



Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – eine sinnvolle Rechtsfigur?*

Thomas Rönnau *

I. Vorbemerkung

Die im heutigen Vortrag zu behandelnde Frage der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht ist aus doppeltem Grund reizvoll:

Erstens handelt es sich um ein *dogmatisch sehr anspruchsvolles Thema*, da es Fragen der Einwilligungsdogmatik mit der Lehre von der objektiven Zurechnung verknüpft. In Deutschland ist es heute eines der am stärksten diskutierten

* Überarbeitete und mit Fußnoten versehene Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 13. März 2018 auf der Tagung „International Academic Conference on Medical Technology and legal Practice“ in Kaohsiung (Taiwan) gehalten hat. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

* Professor, Bucerius Law School, Hamburg, Germany.

Themen der medizinstrafrechtlichen Debatte.¹ Ließen sich seine Grundgedanken auf andere Rechtfertigungsgründe und sogar andere Bereiche außerhalb der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte – etwa den Untreuetatbestand – übertragen, wäre das wegen des Potenzials zur Straffreistellung nicht weniger als eine „kleine Revolution!“

Zweitens ist es ein überaus *praktisches Thema*! In der deutschen zivil- und strafrechtlichen Rechtsprechung ist die „hypothetische Einwilligung“ als Rechtsfigur anerkannt², wenngleich dogmatisch – jedenfalls im Strafrecht – wenig entwickelt. Die Haftung des Arztes hängt maßgeblich von ihrer Interpretation ab.

Ich habe meinen Vortrag wie folgt gegliedert: Nach einer Einführung (II.) sind zunächst in einer kurzen Skizze die dogmatischen Grundlagen der Rechtsfigur nachzuzeichnen (III.), bevor ich auf die massive Kritik eingehe, die in diesem Zusammenhang in weiten Teilen zu Recht formuliert wird (IV.) und mit einem Ausblick, der auch Lösungsmöglichkeiten andeutet (V.), ende.

¹ Vgl. nur Claus Roxin, Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?, medstra, 2017, S. 129; Karsten Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 1. Aufl., 2014, S. 3; Jan Felix Sturm, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur, 1. Aufl., 2016, S. 1.

² Zur Entwicklung der Rechtsfigur in der zivilrechtlichen Rechtsprechung an dieser Stelle nur Nike Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., 2013, S. 7 ff; zum Transfer in das Strafrecht ders., Ebd., S. 67 ff; weiterhin Benno Zabel, Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung Haftungsbegrenzungen und Opferschutz in der aktuellen Rechtfertigungsdogmatik, GA 2015, S. 219, 220 ff.

II. Einführung

1. Problemaufriss

Ärztliches Handeln ist eine gefahrgeneigte Tätigkeit. Das liegt insbesondere an Folgendem: Nach ständiger Rechtsprechung stellt grundsätzlich jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit auch dann eine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar, wenn er *lege artis* ausgeführt wird und den Gesundheitszustand des Patienten insgesamt verbessert.³ Der Grund dafür liegt darin, dass wir in Deutschland bisher keinen Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung haben⁴, so dass

³ Im Anschluss an RGSt 25, 375 ständige Rechtsprechung, vgl. nur die Nachw. bei Albin Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 29.

⁴ Zu dahingehenden (bisher immer gescheiterten) Reformplänen s. Han Lilie, in: Rissing-van Saan/ Grünewald/ Kröger/ Krüger et. al., LK-StGB Bd. 7/1, 11. Aufl., 2012, Vor § 223 Rn. 6; Sandra Wiesner, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 1. Aufl., 2010, S. 146 ff.; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel/Paeffgen/Zabel, in: Kindhäuser/ Neumann/ Paeffgen, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 228 Rn. 58; Wolfgang Frisch, in: Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 1. Aufl., 2006, S. 33, 34 und Albin Eser, Ebd., § 223 Rn. 31 m.w.N. Österreich hat 1975 mit § 110 öStGB einen Straftatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung eingeführt. Die Forderung nach Schaffung eines Sondertatbestandes ist auch in Deutschland nicht verstimmt, s. nur Tobias Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., 2009, S. 245.; Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 172 f.; Manuel Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 1. Aufl., 2011, S. 361 (dazu krit. Rezension Mitsch, Wolfgang Mitsch, Manuel Garbe: Wille und Hypothese - Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, GA 2013, S. 602 ff.), Werner Beulke, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra 2015, S. 67, 72; Walter, Gropp, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 1.

zunächst jede Einwirkung auf den Körper strafbar sein soll. Will der Arzt sich nicht der Gefahr zivil- bzw. strafrechtlicher Haftung aussetzen, bedürfen Eingriffe deshalb einer Rechtfertigung, die in der Regel durch eine Einwilligung erfolgt⁵. Wesentliche Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung ist eine hinreichende Aufklärung des Patienten über den Befund (h.M.) und über Art, Umfang, Chancen und Risiken der Heilbehandlung insoweit, als ein verständiger Mensch in der Lage des Patienten für eine selbstbestimmte Einwilligungsentscheidung darauf angewiesen ist⁶. Um die Haftungssituation des Arztes angesichts fortlaufend erweiterter Aufklärungspflichten erträglich zu gestalten⁷, ist nun in der höchstrichterlichen Zivilrechtsjudikatur seit Langem die sog. *hypothetische Einwilligung* anerkannt. Diese Rechtsfigur ermöglicht es dem Arzt, im Falle einer mit einem

Aufl., 2006, S. 197, 207.; Scarlett Jansen, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS 2011, S. 482, 495.; Brigitte Tag, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127 (2015), S. 523, 546 f. und Philipp Böcker, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ 2005, S. 925, 931 f. m.w.N.

⁵ Für viele : Wolfgang Frisch, Ebd., S. 33, 35 ff. Die Prämisse der Rechtsprechung und eines Teils der Lehre, die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund einzustufen, wird hier nicht weiter hinterfragt; krit. dazu Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., 2001, S. 124 ff. – beide m.w.N.

⁶ Wolfgang Frisch, a.a.O. (Fn. 4.), S. 33, 41 ff. und Karl Lackner/ Kristian Kühl, in: Lackner/ Kühl, StGB, 28. Aufl., 2014, § 228 Rn. 14. m.w.N.

⁷ Einzelheiten zu Gegenstand und Umfang der Aufklärungspflicht bei Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), § 223 Rn. 40 ff; Hans-Ullrich Paefffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), § 228 Rn. 74 ff; Christoph Knauer/ Johannes Brose, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, § 223 Rn. 27 ff.

Aufklärungsmangel behafteten und damit ungültigen Einwilligung den Einwand vorzubringen, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung ebenfalls in den vorgenommenen ärztlichen Eingriff – nunmehr wirksam – eingewilligt hätte. Das objektive Unrecht der Tat kann dann entfallen⁸.

2. Verortung der Rechtsfigur und Meinungsstand

a) Abgrenzungsfragen

Zur besseren Einordnung der hypothetischen Einwilligung möchte ich an dieser Stelle einen kurzen Blick auf die weiteren Einwilligungsformen werfen und von diesen abgrenzen.

Wohl in jeder modernen Rechtsordnung gibt es die Möglichkeit, eigene Rechtsgüter zu selbstgewählten Zwecken preiszugeben. Der Eingreifende erhält durch die *Einwilligung* die Erlaubnis, fremde Güter als gleichsam „verlängerter Arm des

⁸ Schon BGHZ 29, 176, 187 = NJW 1959, 814 geht von der Relevanz eines solchen Einwandes aus; deutlicher dagegen die spätere Rechtsprechung des BGH, s. nur BGH NJW 1980, 1333, 1334; BGHZ 90, 103, 111 = NJW 1984, 1395 m. zust. Anm. Deutsch; aus jüngerer Zeit etwa BGHZ 166, 336, 344 = NJW 2006, 2108; 172, 1, 14 ff. = NJW 2007, 2767; 172, 254, 262 = NJW 2007, 2774, 2776; BGH NJW 2015, 74, 76 f.; zur Genese der Rechtsfigur in der zivilrechtlichen Rechtsprechung neben Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.). weiterhin Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 21 ff.; Andress Albrecht, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 1. Aufl., 2010, S. 78 ff.; Manuel Garbe, a.a.O. (Fn. 4.), S. 68 ff. und Benedikt Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 1. Aufl., 2009, S. 241 ff. Diese Rechtsprechung hat der Gesetzgeber jetzt in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB grundsätzlich bestätigt, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 9, 27, 29; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 223; Volker Haas, Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatumrechts, GA 2015, S. 147, 148; dort vorgenommene leichte Abweichungen führen zu keiner neuen Praxis, vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 43; ebenso Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 7.m.w.N. in Fn. 26.

Einwilligenden“ in einer Weise zu beeinträchtigen, die ihm sonst bei Kriminalstrafe verboten ist. Bei der Einwilligung handelt es sich um also um einen Akt der Freiheitsbetätigung.⁹ In Deutschland wird sie herrschend noch als Rechtfertigungsgrund qualifiziert und vom tatbestandsausschließenden Einverständnis abgeschichtet.¹⁰ Richtig ist es aber – ohne das hier näher ausführen zu können –, sie allein als Tatbestandsausschließungsgrund zu behandeln.¹¹

Daneben tritt die *mutmaßliche Einwilligung*, die in Deutschland als eigenständiger Rechtfertigungsgrund eingestuft wird und Eingriffe in notstandsähnlichen Situationen erlaubt.¹² Sie ist gegenüber der Einwilligung *subsidiär*, erfordert also, dass eine reale und wirksame Zustimmung nicht eingeholt werden konnte. Die wirkliche wie auch die mutmaßliche Einwilligung

⁹ Näher zum Grundgedanken der Einwilligung Thomas Rönnaу, in: Rönnaу/ Hohn / Zieschang / Häger / Geppert et. al., L K-StGB Bd. 2, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rn. 146; zu verfassungsrechtlichen Grundlagen und Funktionen der Einwilligung Bijan Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 1. Aufl., 2008, S. 74 ff.

¹⁰ Statt vieler Kristian Kühn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 9 Rn. 20 ff. m.w.N.

¹¹ Ausführlich zum Wirkgrund der Einwilligung Thomas Rönnaу, a.a.O. (Fn. 5.), S. 32 ff.; Thomas Rönnaу, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 139 ff.

