

Schriften zum Strafrecht

Band 439

**Die Bedeutung
der hypothetischen Einwilligung
für Verhaltens- und Erfolgsunrecht**

Von

Alexandra Hall-Waldhauser



Duncker & Humblot · Berlin

ALEXANDRA HALL-WALDHAUSER

Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung
für Verhaltens- und Erfolgsunrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 439

Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für Verhaltens- und Erfolgsunrecht

Von

Alexandra Hall-Waldhauser



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0
(s. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>) veröffentlicht. Die E-Book-Version
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59251-7> abrufbar.



Alle Rechte vorbehalten
© 2025 Alexandra Hall-Waldhauser
Erschienen bei: Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Klaus-Dieter Voigt
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-19251-9 (Print)
ISBN 978-3-428-59251-7 (E-Book)
DOI 10.3790/978-3-428-59251-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Für meine Eltern

Vorwort

Diese Arbeit wurde im März 2024 von der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Mein Dank gilt dabei ganz besonders meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund für sein Vertrauen, seine umfangreiche Unterstützung, seine Aufgeschlossenheit und die stetige Bereitschaft zu anregenden Diskussionen und wertvollen Denkanstößen. Weiterhin gilt ein ganz besonderer Dank Frau Prof. Dr. Monika Böhm, die mich bereits während meines Studiums sowie während meiner spannenden und lehrreichen Jahre an ihrem Lehrstuhl als wissenschaftliche Mitarbeiterin immer sehr gefördert und unterstützt hat. Mein Dank gilt ferner dem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Puschke für die hilfreichen Anregungen.

Ganz besonders danke ich auch meiner Familie, die mich zeitlebens uneingeschränkt gefördert und liebevoll unterstützt hat und mich zu dem Menschen gemacht hat, der ich heute bin. Hier gilt mein besonderer Dank auch meinen Großeltern Adele und Erwin, die immer für mich da waren, mir immer so viel zugetraut haben und wahnsinnig stolz gewesen wären, hätten sie den Abschluss dieser Arbeit erleben dürfen. Weiterhin danke ich meinem Freund Florian für seine Liebe und Unterstützung. Darüber hinaus danke ich meinen Freunden für die Ablenkung, die aufbauenden Worte und viel Verständnis während der Entstehungsphase der Arbeit. Hier gilt der Dank ganz besonders euch, Tabea, Mara und Michele. Schließlich danke ich allen vierbeinigen Begleitern, die mich durch ihre Art und ihre uneingeschränkt ehrliche Reaktionen dazu gebracht haben, so viel über mich selbst zu lernen.

Nicht zuletzt gebührt mein aufrichtiger Dank der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die die Anfertigung der Arbeit und mich persönlich vielfältig gefördert hat, und mir viele interessante interdisziplinäre Kontakte zu anderen Promotionsstipendiaten ermöglicht hat.

Gewidmet ist die Arbeit in Liebe und Dankbarkeit meinen Eltern Veronika und Jörg. Ihre umfangreiche Unterstützung hat mich bereits von Beginn meiner Ausbildung an begleitet und die Realisierung der vorliegenden Arbeit erst ermöglicht. Dabei haben sie nicht nur den gesamten Entstehungsprozess der Arbeit mit größtem Interesse begleitet, sondern insbesondere meine Mama schließlich auch die anspruchsvolle und mühselige Arbeit des Korrekturlesens auf sich genommen.

