

Inhalt

| | |
|---|----|
| 1 Einleitung | 1 |
| I. Problemaufriss | 1 |
| II. Gang der Untersuchung..... | 5 |
| | |
| 2 Der Ursprung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht | 7 |
| I. Die Entwicklung der Rechtsfigur in der zivilrechtlichen Rechtsprechung | 7 |
| 1. Entstehung und Intention | 7 |
| a. Entstehung..... | 7 |
| b. Intention | 12 |
| 2. Dogmatische Verortung | 18 |
| 3. Abgrenzung zu anderen haftungsbegrenzenden Instituten im Zivilrecht..... | 22 |
| a. Hypothetische Kausalität | 22 |
| b. Fehlender Schutzzweckzusammenhang..... | 24 |
| c. Resümee | 27 |
| 4. Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Zivilprozess..... | 27 |
| a. Erste Stufe: Darlegung des Arztes zur Begründung des Einwands..... | 29 |
| b. Zweite Stufe: Darlegung des Patienten zur Widerlegung des Einwands | 30 |
| c. Dritte Stufe: Die Entscheidung des Gerichts | 31 |
| d. Stellungnahme..... | 34 |
| 5. Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung | 36 |
| a. Eingrenzung des Anwendungsbereichs in qualitativer Hinsicht | 36 |
| aa. Gänzlich fehlende Aufklärung..... | 38 |
| bb. Ordnungsgemäß erfolgte Aufklärung..... | 39 |
| cc. Vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung | 39 |
| b. Eingrenzung des Anwendungsbereichs in zeitlicher Hinsicht..... | 39 |
| c. Stellungnahme..... | 41 |

| | |
|---|-----------|
| aa. Nichtanwendbarkeit bei gänzlich unterbliebener Aufklärung..... | 42 |
| bb. Nichtanwendbarkeit bei ordnungsgemäßer Aufklärung..... | 42 |
| cc. Nichtanwendbarkeit bei vorsätzlicher Verletzung der Aufklärungspflicht..... | 43 |
| d. Ergebnis | 49 |
| 6. Rechtsfolgen bei erfolgreicher Berufung auf die hypothetische Einwilligung | 49 |
| a. Materielle Schäden..... | 50 |
| aa. Lösung nach dem Körperverletzungsansatz..... | 50 |
| bb. Lösung nach dem Persönlichkeitsrechtsansatz | 50 |
| cc. Resümee..... | 51 |
| b. Immaterielle Schäden..... | 51 |
| aa. Lösung nach dem Körperverletzungsansatz | 51 |
| bb. Lösung nach dem Persönlichkeitsrechtsansatz | 54 |
| cc. Resümee und Stellungnahme..... | 55 |
| c. Zwischenergebnis..... | 58 |
| 7. Einwände gegen die hypothetische Einwilligung | 59 |
| a. Entwertung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten | 59 |
| b. Stellungnahme..... | 60 |
| 8. Resümee..... | 64 |
| II. Die hypothetische Einwilligung im Zivilrecht außerhalb der Arzthaftung..... | 65 |
| 3 Der Transfer der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht..... | 67 |
| I. Ausgangspunkt und Hintergrund der Rechtsfigur im Strafrecht | 67 |
| II. Import der hypothetischen Einwilligung durch die Strafgerichte | 75 |
| 1. Anfänglich ablehnende Grundhaltung der strafrechtlichen Rechtsprechung? | 76 |
| a. „Fußamputations-Fall“ (RGSt 25, 375 ff.)..... | 76 |
| b. „Darlehens-Fall“ (BGHSt 13, 13 ff.) | 78 |
| c. Zwischenergebnis..... | 80 |
| 2. Die hypothetische Einwilligung bei fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung | 80 |
| a. Das „zweite Myom-Urteil“ (BGHSt 15, 200)..... | 82 |
| aa. Sachverhalt | 82 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 83 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung | 84 |
| b. Der „Hodenentfernungs-Fall“ (1963)..... | 86 |
| aa. Sachverhalt | 86 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 87 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung | 88 |
| c. Der „O-Beine-Fall“ (1990) | 91 |
| aa. Sachverhalt | 92 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts | 93 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung | 94 |

