

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Einführung und Erkenntnisinteresse	1
Zweiter Teil: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht	5
<i>Erstes Kapitel:</i>	
Prämissen der Untersuchung	7
<i>Zweites Kapitel:</i>	
Diskussionsstand zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht	37
<i>Drittes Kapitel:</i>	
Vorüberlegungen zur dogmatischen Verortung der hypothetischen Einwilligung	59
<i>Viertes Kapitel:</i>	
Die hypothetische Einwilligung als Baustein einer allgemeinen Zurechnungsdogmatik auf Rechtswidrigkeitsebene?	85
<i>Fünftes Kapitel:</i>	
Die hypothetische Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund? 163	
<i>Sechstes Kapitel:</i>	
Die hypothetische Einwilligung als strafrechtlicher Haftungsausschluss <i>sui generis</i> aufgrund der Einheit der Rechtsordnung?	171
<i>Siebtes Kapitel:</i>	
Reflexion und Resümee – hypothetische Einwilligung und Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte	189
<i>Achtes Kapitel:</i>	
Exkurs – Analyse der Begrenzungsbemühungen im Falle grundsätzlicher Anerkennung der hypothetischen Einwilligung	199

Dritter Teil: Überlegungen zu einem Anwendungsbereich der hypothetischen Zustimmung jenseits des Arztstrafrechts	207
<i>Erstes Kapitel:</i>	
Vorüberlegungen zur Analyse möglicher Anwendungsfelder	209
<i>Zweites Kapitel:</i>	
Das hypothetische Einverständnis	215
<i>Drittes Kapitel:</i>	
Die hypothetische behördliche Genehmigung	239
 Vierter Teil: Zusammenfassung in Thesen	
Literaturverzeichnis	281
Sachregister	295

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	v
Erster Teil: Einführung und Erkenntnisinteresse	1
Zweiter Teil: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht	5
Erstes Kapitel: Prämissen der Untersuchung	7
<i>A. Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs</i>	7
I. Meinungsfeld	8
II. Verteidigung der Körperverletzungsthese	9
1. Verfehlung des sozialen Bedeutungsgehalts?	9
2. Rechtsgutsvertauschung?	11
<i>B. Keine Rechtfertigung durch Einwilligung</i>	15
I. Verortung der unzureichenden Aufklärung in der allgemeinen Einwilligungsstruktur	16
1. Einwilligungsfähigkeit	16
2. Wirksamkeitsrelevante Wissensdefekte	17
a. Gegenstand des Wissensdefekts	18
b. Intensität des Wissensdefekts	20
c. Verantwortlichkeit für den Wissensdefekt und Person des Eingreifenden	21
d. Klärungsbedürftig: Zusammenhang zwischen Wissensdefekt und Einwilligungsentscheidung	21
II. Präzisierung der Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung	22
1. Selbstbestimmungsaufklärung	22
a. Umfang der Aufklärungspflicht	22
aa. Aspekte der Selbstbestimmungsaufklärung und Maßstäbe der Praxis	22
bb. Kritik in der Literatur	25
b. Ausnahmen von der Aufklärungspflicht	26
2. Einwilligung	26

