

Inhalt

1 Einleitung	1
I. Problemaufriss.....	1
II. Gang der Untersuchung.....	5
2 Der Ursprung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht	7
I. Die Entwicklung der Rechtsfigur in der zivilrechtlichen Rechtsprechung.....	7
1. Entstehung und Intention.....	7
a. Entstehung.....	7
b. Intention.....	12
2. Dogmatische Verortung.....	18
3. Abgrenzung zu anderen haftungsbegrenzenden Instituten im Zivilrecht.....	22
a. Hypothetische Kausalität.....	22
b. Fehlender Schutzzweckzusammenhang.....	24
c. Resümee.....	27
4. Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Zivilprozess.....	27
a. Erste Stufe: Darlegung des Arztes zur Begründung des Einwands.....	29
b. Zweite Stufe: Darlegung des Patienten zur Widerlegung des Einwands.....	30
c. Dritte Stufe: Die Entscheidung des Gerichts.....	31
d. Stellungnahme.....	34
5. Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung.....	36
a. Eingrenzung des Anwendungsbereichs in qualitativer Hinsicht.....	36
aa. Gänzlich fehlende Aufklärung.....	38
bb. Ordnungsgemäß erfolgte Aufklärung.....	39
cc. Vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung.....	39
b. Eingrenzung des Anwendungsbereichs in zeitlicher Hinsicht.....	39
c. Stellungnahme.....	41

aa. Nichtanwendbarkeit bei gänzlich unterbliebener Aufklärung.....	42
bb. Nichtanwendbarkeit bei ordnungsgemäßer Aufklärung.....	42
cc. Nichtanwendbarkeit bei vorsätzlicher Verletzung der Aufklärungspflicht.....	43
d. Ergebnis	49
6. Rechtsfolgen bei erfolgreicher Berufung auf die hypothe- tische Einwilligung	49
a. Materielle Schäden.....	50
aa. Lösung nach dem Körperverletzungsansatz	50
bb. Lösung nach dem Persönlichkeitsrechtsansatz	50
cc. Resümee.....	51
b. Immaterielle Schäden.....	51
aa. Lösung nach dem Körperverletzungsansatz	51
bb. Lösung nach dem Persönlichkeitsrechtsansatz	54
cc. Resümee und Stellungnahme.....	55
c. Zwischenergebnis.....	58
7. Einwände gegen die hypothetische Einwilligung.....	59
a. Entwertung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.....	59
b. Stellungnahme.....	60
8. Resümee.....	64
II. Die hypothetische Einwilligung im Zivilrecht außerhalb der Arzthaftung.....	65
3 Der Transfer der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht.....	67
I. Ausgangspunkt und Hintergrund der Rechtsfigur im Strafrecht.....	67
II. Import der hypothetischen Einwilligung durch die Strafgerichte	75
1. Anfänglich ablehnende Grundhaltung der strafrechtlichen Rechtsprechung?	76
a. „Fußamputations-Fall“ (RGSt 25, 375 ff.).....	76
b. „Darlehens-Fall“ (BGHSt 13, 13 ff.)	78
c. Zwischenergebnis.....	80
2. Die hypothetische Einwilligung bei fahrlässiger Aufklä- rungspflichtverletzung	80
a. Das „zweite Myom-Urteil“ (BGHSt 15, 200).....	82
aa. Sachverhalt:	82
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	83
cc. Bedeutung der Entscheidung	84
b. Der „Hodenentfernungs-Fall“ (1963).....	86
aa. Sachverhalt	86
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	87
cc. Bedeutung der Entscheidung	88
c. Der „O-Beine-Fall“ (1990)	91
aa. Sachverhalt	92
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	93
cc. Bedeutung der Entscheidung	94