¹² Die Anforderungen von mutmaßlicher und hypothetischer Einwilligung im Vergleich behandeln Lothar Kühlen, Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung, JZ 2005, S. 713 ff.; Jörg Eisele, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung. Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?, in: Derschka/ Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2009, S. 163, 169 f.; Thomas Rönnaу, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230; auch Andress Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 342 ff.; Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 131 ff.; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 192 ff.

rechtfertigt die *gesamte Tat*, sofern aus *ex ante*-Sicht, also im Handlungszeitpunkt, deren Voraussetzungen gegeben sind. Stellt sich bei der mutmaßlichen Zustimmung später heraus, dass der Eingriff nicht dem wahren Willen des Gutsinhabers entsprach, ändert das an ihrer rechtfertigenden Wirkung nichts.¹³

Demgegenüber findet der Subsidiaritätsgrundsatz bei der *hypothetischen Einwilligung* keine Anwendung. Ihre Wirkung – nach verbreiteter, noch zu erläuternder Meinung ein (*Unrechts*-) *Zurechnungsausschluss* – tritt auch dann ein, wenn die Einholung einer wirksamen Einwilligung durch hinreichende Aufklärung möglich war, jedoch unterblieb.¹⁴ Dabei schließt das *ex post*, also nach der Tat durch den Richter zu beurteilende Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung allein das objektive Unrecht eines

¹³ Vgl. nur BayOLG JZ 1983, 268; Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 537; Christoph Sowada, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NSTZ 2012, S. 1, 5.m.w.N.; dagegen inwilligung im Strafrecht, NSTZ 2012, S. 1, 5. m.w.N.; dagegen Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, 15/32 (der über einen „unvermeidbaren Erlaubnistatbestandsirrtum“ zum gleichen Ergebnis kommt). Für eine Prüfungspflicht beim Verfehlen des wirklichen Willens des Betroffenen Theodor Lenckner/ Detlev Sternberg-Lieben, in: Schönke/ Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, Vor § 32 Rn. 58. m.w. Belegen.

¹⁴ Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafs: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2001, S. 431, 433; Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227; Jochen Taupitz, Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris/ Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I: Bürgerliches Recht, 1. Aufl., 2000, S. 497, 498; Scarlett Jansen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 482, 492. (die die hypothetische Einwilligung als Rechtsfigur aber ablehnt).

vollendeten Delikts aus.¹⁵ „Entscheidungs“- und nicht „erfolgsbezogen“ wird allerdings auch hier nur danach gefragt, ob der ordnungsgemäß aufgeklärte Patient *vor* dem Eingriff und *in Unkenntnis seines Ausganges* eingewilligt hätte.¹⁶

b) Meinungsstand

Der deutsche *Bundesgerichtshof* in Strafsachen übernahm 1990 die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung aus dem Zivilrecht zunächst nur im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung, setzt sie seit 2003 aber auch zur Einschränkung der Strafbarkeit bei den Vorsatzdelikten ein.¹⁷

Zur Illustration der Situationen, in denen hypothetische Einwilligungen in der Praxis eine Rolle spielen können, will ich Ihnen am Anfang aus der deutschen Rechtsprechung einmal zwei wichtige Fälle vorführen:

Im *ersten Fall*, über den der Bundesgerichtshof 1995 zu entscheiden hatte¹⁸, führte der behandelnde Arzt eine

¹⁵ Thomas Rönau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230.

¹⁶ Vgl. Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 12.), S. 713, 715; auch Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 378. Zu den Schwächen einer „entscheidungs“- oder „erfolgsbezogenen“ Sichtweise bei der hypothetischen Einwilligung s. Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 362 ff.

¹⁷ Zum Import der hypothetischen Einwilligung durch die Strafgerichte s. Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 75 ff; eine Skizze der höchstrichterlichen Rechtsprechung liefern auch Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 8 ff. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 37 ff; zu drei Leitentscheidungen s. Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129 f.

¹⁸ BGH NSTZ 1996, 34, 35 m. Anm. laus Ulsenheimer, Zu Voraussetzungen und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, NSTZ 1996, S. 132 f. und Ernest Rigizahn, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR 1996, S. 72 ff; auch Adolf-Dietrich Jordan, Zur strafrechtlichen Haftung eines Arztes, der eine

Bandscheibenoperation durch und klärte den Patienten unter anderem nicht darüber auf, dass er ihm Dübel aus Rinderknochen (sog. „Surgibone-Dübel“) einsetzen wollte, die zwar medizinisch bestens vertretbar, in Deutschland aber noch nicht zugelassen waren. Es kam zu Komplikationen, die mit Beschwerden verbunden waren. Der Angeschuldigte ging irrig von der Zulassung der Dübel und von einer insgesamt vollständigen Aufklärung aus. Das Landgericht verurteilte ihn wegen fahrlässiger Körperverletzung. Der Bundesgerichtshof bekräftigte hier seine These, dass Aufklärungsmängel „eine Strafbarkeit (...) wegen Körperverletzung nur begründen können, wenn der Patient bei einer hinreichenden Aufklärung in den Eingriff nicht eingewilligt hätte“. Er fügte hinzu, dass *in dubio pro reo* eine hypothetische Einwilligung anzunehmen sei, wenn dem Arzt die ausbleibende Einwilligung nicht zweifelsfrei nachgewiesen werde.

Acht Jahre später übertrug der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung auf das *Vorsatzdelikt*.¹⁹ In diesem wieder eine Bandscheibenoperation betreffenden Fall hatte eine Oberärztin

Behandlungsmethode wählt, über die er den Patienten nicht aufgeklärt hat, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR 1997, 32 f.

¹⁹ BGH NSTZ-RR 2004, 16 f. m. Anm. Klaus Geppert, Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?, JK 12/04 StGB § 223/3; Lothar Kuhlen, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR 2004, S. 227; Thomas Rönnau, Anm. zu BGH, Urteil vom 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JZ 2004, S. 801; später etwa Jörg Eisele, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JA 2005, S. 252. und Wolfgang Mitsch, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, JZ 2005, S. 279.

versehentlich einen anderen als den für den Eingriff verabredeten Bandscheibenvorfall operiert. Anschließend traten bei der Patientin Lähmungserscheinungen auf. Statt sie über den Kunstfehler aufzuklären, wurde ihr erklärt, die erste Operation sei noch nicht hinreichend erfolgreich gewesen, diese müsse daher wiederholt werden. Das geschah auch. Das Landgericht bejahte für die zweite Operation eine vorsätzliche Körperverletzung, zu der der Chefarzt angestiftet hatte. Der Bundesgerichtshof hielt dem eine hypothetische Einwilligung entgegen.

In der *Literatur* ist diese Rechtsprechung anfänglich auf breite Zustimmung gestoßen.²⁰ Mittlerweile gibt es jedoch große Vorbehalte gegenüber der hypothetischen Einwilligung, die ihre Legitimation ebenso betreffen wie ihre Konstruktion.²¹ Die Rechtsprechung hat sich bisher mit deren dogmatischen Einordnung und der vorgetragenen Kritik noch nicht auseinandergesetzt.²² In letzter Zeit sind aber Bemühungen spürbar, den Anwendungsbereich der Rechtsfigur etwa in Fällen der aktiven Täuschung einzuschränken.²³

²⁰ S. die Nachweise bei Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 47 m. Fn. 196.

²¹ Aus der Fülle der kritischen bis ablehnenden Literatur vgl. nur die Monographien von Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.) und jüngst Sturm, Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), der auf S. 47 in Fn. 197 die Gegner aufführt.

²² So etwa Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 148 ff, 378; Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 42: „dogmatische Einordnung (...) noch offen“, ebenso Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 70; auch Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 30 f.

²³ Vgl. BGH NJW 2013, 1688, 1689 („Neulandmethoden“) m. Anm. Brian Valerius, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), HRRS 2014, S. 22. Eine Kurskorrektur sieht darin

III. Dogmatische Grundlagen

In der rechtlichen Behandlung der hypothetischen Einwilligung gibt es bis heute beträchtliche Unsicherheiten.

1. Die Rechtsprechung in Strafsachen

Die Strafrechtsprechung bietet verschiedene Konstruktionen an, ohne diese aber näher zu begründen. Bei *Fahrlässigkeitsdelikten* wie der fahrlässigen Körperverletzung sucht sie die Lösung auf Tatbestandsebene. So soll es nach älterer Rechtsprechung in Situationen, in denen der Patient auch bei hinreichender Aufklärung der medizinischen Behandlung zugestimmt hätte, an der *Kausalität* oder – im Unterlassungsfall – an der „Quasi“-Kausalität zwischen dem Aufklärungsmangel (also der unvollständigen bzw. falschen Information des Patienten oder der Unterlassung der gebotenen Aufklärung) und der Einwilligung²⁴ bzw. dem tatbestandsmäßigen Erfolg²⁵ fehlen.²⁶ In einem später

Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 14 f., 56 f, 66.; zweifelnd Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 45.

²⁴ Vgl. BGH NStZ 1996, 34, 35 („Surgibone-Dübel“); vgl. auch BGH NStZ-RR 2004, 16, 17 („Bandscheibe“): „Kausalität des Aufklärungsmangels“ und NStZ 2012, 205, 206 („Magenspiegelung“) mit krit. Bespr. Chritian Jäger, Gut gemeint, aber schlecht gemacht, Anm. zu BGH, Urteil vom 11.10.2011 – 1 StR 134/11, JA 2012, S. 70. – beide zum Vorsatzdelikt.

²⁵ BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 („Beifehlstellung“).

²⁶ Ausführlich zu den „Kausalitätslösungen“ in Rechtsprechung und Lehre Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 169 ff, 205 ff. Zur Frage, an welchem Verhalten die strafrechtliche Bewertung richtigerweise anzusetzen hat, s. Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 69 ff. Die Konsequenzen der Auswechslung des Zurechnungsobjekts

entschiedenen Fall der fahrlässigen Tötung wurde der Tatbestandsausschluss dann aber auf den *Wegfall des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs*, also des *normativen* Konnexes zwischen Aufklärungsverstoß und Tod des Geschädigten, gestützt.²⁷ Das Auswechseln der Begründungselemente für das gewünschte Ergebnis der Haftungseinschränkung – und damit das Schwanken in der rechtlichen Behandlung – ist hier offensichtlich.

Bei *vorsätzlich* begangener Körperverletzung will der Bundesgerichtshof dagegen die *Rechtswidrigkeit* des Verhaltens entfallen lassen²⁸, ohne näher auszuführen, ob die hypothetische Einwilligung überhaupt die Grundvoraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes erfüllt. Eingrenzend soll sich die hypothetische Einwilligung jedenfalls ohne weitergehende

(„Einwilligung“ oder „tatbestandlicher Erfolg“) schildern Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 259 ff. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 136 ff.