a. Person des Einwilligungsberechtigten	27	
b. Maßstäbe für den Einwilligungsinhalt	28	
c. Notwendigkeit eines spezifischen Zusammenhangs zwischen Irrtum und Einwilligungsentscheidung?	28	
aa. Das Meinungsspektrum	28	
(1) Irrtumskausalität	29	
(2) Relevanzzusammenhang	30	
(3) Verzicht auf ein einschränkendes Kriterium	31	
bb. Diskussion	31	
(1) Kritik des Erfordernisses der Irrtumskausalität	31	
(2) Kritik des Relevanzzusammenhangs	34	
III. Zwischenergebnis	35	
C. Keine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung	35	
Zweites Kapitel: Diskussionsstand zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht		37
A. Anwendung in der Rechtsprechung	37	
I. Grundsätze	37	
II. Offene Fragen	39	
1. Dogmatische Erfassung	40	
2. Anwendungsbereich	42	
3. Versuchsstrafbarkeit	46	
B. Diskussion in der Literatur	46	
I. Befürwortende Stimmen	47	
1. Differenzen bei der dogmatischen Erfassung	48	
2. Differenzen bei den Grenzen des Anwendungsbereichs	49	
3. Differenzen bei der Versuchsstrafbarkeit	50	
II. Ablehnende Stimmen	51	
1. Dogmatisch-strukturelle Kritik	51	
2. Autonomie-Einwand	53	
3. Sinnlosigkeit der Frage nach einem hypothetischen Willen	53	
4. Pragmatische Kritik	54	
a. Beweisrechtliche Schwierigkeiten bei der (Re-)Konstruktion des hypothetischen Willens	54	
b. Fehlanreize	54	
5. Alternativen	55	
a. Materiellrechtliche Lösungsansätze	55	
b. Strafprozessuale Lösungsansätze	57	
C. Ergebnis	58	

Drittes Kapitel: Vorüberlegungen zur dogmatischen Verortung der hypothetischen Einwilligung	59
<i>A. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund</i>	<i>60</i>
I. Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit	60
II. Zuordnung der Einwilligung zur Deliktsstufe der Rechtswidrigkeit	63
III. Relevanz der folgenden Überlegungen bei abweichender Zuordnung der Einwilligung	68
<i>B. Irrelevanz der hypothetischen Einwilligung auf Tatbestandsebene</i>	<i>68</i>
I. Unterlassen ordnungsgemäßer Aufklärung als tatbestandsmäßiges Verhalten?	68
II. Behandlung nach defizitärer Aufklärung als tatbestandsmäßige Handlung des Fahrlässigkeitsdelikts?	70
<i>C. Status der hypothetischen Einwilligung auf Rechtswidrigkeitsebene – Alternative von Rechtfertigungsgrund und Zurechnungsausschluss</i>	<i>72</i>
I. Unterschiede bei objektiv anzunehmender hypothetischer Einwilligung	73
1. Unterschiede bei der Handlungsbewertung	73
2. Unterschiede in den subjektiven Voraussetzungen entfallender Vollendungsstrafbarkeit?	73
3. Unterschiede bei der Versuchsstrafbarkeit?	74
a. Versuchsstrafbarkeit bei Deutung als Rechtfertigungsgrund	74
b. Versuchsstrafbarkeit bei Deutung als Zurechnungsausschluss	75
aa. Möglichkeit des entsprechenden Vorsatzinhalts	75
bb. Stets ausgeschlossene Versuchsstrafbarkeit?	76
cc. Stets bestehende Versuchsstrafbarkeit?	77
(1) Irrelevanz der Erfolgzurechnung als Vorsatzgegenstand?	78
(2) Pflichtwidrigkeitszusammenhang als Vorsatzgegenstand	79
c. Zwischenergebnis	81
d. Zusammenspiel mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum	81
II. Unterschiede bei objektiv nicht anzunehmender hypothetischer Einwilligung	82
<i>D. Ergebnis und weiteres Vorgehen</i>	<i>83</i>
Viertes Kapitel: Die hypothetische Einwilligung als Baustein einer allgemeinen Zurechnungsdogmatik auf Rechtswidrigkeitsebene?	85
<i>A. Vorbemerkungen zum Begriff der Zurechnung</i>	<i>85</i>