Marburg, im Juli 2024

Alexandra Hall-Waldhauser

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Problemaufriss	19
II. Gang der Untersuchung	23
A. Vorfragen zur „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung	25
I. Dogmatische Erwägungen zum Zweck des Strafens	25
1. Allgemeine Charakterisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens	25
2. Übertragung der Überlegungen auf die Situation der medizinischen Behandlung	31
II. Verfassungsrechtliche Charakterisierung der ärztlichen Behandlung	33
1. In Betracht zu ziehende Grundrechte	34
a) Grundrechte des Patienten	35
aa) Art. 1 GG – Die Menschenwürde	35
bb) Art. 2 II 1 GG – Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. Selbstbestimmung	37
cc) Art. 4 GG – Die Glaubens- und Gewissensfreiheit	41
dd) Die informationelle Selbstbestimmung	42
b) Grundrechte des Arztes	42
aa) Art. 12 I GG – Die ärztliche Therapiefreiheit	42
bb) Art. 4 I GG – Die Gewissensfreiheit des Arztes	43
c) Gemeinschaftsgüter und staatliche Gewährleistungen im Rahmen des Gesundheitssystems – Artt. 20, 28 GG	44
2. Internationale rechtliche Gewährleistungen in Bezug auf die medizinische Behandlung	46
3. Fazit: Bewertung der medizinischen Behandlung aus verfassungsrechtlicher Perspektive	47
III. Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Analyse auf die strafrechtlichen Wertentscheidungen	49
IV. Wertgehalt der Patientenautonomie	50
1. Konkreter Bezugspunkt der Gewährleistung von Patientenautonomie ..	50
2. Verhältnis der Patientenautonomie zum Paternalismus	53
V. Strafrechtliche Einordnung des ärztlichen Heileingriffs	55
1. Strafrechtliche Erfassung ärztlicher Behandlungen	57
a) Erlaubtes oder zumindest strafloses Verhalten aufgrund des ärztlichen Berufs?	58
aa) Das sogenannte „Messerstecher-Argument“	58

bb) Stellungnahme	59
b) Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung als spezifisches Körperverletzungsunrecht	60
aa) Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte	61
(1) Rein objektive Bestimmung des Rechtsguts	62
(2) Einbeziehung einer subjektiven Komponente zur Bestimmung des Rechtsguts	65
(3) Verhältnis zwischen den „objektiven“ und subjektiven Komponenten des Rechtsguts zueinander	67
(4) Missachtung des rechtsstaatlichen Systems der gesetzlichen Tatbestände durch die Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts in das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte?	71
(5) Unmittelbare Drittirkung der Grundrechte	75
(6) Ergebnis	76
bb) Vereinbarkeit der Erfassung ärztlichen Verhaltens und seiner spezifischen Folgen als körperverletzungsspezifisches Verhaltens- und Erfolgssunrecht mit Art. 103 II GG	77
(1) Möglicher Verstoß gegen das Analogieverbot	77
(2) Stellungnahme	78
cc) Zum tatbestandspezifischen Verhaltensunrecht der Körperverletzung	80
(1) Objektive Kompensationstheorien	81
(a) Die objektive Erfolgstheorie	81
(b) Modifizierte Erfolgstheorie	82
(c) Stellungnahme	82
(2) Zweck- bzw. Absichtstheorien	85
(a) Intention des Arztes als Tatbestandsausschlussgrund	85
(b) Stellungnahme	85
(3) Saldotheorien	86
(a) Die „klassische Gesamtbetrachtungslehre“	86
(b) Saldierung auf der Basis einer Gefahrbeurteilung	87
(c) Stellungnahme	87
(4) Wegen ihres Nutzens tolerierte Risikoschaffungen	90
(a) Bedingung der Durchführung des Eingriffs nach der lex artis (einwilligungsunabhängiges Verständnis)	91
(b) Stellungnahme	92
(c) Lex artis unter Einbeziehung der Einwilligung des Patienten als informed consent	93
(5) Exkurs: Etablierung des Kriteriums der besonderen Verwerflichkeit im Tatbestand des § 223 StGB?	96