²⁷ BGH NJW 2013, 1688, 1689 Rn. 30 („Neulandmethoden“) m. Anm. Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22; s. auch OGH JBl 1992, 391 und 520, 521.

²⁸ Mit dieser Formulierung BGH NSTZ-RR 2004, 16, 17; NSTZ 2004, 442 („Bohrerspitze“); NSTZ-RR 2007, 340, 341 („Fettabsaugung“) m. abl. Bespr. Nicolaus Bosch, Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JA 2008, S. 70; NSTZ 2012, 205, 206. Viele im Schrifttum leiten daraus ab, die Rechtsprechung behandle die hypothetische Einwilligung als „eigenständigen Rechtfertigungsgrund“, vgl. nur m.w.N. Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 252 ff; Chritian Jäger, in: Wolter (Hrsg.), SK StGB, 9. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn. 127; Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22, 24; Martin Böse, Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS 2016, S. 495; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 148 f.; Christian Conrad/ Johannes Koranyi, Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht vor dem Hintergrund des neuen § 630 h II 2 BGB, JuS 2013, S. 979, 982. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 40 ff, 163. (der diesbezüglich aber skeptisch bleibt).

Aufklärung nur auf *lege artis* durchgeführte Heileingriffe beziehen,²⁹ auch wenn diese eine alternative, hochexperimentelle Behandlungsmethode darstellen.³⁰

2. Befürworter in der Literatur

In der Literatur hat die Rechtsfigur eine Reihe von Befürwortern. Zu nennen sind hier nur *Kuhlen*, *Amelung*, *Rosenau* und früher auch *Roxin*.³¹ Sie setzen dogmatisch zumeist beim

²⁹ In diesem Sinne BGH NStZ-RR 2007, 340, 341; StV 2008, 464, 465 („Turboentzug“) m. zust. Anm. Rönnau; zu weiteren Versuchen der Rechtsprechung, die Reichweite der hypothetischen Einwilligung einzudämmen, s. Frank Saliger, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2015, S. 257, 264; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 11 ff; auch Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 95 f; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 70 f.

³⁰ BGH NJW 2013, 1688; Volker Krey/ Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2016, Rn. 682c..

³¹ Aus der (abnehmenden) Schar der Anhänger s. nur Lothar Kuhlen, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Schünemann/ Achenbach/ Bottke/ Haffke/ Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 1. Aufl., 2001, S. 331; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), S. 431; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227; Knut Amelung, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1. Aufl., 1998, S. 55 f, 69 f, 77; Wolfgang Frisch, a.a.O. (Fn. 4.), S. 33, 49 ff; Henning Rosenau, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Bloy/ Böse/ Hillenkamp/ Momsen/ Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 1. Aufl., 2010, S. 683; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, 3. Aufl., 2016, Vor § 32 Rn. 53; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 120 ff. (unter Berücksichtigung der Risikoerhöhungslehre; anders nun Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129 ff.); auch Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 19.), 801 f; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230 f; Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 25 Rn. 132; Matthias Krüger, Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2015, S. 137, 141 ff. und d Matthias Krüger, Hypothesen zur hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, medstra

(Unrechts-)Zurechnungsausschluss an.³² Ihrer Ansicht nach geht es darum, die für die Haftungseinschränkung auf Tatbestandsebene geläufigen Regeln der *Lehre von der objektiven Zurechnung* nunmehr auf der Rechtswidrigkeitsebene anzuwenden. Konkret soll die normative (Erfolgs-)Zurechnung unter Rückgriff auf die *Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens* ausgeschlossen werden. Trotz konstruktiver Unterschiede rechtfertigen die Rechtsprechung und auch viele Protagonisten die Nichtzurechnung des tatbestandsmäßigen Erfolgs in der Sache damit, dass es ohne Pflichtwidrigkeitszusammenhang am *Erfolgsunwert fehlt*.³³ Zwar wird der Erfolgsunwert der Tatbestandsverwirklichung nach herkömmlichem Verständnis allein durch das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes aufgehoben. Im Hintergrund dieser Dogmatik steht

2017, 12, 15 ff. (mit einem nicht überzeugenden Vorverschuldensklärungsansatz mit anderer Konstruktion („Teil-Rechtfertigung“, die nur Versuchsunrecht übriglässt) auch Wolfgang Mitsch, a.a.O. (Fn. 19.), S. 279, 283 ff. (krit. Erwiderung von Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 12.), S. 713 ff.; Thomas Rönna, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 231.); weitere Nachw. bei Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 91 ff. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 47 m. Fn. 196. Nachdrückliches Plädoyer für die hypothetische Einwilligung (als eigenständigem Rechtfertigungsgrund) zuletzt von Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 72 ff.

³² Zu den Differenzen bei der dogmatischen Erfassung näher Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 48 ff.

³³ S. Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), in: FS Müller-Dietz, S. 431, 442; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227, 229; zust. Klaus Geppert, a.a.O. (Fn. 19.), § 233/3; Thomas Rönna, a.a.O. (Fn. 19.), S. 801, 802; Thomas Rönna, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230. m. w. N.; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 378 f. Ausführliche Darstellung der Konstruktionen bei Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 226 ff.; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 228 ff. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 119 ff. (zur generellen Möglichkeit objektiver Erfolgszurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene), S. 136 ff. (zur Frage fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bei hypothetischer Einwilligung).

dabei ein breit akzeptiertes (*Unrechts-)*Kompensationsmodell.³⁴ Danach kompensiert das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen das auf Tatbestandsebene vorläufig festgestellte Erfolgsunrecht. Ebenso neutralisiert das subjektive Rechtfertigungselement (wie etwa der Verteidigungsvorsatz) das tatbestandliche Handlungsunrecht, das sich primär im Vorsatz bzw. der Sorgfaltswidrigkeit ausdrückt. Ausnahmsweise soll nun bei der hypothetischen Einwilligung aber der – tatsächlich an Aufklärungsmängeln leidenden – Einwilligung (als Rechtfertigungsgrund) dann unrechtskompensierende Kraft zukommen, wenn sie auch bei gebotener Aufklärung erteilt worden wäre. Der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg – etwa die Verletzung der Körperintegrität oder der Verlust des Lebens – könne hier *wertungsmäßig* nicht als haftungsrelevanter *Unrechtserfolg* qualifiziert werden, da der Rechtsgutsinhaber den Eingriff in jedem Fall gestattet hätte, das Rechtsgut also ohnehin verloren sei³⁵; in Betracht komme allenfalls eine Bestrafung wegen *Versuchs*, den nur das Vorsatz-, nicht aber das Fahrlässigkeitsdelikt kennt. In Zweifelsfällen – d. h. bei Unsicherheiten über das Zustimmungsverhalten des Patienten – muss *in dubio pro reo* freigesprochen werden.³⁶

³⁴ Näher Wolfgang Röttger, Unrechtsbegründung und Unrechtsausschuß nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materiellen Konzeption, 1.Aufl., 1993, S. 15 ff; auch Jürgen Rath, Das subjektive Rechtfertigungselement, 1.Aufl., 2002, S. 93, 123 f und 580.; weitere Nachw. bei Thomas Rönnau, , a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 82 m. Fn. 302.

³⁵ Beispielhaft Kristian Kühl, a.a.O. (Fn. 10.), § 9 Rn. 47a: „korrekte Aufklärung (hätte) ohnehin ‚nichts gebracht‘“; weiterhin Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 74 f.

³⁶ Nachw. dazu bei Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 230.

IV. Kritik an der hypothetischen Einwilligung

Die in der Rechtsprechung und Teilen der Literatur insbesondere zur Eindämmung ausufernder Aufklärungspflichten und damit als Mittel der Entkriminalisierung eingesetzte hypothetische Einwilligung³⁷ gerät in den letzten Jahren zunehmend stärker in die Kritik; große Teile des Schrifttums lehnen sie ganz ab.³⁸ In der jüngeren Rechtsprechung ist allerdings – wie angedeutet – ein vorsichtigerer Umgang mit dem Instrument zu beobachten. Die Entlastung soll an strengere Voraussetzungen geknüpft werden und etwa im Fall der aktiven Täuschung (wohl) ganz entfallen.³⁹ Aus der Fülle der von den Gegnern vorgetragenen Argumente können im Weiteren nur die wichtigsten angeführt werden.

³⁷ Zum Einsatzzweck der Rechtsfigur näher Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 507 ff. und Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 12 ff, 325. – beide m.w.N.; weiterhin Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 71 f.; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134; Henning Rosenau, a.a.O. (Fn. 31.), S. 683, 695 ff.; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, 4. Aufl., 2019, Vor § 32 Rn. 53; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 262 f. („enormes Strafbarkeitseinschränkungspotential“).

³⁸ S. nur Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168a, Detlev Sternberg-Lieben, Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2015, S. 299, 301 ff., Martin Böse, a.a.O. (Fn. 28.), S. 495 ff. und Ingeborg Puppe, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, 366 ff. (alle m. zahlr. w. Nachw.) und die gründlichen Monographien von Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.) und zuletzt Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.).

³⁹ S. BGH NJW 2013, 1688, 1689 (mit diesbezüglich allerdings nicht ganz klarer Aussage, so die Interpretation durch Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22, 23 f.; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 149; Matthias Krüger, a.a.O. (Fn. 31.), S. 137, 147 f. und Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 44 f.).

1. Indeterminiertheit menschlicher Entscheidungsprozesse/ fehlende Beweisbarkeit einer hypothetischen Einwilligung/ verkappte Genehmigung

Schon früh hat *Ingeborg Puppe* den grundsätzlichen methodischen Einwand erhoben, dass die Frage, wie sich ein Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, mangels Kenntnis entsprechender (Natur-)Gesetze im Bereich psychischer Kausalität *prinzipiell* nicht beantwortbar und somit „unsinnig“ sei.⁴⁰ Daraus folge, dass auch der allein auf

⁴⁰ Ingeborg Puppe, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995, GA 2003, S. 764, 767 ff. m.w.N.; Ingeborg Puppe, Anm. zu BGH, Beschluss vom 3.3.1994 – 4 StR 819/93, JR 1994, S. 515 f.; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), ZIS 2016, S. 366, 367 f.; Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., 2016, § 11 Rn. 18 ff; zust. Hans-Ullrich Paeffgen, Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung immedizinischen Bereich; Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen, in: Rogall/ Puppe/ Stein/ Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2004, S. 187, 208 m. Fn. 89; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, in: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl., 2017, Vor § 32 Rn. 168a m. Fn. 903; Joachim Renzikowski, Die hypothetische Einwilligung, in: Kern/ Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, 1. Aufl., 2010, S. 365, 367; Harro Otto, Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura 2004, S. 679, 683; Roland Hefendehl, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen, in: Freund/ Murmann/ Bloy/ Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2013, S. 465, 471. m.w.N.; im Ergebnis auch Grischa Merkel, Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ 2013, S. 975, 978.

