



Tobias Schwartz

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht



PETER LANG

Einleitung

Die Rechtsfigur der „hypothetischen Einwilligung“ wurde ursprünglich im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht im Rahmen von Schadensersatzansprüchen entwickelt. Sie sollte der Beantwortung der Frage dienen, ob bei einer Aufklärungspflichtverletzung des Arztes und der damit fehlenden Einwilligung des Patienten, der Einwand Beachtung finden kann, dass der Patient auch bei gebotener, umfassender Aufklärung in die ärztliche Maßnahme eingewilligt hätte. Im Strafrecht ist die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung dagegen, wie *Kühl* bemerkt, bisher noch relativ unbekannt.¹

In den letzten Jahren hatte sich der BGH häufig mit Verstößen gegen die ärztliche Aufklärungspflicht zu beschäftigen. Dabei ging es jedoch meist um zivilrechtliche Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld. Strafrechtliche BGH-Urteile blieben dagegen die Ausnahme. Nicht zuletzt deshalb sind die Beschlüsse des BGH vom 15.10.2003² und vom 20.01.2004³ von besonderer Bedeutung.⁴ Sie sollen zugleich Grundlage und Ausgangspunkt der hier durchzuführenden Untersuchung sein.

Im erstgenannten Fall (im Folgenden als Bandscheiben-Fall bezeichnet) wurde bei der Patientin sowohl ein schwerer Bandscheibenvorfall im Bandscheibenfach L 4/L 5 der Lendenwirbelsäule als auch ein leichter Bandscheibenvorfall im darunter liegenden Bandscheibenfach L 5/S 1 festgestellt. Der schwere Bandscheibenvorfall sollte operativ entfernt werden. Der behandelnde Arzt operierte jedoch unbemerkt in der darunter liegenden Etage L 5/S 1 und entfernte den kleinen Bandscheibenvorfall. Nachdem die Patientin am nächsten Tag über Lähmungserscheinungen klagte, ergab die dann durchgeführte Computertomographie eindeutig eine Verwechslung der Etage. Der Patientin wurde der Fehler jedoch verschwiegen. Ihr wurde die Lähmungserscheinung mit einem Frührezidiv – wobei es sich um einen erneuten Vorfall im selben Fach handelt – erklärt, was aus medizinischer Sicht ebenfalls eine mögliche Ursache für die Nervenbeeinträchtigung sein kann. Dieses Frührezidiv wurde als Begründung für die Notwendigkeit einer erneuten Operation angeführt, bei der dann tatsächlich der schwere Bandscheibenvorfall entfernt werden sollte. Entsprechend wahrheitswidrig aufgeklärt, erteilte die Patientin ihre Einwilligung zur zweiten Operation.⁵

¹ Vgl. *Kühl*, § 9, Rn 47 a; ähnlich *Geppert*, JK 2004, StGB § 223/3. Einen ersten Überblick über den Sach- und Streitstand liefert *Sickor*, JA 2008, 11 ff.

² BGH JR 2004, 251.

³ BGH JR 2004, 469.

⁴ Soweit ersichtlich befasste sich der BGH bis dato letztmalig in einem Beschluss vom 5. Juli 2007 – 4 STR 549/06 – mit der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung. Vgl. die Fallbesprechung bei *Bosch*, JA 2008, 70 ff sowie die Ausführungen auf S. 15 ff.

⁵ Sachverhalt vereinfacht nach BGH JR 2004, 251.