dd) Hinzutreten einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge	98
i. S. d. § 223 StGB	98
ee) Ergebnis	100
c) Vorsätzliche Verwirklichung von Körperverletzungsunrecht	101
d) Verwirklichung von Qualifikationstatbeständen durch den Arzt	103
aa) § 224 I Nr. 1 StGB	104
bb) § 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB	104
cc) § 224 I Nr. 4 StGB	105
dd) § 224 I Nr. 5 StGB	106
ee) §§ 226, 227 StGB	106
ff) § 340 StGB	107
e) Ergebnis	108
2. Exkurs: Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung	109
a) Rechtsvergleichender Blick auf die Strafbarkeit wegen eigenmächtiger Heilbehandlung in Österreich	110
aa) Zur Rechtslage hinsichtlich der eigenmächtigen Heilbehandlung in Österreich	111
(1) Abgrenzung zur Körperverletzungsstrafbarkeit und Konkurrenzverhältnis	111
(2) Inhaltliche Ausgestaltung des § 110 öStGB	113
(3) Strafprozessuales	114
bb) Zusammenfassende Stellungnahme	115
b) Kritik am deutschen Reformentwurf aus dem Jahr 2021	116
aa) Fehlende Beschränkung auf Heilbehandlungen/Vornahme durch einen Arzt	116
bb) Gefahr der Ausdehnung der Strafbarkeit über den Anwendungsbereich der körperbezogenen Selbstbestimmung hinaus	117
cc) Unklare Konkurrenzverhältnisse	118
dd) Einbeziehung der Wirksamkeitsanforderungen der Einwilligung unmittelbar in den Tatbestand	120
c) Ergebnis	120
3. Übertragung der Überlegungen auf die strafrechtliche Einordnung der eigenmächtigen Heilbehandlung	121
a) Verwirklichung des Verhaltensunrechts einer Körperverletzung durch die Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs	122
b) Verwirklichung des Erfolgsunrechts einer Körperverletzung durch die Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs	123
4. Fazit	125
VI. Einwilligung und Aufklärung	126
1. Wirksamkeit der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff	130
a) Dogmatische Einordnung der Einwilligung	130
b) Objektive Grenzen der Einwilligung: §§ 228 und 216 StGB	131

c) Fehlende Einwilligungsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers	134
d) Relevanz von Willensmängeln im Zeitpunkt der Einwilligung	134
aa) Willensmängel in Bezug auf Art und Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung	135
bb) Einfluss von Willensmängeln hinsichtlich äußerer Begleitumstände der Verfügung (z. B. einer erhofften Gegenleistung als Anreiz)	137
cc) Relevanz von durch (missbilligenswerte) Täuschung hervorgerufenen Willensmängeln	139
dd) Am Autonomiegedanken orientierte normative Differenzierung von Willensmängeln anhand ihrer Relevanz für die Entscheidung des Dispositionsbefugten	141
ee) Ergebnis	147
e) Die Relevanz von Willensmängeln speziell in Bezug auf die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff	148
aa) Bezugspunkt und Reichweite der Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff	149
bb) Grundsätzliche Anforderungen der ärztlichen Aufklärungspflicht in Bezug auf die Einwilligungsentscheidung	150
cc) Exkurs: Relevanz der Ermächtigung einer konkreten Person zur Durchführung der Behandlung	153
f) Notwendigkeit einer speziellen „finalen“ Auswirkung des Willensmangels auf die konkret getroffene Entscheidung (im reinen Endergebnis)	155
2. Die Aufklärung des Patienten	156
a) Inhalt der Aufklärung	157
aa) Therapeutische Aufklärung	157
bb) Wirtschaftliche Aufklärung	158
cc) Selbstbestimmungsaufklärung	158
(1) Diagnoseaufklärung	159
(2) Verlaufsaufklärung	159
(3) Risikoaufklärung	160
b) Zeitpunkt der Aufklärung	161
c) Entbehrlichkeit der Aufklärung	161
B. Die historischen Grundlagen der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung als „Rechtsfigur“	163
I. Rechtsprechungsanalyse	163
1. Zivilrechtliche Entwicklungen	163
a) Entwicklung zu Zeiten des Reichsgerichts und der frühen BGH-Urteile bis in die 50er Jahre:	163