Tatsachenzweifel anwendbare *in dubio pro reo*-Grundsatz nicht zum Zuge kommen könne.⁴¹ Überdies führe die (häufige) Anwendung des Zweifelssatzes dazu, dass ein angemessener Strafrechtsschutz für den Patienten nicht mehr gewährleistet sei.⁴² Mag diese Fundamentalkritik auch überzogen sein, da sich das Strafrecht zum Nachweis psychischer Kausalitäten auch ansonsten (etwa im Bereich der Anstiftung, der psychischen Beihilfe oder des Irrtums beim Betrug) mit Erfahrungswissen sowie Wahrscheinlichkeiten begnügt⁴³ und der Zweifelsgrundsatz im

⁴¹ So Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, S. 764; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 369. Nach Hans-Ullrich Paeffgen, a.a.O. (Fn. 40.), in: FS Rudolphi, 2004, S. 187, 208. handelt es sich bei der Frage, wie sich jemand auf Basis eines anderen Kenntnisstandes hätte entscheiden können, „um eine bloße Mutmaßung (...) und nicht um eine „Tatsache“, hinsichtlich derer allein der Zweifelsgrundsatz eingesetzt werden dürfte; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), in: NK-StGB, Vor § 32 Rn. 168a, 168c; zust. Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 448, Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 151. und Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134.

⁴² Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, 764, 769; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), JR 2004, S. 470, 471; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), AT, § 11 Rn. 20; ebenso Claus Roxin, , a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 131; Sabine Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2004, S. 79 ff.; Gunnar Duttge, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschließungsgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Hoyer/ Müller/ Pawlik/ Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2006, S. 179, 188 ff.; Harro Otto, a.a.O. (Fn. 40.), S. 679, 683; differenzierend Reinhard Merkel, in: Kindhäuser / Neumann / Paeffgen, NK-StGB, 5. Aufl., 2017, § 218a Rn. 39 ff.

⁴³ Dazu Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 130 ff, Thomas Rönau, a.a.O. (Fn. 19.), S. 801, 802, Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 157. und Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 6. m.w.N.; auch Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 540 f; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 38; Ulrich Weber, Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtmäßigkeitsalternativen, in: Paeffgen/ Böse/ Kindhäuser/ Stübinger/ Verrel/ Zaczyk, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2011, S. 1059, 1064. und Horst Schlehofer, „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als

Rahmen der richterlichen Beweismwürdigung nur bei vernünftigen Zweifeln anwendbar ist.⁴⁴ Puppes Bedenken lenken jedenfalls zu Recht den Blick auf kaum überwindbare praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des *fiktiven* Patientenwillens.

Wird der Patient (als Zeuge) nach der Tat befragt, wird er die Folgen des Eingriffs – also vor allem die Tatsache einer Gesundheitsverbesserung oder -verschlechterung – bei der Formulierung seiner Antwort kaum ausblenden können, obwohl sie bei der rechtlichen Fragestellung nach seinem Entscheidungsverhalten *vor* der Tat keine Rolle spielen dürfen.⁴⁵ Da auf den höchstpersönlichen mutmaßlichen Patientenwillen und nicht auf eine vernünftige Entscheidung abzustellen ist, sind Plausibilitätskontrollen kaum möglich.⁴⁶ Das Missbrauchspotential, insbes. die Möglichkeit, vom Arzt für eine

Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, in: Paeffgen/ Böse/ Kindhäuser/ Stübinger/ Verrel/ Zaczek, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., 2011, S. 953, 969. Kritisch zur „Sinnlosigkeitsthese“ Puppes weiterhin Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 293 ff. und Grischa Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 976 f.

⁴⁴ Vgl. Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), in: FS Müller-Dietz, S. 431, 435 f.; Mathis Dreher, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, S. 83 f.; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 231; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 361; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 74.

⁴⁵ Zur unterschiedlichen Aussagesituation des Patienten vor und nach dem Eingriff etwa Detlev Sternberg-Lieben, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, S. 190, 192; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 303; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 6; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 260 f. (nicht unproblematisches „ex-post-Rückschlussverfahren“)

⁴⁶ Vgl. nur Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 369 f, 435 ff; anders Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 370 f. m.w.N.

strafbarkeitsausschließende Aussage Geld zu verlangen und diesen so zu erpressen, ist hier unübersehbar.⁴⁷ Die Beweisschwierigkeiten verstärken sich noch, wenn der Patient infolge des Eingriffs verstirbt. In (problematischer) Anwendung der Maxime *in dubio pro reo* ist bei tatsächengestützten Zweifeln häufig schon dann freizusprechen, wenn die Zustimmungsverweigerung nicht sicher festgestellt werden kann. Damit entlastet das Strafrecht den Arzt weitaus stärker als das Zivilrecht.⁴⁸ Denn dieses bettet die Rechtsfigur in ein sorgsam austariertes mehrstufiges Geflecht von Darlegungs- und Beweislastregeln ein. Es fordert vom Arzt den kaum zu erbringenden Beweis für eine hypothetische Einwilligung, nachdem der Patient (bloß) plausibel dargelegt hat, dass er sich bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einem *echten Entscheidungskonflikt* befunden hätte (ohne dass der Patient weitergehende Ausführungen zu seinem Alternativverhalten machen muss).⁴⁹ Fällt auch noch die *Versuchsstrafbarkeit* aus,

⁴⁷ Zum möglichen Freikaufverhalten der beschuldigten Ärzte oder gar einer Erpressung durch den Verletzten s. nur Philipp Böcker, a.a.O. (Fn. 4.), S. 924, 930; Walter Gropp, a.a.O. (Fn. 4.), S. 197, 200; Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345, 356; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 263, 267; Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 31.), JuS 2014, S. 882, 884; ausführlicher zu den Manipulationsgefahren Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 430 ff.

⁴⁸ Ebenso Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168a; Gunnar Duttge, a.a.O. (Fn. 42.), S. 179, 183 f.; Ulrich Weber, a.a.O. (Fn. 43.), S. 1059, 1063; weiterhin Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 263 f. („selbstbestimmungsfeindlich“); Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7. m.w.N.

⁴⁹ S. nur BGHZ 172, 1, 15 f.; 172, 254, 262. Weiterhin Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.),

weil der Arzt unwiderlegbar vorträgt, er sei für den Fall ordnungsgemäßer Aufklärung von einer Patientenzustimmung ausgegangen⁵⁰, entsteht eine bedenkliche Schutzlücke.⁵¹ Die Risikoerhöhungslehre *Roxins*⁵² könnte hier bei der Eingrenzung der Auswirkungen des Zweifelssatzes etwas Abhilfe schaffen. Denn für eine Strafbarkeit des nicht aufklärenden Arztes reicht es

GA 2003, S. 764, 772 ff; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 368; Hans-Ullrich Paeffgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168a. (m. Nachw. zur einschlägigen Zivilrechtsprechung); Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 262; Argumentation aufgegriffen vom AG Moers BeckRS 2015, 18722 m. zust. Bespr. von Christian Jäger, Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand, Anm. zu AG Moers, 22.10.2015 - 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA 2016, S. 472 ff. und abl. Bespr. von Erik Kraatz, Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2014/2015 Die Grundsätze der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff – 1. Teil, NStZ-RR 2016, S. 233, 238. Näher zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 29 ff; Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 251 ff; Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 180 f.

⁵⁰ Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), JR 2004, 469, 471. (dagegen Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227, 230.); Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 477; Christian Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 1. Aufl., 2006, S. 26; Roland Hefendehl, a.a.O. (Fn. 40.), S. 465, 472; auch Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 9.), Vor § 32 Rn. 231. m.w.N. Nach Böse (a.a.O. (Fn. 28.), S. 495, 497.) ist die postulierte Versuchsstrafbarkeit ohnehin ausgeschlossen, wenn man für das unmittelbare Ansetzen auf den Beginn der Operation abstellt. Hintergrund: Die hypothetische Einwilligung ist ebenso wie die tatsächlich erteilte Einwilligung auf den Körperverletzungserfolg und die diese herbeiführende Handlung (Vollzug des Eingriffs) zu beziehen, so dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung auch die Körperverletzungshandlung gerechtfertigt wäre und der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem Aufklärungsmangel und der (hypothetisch gerechtfertigten) Handlung entfiel.

⁵¹ S. nur Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 8; zust. Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 265; auch Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 369; anders Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 76.

⁵² Ausführlich zur Risikoerhöhungstheorie als (bejahende) Antwort auf die Frage, ob ein Erfolg zuzurechnen ist, wenn er durch ein rechtmäßiges Alternativverhalten nicht mit Sicherheit, sondern nur wahrscheinlich oder möglicherweise verhindert worden wäre, Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., § 11 Rn. 88 ff.

danach schon aus, wenn auch nur die konkrete Möglichkeit besteht, dass der Patient bei sachgerechter Aufklärung dem Eingriff nicht zugestimmt hätte.⁵³ Ihr kann aber aus grundsätzlichen, von der herrschenden Vermeidbarkeitstheorie formulierten Erwägungen⁵⁴ nicht gefolgt werden. Der Schwebezustand, der eintritt, weil das Urteil über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der ärztlichen Heilbehandlung erst weit nach der Tat fällt⁵⁵, rückt die Rechtsfigur zudem in eine deutliche Nähe der *Genehmigung*⁵⁶, die nach ganz h.M. allenfalls bei der Strafzumessung berücksichtigt werden kann, wegen ihrer Rückwirkung aber Unrecht und Schuld der Tat nicht berührt.⁵⁷

⁵³ Ebd., § 13 Rn. 120, 123 ff. (anders jetzt Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 132.); zust. Heinz Schöch, Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Dopingmaßnahmen?, GA 2016, S. 294, 299; sympath. auch Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 172; zu den Problemen der Risikohöhlungslehre bei der hypothetischen Einwilligung Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 461 ff; Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 411 ff; auch Sabine Riedelmeier, a.a.O. (Fn. 42.), S. 82.

⁵⁴ Zur Argumentation der Anhänger der Vermeidbarkeitsthese s. Thomas Hillenkamp/Kai Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht AT, 15. Aufl., 2017, 31. Problem (S. 259 ff).

