



Tobias Schwartz

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht



PETER LANG

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
Kapitel 1: Problemaufriss und Stand der gegenwärtigen Diskussion	5
I) Lösung der beiden BGH-Fälle unter Außerachtlassung der Figur der hypothetischen Einwilligung	5
II) Stand der Rechtsprechung des BGH	8
1.) Hypothetische Einwilligung bei fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung.	8
a) 2. Myom-Fall.....	8
b) BGH JZ 1964, 231.....	10
c) Surgibone-Dübel-Fall.....	11
d) Fazit.....	13
2.) Hypothetische Einwilligung bei vorsätzlicher Aufklärungspflichtverletzung.....	13
3.) Beschränkung auf den lege artis ausgeführten Heileingriff?.....	15
4.) Rechtsfolgen.....	18
5.) Zusammenfassung.....	19
III) Streitstand in der Literatur	20
1.) Befürworter der hypothetischen Einwilligung.....	20
a) Die Auffassung von <i>Kuhlen</i>	20
aa) Dogmatischer Ansatz.....	20
bb) Ausweitung des dogmatischen Ansatzes.....	22
(1) Ausweitung auf sämtliche einwilligungsfähige Tatbestände.....	22
(2) Ausweitung auf sämtliche Rechtfertigungsgründe.....	23
cc) Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung.....	27
dd) Rechtsfolgen.....	28
(1) Dogmatischer Hintergrund.....	28
(2) Vergleich mit der Ansicht des BGH.....	30
(3) Konkrete Rechtsfolgen.....	31
ee) Zusammenfassung.....	32
b) Die Auffassung von <i>Mitsch</i>	33
aa) Dogmatischer Ansatz.....	33
(1) Erste Fallkonstellation.....	33
(2) Zweite Fallkonstellation.....	34
(3) Zusammenfassung des dogmatischen Ansatzes.....	34
bb) Beispielsfälle und Vergleich mit <i>Kuhlen</i> s Zurechnungskonzeption.....	35
cc) Kritik an <i>Mitsch</i> s Auffassung.....	38
c) Die Auffassung von <i>Dreher</i>	40
aa) Dogmatischer Ansatz.....	40
bb) Anwendbarkeit des Zurechnungsausschlusses auf der Rechtfertigungsebene.....	40

cc) Objektive Zurechnung im Rahmen der Schuld?.....	44
d) Die Auffassung von <i>Roxin</i>	44
2.) Gegner der hypothetischen Einwilligung.....	47
a) Die Auffassung von <i>Puppe</i>	47
aa) Methodologische Einwände.....	47
bb) Anwendung des in dubio pro reo Grundsatzes?.....	49
cc) Rechtsfolgen.....	50
dd) BGHSt 13, 13.....	51
ee) Abweichende Beurteilung des Warschussfalles.....	55
b) Die Auffassung von <i>Paeffgen</i>	57
c) Die Auffassung von <i>Jäger</i>	58
aa) Materiell-rechtliche Einwände.....	58
bb) Zivilrechtsakzessorische Dimension.....	65
cc) Verfahrensrechtliche Einwände.....	66
d) Die Auffassung von <i>Gropp</i>	67
aa) Hypothetische Einwilligung und Pflichtwidrigkeitszusammenhang....	67
(1) <i>Gropp's</i> Argumentation.....	67
(2) Stellungnahme.....	69
bb) Unbeachtlichkeit des Heilungserfolges.....	70
cc) Fazit.....	71
e) Die Auffassung von <i>Duttge</i>	71
aa) Strafrechtsdogmatische Einwände.....	71
(1) Unvereinbarkeit mit der Struktur des Verbrechensaufbaus.....	71
(2) Stellungnahme.....	72
bb) Unvereinbarkeit mit dem Autonomiegebot.....	74
IV) Fazit.....	74
Kapitel 2: Die hypothetische Einwilligung bei § 223 StGB.....	77
§ 1 Vereinbarkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht.....	77
I) Ausgangspunkt der Betrachtung.....	77
II) Schutzgut des § 223 StGB – Der Straftatbestand der Körperverletzung zwischen Integritäts- und Selbstbestimmungsschutz.....	79
1. Zum Begriff des Rechtsguts.....	79
2. Körperliche Unversehrtheit.....	80
3. Selbstbestimmungsrecht.....	81
a) Gegenwärtiger Stand der Diskussion.....	81
aa) Kollisionsmodell.....	82
(1) Dogmatische Ansatzpunkte des Kollisionsmodells.....	82
(2) Kritische Betrachtung des Kollisionsmodells.....	85
bb) Autonomer Rechtsgutsbegriff.....	86
cc) Integrationsmodell.....	88