aa) Erste Stellungnahmen zum Bestehen einer ärztlichen Aufklärungspflicht und der Relevanz hypothetischer Überlegungen hinsichtlich des Einwilligungsgeschehens	163
bb) Einordnung und Bewertung	166
b) Die Entwicklung zur Zeit des Nationalsozialismus	167
aa) Die gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vor dem Hintergrund der nationalsozialistisch geprägten Zeit	167
bb) Einordnung und Bewertung	169
c) Entwicklung der Rechtsprechung in den 50er Jahren	170
aa) Die Auswirkungen der Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus und die damit einhergehende deutliche Betonung des Selbstbestimmungsrechts in den folgenden Jahren	170
bb) Einordnung und Bewertung	172
d) Zwischenfazit zu den frühen Entscheidungen	174
e) Die anschließende Entwicklung der Rechtsprechung bis in die 70er Jahre	175
aa) Einzelne bedeutsame Aspekte der folgenden Rechtsprechung ..	175
bb) Bewertung und Einordnung	176
f) Entscheidungen des BGH in den 80er Jahren	177
aa) Wesentliche Gesichtspunkte der Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung	177
bb) Bewertung und Einordnung	179
g) Entscheidungen des BGH in den 90er Jahren	179
aa) Wichtige Urteile und Entwicklungen	179
bb) Bewertung und Einordnung	181
h) Urteile aus neuerer Zeit	181
aa) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung außerhalb von Heileingriffen	181
bb) Bewertung und Einordnung	183
2. Fazit der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht ..	184
3. Entwicklung im Strafrecht	185
a) Erste strafrechtliche Anhaltspunkte der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Rechtsprechung	185
aa) Das Myomurteil	185
(1) Sachverhalt	185
(2) Bewertung und Einordnung	187
bb) Der Hodenentfernungsfall	188
(1) Sachverhalt	188
(2) Bewertung und Einordnung	189
cc) Fazit	191

b)	Die voranschreitende Übertragung der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht – zunächst im Hinblick auf die Fahrlässigkeitsdelikte ..	191
aa)	Der O-Beinefall	191
(1)	Sachverhalt	191
(2)	Bewertung und Einordnung	192
bb)	Der Cignolinfall	194
cc)	Der Surgibone-Dübel-Fall	195
(1)	Sachverhalt	195
(2)	Bewertung und Einordnung	197
(3)	Exkurs: Einordnung als Erlaubnistratbestandsirrtum (ETBI) ..	200
dd)	Fazit	202
c)	Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf Vorsatzdelikte ..	203
aa)	Der Bandscheibenfall	203
(1)	Sachverhalt	203
(2)	Bewertung und Einordnung	204
bb)	Der Bohrspitzenfall	210
(1)	Sachverhalt	210
(2)	Bewertung und Einordnung	211
cc)	Fazit	212
d)	Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf nicht kunstgerecht vorgenommene Eingriffe – erstmals auch mit Todesfolge ..	212
aa)	Der Liposuktionsfall	212
(1)	Sachverhalt	212
(2)	Bewertung und Einordnung	214
bb)	Der Turboentzugfall	219
(1)	Sachverhalt	219
(2)	Bewertung und Einordnung	220
cc)	Fazit	221
e)	Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf einen eigenmächtigen Diagnoseeingriff	222
aa)	Der Gastroskopiefall	222
(1)	Sachverhalt	222
(2)	Bewertung und Einordnung	224
bb)	Fazit	227
f)	Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf alternative Behandlungsmethoden	227
aa)	Der Leberzelltransplantationsfall	227
(1)	Sachverhalt	227
(2)	Bewertung und Einordnung	229

