecht.....	249
6.4.2.	Wahrscheinlichkeitsurteile.....	251
6.4.3.	Konsequenzen.....	253
6.5.	Wissenschaftlichkeitserfordernis im Sozialversicherungsrecht.....	255
III.	STRAFRECHTLICHE ERFASSUNG DER HEILBEHANDLUNG.....	259
7.	Betroffene Rechtsgüter (Übersicht).....	259
7.1.	Allgemeines zum Rechtsgut - Rechtsgüter je nach Phase der Heilbehandlung.....	259
7.2.	Rechtsgüter Gesundheit, körperliche Integrität und Selbstbestimmung.....	264
8.	Strafrechtliche Sicht der Heilbehandlung als Eingriff in die körperliche Integrität bzw. Willenshoheit des Patienten.....	267
8.1.	Heilbehandlung als tatbestandlicher Eingriff in die körperliche Integrität (Judikatur).....	268
8.1.1.	Vorsatzdelikte.....	270
8.1.1.1.	Vorsatz.....	270
A.	Wissen und Wille.....	271
B.	Der untaugliche Versuch.....	275
C.	Der Tatbestandsirrtum.....	276
8.1.1.2.	Die Tatbestände der vorsätzlichen Körperverletzung und Tötlichkeit.....	277
8.1.2.	Fahrlässigkeitsdelikte.....	279
8.1.2.1.	Fahrlässigkeit.....	279
A.	Verursachung eines tatbestandmässigen Erfolgs.....	279
B.	Sorgfaltsverletzung.....	279
a.	Voraussehbarkeit.....	279
b.	Vermeidbarkeit.....	282
c.	Zumutbarkeit und erlaubtes Risiko.....	284
d.	Relevanz.....	287
8.1.2.2.	Die Tatbestände der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung.....	289
A.	Fahrlässige Körperverletzung (Art. 125 StGB).....	289
B.	Fahrlässige Tötung (Art. 117 StGB).....	290
8.1.3.	Unterlassungsdelikte.....	291
8.1.3.1.	Der objektive Tatbestand.....	292
A.	Die Garantenstellung des Täters.....	292
B.	Vorliegen einer das Rechtsgut gefährdenden Situation.....	293
C.	Tatmacht.....	294
D.	Zusammenhang zwischen Unterlassen und Erfolg....	294
8.1.3.2.	Der subjektive Tatbestand.....	295

8.1.4.	Mittäterschaft und Teilnahmen	296
8.2.	Strafwürdigkeit der Eigenmacht des Behandelnden bei Heileingriffen (h.L.)	298
8.2.1.	Heilbehandlung und Nicht-Heilbehandlung	299
8.2.1.1.	Die herrschende Lehre in der Schweiz	299
8.2.1.2.	Würdigung	304
8.2.2.	Heilbehandlung ohne genügende Einwilligung des Patienten	306
9.	Weitere Straftatbestände	309
9.1.	Strafbare Handlungen gegen das Vermögen	309
9.1.1.	Betrug (Art. 146 StGB, Art. 148 a.F. StGB)	309
9.1.1.1.	Objektive Tatbestandsmerkmale	311
A.	Irreführendes Verhalten des Täters	311
B.	Arglist	314
C.	Irrtum	317
D.	Vermögensverfügung	318
E.	Vermögensschaden	318
9.1.1.2.	Subjektive Tatbestandsmerkmale	319
A.	Vorsatz	319
B.	Bereicherungsabsicht	321
9.1.1.3.	Würdigung	322
9.1.2.	Wucher (Art. 157 StGB)	322
9.1.3.	Ausbeutung der Leichtgläubigkeit (Art. 9 des Gesetzes des Kantons Bern betreffend die Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches)	325
9.2.	Unlauterer Wettbewerb	326
9.2.1.	Regelung der Werbung im Gesundheitswesen	327
9.2.2.	Die Regelung nach dem UWG	330
9.3.	Weitere Widerhandlungen gegen Verwaltungsvorschriften	337
10.	Medizinische Sorgfaltspflicht	340
10.1.	Zum Begriff "Kunstfehler" und „lex artis“	341
10.2.	Allgemeine Sorgfaltspflichten der Schulmedizin (Überblick)	345
10.2.1.	Allgemeine Sorgfaltspflichten	346
10.2.1.1.	Krankheit	347
10.2.1.2.	Eingriff	348
10.2.1.3.	Patient	348
10.2.1.4.	Qualifikation und Fortbildung des Behandelnden	348
10.2.1.5.	Nicht spezifisch medizinische Fehler	351
10.2.2.	Sorgfaltspflichten je nach Behandlungsphase	351
10.2.2.1.	Diagnose	351
10.2.2.2.	Prophylaxe	354
10.2.2.3.	Therapie	354
10.2.2.4.	Nachbehandlung	355
10.3.	Aufklärung und Einwilligung des Patienten	356
10.3.1.	Aufklärung	356
10.3.1.1.	Allgemeine Aufklärungsgrundsätze	360
10.3.1.2.	Aufklärungsgegenstand	364
A.	Eingriff an sich	364
B.	Art des Eingriffs	364
C.	Dringlichkeit des Eingriffs	365