d. Der „Surgibone-Dübel-Fall“ (1995).....	96
aa. Sachverhalt	96
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	97
cc. Bedeutung der Entscheidung	99
e. Resümee	103
3. Die hypothetische Einwilligung bei vorsätzlicher Aufklärungs- pflichtverletzung	104
a. Der „Bandscheiben-Fall“ (2003)	105
aa. Sachverhalt	105
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	106
cc. Bedeutung der Entscheidung	107
b. Der „Bohrerspitzen-Fall“ (2004)	115
aa. Sachverhalt	115
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	116
cc. Bedeutung der Entscheidung	117
c. Resümee	119
4. Die hypothetische Einwilligung bei nicht kunstgerecht erfolgten und/oder nicht medizinisch indizierten Behandlungen	120
a. Der „Liposuktions-Fall“ (2007)	121
aa. Sachverhalt	121
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	122
cc. Bedeutung der Entscheidung	124
b. Der „Turboentzugs-Fall“ (2007)	129
aa. Sachverhalt	129
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	130
cc. Bedeutung der Entscheidung	132
c. Der „Gastroskopie-Fall“ (2011)	135
aa. Sachverhalt	135
bb. Verfahrensablauf und Entscheidung des Gerichts.....	136
cc. Bedeutung der Entscheidung	137
5. Zusammenfassung	144
III. Dogmatische Deutung der Rechtsprechung.....	148
1. Interpretationsoffenheit der Rechtsprechung.....	149
a. „Kausalität der Pflichtwidrigkeit“	149
aa. Im <i>O-Beine-Fall</i>	149
bb. Im <i>Surgibone-Dübel-Fall</i>	152
b. „Entfallen der Rechtswidrigkeit“	153
aa. Im <i>Bandscheiben-Fall</i>	153
bb. Im <i>Bohrerspitzen-Fall</i>	154
cc. Im <i>Liposuktions-Fall</i>	154
dd. Im <i>Turboentzugs-Fall</i>	155
ee. Im <i>Gastroskopie-Fall</i>	156
c. Resümee	156
2. Dogmatische Deutung der Rechtsprechung durch die Literatur.....	159
a. Tatbestandsmodelle	160
aa. Kausalitätsansätze.....	160

(1) Darstellung	160
(2) Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des BGH zur hypothetischen Einwilligung	162
(3) Vereinbarkeit mit der Strafrechtsdogmatik	163
(a) Kausalität nach dem Maßstab der Äquivalenztheorie	163
(b) Grundsatz der Irrelevanz hypothetischer Kausalverläufe im Strafrecht	165
(c) Die hypothetische Einwilligung als eine aus- nahmsweise beachtliche Reserveursache?	167
(aa) Im Bereich der psychisch vermittelten Kausalität	168
(bb) Parallele zu dem „Gebot des Hinzuden- kens rettender Kausalverläufe“	170
(cc) Strukturelle Vergleichbarkeit zur „Kau- salität im strafrechtlichen Sinne“	173
(d) Rückgriff auf die „Quasi-Kausalitäts-Formel“	177
(e) Zwischenergebnis	183
(4) Resümee	183
bb. Zurechnungsansätze	183
(1) Darstellung	183
(2) Resümee	186
cc. Die hypothetische Einwilligung als negativ gefass- tes Tatbestandsmerkmal	188
dd. Lösung über den Rechtsgedanken der actio illicita in causa	191
b. Rechtswidrigkeitsmodelle	192
aa. Rechtfertigungsansatz	192
(1) Gleichsetzung von hypothetischer und mutmaß- licher Einwilligung	192
(a) Sinn und Zweck	194
(b) Anwendungsbereich	196
(c) Subsidiarität	197
(d) Willensermittlung	198
(e) Subjektive Voraussetzungen	203
(f) Resümee	205
(2) Die hypothetische Einwilligung als eigenständi- ger Rechtfertigungsgrund	205
(a) Darstellung	205
(b) Stellungnahme	206
(aa) Verfassungsrechtliche Bedenklichkeit eines neuen Rechtfertigungsgrundes?	206
(bb) Problematik des Fehlens eines subjekti- ven Rechtfertigungselements	207