g) Demgegenüber eine dogmatisch fundierte Ablehnung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht innerhalb der Untergerichte	232
aa) Urteil des AG Moers vom 22.10.2015	232
(1) Sachverhalt	232
(2) Einordnung und Bewertung	234
II. Gesamtfazit zur strafrechtlichen Entwicklung	234
C. Mögliche dogmatische Einordnung und kritische Betrachtung der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung	237
I. Dogmatische Berechtigung eines Instituts der hypothetischen Einwilligung	237
1. Hypothetische Einwilligung überhaupt mittels richterlicher Rechtsfortbildung einführbar?	237
2. Die hypothetische Einwilligung als selbstständiger Rechtfertigungsgrund	238
a) Grundlegendes Prinzip, das den anerkannten Rechtfertigungsgründen zu Grunde liegt	239
b) Relevanz eines subjektiven Rechtfertigungselements	242
c) Problematisches Konkurrenzverhältnis im Hinblick auf die mutmaßliche Einwilligung und deren Subsidiarität gegenüber der tatsächlichen Einwilligung	247
d) Mögliche weitere Konzepte innerhalb des Aspekts der Rechtfertigung	249
e) Fazit	252
3. Dogmatische Berechtigung der Berücksichtigung hypothetischer Kausalsalverläufe	253
a) Die hypothetische Einwilligung als Fall fehlender Kausalität	253
b) Veränderung der Bewertung sofern man die Quasi-Kausalität der Unterlassung der gebotenen Aufklärung betrachtet	257
c) Rechtmäßiges Alternativverhalten	258
d) Fazit	263
4. Die hypothetische Einwilligung als Kriterium zum Ausschluss der (objektiven) Zurechnung?	263
a) Die Funktion der Zurechnung im Hinblick auf die Unrechtsbestimmung	264
b) Die Zurechnung als normativer Bestandteil der Verhaltenskonkretisierung	266
c) Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Vorsatzdelikte übertragbar? ..	268
d) Zurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene	272
aa) Dogmatische Möglichkeit der Übertragung von Zurechnungskriterien auf die Rechtfertigungsebene	273
bb) Übertragung auf die hypothetische Einwilligung	276
(1) Grundsätzliche Möglichkeit des Entfallens des Erfolgsunrechts trotz vorangegangener mangelhafter Aufklärung	277

(2) Entfallen des Erfolgsunrechts bei hypothetischer Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen unter Berücksichtigung der Zielsetzung der ärztlichen Aufklärung	279
(3) Nachträgliche Relevanz der lediglich fiktiven Willensbildung für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts unter Einbeziehung psychologischer Aspekte	282
(4) Bewertung der nachträglichen Berücksichtigung der Willensgemäßheit unter Berücksichtigung der Gefahr der genehmigungsnahen ex post-Betrachtung	286
cc) Auswirkungen dieser Betrachtungsweise auf das Verhaltensunrecht	288
dd) Exkurs: Weiterentwicklung von <i>Kuhlens</i> zurechnungsbasiertem Ansatz durch Mitsch	289
e) Abschließende Stellungnahme	291
5. Die hypothetische Einwilligung auf der Ebene der Strafbarkeit	292
a) Hypothetische Einwilligung als Strafausschließung bzw. Strafaufhebungegrund	293
b) Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung im Rahmen der Einstellungsvorschriften der § 153 ff. StPO	294
c) Hypothetische Einwilligung als besonderer Strafmilderungsgrund (de lege lata und de lege ferenda)	295
d) Besondere (körperverletzungsspezifische) nachträgliche Billigung des Verhaltens als ein an die tatsächliche Genehmigung anknüpfender Strafaufhebungsgrund de lege ferenda	298
e) Ausgestaltung als reines Antragsdelikt und die Etablierung eines übergesetzlichen Strafaufhebungsgrundes de lege ferenda	299
f) Fazit	299
II. Strafprozessuale und systematische Kritikpunkte gegenüber der Anwendung des Gedankens der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht	300
1. Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes	300
2. Strafprozessualer Kritikpunkt: Antragsdelikt	302
3. Gefahr der Ausweitung auf weitere Delikte	303
III. Weitere typischerweise thematisierte Kritikpunkte gegenüber der Anwendung der hypothetischen Einwilligung	304
1. Mangelnde Feststellbarkeit der Willensgemäßheit bei tödlichem Ausgang der Behandlung	304
2. Gefahr des andauernden Schwebezustands der Verhaltensbewertung ..	305
3. Aus der Anwendung der hypothetischen Einwilligung resultierende Problematik in Bezug auf die Duldung von möglichen Gegenrechten ..	306
IV. Kritische Gesamtwürdigung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht	306
V. Fazit	307