⁵⁵ Soweit die Strafbarkeit von der nachträglich ermittelten hypothetischen Einwilligung des Patienten abhängt (dieser also quasi die Strafbarkeit des Arztes in der Hand hat), kritisiert Christian Jäger (a.a.O. (Fn. 47.), S. 345, 355 f.) das als einen ins Gewand des materiellen Rechts gekleideten Strafantrag; zust. Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 267.

⁵⁶ Dazu ausführlich Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.) S. 356 ff, 440 ff; weiterhin Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 130 f; Ulrich Weber, a.a.O. (Fn. 43.), S. 1059, 1064 f; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 365; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 6. m.w.N. Zur Kritik am Vergleich mit der Genehmigung Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 239 f; Schlehofe, a.a.O. (Fn. 43.), S. 953, 967; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), 147, 150. m.w.N.

⁵⁷ Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 171. m.w.N. Zur hypothetischen Einwilligung als Strafmilderungsgrund Philipp Böcker, a.a.O. (Fn. 4.), S. 925, 932; Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 245; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 491 ff; weitere

2. Hypothetische Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund/ Entwertung der mutmaßlichen Einwilligung

Die hypothetische Einwilligung kommt – anders als in Andeutungen der Rechtsprechung bei vorsätzlicher Tatbegehung suggeriert wird ⁵⁸ – zunächst als *selbständiger Rechtfertigungsgrund* nicht in Betracht.⁵⁹ Die Konsequenz wäre eine Rechtfertigung der Tat als Ganzes. Doch selbst die Protagonisten der Rechtsfigur nehmen letztlich nur einen *Erfolgsunrechtsausschluss* an, die Rechtswidrigkeit der Handlung bleibt also bestehen,⁶⁰ so dass gegen einen auf Basis einer hypothetischen Einwilligung eingreifenden Arzt Nothilfe geübt werden kann.⁶¹

Die hypothetische Einwilligung lässt sich eben nicht in die etablierte Rechtfertigungsdogmatik integrieren. Denn der Grund, der das auf Tatbestandsebene begründete (vorläufige) Unwerturteil in Rechtfertigungssituationen revidiert, liegt bei der hypothetischen Einwilligung gerade nicht vor: Weder war der ärztliche Heileingriff in Abwägung kollidierender Interessen

Lösungsmodelle jenseits von Unrecht und Schuld behandelt (kritisch) Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 334 ff.

⁵⁸ Nachweise in Fn. 28.

⁵⁹ Zu dieser Deutung der Rechtsprechung nur Martin Böse, a.a.O. (Fn. 28.), S. 495. und Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 148 f.– beide m.w.N. Dezidiert für einen neuen Rechtfertigungsgrund Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 73 ff.

⁶⁰ Für viele Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 14.), in: FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 442; Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 19.), S. 227, 229. und die Nachw. in Fn. 33.

⁶¹ S. nur Ulrich Weber, a.a.O. (Fn. 43.), S. 1059, 1063.

erforderlich (zur Erinnerung: das Erforderlichkeitsprinzip gilt als zentrales Kennzeichen der Rechtfertigungsgründe), noch stellt sich die hypothetische Einwilligung als Akt der Selbstbestimmung des Patienten bzw. der mutmaßlichen Einwilligung (als Surrogat der Einwilligung) dar.⁶² Vielmehr wird dem Freiheitsbetätigungsinstrument der Einwilligung eine hypothetische Rekonstruktion des Willens an die Seite gestellt, die – da normative Fremdzuschreibung – mit der Freiheitsausübung durch den Gutsinhaber nur noch wenig zu tun hat. Der Vorwurf, sie untergrabe die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung und höhle letztlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus, erscheint daher berechtigt.⁶³ Der Arzt kann danach seine Aufklärungspflichten bewusst missachten oder im Vorfeld der

⁶² Ausführlich gegen die Einstufung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund mit Blick auf das Zivil- und Strafrecht Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 167 ff; zudem – alle m.w.N. – Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 16 ff; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 210 ff; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 266: Hypothetische Einwilligung gewährt „kein (vollwertiges) besseres Recht zur Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung“; auch Wolfgang Mitsch, Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, in: Hellmann/ Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 1. Aufl., 2011, S. 299, 308; Horst Schlehofer, a.a.O. (Fn. 43.), S. 953, 966 f. Zu den Unklarheiten bei der Ausgestaltung des subjektiven Rechtfertigungselements Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 151 und Scarlett Jansen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 482, 486. m.w.N.

⁶³ Pars pro toto Hans-Ullrich Paefgen/ Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 4.), Vor § 32 Rn. 168c; Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 19.), S. 252, 253; Detlev Sternberg-Lieben, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, S. 190, 192; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7 (m. Fn. 84); Martin Böse, a.a.O. (Fn. 28.), S. 495 f.; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 131; Henning Rosenau (a.a.O. (Fn. 31.), in: FS Maiwald, S. 683, 697; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, Vor § 32 Rn. 53), der behauptet, die mutmaßliche Einwilligung sei „weitau selbstbestimmungsfeindlicher“ als die hypothetische Einwilligung.

Einwilligungserteilung den Patienten sogar täuschen und dennoch unter Hinweis auf eine hypothetische Einwilligung darauf hoffen, straflos zu bleiben.⁶⁴ Teilweise wird schon davon gesprochen, die hypothetische Einwilligung ebne den Weg zum „roll back paternalistischer Fremddefinition des Patientenwohls“⁶⁵ – und damit in eine Zeit, in der sich der Arzt berufsrechtlich legitimiert sah, in den Körper des Patienten einzugreifen.⁶⁶

3. Kein Zurechnungsausschluss mangels

Pflichtwidrigkeits-zusammenhangs auf Rechtswidrigkeitsebene

a) Geläufige Argumentation der Kritiker

Verbreitet ist auch die Kritik, auf den aus der objektiven Zurechnungslehre entlehnten Gedanken des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs bzw. des rechtmäßigen Alternativerhaltens⁶⁷ könne der Zurechnungsausschluss bei der

⁶⁴ Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 265: „hypothetische Einwilligung (fördert) unaufrichtiges Verhalten im Verhältnis von Arzt und Patient“.

⁶⁵ So Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 40; s. auch Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 304; Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 538.

⁶⁶ Explizit gegen ein besonderes Berufsrecht von Medizinalpersonen zur Vornahme (dringend) gebotener Eingriffe Wolfgang Frisch, a.a.O. (Fn. 4.), S. 33, 35.

⁶⁷ Die Übertragung des Realisierungszusammenhangs (von der Tatbestandsebene) auf die Rechtswidrigkeitsebene diskutierte zuerst Ingeborg Puppe (Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ 1989, S. 728, 729) anhand eines Notwehrfalles (Schusswaffengebrauch ohne Warnschuss; später – mit Blick auf die hypothetische Einwilligung – aber scharfe Abkehr von diesem Gedanken); nachdrücklicher Vollzug der These dann durch

hypothetischen Einwilligung gar nicht gestützt werden, weil er sich nicht ohne dogmatische Brüche von der Tatbestandsebene des Fahrlässigkeitsdelikts in den Bereich der Rechtfertigungsgründe übertragen lasse.⁶⁸ In der Diskussion wird hier gerne auf den berühmten *Radfahrerfall* (BGHSt 11, 1) zurückgegriffen. In dem dort zugrundeliegenden Sachverhalt überholt ein LKW-Fahrer mit zu geringem Seitenabstand (75 cm statt 150 cm) einen stark angetrunkenen Fahrradfahrer. Durch eine alkoholbedingte Kurzschlussreaktion zieht dieser das Fahrrad nach links und gerät unter die Zwillingsreifen des Anhängers. Vom Sachverständigen wird später festgestellt, dass der tödliche Unfall sich wahrscheinlich auch dann ereignet hätte, wenn ein ausreichender Seitenabstand eingehalten worden wäre. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen der sorgfaltswidrigen Handlung (Unterschreitung des gebotenen Seitenabstands durch den LKW-Fahrer) und dem Tod (des betrunkenen Radfahrers) soll in diesem Fall nach der vorherrschenden Unvermeidbarkeitstheorie entfallen, wenn der Erfolg auch bei korrekter Fahrweise des LKW-Fahrers mit an Sicherheit

Lothar Kuhlen, a.a.O. (Fn. 31.), in: FS-Roxin I, S. 331, 332 (m. dortiger Fn. 6) und weiteren Arbeiten; zustimmend zunächst Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 52.), § 13 Rn. 120; erste Monographie zum Thema von Mathis Dreher, a.a.O. (Fn. 44).

⁶⁸ So Gunnar Duttge, a.a.O. (Fn. 42.), S. 179, 185 ff (Einwand logischer Fehlerhaftigkeit); ebenso Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 281 ff, 295 (logisch unmöglich“); weiterhin Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 174 f; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 25 ff.

grenzender Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.⁶⁹ Der *strukturelle Unterschied* zwischen dieser Konstellation und dem Sachverhalt bei der hypothetischen Einwilligung liegt nach Ansicht der Kritiker aber darin, dass es dem Täter im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt vor dem Erfolgseintritt im Radfahrerfall faktisch unmöglich ist, den tatbestandlichen Erfolg zu vermeiden, egal wie er sich verhalte. Anders sei die Situation beim Arzt, der den Erfolg tatsächlich immer vermeiden kann und dies normativ von ihm auch verlangt wird. Er hätte den Eingriff entweder unterlassen müssen oder ihn nur nach ordnungsgemäßer Aufklärung vornehmen dürfen. Dagegen stelle die ärztliche Heilbehandlung ohne wirksame Einwilligung eine rechtspflichtwidrige Rechtsgutbeeinträchtigung dar.⁷⁰ Nicht von der Hand zu weisen ist es ihrer Ansicht nach auch, dass es bei der hypothetischen Einwilligung nicht ausreicht, nur die gebotene Aufklärung nachzuholen. Um den Erfolgsunwert zu kompensieren, müsste zusätzlich noch eine irrtumsfreie Einwilligung des

⁶⁹ Zum fehlenden Pflichtwidrigkeits- bzw. Rechtswidrigkeitszusammenhang bei rechtmäßigem Alternativverhalten im Kontext der objektiven Zurechnungslehre (beim Fahrlässigkeitsdelikt) s. T. Walter, in: LK-StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 99 ff. und Detlev Sternberg-Lieben/ Frank Schuster, in: Schönke/ Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 15 Rn. 173 ff. Den Radfahrerfall für die Diskussion über die hypothetische Einwilligung fruchtbar machend – statt vieler – Mathis Dreher, a.a.O. (Fn. 44.), S. 8. und passim; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 177 f., 260, 281 ff.; Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 149 ff.; Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 187; Manuel Garbe, a.a.O. (Fn. 4.), S. 77, 245 f.; Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 408; Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 178; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 228.