<i>B. Objektive Erfolgszurechnung auf Tatbestandsebene</i>	86
I. Kategorien	86
1. Setzen eines unerlaubten Risikos	88
a. Leitgedanke hinter dem Kriterium	88
b. Anforderungen	90
c. Systematische Verortung der Kategorie	92
2. Realisierungszusammenhang – Verwirklichung eines unerlaubten Risikos im Erfolg	93
a. Leitgedanke hinter dem Erfolgserfordernis und Schlussfolgerung für die objektive Erfolgszurechnung	93
b. Schutzzweckzusammenhang	94
aa. Generelle Leistungsfähigkeit des Risikosetzungverbots	94
bb. Verhältnis der generellen Leistungsfähigkeit zum Schutzzweck der Norm	96
c. Pflichtwidrigkeitszusammenhang als konkrete Leistungsfähigkeit des Risikosetzungverbots	97
aa. Terminologische Vorbemerkung	97
bb. Relevanz des Kriteriums	100
(1) Begründung außerhalb des Zurechnungszusammenhangs?	101
(2) Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang als ausgeschlossener Realisierungszusammenhang	105
cc. Verhältnis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zum Schutzzweckzusammenhang	109
d. Mehrgliedrige Risikosetzungverbote	110
e. Funktionslosigkeit des Risikosetzungverbots	112
aa. Zwei Formen der Funktionslosigkeit	112
bb. Funktionslosigkeit und Funktionalitätsbedingungen	114
f. Zwischenergebnis	114
II. Anwendbarkeit auf Fahrlässigkeits- und Vorsatzdelikt	115
1. Erfordernis unerlaubter Risikosetzung auch beim Vorsatzdelikt	116
2. Realisierungszusammenhang auch beim Vorsatzdelikt	117
<i>C. Objektive Erfolgszurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene</i>	119
I. Setzen eines rechtswidrigen Risikos	120
1. Unterscheidung von unerlaubter und (definitiv) rechtswidriger Risikosetzung	121
a. Grundgedanke	121
b. Tatbestand und Rechtswidrigkeit als je abgeschlossene Bewertung unterschiedlicher Gegenstände?	122
2. Relevanz der rechtswidrigen Risikosetzung	124
II. Verwirklichung eines rechtswidrigen Risikos im Erfolg	124

1. Konzepte zur Übertragung des Realisierungszusammenhangs auf die Rechtswidrigkeitsebene	125
a. <i>Kuhlens</i> Konzept des Rechtfertigungsmangels	125
b. <i>Drehers</i> Konzept der Rechtfertigungslage	126
2. Diskussion	127
a. Realisierungszusammenhang auf Rechtswidrigkeitsebene als logischer Fehler?	127
b. Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Rechtswidrigkeitsebene als wertungsmäßiger Fehler?	129
c. Funktionslosigkeit und Funktionalitätsbedingungen	131
d. Die Kriterien im Einzelnen	132
aa. Schutzzweckzusammenhang	132
bb. Pflichtwidrigkeitszusammenhang	132
D. <i>Hypothetische Einwilligung als fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang?</i>	136
I. Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen fehlerhafter Aufklärung und Körperverletzungserfolg?	136
1. Keine Zurechnung des Erfolgs zum Rechtfertigungsmangel der fehlerhaften Aufklärung (<i>Kuhlen</i>)?	136
a. Konzept	136
b. Diskussion der in der Literatur geäußerten Kritik	138
aa. Unterschiedliche Schutzzüge von Körperverletzungstatbestand und Einwilligung als Zurechnungshindernis?	138
bb. Keine Zurechnungsfrage wegen entfallenden Erfolgsunrechts (<i>Mitsch</i>)?	140
cc. Zu weitgehende Hypothesenbildung?	142
(1) Beschränkung auf situativ präsente rechtmäßige Verhaltensalternativen?	143
(2) Beschränkung auf eindeutig feststellbare Faktoren?	145
c. Eigene Überlegungen zu <i>Kuhlens</i> Konzept	146
2. Bestehen einer Rechtfertigungslage (<i>Dreher</i>)?	150
3. Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos?	151
4. Zwischenergebnis	151
II. Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen fehlerhafter Aufklärung und Einwilligung?	151
1. „Einwilligung“ als Zurechnungsgegenstand	152
2. Zurechnungsausschluss wegen Normzweckerfüllung bei der Selbstbestimmungseinwilligung?	153
a. Entscheidungsprozess als Entdeckungsverfahren	154
b. Entscheidungsprozess als Gewinnungsverfahren	155
aa. Präferenzbildung und -veränderung im Entscheidungsverfahren	155