D. Denkbare Lösungsmöglichkeiten und Ausblick	309
I. Problematische Entwicklung bezüglich der Aufklärungsanforderungen und mögliche Alternativen bezüglich der strafrechtlichen Relevanz von Aufklärungspflichtverstößen	309
1. Möglichkeit einer Eingrenzung der Aufklärungspflichten	311
a) Einheit der Rechtsordnung	312
b) Absenkung des Patientenschutzes durch die Eingrenzung strafrechtlich relevanter Aufklärungspflichtverletzungen	316
2. Denkbare strafrechtsspezifische Eingrenzungen der Aufklärungspflichten und des Gewichts ihrer Verletzung in concreto	316
a) Vollständige Herausnahme einzelner Teilbereiche aus der strafrechtlich relevanten Patientenaufklärung	317
b) Anpassung anhand der Aufklärungstiefe und Relevanz der Information	318
aa) Einschränkung der Risikoaufklärung aufgrund statistischer Wahrscheinlichkeitsprognosen	319
bb) Einschränkung des Aufklärungsumfangs anhand des Legitimationsgrundes der Verhaltensnormen, deren Übertretung von §§ 223 ff. StGB in Bezug genommen wird	321
c) Entkriminalisierung aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung ..	322
aa) Funktion und Legitimation von Schuldspruch und entsprechender Strafe	324
bb) Sektorale oder allgemeine Entkriminalisierung	326
cc) Allgemeine Entkriminalisierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ..	329
(1) Straflosigkeit leichtester Fahrlässigkeit aufgrund des (schuldrelevanten) Verhaltensunwerts	329
(2) Erfolgsbasierte Entkriminalisierung der Fahrlässigkeit	332
(3) Erfolgsunabhängige Entkriminalisierung basierend auf dem Verhaltensunwert	334
d) Fazit	339
E. Schlussbetrachtung	340
Literaturverzeichnis	354
Stichwortverzeichnis	389

Einleitung*

I. Problemaufriss

Über der strafrechtlichen Bewertung eigenmächtiger ärztlicher Behandlungen schwebt seit langer Zeit eine Frage, die den Ausgangspunkt zahlreicher Diskussionen und dogmatischer Auseinandersetzungen bildet:

Ist es für die strafrechtliche Bewertung relevant, ob der Patient hypothetisch eingewilligt hätte, also auch angesichts vollständiger Aufklärung vor dem Hintergrund aller für ihn relevanten Informationen seine Zustimmung zu dem Eingriff gegeben hätte?

Diese Anspielung bezieht sich auf die umstrittene Konstruktion der sogenannten *hypothetischen Einwilligung*. Trotz hohem Konfliktpotential und zahlreichen Aufsätzen¹ sowie Monografien² in den letzten Jahren, genießt sie in der Praxis weiterhin große Bedeutung. Von einem allgemeinen Konsens über die – im Detail teilweise sehr ausdifferenzierte – dogmatische Konstruktion, den Anwendungsbereich und die strafrechtlichen Konsequenzen ihrer Anwendung ist man allerdings immer noch weit entfernt. Innerhalb der Lehre wird die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht inzwischen fast ausschließlich kritisch beurteilt.³ Auch einstige Befürworter haben sich abgewendet.⁴ Selbst innerhalb der Rechtsprechung herrscht eine eher zurückhaltende Einschätzung: Insbes-