(1) Einheitlicher dogmatischer Ansatzpunkt des Integrationsmodells..	88
(2) Personaler Rechtsgutsbegriff im engeren Sinne.....	88
(3) Personaler Rechtsgutsbegriff im weiteren Sinne.....	89
(4) Kritische Betrachtung des Integrationsmodells.....	90
dd) Basismodell.....	91
(1) Dogmatischer Ansatzpunkt des Basismodells.....	91
(2) Kritische Betrachtung des Basismodells.....	92
ee) Zwischenfazit.....	94
b) Selbstbestimmungsrecht als Rechtsgut des § 223 StGB?.....	94
aa) Zivilrechtliche Sichtweise.....	94
bb) Strafrechtliche Sichtweise.....	95
(1) Gesetzeswortlaut.....	95
(2) Historische Auslegung.....	96
(3) Systematische Auslegung.....	99
(4) Teleologische Auslegung.....	100
(5) Auslegung entsprechend vorrangigem Recht.....	101
cc) Zwischenergebnis.....	102
dd) Stellungnahme.....	102
c) Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts im Tatbestand des § 223.....	105
aa) Auseinandersetzung mit den bisherigen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung.....	106
bb) Eigener Lösungsansatz.....	111
cc) Folgen des eigenen Lösungsansatzes für die hypothetische Einwilligung.....	113
d) Überprüfung des gefundenen Ergebnisses.....	114
aa) Vereinbarkeit mit Art. 103 II GG?.....	114
bb) Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte?.....	115
cc) Entgegenstehender Wortlaut des § 34 StGB?.....	116
dd) Kongruenz mit § 240 StGB?.....	117
ee) Vergleich mit den anderen Tatbeständen des StGB.....	118
(1) Untersuchung am Fallbeispiel des § 303 I StGB.....	119
(2) Zwischenfazit.....	121
(3) Begründung des abweichenden Ergebnisses.....	122
(a) Aufklärungspflicht bei § 223 StGB.....	122
(b) Wertung des Gesetzgebers.....	122
(c) Schutz unterschiedlicher Individualrechtsgüter.....	123
(4) Ergebnis.....	129
III) Fazit.....	129
§ 2 Kritikpunkte an der hypothetischen Einwilligung.....	131
I) Spannungsverhältnis mutmaßliche Einwilligung – hypothetische Einwilligung.....	131
1.) Mutmaßliche Einwilligung.....	131

2.) Hypothetische Einwilligung.....	132
3.) Aufhebung der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung?.....	132
4.) Ergebnis.....	135
II) Anwendung des „in dubio pro reo“ Grundsatzes.....	136
1.) Die hypothetische Einwilligung im Zivilrecht.....	136
a) Ablehnende Ansicht.....	137
b) Vermittelnde Ansicht.....	139
c) Bejahende Ansicht.....	139
d) Beweislast.....	140
e) Rechtsfolgen.....	143
aa) Materielle Schäden.....	143
bb) Immaterielle Schäden.....	144
(1) Gewährung eines Schmerzensgeldanspruchs.....	144
(2) Ablehnung eines Schmerzensgeldanspruchs.....	145
(3) Stellungnahme.....	146
2.) Auswirkungen der zivilrechtlichen Sichtweise auf das Strafrecht.....	149
3.) Fazit.....	152
III) Unbillige Rechtsfolgen: Strafbarkeitsausschluss.....	152
IV) Weitere „allgemeine“ Kritikpunkte	154
§ 3 Vereinbarkeit des gefundenen Ergebnisses mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung?.....	155
I) Ausgangspunkt der Betrachtung.....	155
II) Die Ansicht von Böcker.....	156
III) Eigene Überlegungen.....	157
IV) Fazit.....	163
Kapitel 3: Die hypothetische Einwilligung in den übrigen Tatbeständen des StGB.....	165
I) Ausmaß der Ausweitung der hypothetischen Einwilligung.....	165
1.) Fallbeispiele	165
a) Fallbeispiele im Bereich der rechtfertigenden Einwilligung.....	165
b) Fallbeispiele im Bereich des tatbestandsausschließenden Einverständnisses.....	166
2.) Ausweitung auf den Bereich des tatbestandsausschließenden Einverständnisses?.....	167
3.) Fazit.....	170