bb. Autonomie als Entscheidungsmacht	158
c. Ergebnis	159
3. Zurechnungsausschluss wegen Normzweckerfüllung bei treuhänderisch gebundener Einwilligung?	159
Fünftes Kapitel: Die hypothetische Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund?	163
<i>A. Analyse des ablehnenden Schrifttums</i>	<i>164</i>
I. Fehlen eines subjektiven Rechtfertigungselements	164
II. Entwertung der mutmaßlichen und der tatsächlichen Einwilligung ..	165
<i>B. Keine positive Begründbarkeit als Rechtfertigungsgrund</i>	<i>167</i>
I. Rechtfertigungsgrund im Arzthaftungsrecht?	168
II. Rückführbarkeit auf Prinzipien der Rechtfertigung?	169
Sechstes Kapitel: Die hypothetische Einwilligung als strafrechtlicher Haftungsausschluss <i>sui generis</i> aufgrund der Einheit der Rechtsordnung?	171
<i>A. Zivilrechtliche Behandlung der hypothetischen Einwilligung</i>	<i>171</i>
I. Charakteristika des Arzthaftungsrechts	171
II. Haftungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB	173
1. Haftung wegen der Verletzung von Körper und Gesundheit	174
a. Rechtsgutsverletzung und deliktische Handlung	174
b. Rechtswidrigkeit ärztlichen Handelns aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligung	176
c. Haftungsausschluss durch hypothetische Einwilligung	178
aa. Materiellrechtliche Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung	179
bb. Prozessuale Behandlung der hypothetischen Einwilligung ..	180
2. Haftung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ..	181
<i>B. Strafrechtliche Konsequenzen aus der zivilrechtlichen Behandlung</i>	<i>183</i>
I. Analyse: Einheit der Rechtsordnung als Argument	183
1. Einheit der Rechtsordnung als Grund für die Übertragung	183
2. Problematisierung der Übertragung wegen der Einheit der Rechtsordnung	185
II. Unergiebigkeit des Topos <i>Einheit der Rechtsordnung</i> für die hypothetische Einwilligung	186
1. Fehlen widersprüchlicher Handlungsanforderungen	186
2. Fehlen widersprüchlicher Verhaltensbewertungen (gespaltenes Rechtswidrigkeitsurteil)	187

3. Fehlen eines Wertungswiderspruchs durch abweichende Zurechnungsregeln	187
 Siebtes Kapitel: Reflexion und Resümee – hypothetische Einwilligung und Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte	
A. <i>Vorbemerkung zur Funktion des Rechtsgutsbegriffs</i>	189
B. <i>Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte als Argument bei der hypothetischen Einwilligung</i>	191
I. Hypothetische Verfügungsbefugnis als Rechtsgut?	192
II. Autonomie und körperliche Unversehrtheit als je selbstständige Rechtsgüter der Körperverletzungsdelikte?	193
III. Verknüpfung von Autonomie und körperlicher Unversehrtheit	195
C. <i>Resümee: keine Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht</i>	198
 Achtes Kapitel: Exkurs – Analyse der Begrenzungsbemühungen im Falle grundsätzlicher Anerkennung der hypothetischen Einwilligung	
A. <i>Unanwendbarkeit bei fehlender Einwilligungserklärung</i>	199
B. <i>Beschränkung auf das Fahrlässigkeitsdelikt (Hengstenberg)</i>	200
C. <i>Unanwendbarkeit bei gänzlich fehlender und vorsätzlich defizitärer Aufklärung analog § 24 Abs. 1 S. 2 StGB (Garbe)</i>	201
D. <i>Ergebnis</i>	205
 Dritter Teil: Überlegungen zu einem Anwendungsbereich der hypothetischen Zustimmung jenseits des Arztstrafrechts	
Erstes Kapitel: Vorüberlegungen zur Analyse möglicher Anwendungsfelder	207
A. <i>Strukturmerkmale der hypothetischen Einwilligung als Analyseraster</i>	209
B. <i>Relevanz der Strukturmerkmale</i>	211
C. <i>Variationen der Strukturmerkmale</i>	212
D. <i>Notwendigkeit eines deliktsbezogenen Vorgehens</i>	213