⁷⁰ Näher Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 281 ff. m.w.N.; weiterhin Christian Jäger, in: Wolter (Hrsg.), SK-StGB, 9. Aufl., 2017, Vor § 1 Rn. 127; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 24 ff.; auch Horst Schlehofer, a.a.O. (Fn. 43.), S. 953, 969 f.

Patienten unterstellt werden.⁷¹ Damit werde hier für den Unrechtsausschluss erheblich mehr verlangt als im Radfahrerfall.

Überdies soll gegen die Gleichbehandlung der Fälle sprechen, dass die Beziehung zwischen den tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrunds und dem Taterfolg *nicht kausaler*, sondern nur *wertender Natur* ist.⁷² Die Anhänger der hypothetischen Einwilligung-zu denen ich mich früher selber zählte-nehmen nach Auffassung der Kritiker bei der Privilegierung durch die hypothetische Einwilligung letztlich einen komplexen Wertungsakt vor, der eine gewisse Plausibilität aufweise – mehr aber auch nicht!

b) Die These von *Sturm*

Der Ansatz, die hypothetische Einwilligung als einen Fall

⁷¹ Dazu schon Christian Jäger, a.a.O. (Fn. 47.), S. 345, 353; weiter – statt vieler – Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 185 f.: „unzulässige doppelte Fiktion“; Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), § 223 Rn. 40 h; Scarlett Jansen, a.a.O. (Fn. 4.), S. 482, 487 f; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 10; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 22; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 266 (Verstoß gegen das „Reinheitsgebot der Hypothesenbildung“); Frank Zimmermann/ Benedikt Linder, Die Unterlassenskausalität im Fall Jalloh: Ein Schritt zur Anerkennung der hypothetischen Genehmigung?, ZStW 128 (2016), S. 713, 725; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 132. Gegen den Vorwurf einer zu weitgehenden Hypothesenbildung mit beachtlichen Argumenten Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 142 ff; s. auch Henning Rosenau, a.a.O. (Fn. 31.) in: FS Maiwald, 2010, S. 683, 692 ff.

⁷² So bereits Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), GA 2003, S. 764, 770; weiterhin Hans-Ullrich Paeffgen, a.a.O. (Fn. 40.), in: FS Rudolphi, S. 187, 208 m. Fn. 89; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 63.), S. 190, 191; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 301 f; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 294 f; Manuel Garbe, a.a.O. (Fn. 4.), S. 235, 240; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 9. m.w.N. Kritik abschwächend Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 323 f. und Tobias Schwartz, a.a.O. (Fn. 4.), S. 73 f.: Kühlen ging es nie um Kausalität, sondern immer nur um Zurechnung.

fehlender Erfolgszurechnung einzustufen, stellt sicherlich den dogmatisch anspruchsvollsten Deutungs- und Rechtfertigungsversuch der Rechtsfigur dar. In einer tiefergehenden jüngeren Untersuchung hat nun *Sturm* (auf Basis eines jedenfalls in der Sache zweistufigen Verbrechensaufbaus) mit beachtlichen Argumenten dargelegt, dass die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung als Fall des Zurechnungsausschlusses auf Rechtswidrigkeitsebene *nicht* an der Unmöglichkeit der dogmatischen Konstruktion scheitert.⁷³ So kann er in der Forderung eines Realisierungszusammenhangs auch auf der Rechtswidrigkeitsebene zunächst keinen *logischen Fehler* sehen und akzeptiert auch den Vorwurf eines *Wertungsfehlers* nicht, der auftrete, wenn auf Rechtswidrigkeitsebene nach dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang gefragt werde.⁷⁴ Dem geläufigen Einwand einer zu weitgehenden Beachtung von Alternativszenarien (hier: Hinzudenken einer willensmangelfreien Patientenzustimmung) begegnet er mit dem Hinweis auf abweichende Rechtsprechung bei anderen Fallgestaltungen (etwa im „Ziegenhaar“-Fall) und der aus seiner Sicht richtigen These, beim jeweiligen Verhaltensnormverstoß anzusetzen.⁷⁵

Letztlich hat aber auch nach *Sturm* die hypothetische Einwilligung nicht die Kraft, den Pflichtwidrigkeitszusammenhang

⁷³ Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 146 ff, 277; Kuhlens Grundkonzept verteidigend auch Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 258 ff.

⁷⁴ Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 127 ff, 129 ff.

⁷⁵ Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 153 ff, 277.

auszuschließen. Der inhaltliche Grund dafür liegt seiner Meinung nach in einem bestimmten *Autonomieverständnis*.⁷⁶ So sei von den Befürwortern der hypothetischen Einwilligung die Unterbrechung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs im Wesentlichen darauf gestützt worden, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Patient ebenfalls zugestimmt hätte, so dass seine *individuelle Interessendefinition* letztlich gewahrt sei. Im Hintergrund stehe die Annahme, der Patient verfüge im Kontext gesundheitsbezogener Interessen über eine entwickelte und stabile (Werte-)Präferenzordnung, die ihn nach Versorgung mit zutreffenden Informationen in dem durch die Behandlungssituation aufgeworfenen Entscheidungskonflikt (immer) zu einer bestimmten Entscheidung führe. Diese ergebnisbezogene (da einen vorhandenen inneren Willen nur „aufzufindende“ bzw. „entdeckende“) Betrachtungsweise verkenne aber das Prozesshafte der Gewinnung einer Entscheidung. Denn zum einen können sich subjektive Präferenzen gerade unter dem Eindruck neuer Informationen verändern (was die Anhänger eines Zurechnungsausschlusses aber grundsätzlich noch in ihrem „Entdeckungsverfahren“ als rekonstruierbar verarbeiten könnten). Viel wichtiger ist nach *Sturm* allerdings, dass die Gegner den Aspekt der selbstverantworteten *Entscheidung* (als Ergebnis des Entscheidungsprozesses) in ihr Autonomiekonzept nicht ausreichend einbeziehen. Es fehle an der

⁷⁶ Zum Folgenden Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 153 ff, 277.

„Autonomieaktualisierung (...), wenn die Behandlung ohne ausreichende Aufklärung vorgenommen wird“; diese Möglichkeit der konkreten Entscheidung sei auch unwiederbringlich verloren. Der – im Strafverfahren stattfindende – „Nachvollzug, dessen, was (bei Aufklärung, *TR*) entschieden worden wäre, ohne dass es aktuell etwas zu entscheiden gäbe“, „ist von ganz anderer Qualität“. Damit trifft *Sturm* einen wunden Punkt der bisherigen Diskussion, den zwar auch andere schon gespürt, aber noch nicht so gründlich und überzeugend aufgearbeitet haben.⁷⁷ In der Folge kann – mit *Sturm* – die hypothetische Einwilligung als Zurechnungsausschluss nicht anerkannt werden, sofern dem Patienten gegenüber die Selbstbestimmungsaufklärung geboten ist.⁷⁸

Damit lässt sich abschließend zur Zurechnungskonstruktion Folgendes sagen: Die Bausteine, mit denen nach anerkannter Dogmatik im Rahmen des oben bereits vorgestellten Kompensationsmodells tatbestandlich begründetes Unrecht auf Rechtswidrigkeitsebene ausgeglichen

⁷⁷ Vgl. Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 7; Christian Conrad/ Johannes Koranyi, a.a.O. (Fn. 28.), S. 979, 983; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 265.

⁷⁸ Nur noch hingewiesen sei darauf, dass die Anhänger von Rechtsgutsmodellen, die bei den Körperverletzungsdelikten ausschließlich oder jedenfalls primär die Patientenautonomie (und nicht die Körperintegrität) geschützt sehen, der hypothetischen Einwilligung ohnehin ihre Entlastungswirkung absprechen müssen, da die Dispositionsfreiheit durch das Täterverhalten tatsächlich verletzt wird und nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann. Die Nachweise zum Autonomie-Einwand finden sich bei Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 53, der auf den Seiten 189 ff. selbst über die hypothetische Einwilligung und das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte reflektiert.

wird, werden von den Protagonisten des Zurechnungsausschlussmodells nicht verwendet, sondern stattdessen in Anknüpfung an eine *fiktive Einwilligung* sowie unter Überspielung der Entscheidungsmacht des Patienten im Einwilligungszeitpunkt die Erfolgszurechnung verneint. Ein solcher Ausbruch aus der bisherigen Zurechnungs- und Rechtfertigungsdogmatik müsste nicht nur wegen der erheblichen Folgen beim Einsatz des Grundgedankens auch im Bereich anderer Rechtfertigungsgründe oder Delikte noch wesentlich tiefer begründet werden.

V. Ergebnis und Andeutung möglicher Lösungswege

Damit ist die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Ergebnis abzulehnen. Sie weist zu viele konstruktive und legitimatorische Schwachstellen auf. Die Lösung für ihr kriminalpolitisch berechtigtes Anliegen, die Strafbarkeitsrisiken für den Arzt zu begrenzen, muss also dort gesucht werden, wo sie ihren Ursprung haben – bei den ausufernden Aufklärungspflichten!

Vielversprechende Ansätze der jüngeren Zeit gehen daher dahin, die Akzessorietät des Strafrechts gegenüber der Zivilrechtsdogmatik zu lockern und die Anforderungen an die strafrechtlichen Aufklärungspflichten zu senken.⁷⁹ So wird

⁷⁹ Angedeutet schon bei P Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 40.), JR 2004, S. 470, 472. m. Fn.

vorgeschlagen, letztlich nur *schwerwiegenden Verstößen* gegen die (zivilrechtliche) Aufklärungspflicht strafrechtliche Bedeutung zukommen zu lassen⁸⁰ oder eine ärztliche Aufklärung nur insoweit zu verlangen, wie sie für eine *eigenverantwortliche Entscheidung* erforderlich ist.⁸¹ Im Fahrwasser letztgenannter Prämisse greifen mehrere Autoren bei der Selektion der bedeutsamen Informationspflichten auf die *Willensmängellehre bei der Einwilligung* zurück.⁸² Differenziert wird dann etwa zwischen eingriffsbezogenen Aufklärungspflichten sowie Fällen der aktiven Täuschung einerseits, bei denen Verstöße zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, und nicht eingriffsbezogenen Aufklärungspflichten andererseits, die bei Missachtung den

21; weitehin Gunnar Duttge, a.a.O. (Fn. 42.), S. 179, 195; Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn.63.), S. 190, 193.und Benedikt Edlbauer, a.a.O. (Fn. 8.), S. 472 ff; zusätzliche Nachw. bei Albin Eser, in: Schönke/ Schröder, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 40h; zudem aus jüngerer Zeit Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 306 ff; Harro Otto/ Andreas Albrecht, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, Jura 2010, S.264, 270 f; Christoph Sowada, a.a.O. (Fn. 13.), S. 1, 10; Grisca Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 977 ff; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 46 ff; Brian Valerius, a.a.O. (Fn. 23.), S. 22 f; Wessels/ Beulke/ Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., 2017, Rn. 587; Brigitte Tag, a.a.O. (Fn. 4.), S. 523, 543 ff; Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), 67, 71 f; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 269 f; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 235; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 369; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 131, 134 ff. Zur Diskussion auch Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 342 ff.