(α) Ausweg über die Konstruktion als „gesamtrechtfertigender Rechtfertigungsgrund“	207
(β) Ausweg über die Bestrafung aus Versuch.....	209
(cc) Unvereinbarkeit mit den herrschenden Rechtfertigungsprinzipien.....	210
(dd) Relativierung des Vorrangs der tatsächlichen Einwilligung und der diesen sichernden Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung	213
(c) Resümee	216
(3) Die hypothetische Einwilligung als Korrektiv innerhalb des Rechtfertigungsgrundes der tatsächlichen Einwilligung	216
(a) Darstellung	216
(b) Vereinbarkeit mit den Vorgaben und Ansätzen der Rechtsprechung	221
(c) Stellungnahme.....	222
bb. Zurechnungsansatz	228
(1) Zusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Tatbestandserfolg (<i>Kuhlen</i>)	229
(a) Dogmatischer Ausgangspunkt: Übertragung der Kriterien der objektiven Zurechnung auf die Rechtswidrigkeitsebene.....	229
(b) Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Straftataufbau.....	231
(c) Anwendungsvoraussetzungen	232
(aa) Beschränkung auf „zurechnungsrelevante Rechtfertigungsmängel“ (<i>Kuhlen</i>)	233
(bb) Beschränkung auf „rechtfertigungsnahe Situationen“ (<i>M. Dreher</i>)	236
(cc) Resümee.....	238
(d) Rechtsfolge	238
(e) Umfang des möglichen Zurechnungsausschlusses	240
(f) Zusammenfassung des Zurechnungsansatzes.....	245
(2) Zurechnungszusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Einwilligung	245
(3) Modell der Erfolgsrechtfertigung (<i>Mitsch</i>)	247
(a) Darstellung	247
(b) Fallbezogener Vergleich der Zurechnungskonzeption <i>Kuhlens</i> mit dem Modell der Erfolgsrechtfertigung <i>Mitschs</i>	249
(c) Stellungnahme zu dem Ansatz von Mitsch	251
(aa) Inkongruenter Beurteilungsmaßstab für die „hypothetische Einwilligung“	252

(bb) Uneinheitliche Rechtsfolgen der hypothetischen Einwilligung.....	253
(cc) Kritik an dem Konstrukt der Teil-Rechtfertigung aus dogmatischer Sicht.....	255
(dd) Fazit.....	258
c. Stellungnahme zu den Zurechnungsansätzen auf der Rechtswidrigkeitsebene.....	258
aa. Strukturelle Parallele zu der Figur des rechtmäßigen Alternativverhaltens.....	259
(1) Existenz eines tauglichen Zurechnungsobjekts.....	259
(a) „Einwilligung“ als Zurechnungsobjekt.....	260
(aa) Interpretation als „Einwilligung im rechtlichen Sinne“.....	260
(bb) Interpretation als „Einwilligung im tatsächlichen Sinne“.....	261
(cc) Zwischenergebnis.....	262
(b) „Tatbestandlicher Erfolg“ als Zurechnungsobjekt.....	262
(c) Zwischenergebnis.....	264
(2) Der Aufklärungsfehler als Anknüpfungspunkt für die Vergleichshypothese.....	264
(a) Erfordernis einer Anknüpfung an das unmittelbar rechtsgutsverletzende Verhalten?.....	264
(aa) Die Rechtsprechungsformel von der „konkreten kritischen (Verkehrs-)Lage“.....	265
(bb) Keine Verallgemeinerbarkeit dieser Formel.....	265
(cc) Zwischenergebnis.....	269
(dd) Beispiele aus der arztstrafrechtlichen Judikatur.....	269
(α) <i>Apotheker-Fall</i>	269
(β) <i>Zahnarzt-Fall</i>	270
(b) Der Aufklärungsfehler als Anknüpfungspunkt für die Pflichtwidrigkeit in der Rechtsprechung.....	271
(c) (Weitere) Erwägungen.....	272
(d) Fazit.....	273
(3) Wahrung der Reichweite des berücksichtigungsfähigen Alternativverhaltens.....	273
(a) Drei-Personen-Konstellation (Täter-Opfer-Ersatztäter).....	274
(aa) Grundsatz der Unbeachtlichkeit hypothetischen Drittverhaltens.....	274
(bb) Bestätigung durch BGHSt 30, 228 ff. (<i>Massenkarambolage-Fall</i>).....	275
(cc) Keine Ausnahme für hypothetisches rechtmäßiges Drittverhalten.....	276