Zweites Kapitel: Das hypothetische Einverständnis	215
<i>A. Irrelevanz der Fragestellung wegen mängelresistenter Faktizität des Einverständnisses?</i>	215
I. Verständnis als einheitliche faktische Kategorie	216
1. <i>Geerds'</i> Trennungskonzept	216
2. Irrelevanz des hypothetischen Einverständnisses als Konsequenz	217
II. Differenzierungsbedarf	218
1. Willensüberwindende Delikte	221
a. Beugung des entgegenstehenden Willens	221
b. Ausschaltung des entgegenstehenden Willens	223
2. Delikte ohne Willensüberwindung	224
III. Ergebnis	225
<i>B. Untreue (§ 266 StGB) als Referenztatbestand</i>	225
I. Einverständnis bei der Untreue	226
II. Ansätze zur Strafbarkeitsrestriktion durch das hypothetische Einverständnis	230
1. Meinungsfeld	230
2. Analyse der behandelten Sachverhaltskonstellationen	231
a. Rechtsprechung	231
b. Literatur	232
c. Resümee und eigenes Fallbeispiel	233
3. Argumentationsspektrum	234
a. Gleichbehandlungsargument	234
b. Autonomie und Rechtsgut Vermögen	236
Drittes Kapitel: Die hypothetische behördliche Genehmigung	239
<i>A. Behördliche Genehmigungen bei der Gewässerverunreinigung</i>	240
I. Regelungssystem und Genehmigungstypen	240
1. Genehmigungsbedürftigkeit der Gewässerbenutzung	240
2. Erlaubnis und Bewilligung	240
3. Erlassvoraussetzungen	241
4. Rechtsstellung des Antragstellers	243
II. Wirksamkeitsmaßstäbe und die Konsequenzen unrichtiger Angaben	244
1. Relevanz der nichtigen und der verwaltungsrechtlich wirksamen Genehmigung für die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens	245
2. Nichtigkeit nach § 44 VwVfG	246
3. Unwirksamkeit nach § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB	246
a. Beschränkung auf materiell rechtswidrige Begünstigungen	247
aa. Meinungsfeld	247
bb. Bedeutung für die hypothetische Genehmigung	249

cc. Erforderlichkeit des Fehlens materieller Genehmigungsvoraussetzungen (<i>Fenner</i>)?	249
b. Merkmal des Erschleichens durch unrichtige oder unvollständige Angaben	252
aa. Verhaltensbezogene Merkmalsbestandteile	252
bb. Zusammenhang zwischen Täuschungsverhalten und begünstigendem Rechtsakt	253
(1) Bezugspunkt des (Kausal-)Zusammenhangs	254
(2) Normativierungen des hypothetischen Entscheidungsprozesses	256
cc. Bedeutung für die hypothetische Genehmigung als eigene Rechtsfigur	258
B. Ansätze zur Strafbarkeitsrestriktion bei fehlender wirksamer Genehmigung	259
I. Ansätze unter Rückgriff auf Genehmigungsfähigkeit und Genehmigungsanspruch	260
1. Meinungsfeld zu Genehmigungsfähigkeit und Genehmigungsanspruch bei § 324 StGB	260
2. Rechtsgutsirrelevanz bei Genehmigungsfähigkeit?	261
3. Rechtsgut und Genehmigungsanspruch	264
II. Ansätze unter Rückgriff auf die hypothetische Genehmigung	266
1. Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Genehmigung (<i>Dreher</i>)	266
a. Konzept und Reichweite	266
b. Kritik	267
aa. Fehlende Erklärungskraft der zeitlichen Abschichtung von Rechtfertigungslage und erlaubter Handlung	267
bb. Hypothetische Ablehnung als Zurechnungsvoraussetzung? .	268
2. Ausschluss der Zurechnung des Genehmigungsfehlers (<i>Garbe</i>) . . .	269
a. Konzept und Reichweite	269
b. Kritik	269
III. Resümee	270
Vierter Teil: Zusammenfassung in Thesen	273
Literaturverzeichnis	281
Sachverzeichnis	295