| | |
|---|-----|
| d. Der „ <i>Surgibone-Dübel-Fall</i> “ (1995)..... | 96 |
| aa. Sachverhalt | 96 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 97 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung..... | 99 |
| e. Resümee | 103 |
| 3. Die hypothetische Einwilligung bei vorsätzlicher Aufklä- rungspflichtverletzung | 104 |
| a. Der „ <i>Bandscheiben-Fall</i> “ (2003)..... | 105 |
| aa. Sachverhalt | 105 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 106 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung..... | 107 |
| b. Der „ <i>Bohrerspitzen-Fall</i> “ (2004)..... | 115 |
| aa. Sachverhalt | 115 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 116 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung..... | 117 |
| c. Resümee | 119 |
| 4. Die hypothetische Einwilligung bei nicht kunstgerecht erfolgten und/oder nicht medizinisch indizierten Behandlungen | 120 |
| a. Der „ <i>Liposuktions-Fall</i> “ (2007)..... | 121 |
| aa. Sachverhalt | 121 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 122 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung..... | 124 |
| b. Der „ <i>Turboentzugs-Fall</i> “ (2007)..... | 129 |
| aa. Sachverhalt | 129 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 130 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung..... | 132 |
| c. Der „ <i>Gastroskopie-Fall</i> “ (2011)..... | 135 |
| aa. Sachverhalt | 135 |
| bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts..... | 136 |
| cc. Bedeutung der Entscheidung..... | 137 |
| 5. Zusammenfassung | 144 |
| III. Dogmatische Deutung der Rechtsprechung..... | 148 |
| 1. Interpretationsoffenheit der Rechtsprechung..... | 149 |
| a. „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“..... | 149 |
| aa. Im <i>O-Beine-Fall</i> | 149 |
| bb. Im <i>Surgibone-Dübel-Fall</i> | 152 |
| b. „Entfallen der Rechtswidrigkeit“..... | 153 |
| aa. Im <i>Bandscheiben-Fall</i> | 153 |
| bb. Im <i>Bohrerspitzen-Fall</i> | 154 |
| cc. Im <i>Liposuktions-Fall</i> | 154 |
| dd. Im <i>Turboentzugs-Fall</i> | 155 |
| ee. Im <i>Gastroskopie-Fall</i> | 156 |
| c. Resümee | 156 |
| 2. Dogmatische Deutung der Rechtsprechung durch die Literatur..... | 159 |
| a. Tatbestandsmodelle | 160 |
| aa. Kausalitätsansätze..... | 160 |

| | |
|--|-----|
| (1) Darstellung | 160 |
| (2) Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BGH zur hypothetischen Einwilligung..... | 162 |
| (3) Vereinbarkeit mit der Strafrechtsdogmatik | 163 |
| (a) Kausalität nach dem Maßstab der Äquivalenztheorie | 163 |
| (b) Grundsatz der Irrelevanz hypothetischer Kausalverläufe im Strafrecht | 165 |
| (c) Die hypothetische Einwilligung als eine aus- nahmsweise beachtliche Reserveursache? | 167 |
| (aa) Im Bereich der psychisch vermittelten Kausalität | 168 |
| (bb) Parallele zu dem „Gebot des Hinzuden- kens rettender Kausalverläufe“ | 170 |
| (cc) Strukturelle Vergleichbarkeit zur „Kau- salität im strafrechtlichen Sinne“ | 173 |
| (d) Rückgriff auf die „Quasi-Kausalitäts-Formel“ | 177 |
| (e) Zwischenergebnis..... | 183 |
| (4) Restümee | 183 |
| bb. Zurechnungsansätze | 183 |
| (1) Darstellung | 183 |
| (2) Restümee | 186 |
| cc. Die hypothetische Einwilligung als negativ gefass- tes Tatbestandsmerkmal..... | 188 |
| dd. Lösung über den Rechtsgedanken der <i>actio illicta in causa</i> | 191 |
| b. Rechtswidrigkeitsmodelle | 192 |
| aa. Rechtfertigungsansatz..... | 192 |
| (1) Gleichsetzung von hypothetischer und mutmaß- licher Einwilligung..... | 192 |
| (a) Sinn und Zweck | 194 |
| (b) Anwendungsbereich..... | 196 |
| (c) Subsidiarität | 197 |
| (d) Willensermittlung..... | 198 |
| (e) Subjektive Voraussetzungen..... | 203 |
| (f) Restümee | 205 |
| (2) Die hypothetische Einwilligung als eigenständi- ger Rechtfertigungsgrund..... | 205 |
| (a) Darstellung | 205 |
| (b) Stellungnahme | 206 |
| (aa) Verfassungsrechtliche Bedenklichkeit eines neuen Rechtfertigungsgrundes?..... | 206 |
| (bb) Problematik des Fehlens eines subjekti- ven Rechtfertigungselements | 207 |