* In der folgenden Arbeit wird an einigen Stellen aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

¹ Beulke, medstra 2015, 567 ff.; Eisele, JA 2005, 252; El-Ghazi, GA 2022, 449; Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht; Jäger, FS Jung, 2007, S. 345 ff.; Krüger, FS Beulke, 2015, S. 137; Kuhlen, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431 ff.; Kuhlen, JR 2004, 227 ff.; Mitsch, JZ 2005, 279; Puppe, GA 2003, 764 ff.; Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365; Saliger, FS Beulke 2015, S. 257 ff.; Sternberg-Lieben, FS Beulke, 2015, S. 299 ff.

² Albrecht, Hypothetische Einwilligung; Edlbauer, Hypothetische Einwilligung; Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung; Schwartz, Hypothetische Einwilligung; Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung; Sturm, Hypothetische Einwilligung; Wiesner, Hypothetische Einwilligung.

³ Gaede, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f. unter Verweis auf Puppe, GA 2003, 764 ff.; Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365 ff.; Sowada, NStZ 2012, 1 ff.; Jäger, FS Jung, 2007, S. 345 ff.; Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 16 ff., 37; (eher) bewahrend Beulke, medstra 2015, 67 ff.

⁴ Roxin, medstra 2017, 129, 130 ff.; Rönnau, JuS 2014, 882 ff.

sondere das AG Moers hat die hypothetische Einwilligung bereits deziert und dogmatisch fundiert verworfen.⁵ Davon ausgehend lohnt es sich gerade jetzt nach Alternativen zu ihrer Anwendung zu suchen.⁶

Um diese Alternativensuche zielführend zu gestalten, sollte man sich zunächst die ursprüngliche Intention des Instituts der hypothetischen Einwilligung und deren Etablierung im Strafrecht – zur Lösung einer als unangemessen wahrgenommenen Konfliktsituation zwischen Arzt und Patient – als Ausgangspunkt der Betrachtung vergegenwärtigen: Es handelt sich um eine Rechtsfigur, die ursprünglich im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht entwickelt wurde, um die als missbräuchlich empfundene Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber der Ärzteschaft zu regulieren. In der Mehrzahl der zivilrechtlichen Verfahren wegen eines Aufklärungsmangel handelt es sich nämlich im Grunde um einen zumindest vom Patienten vermuteten, aber nicht nachweisbaren ärztlichen Kunstfehler.⁷ Vor den Zivilgerichten ist die Geltendmachung eines Aufklärungsmangels daher seit langem als „Chiffre“ für einen nicht nachweisbaren ärztlichen Behandlungsfehler bekannt.⁸ Denn von einer misslungenen Behandlung geht ein Sog aus, die Verurteilung des Arztes aufgrund der günstigeren Beweislastanforderungen über die Vernachlässigung der (extensiven) Aufklärungspflichten zu begründen.⁹

Gleichzeitig soll seit dem bekannten Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1894¹⁰ jede (eigenmächtige) ärztliche Behandlung strafrechtlich als Körperverletzung zu bewerten sein. Der Einwilligung und der dieser zugrundeliegenden ärztlichen Aufklärung kommen damit auch im Hinblick auf die strafrechtliche Wertung ärztlichen Verhaltens in Bezug auf die Verwirklichung des Unrechts einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung entscheidende Bedeutung zu. Aus der potentiellen Begründbarkeit einer Strafbarkeit resultieren für den Arzt weitreichende, teils existenzbedrohende strafrechtliche wie berufsrechtliche Folgen, wie etwa der Widerruf der Approbation oder der Entzug der Kassenzulassung.¹¹ Fast beiläufig führte man daher die hypothetische Einwilligung zur Eindämmung von – mit Blick auf die strafrechtlichen Folgen als zu umfassend wahrgenommenen – Aufklärungspflichten auch ins Strafrecht ein, ohne sich der weiteren Konsequenzen dieser Übertragung bewusst zu sein.