⁸⁰ So Benedikt Edlbauer (Fn. 8), S. 473 ff.

⁸¹ Näher Grisca Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 977 ff; auch Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 269.

⁸² Vgl. Harro Otto/Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 79.), S. 264, 270 f; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 528 ff; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 46 ff; auch Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 270; Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 231 ff. Überblick zu diskutierten Restriktionsansätzen bei Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 309. und Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 134.

Bestand der Einwilligung nicht berühren.⁸³ Wer als Patient wegen eines Irrtums Art, Umfang oder Gefährlichkeit des Eingriffs nicht erkennt, könne nicht selbstbestimmt sein Rechtsgut preisgeben und verdiene Schutz. Ein Arzt, der dieses Defizit erkennt oder hätte erkennen können und ohne Aufklärung dennoch in den Körper eingreift, mache sich strafbar. Gleiches gelte natürlich für Fälle der aktiven Täuschung, in denen sich eine Fremdbestimmung des Täuschenden manifestiert. Dagegen werden nach dieser These Mängel bei der „Befundaufklärung“ (Diagnose und daraus folgende medizinische Indikation) sowie hinsichtlich von Behandlungsalternativen als „nicht eingriffsbezogen“ und damit als „einwilligungsunschädlich“ eingestuft.⁸⁴ Über die Konturierung des Eingriffs- bzw. Rechtsgutsbezugs und damit die Dimension der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund lässt sich sicher streiten.⁸⁵ Dass ein Arzt, der sich die Einwilligung zu einer

⁸³ So Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 46 ff (allgemein), 63 ff (Fallgruppen des Eingriffsbezuges). Detlev Sternberg-Lieben (a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 309 ff.) setzt vergleichbar an. Für ihn stellt der hinreichende Rechtsgutsbezug des Willensmangels aber nur einen ersten Strafbarkeitsfilter dar, der durch das Erfordernis eines besonders gravierenden Aufklärungsmangels zu ergänzen ist. Hinter diesen und vergleichbaren Ansätzen (etwa der eingriffs- und risikobezogenen Deutung des Konflikts durch Benno Zabel, a.a.O. (Fn. 2.), S. 219, 234. und passim) steht der Versuch, bloße Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten, die über das zivilrechtliche Schadensersatzrecht ausgeglichen werden können, vom Strafrecht freizuhalten.

⁸⁴ Wiederum Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 65 f; ähnlich Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 310; für deutliche Reduktion „einwilligungsschädlicher“ Aufklärungsdefizite z.B. auch Harro Otto/ Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 79.), S. 264, 270. (notwendig nur, „Grundaufklärung [...], die Art und Schwere des Eingriffs“ erkennbar machen) oder Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 144 f (strafrechtlich relevant nur Verstöße gegen die „Grundaufklärung“).

⁸⁵ Vgl. nur die Rezension von Gaedes Arbeit durch Lothar Kuhlen, Karsten Gaede:

Operation durch Täuschung erschleicht, nicht unter Hinweis auf eine hypothetische Einwilligung aus der Strafbarkeit entlassen wird, sollte jedoch schnell wieder zum *common sense* werden.⁸⁶ Roxin hat jüngst (in einem die zivil- und strafrechtlichen Lösungen zusammenführenden Vorschlag) den Entscheidungskonflikt des Patienten zum maßgeblichen Abgrenzungskriterium erklärt. Danach gilt: Hätte der Patient bei sachgerechter Aufklärung vor einem Entscheidungskonflikt gestanden, macht sich der Arzt strafbar, ohne Entscheidungskonflikt nicht.⁸⁷

Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, GA 2015, S. 709 ff. (Kernkriterium für Differenzierung „leuchtet inhaltlich nicht ein“, Korrektur in Fällen nicht eingriffsbezogener Aufklärungsmängel über Berücksichtigung der aktiven Täuschung „bleibt halbherzig“). Die Ablehnung der hypothetischen Einwilligung als strafrechtlichen Haftungsfilter belastet ohne Zweifel mit der Aufgabe, eine praktikable Differenzierung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Aufklärungspflichtverletzungen zu entwickeln (zu den Schwierigkeiten der Kritiker s. nur Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 135.). Mir scheint die an dieser Stelle aufzuwendende dogmatische Energie aber besser investiert als einen Grundansatz weiterzuverfolgen, der im Kern aus unterschiedlichen Gründen brüchig ist.

⁸⁶ Die Täuschung als Unwirksamkeitsgrund der Einwilligung akzeptieren im vorliegendem Kontext etwa Harro Otto/ Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 79.), S. 264, 270; Andreas Albrecht, a.a.O. (Fn. 8.), S. 528 f; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 56 f, 66; Frank Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 270; Grischa Merkel, a.a.O. (Fn. 40.), S. 975, 979; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 137 (sofern durch die Täuschung ein Behandlungsfehler verdeckt werden soll, der einen weiteren Eingriff notwendig macht); im Kernbereich auch Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 310; weiter Jens Andreas Sikor, Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, S. 11, 16; a. A. noch Thomas Rönnau, a.a.O. (Fn. 19.), S. 801, 804.

⁸⁷ Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 135 ff (mit Verdeutlichung anhand von Beispielen). Festgestellt werden muss nach dieser Lösung nur, „ob es unter Berücksichtigung der persönlichen Präferenzen des Patienten Gründe für und gegen eine Ablehnung der Operation gegeben hätte“, nicht, „wie der Patient sich bei einer sachgerechten Aufklärung entschieden hätte“ – womit ein Entscheidungskonflikt

Mag das *Zivilrecht* mit dem Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes 2013⁸⁸ die hypothetische Einwilligung in § 630h Abs. 2 S. 2 BGB nunmehr auch gesetzlich anerkennen, folgt daraus nicht automatisch ein Verstoß gegen die *Einheit der Rechtsordnung* und den Ultima-ratio-Grundsatz, sollte das Strafrecht in diesen Fällen trotzdem Strafbarkeit vorsehen.⁸⁹ Denn man muss genau hinsehen: Jedenfalls die in Deutschland geschaffene Vorschrift enthält allein eine *zivilrechtliche Beweislastregel*, die das Strafrecht zu nichts zwingt.⁹⁰ Zu denken ist dabei immer auch an die unterschiedliche Schutzrichtung der Rechtsgebiete: Während es im Zivilrecht häufig nur um Schadensausgleich geht, bezweckt das Strafrecht Rechtsgüterschutz durch Aufstellung von Verhaltensnormen, die im Falle des Verstoßes nicht selten schon eine *Versuchsstrafbarkeit* auslösen.⁹¹

objektiver Feststellung sehr viel leichter zugänglich ist (136).

⁸⁸ Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten v. 20.2.2013 (BGBl. I S. 277); in Kraft getreten am 26.2.2013. Ausführlich hierzu etwa Christian Katzenmeier, Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW 2013, S. 817; Ulrich Preis / Angie Schneider, Das Patientenrechtegesetz - eine gelungene Kodifikation?, NZS 2013, S. 281; Angie Schneider, Der Behandlungsvertrag, JuS 2013, S. 104; auch Tim Neelmeier, Die einrichtungsbezogene Patientenaufklärung, NJW 2013, S. 2230. und Christian Conrad/ Johannes Koranyi, a.a.O. (Fn. 28.), S. 979.

⁸⁹ Auf dieser Linie argumentierend aber Werner Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 73; zudem Tobias Paul/ Christian Schubert, Referendarexamensklausur – Strafrecht: Medizinstrafrecht und AT – Gefahr im Spital, JuS 2013, S. 1007, 1010 f; abgeschwächt Nike Hengstenberg, a.a.O. (Fn. 2.), S. 426 f; vor Inkrafttreten des Patientenrechtegesetzes etwa Henning Rosenau, a.a.O. (Fn. 31.), in: FS Maiwald, S. 683, 698; Henning Rosenau, in: Satzger/ Schluckebier/ Widmaier, StGB, Vor § 32 Rn. 53; Sandra Wiesner, a.a.O. (Fn. 4.), S. 171, 178; vgl. auch Jörg Eisele, a.a.O. (Fn. 12.), S. 163, 180.

⁹⁰ Für viele Christian Jäger, in: Wolter (Hrsg.), SK StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 127.

⁹¹ Ausführlich und instruktiv zur „Unergiebigkeit des Topos Einheit der Rechtsordnung

Nicht näher treten sollte man einem Lösungsansatz, der die eigenmächtige Heilbehandlung nur dann von den Tatbeständen der Körperverletzungsdelikte erfasst sehen will, wenn sie im Einzelfall *verwerflich* war.⁹² Der Schutz der körperlichen Integrität, den der Gesetzgeber in diesem Deliktsbereich eindeutig ohne Verwerflichkeitsklausel konzipiert hat, würde unterlaufen und noch stärker in die Hände des Rechtsanwenders gegeben. Denn Heileingriffe wären dann allein zu messen an einer *Generalklausel*, die selbst völlig unbestimmt ist. Welche Anwendungsprobleme daraus erwachsen, lässt sich jedenfalls bei mir zu Hause gut beim Nötigungs- und Erpressungstatbestand studieren, die beide eine Verwerflichkeitsklausel aufweisen.⁹³

für die hypothetische Einwilligung“ Jan Felix Sturm, a.a.O. (Fn. 1.), S. 186 ff. m. zahlr. Nachw.; weiterhin Detlev Sternberg-Lieben, a.a.O. (Fn. 38.), S. 299, 304 f.; Volker Haas, a.a.O. (Fn. 8.), S. 147, 157 f.; Ingeborg Puppe, a.a.O. (Fn. 38.), S. 366, 371; Claus Roxin, a.a.O. (Fn. 1.), S. 129, 133; Karsten Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 32. und Albin Eser, a.a.O. (Fn. 3.), in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 40h. m.w.N.