| | |
|--|-----|
| (α) Ausweg über die Konstruktion als „gesamtrechtfertigender Rechtfertigungsgrund“ | 207 |
| (β) Ausweg über die Bestrafung aus Versuch..... | 209 |
| (cc) Unvereinbarkeit mit den herrschenden Rechtfertigungsprinzipien..... | 210 |
| (dd) Relativierung des Vorrangs der tatsächlichen Einwilligung und der diesen sichernden Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung | 213 |
| (c) Resümee | 216 |
| (3) Die hypothetische Einwilligung als Korrektiv innerhalb des Rechtfertigungsgrundes der tatsächlichen Einwilligung | 216 |
| (a) Darstellung | 216 |
| (b) Vereinbarkeit mit den Vorgaben und Ansätzen der Rechtsprechung | 221 |
| (c) Stellungnahme..... | 222 |
| bb. Zurechnungsansatz | 228 |
| (1) Zusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Tatbestandserfolg (<i>Kuhlen</i>) | 229 |
| (a) Dogmatischer Ausgangspunkt: Übertragung der Kriterien der objektiven Zurechnung auf die Rechtswidrigkeitsebene..... | 229 |
| (b) Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Straftataufbau..... | 231 |
| (c) Anwendungsvoraussetzungen | 232 |
| (aa) Beschränkung auf „zurechnungsrelevante Rechtfertigungsmängel“ (<i>Kuhlen</i>) | 233 |
| (bb) Beschränkung auf „rechtfertigungsnahe Situationen“ (<i>M. Dreher</i>) | 236 |
| (cc) Resümee..... | 238 |
| (d) Rechtsfolge | 238 |
| (e) Umfang des möglichen Zurechnungsausschlusses | 240 |
| (f) Zusammenfassung des Zurechnungsansatzes..... | 245 |
| (2) Zurechnungszusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Einwilligung | 245 |
| (3) Modell der Erfolgsrechtfertigung (<i>Mitsch</i>) | 247 |
| (a) Darstellung | 247 |
| (b) Fallbezogener Vergleich der Zurechnungskonzeption <i>Kuhlens</i> mit dem Modell der Erfolgsrechtfertigung <i>Mitschs</i> | 249 |
| (c) Stellungnahme zu dem Ansatz von <i>Mitsch</i> | 251 |
| (aa) Inkongruenter Beurteilungsmaßstab für die „hypothetische Einwilligung“ | 252 |

| | |
|---|-----|
| (bb) Uneinheitliche Rechtsfolgen der hypothetischen Einwilligung..... | 253 |
| (cc) Kritik an dem Konstrukt der Teil-Rechtfertigung aus dogmatischer Sicht..... | 255 |
| (dd) Fazit..... | 258 |
| c. Stellungnahme zu den Zurechnungsansätzen auf der Rechtswidrigkeitsebene..... | 258 |
| aa. Strukturelle Parallelie zu der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens..... | 259 |
| (1) Existenz eines tauglichen Zurechnungsobjekts..... | 259 |
| (a) „Einwilligung“ als Zurechnungsobjekt..... | 260 |
| (aa) Interpretation als „Einwilligung im rechtlichen Sinne“..... | 260 |
| (bb) Interpretation als „Einwilligung im tatsächlichen Sinne“..... | 261 |
| (cc) Zwischenergebnis | 262 |
| (b) „Tatbestandlicher Erfolg“ als Zurechnungsobjekt | 262 |
| (c) Zwischenergebnis..... | 264 |
| (2) Der Aufklärungsfehler als Anknüpfungspunkt für die Vergleichshypothese | 264 |
| (a) Erfordernis einer Anknüpfung an das unmittelbar rechtsgutsverletzende Verhalten? | 264 |
| (aa) Die Rechtsprechungsformel von der „konkreten kritischen (Verkehrs-)Lage“ | 265 |
| (bb) Keine Verallgemeinerbarkeit dieser Formel..... | 265 |
| (cc) Zwischenergebnis | 269 |
| (dd) Beispiele aus der arztstrafrechtlichen Judikatur | 269 |
| (α) <i>Apotheker-Fall</i> | 269 |
| (β) <i>Zahnarzt-Fall</i> | 270 |
| (b) Der Aufklärungsfehler als Anknüpfungspunkt für die Pflichtwidrigkeit in der Rechtsprechung..... | 271 |
| (c) (Weitere) Erwägungen | 272 |
| (d) Fazit | 273 |
| (3) Wahrung der Reichweite des berücksichtigungsfähigen Alternativverhaltens | 273 |
| (a) Drei-Personen-Konstellation (Täter-Opfer-Ersatztäter)..... | 274 |
| (aa) Grundsatz der Unbeachtlichkeit hypothetischen Drittverhaltens | 274 |
| (bb) Bestätigung durch BGHSt 30, 228 ff. (<i>Massenkarambolage-Fall</i>)..... | 275 |
| (cc) Keine Ausnahme für hypothetisches rechtmäßiges Drittverhalten..... | 276 |

