

Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht

Von

Andreas Albrecht



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

Erster Teil

Einführung in die Problematik der „hypothetischen Einwilligung“ 33

Einleitung	33
§ 1 Die „hypothetische Einwilligung“ in der Praxis	33
§ 2 Die begriffliche Umschreibung der „hypothetischen Einwilligung“	44
A. Die zivil- und die strafrechtliche Perspektive bei der „hypothetischen Einwilligung“	45
B. Die Erweiterung der Problematik über die Grenzen des Arzt-Patien- ten-Verhältnisses	45
I. Der Standpunkt der Rechtsprechung in Strafsachen	45
II. Die Ausdehnung der „hypothetischen Einwilligung“	45
C. Die verschiedenen Fälle der ärztlichen Eigenmacht	48
D. Die Anerkennung der „hypothetischen Einwilligung“ bei Fahrlässig- keits- und Vorsatzdelikten	52
I. Die „hypothetische Einwilligung“ bei den Fahrlässigkeitsdelikten	52
II. Die „hypothetische Einwilligung“ bei den Vorsatzdelikten	52
E. Die verschiedenen Maßstabsfiguren bei der „hypothetischen Einwilli- gung“	56
F. Die „hypothetische Einwilligung“ zwischen „in dubio pro reo“ und der Risikoerhöhungslehre	60

Erstes Kapitel

Die Entwicklung des Diskussionsstandes bei der „hypothetischen Einwilligung“ 63

§ 1 Die zivilrechtliche Problematik zu Zeiten des Reichsgerichts	63
A. Ausgangspunkt	63
B. Die Entwicklung bis zur Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. März 1940	66
I. Die rückwärtige Tendenz bei der „hypothetischen Einwilligung“	66
II. Die Zurückhaltung des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 8. März 1940	67

§ 2	Die „hypothetische Einwilligung“ zu Zeiten des Bundesgerichtshofs.	70
A.	Die Entwicklung der „hypothetischen Einwilligung“ bis Anfang der 80er Jahre	70
I.	Die Entwicklung des Rechtsgedankens in der Rechtsprechung ..	70
II.	Die Entwicklung des Rechtsgedankens im Schrifttum	74
1.	Der Rechtsgedanke im Zivilrecht.	74
2.	Die Beschäftigung mit dem Rechtsgedanken im Strafrecht. ...	77
B.	Die Entwicklung der „hypothetischen Einwilligung“ bis in die Gegenwart	78
I.	Die Entwicklungslinie im Zivilrecht	78
1.	Die Anerkennung der „hypothetischen Einwilligung“ in der Rechtsprechung.	78
2.	Die dogmatischen Unsicherheiten bei der rechtlichen Einordnung der „hypothetischen Einwilligung“	81
3.	Die tatsächliche Umgebung	82
4.	Das Schrifttum	84
II.	Die Entwicklungslinie im Strafrecht	86
1.	Der Einfluss des Zivilrechts auf das Strafrecht.	86
2.	Die rückwärtige Tendenz nach dem Bandscheibenfall	91

Zweites Kapitel

Vorläufige Feststellungen zur „hypothetischen Einwilligung“	97
--	----

Zweiter Teil

Die „hypothetische Einwilligung“ in der dogmatischen Betrachtung	101
---	-----

Drittes Kapitel

Die Einwilligung als Tatbestandsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund	101
--	-----

§ 1	Hinführung zur Problematik	101
I.	Die Einwilligung (auch) im „Surgibone“-Dübelfall als Rechtfertigungsgrund	101
II.	Die Einordnungsproblematik der Einwilligung als Tatbestandsausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund – ein originäres Problem der Einwilligung	101
III.	Die Relevanz der rechtlichen Einordnung der Einwilligung für die „hypothetische Einwilligung“	102
1.	Die „normativen“ „Zusammenhangslösungen“	103
a)	<i>Krauß</i>	103
b)	<i>Tag</i>	105