⁹² Für die (richterrechtliche) Einführung einer speziellen Verwerflichkeitsklausel (in Anlehnung an die §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2, 237 Abs. 1 Satz 2 StGB) Sabine Swoboda, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, S. 18, 30 ff.

⁹³ Aus der breiten Front der ablehnenden Stimmen s. nur Saliger, a.a.O. (Fn. 29.), S. 257, 269; Beulke, a.a.O. (Fn. 4.), S. 67, 72; Gaede, a.a.O. (Fn. 1.), S. 58 ff.; Albin Eser, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl., 2014, § 223 Rn. 40h.

VI. Fazit

Ich komme zum Schluss und fasse zusammen:

Die hypothetische Einwilligung ist ein auf den ersten Blick unter Wertungsgesichtspunkten plausibles dogmatisches Instrument, um im Bereich des Arztstrafrechts die Auswirkungen überbordender Aufklärungspflichten zurückzuschneiden.

Beim näheren Hinsehen zeigen sich aber dogmatische Inkonsistenzen und Legitimationsdefizite, die die Vorteile der hypothetischen Einwilligung nicht aufwiegen. Die Justizpraxis in Deutschland sollte also von dieser Rechtsfigur Abstand nehmen und auf andere Weise entkriminalisieren. Auf keinen Fall sollte die hypothetische Einwilligung bei anderen Rechtfertigungsgründen und auf anderen Deliktsfeldern Anwendung finden.

Ihnen in Taiwan ist nur zu raten, die Finger von diesem „Teufelswerkzeug“ zu lassen. Es gibt bessere Experimentierfelder für Strafrechtsdogmatiker.

參考文獻

- Albrecht, Andreas (2010). Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 1. Aufl., Berlin.
- Amelung, Knut (1998). Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, 1. Aufl., Berlin.
- Beulke, Werner (2015). Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra, S. 67-76.
- Böcker, Philipp (2005). Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht, JZ, S. 925-932.
- Bosch, Nikolaus (2008). Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, JA, S. 70-72.
- Böse, Martin (2016). Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, ZIS, S. 495-504.
- Conrad, Christian / Koranyi, Johannes (2013). Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht vor dem Hintergrund des neuen § 630 h II 2 BGB, JuS, S. 979-985.
- Dreher, Mathis (2003). Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 1. Aufl., Aachen.
- Duttge, Gunnar (2006). Die hypothetische Einwilligung als Strafausschließungsgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Hoyer/ Müller/ Pawlik/ Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag,

Heidelberg.

- Edlbauer, Benedikt (2009). Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 1. Aufl., Hamburg.
- Eisele, Jörg (2005). Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JA, S. 252-254.
- Eisele, Jörg (2009). Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung. Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?, in: Derschka/Hausmann (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 1. Aufl., Regenstein.
- Fateh-Moghadam, Bijan (2008). Die Einwilligung in die Lebendorganspende: die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, 1. Aufl., München.
- Frisch, Wolfgang (2016). Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, in: Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts, 1. Aufl., Baden-Baden.
- Frister, Helmut (2015). Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München.
- Gaede, Karsten (2014). Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 1. Aufl., Hamburg u.a.
- Garbe, Manuel (2011). Wille und Hypothese – zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 1. Aufl., Berlin.
- Geppert, Klaus (2004). Hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund?, JK, StGB, § 223/3.
- Gropp, Walter (2006). Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum

70. Geburtstag, Heidelberg.

- Haas, Volker (2015). Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss des Tatenrechts, GA, S. 147-159.
- Hefendehl, Roland (2013). Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen? Begründbarkeit und Grenzen, in: Freund/ Murmann/ Bloy/ Perron (Hrsg.), Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems: Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Hengstenberg, Nike (2013). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, 1. Aufl., Berlin.
- Hillenkamp, Thomas / Cornelius, Kai (2017). 32 Probleme aus dem Strafrecht: Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München.
- Jäger, Christian (2006). Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 1. Aufl., Heidelberg.
- Jäger, Christian (2007). Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung: zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, Baden-Baden.
- Jäger, Christian (2012). Gut gemeint, aber schlecht gemacht, Anm. zu BGH, Urteil vom 11.10.2011 – 1 StR 134/11, JA, S. 70-72.
- Jäger, Christian (2016). Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand, Anm. zu AG Moers, 22.10.2015 - 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA, S. 472-474.
- Jansen, Scarlett (2011). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS, S.

482-495.

- Jordan, Adolf-Dietrich (1997). Zur strafrechtlichen Haftung eines Arztes, der eine Behandlungsmethode wählt, über die er den Patienten nicht aufgeklärt hat, Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR, S. 32-33.
- Katzenmeier, Christian (2013). Der Behandlungsvertrag – Neuer Vertragstypus im BGB, NJW, S. 817-824.
- Kraatz, Erik (2016). Aus der Rechtsprechung zum Arztstrafrecht 2014/2015 Die Grundsätze der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff – 1. Teil, NStZ-RR, S. 233-239.
- Krey, Volker / Esser, Robert (2016). Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Stuttgart.
- Krüger, Matthias (2015). Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Krüger, Matthias (2017). Hypothesen zur hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, medstra, S. 12-19.
- Kühl, Kristian (2017). Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München.
- Kuhlen, Lothar (2001). Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Schünemann/ Achenbach/ Bottke/ Haffke/ Rudolphi (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, Berlin.
- Kuhlen, Lothar (2001). Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, München.

- Kuhlen, Lothar (2004). Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei der hypothetischen Einwilligung des Betroffenen, JR, S. 227-230.
- Kuhlen, Lothar (2005). Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung, JZ, S. 713-718.
- Kuhlen, Lothar (2015). Gaede, Karsten: Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, GA, S. 709-711.
- Lackner, Karl / Kühl, Kristian (2014). Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl..
- Leipziger Kommentar (2012). Strafgesetzbuch: Großkommentar, 11. Aufl..
- Merkel, Grischa (2013). Prinzipielles und Prozessuales zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ, S. 975-979.
- Mitsch, Wolfgang (2005). Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, JZ, S. 279-285.
- Mitsch, Wolfgang (2011). Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, in: Hellmann/ Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, Heidelberg u.a.
- Mitsch, Wolfgang (2013). Manuel Garbe: Wille und Hypothese - Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, GA, S.602-605.
- Murmann, Uwe (2017). Grundkurs Strafrecht, 4. Aufl., München.
- Neelmeier, Tim (2013). Die einrichtungsbezogene Patientenaufklärung, NJW, S. 2230-2233.
- Kindhäuser, Urs/ Neumann, Ulfried/ Paeffgen, Hans-Ullrich (2017).

- Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl..
- Otto, Harro (2004). Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, Jura, S. 679-683.
- Otto, Harro / Albrecht, Andreas (2010). Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, Jura, S. 264-271.
- Paeffgen, Hans-Ullrich (2004). Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich; Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, Neuwied.
- Paul, Tobias / Schubert, Christian (2013). Referendarexamensklausur – Strafrecht: Medizinstrafrecht und AT – Gefahr im Spital, JuS, S. 1007-1013.
- Preis, Ulrich / Schneider, Angie (2013). Das Patientenrechtegesetz – eine gelungene Kodifikation?, NZS, S. 281-288.
- Puppe, Ingeborg (1989). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen, JZ, S. 728-733.
- Puppe, Ingeborg (1994). Anm. zu BGH, Beschluss vom 3.3.1994 – 4 StR 819/93, JR, S. 515-518.
- Puppe, Ingeborg (2003). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995, GA, S. 764-776.
- Puppe, Ingeborg (2004). Anm. zu BGH, Urteil vom 3.3.1994 – 1 StR

- 319/03, JR, S. 470-472.
- Puppe, Ingeborg (2016). Strafrecht Allgemeiner Teil: im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., Baden-Baden.
- Puppe, Ingeborg (2016). Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS, S. 366-372.
- Rath, Jürgen (2002). Das subjektive Rechtfertigungselement. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung, 1. Aufl., Berlin u.a.
- Renzikowski, Joachim (2010). Die hypothetische Einwilligung, in: Kern/Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur: Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, Frankfurt am Main u.a.
- Riedelmeier, Sabine (2004). Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 1. Aufl., Baden-Baden.
- Rigizahn, Ernest (1996). Anm. zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR, S. 72-75.
- Rönnau, Thomas (2001). Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 1. Aufl., Tübingen.
- Rönnau, Thomas (2004). Anm. zu BGH, Urteil vom 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JZ, S. 799-804.
- Rönnau, Thomas (2008). Anm. zu BGH, Urteil vom 23.10.2007 – 1 StR 238/07, StV, S. 466-468.
- Rönnau, Thomas (2014). Grundwissen – Strafrecht: Hypothetische Einwilligung, JuS, S. 882-886.
- Rosenau, Henning (2010). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Bloy/ Böse/ Hillenkamp/ Momsen/ Rackow (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für

- Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, Berlin.
- Röttger, Wolfgang (1993). Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß: nach den finalistischen Straftatlehren und nach einer materialen Konzeption, 1. Aufl., Berlin.
- Roxin, Claus (2006). Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, 4. Aufl., München.
- Roxin, Claus (2017). Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?, medstra, S. 129-137.
- Saliger, Frank (2015). Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg.
- Satzger, Helmut / Schluckebier, Wilhelm / Widmaier, Gunter (2016). StGB Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. (zit.: SSW-StGB)
- Schlehofer, Horst (2011). „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, in: Paeffgen/ Böse/ Kindhäuser/ Stübinger/ Verrel/ Zaczyk, Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, Berlin.
- Schneider, Angie (2013). Der Behandlungsvertrag, JuS, S. 104-108.
- Schöch, Heinz (2016). Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Dopingmaßnahmen?, GA, S. 294-300.
- Schönke, Adolf / Schröder, Horst (2014). Strafgesetzbuch. Kommentar, 29. Aufl..
- Schwartz, Tobias (2009). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht,

1. Aufl., Frankfurt a. M.

Sickor, Jens Andreas (2008). Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA, S. 11-16.

SK-StGB(2017). Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Aufl., Köln.

Sowada, Christoph (2012). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NSTZ, S. 1-10.

Spickhoff, Andreas (2014). Medizinrecht: Kommentar, 2. Aufl..

Sternberg-Lieben, Detlev (2008). Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV, S. 190-193.

Sternberg-Lieben, Detlev (2015). Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in: Fahl/ Müller/ Satzger/ Swoboda (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg.

Sturm, Jan Felix (2016). Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur, Tübingen.

Swoboda, Sabine (2013). Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS, S. 18-32.

Tag, Brigitte (2015). Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW, S. 523-548.

Taupitz, Jochen (2000). Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: