

# Inhalt

<b>1 Einleitung</b>	<b>1</b>
I. Problemaufriss	1
II. Gang der Untersuchung	5
<b>2 Der Ursprung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht</b>	<b>7</b>
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 hypothe- tische 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
<b>3 Der Transfer der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht.....</b>	<b>67</b>
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 Aufklä- rungspflichtverletzung .....	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 Aufklärungs- pflichtverletzung .....	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) Resümee .....	183
bb. Zurechnungsansätze .....	183
(1) Darstellung .....	183
(2) Resümee .....	186
cc. Die hypothetische Einwilligung als negativ gefass- tes Tatbestandsmerkmal.....	188
dd. Lösung über den Rechtsgedanken der actio illicita in causa.....	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) Resümee .....	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 Mitsch .....	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 Parallele 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 berücksichtigungs-fähigen Alternativverhaltens.....	273
(a) Drei-Personen-Konstellation (Täter-Opfer-Ersatz-täter).....	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) Entkräftung des Vorwurfes mit Hilfe der verkehrsstrafrechtlichen Rechtspre- chung des BGH .....	278
(cc) Fazit: Grundsätzliche Berücksichti- gungsfähigkeit 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 Einwilli- gung mit diesen Grundsätzen .....	286
(f) Zwischenergebnis .....	287
(4) Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Faktoren auf Tatsachen?.....	287
(a) „Unbeachtlichkeitsthese“ ( <i>Schwarz</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 spezifi- sches 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 Fahr- lässigkeitsdelikten .....	306

(α) These vom Plus-Minus-Verhältnis.....	306
(β) These vom Aliud-Verhältnis.....	307
(χ) Stellungnahme.....	308
(bb) Legitimation des Pflichtwidrigkeitszu- sammenhangs bei Fahrlässigkeitsdelik- ten 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 Schutz- zweck 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 hypotheti- schen Einwilligung .....	342
1. Alternative Ansätze.....	342
a. Reduzierung des Umfangs der ärztlichen Aufklärungs- pflicht 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 mutmaßlichen 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
<b>4 Schlussbetrachtung und eigenes Lösungsmodell .....</b>	<b>375</b>
I. Zusammenfassende Schlussbetrachtung.....	375
II. Eigenes Lösungsmodell.....	380
1. Anwendbarkeit bei fehlender medizinischer Indikation und/oder nicht lege artis durchgeführter 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 arztstrafrechtsspezi- fisches 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
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>431</b>