(dd) Zwischenergebnis.....	277
(ee) Konsequenzen für die hypothetische Einwilligung	277
(b) Zwei-Personen-Konstellation (Täter-Opfer).....	277
(aa) Vorwurf: hypothetische Einwilligung als unzulässiger Alternativverlauf.....	277
(bb) Entkräftung des Vorwurfes mit Hilfe der verkehrsstrafrechtlichen Rechtspre- chung des BGH	278
(cc) Fazit: Grundsätzliche Berücksichti- gungsfähigkeit mitwirkenden Opferverhaltens....	279
(dd) Konsequenz: unterschiedliche Reichweitenbeschränkung bei Zwei-Personen- gegenüber Drei- Personen-Konstellationen.....	281
(ee) Rechtfertigung dieser Unterscheidung	282
(ff) Keine Ausnahme für pflichtgemäßes Opferverhalten	282
(c) Ausklammerung risikokonkurrierender Faktoren	283
(aa) Grundsätze im sog. <i>Klinikinsassen-Fall</i> des BGH.....	283
(bb) Gegenüberstellung zu dem <i>Radfahrer- Fall</i> des BGH	284
(cc) Fazit	284
(d) Zusammenfassung der zu beachtenden Grundsätze	285
(e) Vereinbarkeit der hypothetischen Einwilli- gung mit diesen Grundsätzen	286
(f) Zwischenergebnis	287
(4) Begrenzung der berücksichtigungsfähigen Faktoren auf Tatsachen?.....	287
(a) „Unbeachtlichkeitsthese“ (<i>Schwartz</i>).....	287
(b) „Sinnlosigkeitsthese“ (<i>Puppe</i>)	288
(c) Stellungnahme.....	288
(aa) Zur „Unbeachtlichkeitsthese“	288
(bb) Zur „Sinnlosigkeitsthese“	293
(cc) Fazit	297
(5) Pflichtwidrigkeitszusammenhang als spezifi- sches Merkmal des Fahrlässigkeitsdelikts?.....	298
(a) Ausgangsüberlegungen	298
(b) Standpunkt des Schrifttums	299
(c) Standpunkt der Rechtsprechung.....	303
(d) Eigene Überlegungen.....	305
(aa) Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahr- lässigkeitsdelikten	306

(α) These vom Plus-Minus-Verhältnis	306
(β) These vom Aliud-Verhältnis	307
(χ) Stellungnahme	308
(bb) Legitimation des Pflichtwidrigkeitszu- sammenhangs bei Fahrlässigkeitsdelik- ten und Übertragbarkeit auf Vorsatzdelikte	311
(α) Wortlautargument	311
(β) Ausschluss einer Zufallshaftung	311
(χ) Vermeidbarkeit des Erfolges als Wesensmerkmal der Fahrlässigkeit	312
(δ) Begrenzung durch den Schutz- zweck der Norm	313
(ε) Stellungnahme	315
(6) Zwischenergebnis	320
bb. Übertragbarkeit der Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf die Rechtswidrigkeitsebene	320
(1) Ausgangsüberlegungen	321
(2) Bedenken gegen eine objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen	323
(a) Kein Kausalzusammenhang zwischen Rechtfertigungsgründen und Erfolg	323
(b) Missachtung der spezifischen Eigenart der Rechtswidrigkeitsstufe in ihrer Divergenz zum Tatbestand	324
(c) Unvereinbarkeit mit der Ausnahmefunktion der Rechtfertigung	327
(d) Fehlen eines einheitlichen Anknüpfungspunktes	328
(e) Ergebnis	331
(3) Konsequenzen für die hypothetische Einwilligung	332
cc. Vereinbarkeit des Zurechnungsansatzes mit der Rechtsprechung des BGH	332
d. Resümee	333
3. Zwischenergebnis	333
IV. Alternative Lösungsmodelle unter Aufrechterhaltung der hypothetischen Einwilligung	334
1. Berücksichtigung als Strafaufhebungsgrund	334
2. Berücksichtigung als Strafmilderungsgrund	337
3. Berücksichtigung über die Einstellungsvorschriften der StPO (§§ 153 ff.)	339
4. Resümee	342
V. Alternative Lösungsmodelle unter Ablehnung der hypotheti- schen Einwilligung	342
1. Alternative Ansätze	342
a. Reduzierung des Umfangs der ärztlichen Aufklärungs- pflicht im Strafrecht	342