Im zweiten Fall (im Folgenden als Bohrer-Fall bezeichnet) machte die operative Behandlung einer Schulterluxation das Bohren von Löchern in das Schulterblatt erforderlich. Bei dem Bohrvorgang brach dem Arzt jedoch der Bohrer ab, mit der Folge, dass ein ca. 2 cm langes Bohrerstück im Schulterblatt stecken blieb. Da die Bergung der Bohrerspitze nicht gelang, wurde diese im Körper des Patienten belassen. Diesem wurde daraufhin mitgeteilt die Operation sei gut verlaufen, jedoch habe man festgestellt, dass auch eine hintere Schulterinstabilität bestehe, die eine erneute Operation erforderlich mache. Dabei wurde dem Patienten die abgebrochene Bohrerspitze bewusst verschwiegen. Nach längeren Beratungen mit seinen Eltern und einer zweiten Besprechung mit dem behandelnden Arzt, erteilte der Patient seine Einwilligung zur erneuten Operation. Diese zweite Operation diente in erster Linie der Bergung der Bohrerspitze um zu verhindern, dass der Patient von dem Abbruch des Bohrers erfährt.⁶

Diesen beiden Fällen ist gemeinsam, dass die notwendige Einwilligung des Patienten zu dem ärztlichen Eingriff durch eine Täuschungshandlung des Arztes erlangt wurde. Zur Beurteilung der Frage, wie sich dies auf eine etwaige Strafbarkeit des Arztes auswirkt, wird zunehmend die Figur der hypothetischen Einwilligung ins Spiel gebracht. In der strafrechtlichen Literatur hat sich in den letzten Jahren, ausgelöst durch die Ausführungen von *Kuhlen*⁷ und nicht zuletzt auch aufgrund besagter BGH-Urteile, eine lebhafte Diskussion über die grundsätzliche Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht sowie über ihre dogmatische Einordnung entwickelt. Insoweit ist die Aussage von *Kühl*, „die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ist noch relativ unbekannt“, bereits als überholt anzusehen. Vielmehr ist seine Prognose, dass sich dies ändern werde, schon eingetroffen. So sieht etwa *Jäger* das Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung durch die neuste Rechtsprechung gar in den „Mittelpunkt des wissenschaftlichen Interesses“ gerückt⁸, während *Geppert* davon ausgeht, dass sie „wegen ihrer immensen strafrechtsdogmatischen Bedeutung künftig [...] noch Gegenstand heftiger Diskussionen sein wird.“⁹

Diese Arbeit will einen Beitrag zu der derzeit äußerst umstrittenen Frage leisten, ob einer hypothetischen Einwilligung im Strafrecht Bedeutung beizumessen ist. Dazu soll zuerst ein Überblick über den gegenwärtigen Streitstand in Rechtsprechung und Literatur geben werden (Kapitel 1).

Da die hypothetische Einwilligung im zivilen Arzt Haftungsrecht entwickelt wurde und es sich bei den hier zugrundegelegten BGH-Entscheidungen um Arztstrafrecht handelt, soll sodann zunächst isoliert erörtert werden, ob die hypothetische Einwilligung im Rahmen des § 223 StGB Anwendung finden kann. Dabei wird ein Schwerpunkt auf die Bestimmung des von § 223 StGB geschützten Rechtsguts gelegt, dessen Schutzintention im Spannungsverhältnis von körperlicher Integrität und Selbstbestimmungsrecht noch reichlich ungeklärt ist. Daneben soll auch die zivil-

⁶ Sachverhalt vereinfacht nach BGH JR 2004, 469.

⁷ Vgl. dazu *Kuhlen*, FS-Müller-Dietz, S. 432 ff; *ders.*, FS-Roxin, S. 331 ff.

⁸ *Jäger*, FS-Jung, S. 345.

⁹ *Geppert*, JK 2004, StGB § 223/3.

rechtliche Bewertung der hypothetischen Einwilligung besondere Berücksichtigung finden. Es wird insbesondere zu fragen sein, ob die zivilrechtliche Betrachtungsweise einerseits und die strafrechtliche Betrachtungsweise andererseits mit dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung im Einklang stehen (Kapitel 2).

Bisher wurde die Figur der hypothetischen Einwilligung fast ausschließlich im Rahmen des Arzthaftungsrechts diskutiert. Diese Arbeit hat daher auch zum Ziel Antworten auf die bislang kaum erörterte Frage zu finden, ob die hypothetische Einwilligung etwa bei sämtlichen einwilligungsfähigen Tatbeständen des StGB zu beachten ist (Kapitel 3).