| | |
|---|-----|
| (dd) Zwischenergebnis | 277 |
| (ee) Konsequenzen für die hypothetische Einwilligung | 277 |
| (b) Zwei-Personen-Konstellation (Täter-Opfer)..... | 277 |
| (aa) Vorwurf: hypothetische Einwilligung als unzulässiger Alternativverlauf..... | 277 |
| (bb) Entkräftigung des Vorwurfs mit Hilfe der verkehrsstrafrechtlichen Rechtsprechung des BGH | 278 |
| (cc) Fazit: Grundsätzliche Berücksichtigungsfähigkeit mitwirkenden Opferverhaltens.... | 279 |
| (dd) Konsequenz: unterschiedliche Reichweitenbeschränkung bei Zwei-Personen- gegenüber Drei-Personen-Konstellationen..... | 281 |
| (ee) Rechtfertigung dieser Unterscheidung | 282 |
| (ff) Keine Ausnahme für pflichtgemäßes Opferverhalten | 282 |
| (c) Ausklammerung risikokonkurrierender Faktoren | 283 |
| (aa) Grundsätze im sog. <i>Klinikinsassen-Fall</i> des BGH..... | 283 |
| (bb) Gegenüberstellung zu dem <i>Radfahrer-Fall</i> des BGH | 284 |
| (cc) Fazit | 284 |
| (d) Zusammenfassung der zu beachtenden Grundsätze | 285 |
| (e) Vereinbarkeit der hypothetischen Einwilligung mit diesen Grundsätzen | 286 |
| (f) Zwischenergebnis | 287 |
| (4) Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Faktoren auf Tatsachen?..... | 287 |
| (a) „Unbeachtlichkeitsthese“ (<i>Schwartz</i>)..... | 287 |
| (b) „Sinnlosigkeitsthese“ (<i>Puppe</i>)..... | 288 |
| (c) Stellungnahme..... | 288 |
| (aa) Zur „Unbeachtlichkeitsthese“ | 288 |
| (bb) Zur „Sinnlosigkeitsthese“..... | 293 |
| (cc) Fazit | 297 |
| (5) Pflichtwidrigkeitszusammenhang als spezifisches Merkmal des Fahrlässigkeitsdelikts?..... | 298 |
| (a) Ausgangsüberlegungen | 298 |
| (b) Standpunkt des Schrifttums | 299 |
| (c) Standpunkt der Rechtsprechung..... | 303 |
| (d) Eigene Überlegungen..... | 305 |
| (aa) Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten | 306 |

| | |
|--|-----|
| (α) These vom Plus-Minus-Verhältnis | 306 |
| (β) These vom Aliud-Verhältnis | 307 |
| (χ) Stellungnahme | 308 |
| (bb) Legitimation des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei Fahrlässigkeitsdelikten und Übertragbarkeit auf Vorsatzdelikte | 311 |
| (α) Wortlautargument | 311 |
| (β) Ausschluss einer Zufallshaftung | 311 |
| (χ) Vermeidbarkeit des Erfolges als Wesensmerkmal der Fahrlässigkeit | 312 |
| (δ) Begrenzung durch den Schutzzweck der Norm | 313 |
| (ε) Stellungnahme | 315 |
| (6) Zwischenergebnis | 320 |
| bb. Übertragbarkeit der Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene | 320 |
| (1) Ausgangsüberlegungen | 321 |
| (2) Bedenken gegen eine objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen | 323 |
| (a) Kein Kausalzusammenhang zwischen Rechtfertigungsgründen und Erfolg | 323 |
| (b) Missachtung der spezifischen Eigenart der Rechtswidrigkeitsstufe in ihrer Divergenz zum Tatbestand | 324 |
| (c) Unvereinbarkeit mit der Ausnahmefunktion der Rechtfertigung | 327 |
| (d) Fehlen eines einheitlichen Anknüpfungspunktes | 328 |
| (e) Ergebnis | 331 |
| (3) Konsequenzen für die hypothetische Einwilligung | 332 |
| cc. Vereinbarkeit des Zurechnungsansatzes mit der Rechtsprechung des BGH | 332 |
| d. Resümee | 333 |
| 3. Zwischenergebnis | 333 |
| IV. Alternative Lösungsmodelle unter Aufrechterhaltung der hypothetischen Einwilligung | 334 |
| 1. Berücksichtigung als Strafaufhebungsgrund | 334 |
| 2. Berücksichtigung als Strafmilderungsgrund | 337 |
| 3. Berücksichtigung über die Einstellungsvorschriften der StPO (§§ 153 ff.) | 339 |
| 4. Resümee | 342 |
| V. Alternative Lösungsmodelle unter Ablehnung der hypothetischen Einwilligung | 342 |
| 1. Alternative Ansätze | 342 |
| a. Reduzierung des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflicht im Strafrecht | 342 |