aa. Angleichung des Haftungsumfangs im Zivil- und Strafrecht.....	343
bb. Divergenter Zweck zivilrechtlicher gegenüber strafrechtlicher Haftung	343
cc. Ansätze einer Kehrtwende in der strafrechtlichen Rechtsprechung.....	345
dd. Stellungnahme.....	346
b. Einführung eines Sonderstraftatbestandes für eigenmächtige Heileingriffe	350
aa. Inhalt und Ziel der Reformbemühungen	350
bb. Konsequenzen für die hypothetische Einwilligung.....	351
cc. Stellungnahme	352
2. Gründe für eine Ablehnung der Rechtsfigur im Strafrecht.....	353
a. Unvereinbarkeit mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten.....	354
aa. Das Selbstbestimmungsrecht als Schutzgut der Körperverletzung.....	355
bb. Spannungsverhältnis der hypothetischen zur mutmaßlichen Einwilligung	358
cc. Geltung des „in dubio pro reo“-Grundsatzes im Arzt-Patienten-Verhältnis	359
b. Schwierigkeit der Ermittlung des hypothetischen Patientenwillens	362
aa. Fehlen hinreichender Anhaltspunkte	363
bb. Mangelnde Authentizität des nachträglich geäußerten Willens.....	364
cc. Manipulations- und Missbrauchsgefahr	365
dd. Problematik bei komatösen und verstorbenen Patienten	366
ee. Stellungnahme	368
c. Zwischenergebnis.....	373
3. Resümee.....	373
4 Schlussbetrachtung und eigenes Lösungsmodell	375
I. Zusammenfassende Schlussbetrachtung.....	375
II. Eigenes Lösungsmodell.....	380
1. Anwendbarkeit bei fehlender medizinischer Indikation und/oder nicht lege artis durchgeführter ärztlicher Behandlung.....	381
2. Begrenzung auf die Fälle fahrlässiger Aufklärungspflichtverletzung	383
a. Begründung.....	383
b. Konsequenzen für die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung	394
3. (Weitere) Mindestanwendungsvoraussetzungen.....	397
a. Vorliegen einer tatsächlich erteilten Einwilligung	398
b. Einwilligungsfähigkeit und Dispositionsbefugnis des Einwilligenden	400

c. Keine sonstigen Einwilligungsmängel.....	402
4. Ergebnis	404
III. Anwendung der hypothetischen Einwilligung außerhalb des Arztstrafrechts.....	406
1. Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtsspezi- fisches Konstrukt?	407
2. Ausweitung auf sonstige (einwilligungsfähige) Straftatbestände.....	408
a. Anwendung im Rahmen der §§ 223 ff. außerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses	409
b. Anwendung außerhalb der §§ 223 ff.....	412
aa. Bei einer gänzlich fehlenden Einwilligung	412
bb. Bei einer aufklärungsfehlerbedingt unwirksamen Einwilligung.....	413
c. Zwischenergebnis.....	415
3. Entsprechende Anwendung als ein „hypothetisches Einverständnis“	416
4. Fazit	425
IV. Ausblick.....	426
Literaturverzeichnis	431

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht
Zu den "Risiken und Nebenwirkungen" eines Transfers
der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht
Hengstenberg, N.
2013, XXII, 474 S. 1 Abb., Softcover
ISBN: 978-3-642-35918-7