

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 Drittwirkung der Grundrechte	75
(6) Ergebnis	76
bb) Vereinbarkeit der Erfassung ärztlichen Verhaltens und seiner spezifischen Folgen als körperverletzungsspezifisches Verhaltens- und Erfolgsunrecht 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

Inhaltsverzeichnis	11
dd) Hinzutreten einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge 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 Erlaubnistatbestandsirrtum (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 Bohrerspitzenfall	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 Kausalverläufe	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. Strafaufhebungsgrund	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
1. 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) Strafflosigkeit 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