⁵ AG Moers medstra 2016, 123 ff.; vgl. *Gaede*, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f.

⁶ So auch *Gaede*, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f.

⁷ S. dazu bereits *Tröndle*, MDR 1983, 887.

⁸ *Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 693, 697.

⁹ *Arzt*, in: *Arzt und Recht*, S. 49, 54.

¹⁰ RGSt 25, 375.

¹¹ S. § 70 I StGB.

Die hypothetische Einwilligung ist also im Spannungsverhältnis zwischen paternalistischen Tendenzen des Arztes und der Gewährleistung der Eigenverantwortung des Patienten, verbunden mit der Gefahr der missbräuchlichen Instrumentalisierung eines Aufklärungsfehlers durch den Patienten, anzusiedeln.¹² Dabei blickt die Arzt-Patienten-Beziehung auf eine lange Entwicklung zurück: In der antiken Frühgeschichte etwa sah man den Arzt als eine Art Sklaven des Bürgers an, der für den Gesundheitszustand seines Herren in dem Maße verantwortlich war, dass sein Leben, im mindesten jedoch sein Wohlergehen davon abhing.¹³ Dieses Verhältnis wandelte sich jedoch schnell. Bereits in der späteren Antike herrschte die Vorstellung des Arztes als Experten, dem aufgrund seines Wissensvorsprungs wie selbstverständlich die Entscheidungskompetenz über den Behandlungsverlauf gewährt wurde, vor.¹⁴ Das asymmetrische Verhältnis des Paternalismus war geboren und lässt sich historisch weit zurückverfolgen.¹⁵ Gegen Ende des 19. Jahrhunderts verstärkte sich der naturwissenschaftliche Positivismus in der Medizin, was zur Folge hatte, dass die Vorstellung vom Mensch als Maschine in den Mittelpunkt rückte.¹⁶ Davon ausgehend nahm der medizinische Paternalismus immer stärker zu und der Ansatz der Kooperation zwischen Arzt und Patient wurde in den Hintergrund gedrängt.¹⁷ Diese Entwicklung war der Anlass dafür, dass immer stärkere Kritik gegenüber dem Paternalismus der Ärzte geäußert wurde. So war etwa von „Halbgöttern in Weiß“ oder den „Herren über Leben und Tod“ die Rede.¹⁸

Die in den letzten Jahren zu beobachtende Aufwertung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten innerhalb der ärztlichen Behandlung, spiegelt nicht nur die Weiterentwicklung der Medizin, sondern vor allem einen Wandel im Arzt-Patienten-Verhältnis wider. Nach der Berufsordnung für Ärzte legt man der Behandlung inzwischen ein partnerschaftliches Kooperationsmodell von Arzt und Patient zu Grunde.¹⁹

Dennoch scheinen Spannungen gerade charakteristisch für das Arzt-Patienten-Verhältnis zu sein. Vor allem, wenn man sich vor Augen führt, dass man mit Gegensätzen wie Vertrauen und Vertrag, Moral und Recht sowie Paternalismus und Partnerschaft hantiert.²⁰ Eine tatsächliche vollkommene Symmetrie im Arzt-Patienten-Verhältnis wird sich aufgrund der fachlichen Kompetenz des Arztes und

¹² Vgl. Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 93.

¹³ Härle, FPR 2007, 47.

¹⁴ Nitschmann, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 57.

¹⁵ Zur Relevanz des hippokratischen Corpus für die heutige Medizinethik vgl. Sass, Medizin und Ethik, S 80.

¹⁶ Vgl. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 5 f.

¹⁷ Nitschmann, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 59.

¹⁸ Härle, FPR 2007, 47.

¹⁹ Montgomery, in: Hamburger Ärzteblatt 6/2010, S. 10, 11.

²⁰ Nitschmann, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 56.