D. Behandlungsalternativen	365
E. Folgen des Eingriffs	366
a. Sichere Folgen	366
b. Risikoauflklärung	367
F. Diagnoseaufklärung	369
G. Placebothherapie	370
H. Kostenaufklärung	371
I. Eigenes Können und eigene Fehler	371
10.3.2. Einwilligung	373
10.3.2.1. Voraussetzungen	376
A. Urteilsfähigkeit	376
B. Zeitpunkt der Einwilligung	377
C. Freie Widerruflichkeit	377
D. Tatsächlicher Überblick über die Art und Tragweite des Eingriffs / Willensmängel	378
10.3.2.2. Grenzen der Einwilligung	381
10.3.2.3. Gegenstand der Einwilligung	386
A. Einwilligung ins Risiko	386
B. Einwilligung in Fahrlässigkeitsdelikte	388
10.3.2.4. Handeln mit mutmasslicher Einwilligung und im Interesse des Verletzten (Art.419ff. OR - Geschäftsführung ohne Auftrag)	392
11. Sorgfaltspflichten bei komplementärmedizinischen Methoden	395
11.1. Spezielle und allgemeine Sorgfaltsregeln	395
11.2. Diagnose	398
11.3. Prophylaxe	399
11.4. Therapieausführung	399
11.5. Sachkunde des Heilpraktikers	400
11.6. Aufklärung und Einwilligung bei komplementärmedizinischen Methoden	403
11.6.1. Aufklärung	403
11.6.2. Einwilligung	408
11.7. Therapiewahl	410
11.7.1. Die deutsche Praxis (insbesondere im Bereich des Strafrechts)	411
11.7.2. Die deutsche Literatur	413
11.7.3. Würdigung	423
IV. DIE ZELLTHERAPIE UND IHRE RECHTLICHEN SCHRANKEN	429
12. Die Zelltherapie	429
12.1. Allgemeines	429
12.2. Geschichte der Zelltherapie	429
12.3. Gewinnung der Gewebe	431
12.4. Drei unterschiedliche Anwendungsarten	432
12.4.1. Frischzellmethode	432
12.4.2. Eiszellmethode	433
12.4.3. Trockenzellmethode	434
12.5. Wirkungsweise	435
12.5.1. Theoretische Erklärungen aus der Zellforschung	435
12.5.2. Versuchsreihen und klinische Erfahrungen	438

12.6.	Indikationen.....	439
12.7.	Kritik an der Zelltherapie.....	441
12.7.1.	Sofort- und Nebenwirkungen.....	441
12.7.2.	Konkrete Zwischenfälle.....	446
12.7.3.	Widersprüchliche Untersuchungen.....	448
12.7.4.	Offizielle Stellungnahmen.....	449
12.7.5.	Dunkelziffer.....	451
12.7.6.	Fehlende wissenschaftliche Anerkennung.....	452
12.7.7.	Fehlende Kritikfähigkeit der Zelltherapeuten.....	455
12.7.8.	Kosten.....	457
12.7.9.	Öffentlichkeitsarbeit.....	458
12.8.	Verbot der Trocken- und Gefrierzellpräparate in Deutschland und der Schweiz.....	459
12.8.1.	Deutschland.....	459
12.8.1.1.	Erste Sofortmassnahmen.....	459
12.8.1.2.	Widerruf der Zulassung.....	461
12.8.2.	Schweiz.....	467
12.9.	Kontrolle der Zelltherapie.....	469
12.10.	Der Bundesbeschluss über die Kontrolle von Blut, Blutprodukten und Transplantaten - „BIB“.....	475
12.11.	Urteile zur Zelltherapie.....	476
13.	Rechtliche Beurteilung der Zelltherapie	480
13.1.	Gesundheitspolizeiliche und grundrechtliche Aspekte.....	480
13.2.	Strafrechtliche Konsequenzen.....	486
13.2.1.	Zelltherapie als Körperverletzung.....	486
13.2.1.1.	Einfache und schwere Körperverletzung, Vorsatz und Fahrlässigkeit.....	486
13.2.1.2.	Aufklärung und Einwilligung.....	492
13.2.1.3.	Körperverletzung durch Unterlassen.....	494
13.2.1.4.	Verantwortlichkeit mehrerer Behandelnder bei der Zelltherapie.....	495
13.2.2.	Weitere Delikte im Zusammenhang mit der Zelltherapie.....	496
13.2.2.1.	Delikte gegen die Freiheit.....	496
13.2.2.2.	Gefährdungsdelikte.....	497
13.2.2.3.	Vermögensdelikte.....	499
13.2.2.4.	Unlautere Werbung und Verletzung von Immaterialgüterrechten.....	501
13.2.2.5.	Verwaltungsvorschriften.....	503
13.3.	Standesrechtliche Aspekte.....	504
V.	SCHLUSSFOLGERUNGEN	505
14.	Schlussbetrachtung	505
14.1.	Allgemein.....	505
14.2.	Ausblick.....	509
15.	Thesen	512