II) Kritische Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung.....	170
1.) Dogmatischer Ansatz.....	171
a) Übertragbarkeit der Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene?.....	171
aa) Zusammenfassung der bisherigen Überlegungen.....	171
(1) Ausgangspunkt: Die Ansicht von <i>Kuhlen</i>	171
(2) Die Kritik von <i>Puppe</i> und <i>Paeffgen</i>	172
(3) Die Kritik von <i>Gropp</i>	172
(4) Die Kritik von <i>Duttge</i>	172
(5) Zwischenfazit.....	173
(6) Die Kritik von <i>Jäger</i>	173
bb) Weitergehende eigene Überlegungen.....	175
(1) Fehlende Pflichtwidrigkeit des Opferverhaltens.....	175
(2) Pflichtwidrigkeitszusammenhang als spezielles Merkmal der Fahrlässigkeitsdelikte.....	178
(3) Trennung des Einwilligungs- und Tatverletzungserfolges auf der Rechtswidrigkeitsebene.....	181
(a) Bestimmung des Erfolges bei der hypothetischen Einwilligung.....	182
(b) Vereinbarkeit des Erfolgsverständnisses mit den Grundsätzen des rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	182
(c) Fazit.....	185
(4) Doppelte Fiktion.....	185
(5) Berücksichtigungsfähige Faktoren zur Bestimmung des hypothetischen Geschehensablaufs.....	186
(a) Einführung in die Problematik.....	186
(b) Erste Arbeitsthese.....	188
(c) Überprüfung der ersten Arbeitsthese an Hand von Fallbeispielen aus der Rechtsprechung.....	189
(aa) Dogmatisches Verständnis der Rechtsprechung.....	189
(bb) Untersuchung an Hand konkreter Entscheidungen des BGH.....	190
(d) Erweiterte Arbeitsthese.....	201
(e) Auseinandersetzung mit der erweiterten Arbeitsthese.....	201
(aa) Weitere BGH Entscheidung.....	201
(bb) Vereinbarkeit mit der Kritik von <i>Schatz</i> ?.....	202
(cc) Vereinbarkeit mit den Entscheidungen des RG?.....	204
(dd) Vergleich mit der abstrakten Abgrenzungsformel des BGH.....	209
(f) Zwischenergebnis.....	211
(g) Entgegenstehende Entscheidung des OLG Köln?.....	213
(h) Folgen für die Berücksichtigung fiktiver Handlungen Dritter.....	215
(i) Schlussfazit.....	218

(6) Zwischenfazit zur bisherigen Untersuchung der Übertragbarkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeits- ebene.....	218
b) Bestimmung des rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	218
aa) Überlegungen allgemeiner Art.....	218
bb) Sonderfall § 223 StGB.....	221
cc) Fazit.....	223
c) Schlussfazit zum dogmatischen Ansatz der hypothetischen Einwilligung...	224
2.) Ex post Betrachtung.....	225
3.) Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen des Strafverfahrens.....	228
a) Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinhabers über die Strafbarkeit.....	228
b) Mögliche Auswirkungen der Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinha- bers.....	233
4.) Zeitpunkt der Feststellung des strafrechtlichen Normappells.....	235
5.) (Nachträgliche) Genehmigung der Tat.....	238
6.) Geltung des „in dubio pro reo“ Grundsatzes.....	241
7.) Ergebnis.....	241
Kapitel 4: Schlussbetrachtung.....	243
Literaturverzeichnis.....	247