| | |
|--|------------|
| aa. Angleichung des Haftungsumfangs im Zivil- und Strafrecht..... | 343 |
| bb. Divergenter Zweck zivilrechtlicher gegenüber strafrechtlicher Haftung | 343 |
| cc. Ansätze einer Kehrtwende in der strafrechtlichen Rechtsprechung..... | 345 |
| dd. Stellungnahme..... | 346 |
| b. Einführung eines Sonderstrafatbestandes für eigenmächtige Heileingriffe | 350 |
| aa. Inhalt und Ziel der Reformbemühungen | 350 |
| bb. Konsequenzen für die hypothetische Einwilligung..... | 351 |
| cc. Stellungnahme | 352 |
| 2. Gründe für eine Ablehnung der Rechtsfigur im Strafrecht..... | 353 |
| a. Unvereinbarkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten..... | 354 |
| aa. Das Selbstbestimmungsrecht als Schutzgut der Körperverletzung | 355 |
| bb. Spannungsverhältnis der hypothetischen zur maßlichen Einwilligung | 358 |
| cc. Geltung des „in dubio pro reo“-Grundsatzes im Arzt-Patienten-Verhältnis | 359 |
| b. Schwierigkeit der Ermittlung des hypothetischen Patientenwillens | 362 |
| aa. Fehlen hinreichender Anhaltspunkte | 363 |
| bb. Mangelnde Authentizität des nachträglich geäußerten Willens..... | 364 |
| cc. Manipulations- und Missbrauchsgefahr | 365 |
| dd. Problematik bei komatösen und verstorbenen Patienten | 366 |
| ee. Stellungnahme | 368 |
| c. Zwischenergebnis..... | 373 |
| 3. Resümee..... | 373 |
| 4 Schlussbetrachtung und eigenes Lösungsmodell | 375 |
| I. Zusammenfassende Schlussbetrachtung..... | 375 |
| II. Eigenes Lösungsmodell..... | 380 |
| 1. Anwendbarkeit bei fehlender medizinischer Indikation und/oder nicht <i>lege artis</i> durchgeföhrter ärztlicher Behandlung..... | 381 |
| 2. Begrenzung auf die Fälle fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung | 383 |
| a. Begründung | 383 |
| b. Konsequenzen für die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung | 394 |
| 3. (Weitere) Mindestanwendungsvoraussetzungen..... | 397 |
| a. Vorliegen einer tatsächlich erteilten Einwilligung | 398 |
| b. Einwilligungsfähigkeit und Dispositionsbefugnis des Einwilligenden | 400 |

| | |
|--|------------|
| c. Keine sonstigen Einwilligungsmängel..... | 402 |
| 4. Ergebnis | 404 |
| III. Anwendung der hypothetischen Einwilligung außerhalb des Arztstrafrechts..... | 406 |
| 1. Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtsspezifisches Konstrukt? | 407 |
| 2. Ausweitung auf sonstige (einwilligungsfähige) Straftatbestände..... | 408 |
| a. Anwendung im Rahmen der §§ 223 ff. außerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses | 409 |
| b. Anwendung außerhalb der §§ 223 ff..... | 412 |
| aa. Bei einer gänzlich fehlenden Einwilligung | 412 |
| bb. Bei einer aufklärungsfehlerbedingt unwirksamen Einwilligung..... | 413 |
| c. Zwischenergebnis..... | 415 |
| 3. Entsprechende Anwendung als ein „hypothetisches Einverständnis“ | 416 |
| 4. Fazit | 425 |
| IV. Ausblick..... | 426 |
| Literaturverzeichnis | 431 |