2. Die Stellungnahme <i>Kindhäusers</i>	105
3. Die Stellungnahme <i>Roxins</i>	105
IV. Die verschiedenen rechtstheoretischen Standpunkte zur Einwilligung	106
§ 2 Die Entwicklung der Einordnungsproblematik aus dem geschützten Rechtsgut	108
A. Gesicherte Erkenntnisse der Lehre vom Rechtsgut	108
B. Das „Interesse des Individuums“ als geschütztes Rechtsgut	110
C. Die theoretische Überwindung der „Objekts-Auffassung(en)“ des geschützten Rechtsguts durch die Entwicklung der personalen Rechts- gutslehre	110
I. Die Entwicklung der personalen Rechtsgutslehre	110
II. Die „Objekts-Auffassung(en)“	113
1. Die Beschreibung der „Objekts-Auffassung(en)“	113
2. Die Probleme bei der „Objekts-Auffassung“	114
a) Der Wortlaut des § 34 StGB	114
b) Der Eigen- oder Sozialwert der materiellen Güter	115
aa) „Werte und Bewusstsein“	115
bb) Die Vereinbarkeit der „Objekts-Auffassung(en)“ mit der geltenden Rechtslage	119
D. Die Entwicklung des geschützten Rechtsguts aus der Aufgaben- bestimmung des Strafrechts	119
I. Die „Verfügungsbefugnis“ als geschütztes Rechtsgut	119
1. Die Beschreibung der Rechtsgutsauffassung	119
2. Die Probleme mit der „Verfügungsbefugnis“	121
a) Die konstruktiven Schwierigkeiten	121
b) Kritik an den inhaltlichen Aussagen	124
aa) Die Aufgabenbeschreibung des Strafrechts	124
bb) Die wechselseitige Verschränkung der Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit bei den Rechts- gütern	126
II. Das „Handlungspotential“ als geschütztes Rechtsgut	127
III. Das hier zugrundegelegte abstrakte Rechtsgutsverständnis	129
§ 3 Die „hypothetische Verfügungsbefugnis“ als geschütztes Rechtsgut	132
I. Die Beschreibung der Rechtsgutsauffassung	132
II. Die Probleme mit der „hypothetischen Verfügungsbefugnis“	133
1. Der Patient als „Subjekt der Behandlung“	133
2. Die Verfehlung des mit der Einwilligung und der ärztlichen Aufklärungspflicht verfolgten Zwecks	135
3. Die Unvereinbarkeit der „Verfügungsbefugnis“ als geschütztes Rechtsgut mit der „hypothetischen Einwilligung“	136
§ 4 Weitere vorläufige Feststellungen zur „hypothetischen Einwilligung“	138

Viertes Kapitel

Das geschützte Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte	140
§ 1 Einführung zur Problematik	140
I. Die Bedeutung der Rechtsgutsbeschreibung für die „hypothetische Einwilligung“	140
1. Der ärztliche Heileingriff als Körperverletzung	140
2. Der ärztliche Heileingriff als Verletzung der Selbstbestimmung	142
II. Prüfungsgegenstand	142
§ 2 Das geschützte Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte	143
§ 3 Die rechtliche Würdigung des ärztlichen Heileingriffs	145
A. Der Begriff der ärztlichen Heilbehandlung	145
B. Meinungsübersicht über die rechtliche Bewertung des ärztlichen Heileingriffs	146
I. Die „Konzepte“ der Rechtsprechung	146
II. Die verschiedenen Konzepte der Rechtslehre	147
1. Die subjektiven Kompensationsmodelle	147
2. Die objektiven Kompensationsmodelle	149
C. Die rechtliche Bewertung des ärztlichen Heileingriffs	153
§ 4 Die bei der „hypothetischen Einwilligung“ zugrundegelegte Beschreibung des geschützten Rechtsguts der Körperverletzungsdelikte	160
A. Die „Selbstbestimmung“ als geschütztes Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte in Rechtsprechung und Wissenschaft	160
I. Die „zweispurige Lösung“ von <i>Horn</i> und <i>Wolters</i>	161
II. Das „limitierte Kombinationsdelikt“ der Körperverletzung von <i>Schwartz</i>	161
III. Das „Seins- und Bestimmungsfeld der Persönlichkeit“	162
B. Die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	164
C. Die bedenklichen Konsequenzen der Umgestaltung des geschützten Rechtsguts der Körperverletzungsdelikte bei der „hypothetischen Einwilligung“	165
§ 5 Weitere vorläufige Feststellungen zur „hypothetischen Einwilligung“	166

Fünftes Kapitel

Die „hypothetische Einwilligung“ auf der Ebene des Tatbestandes	168
§ 1 Einführung in den Streitstand	168
§ 2 Die Ursächlichkeit und die „Ursächlichkeit im strafrechtlichen Sinne“	169
A. Die Darstellung der „Kausalitätslösungen“	169
I. Die Lösung des Fünften Strafsenats des Bundesgerichtshofs im „O-Bein“-Fall	169

II.	Die Lösung der anderen Strafsenate des Bundesgerichtshofs sowie des Oberlandesgerichts Hamm.....	170
III.	Die Lösung des Sechsten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs sowie einiger Oberlandesgerichte	173
IV.	Die „Kausalitätslösungen“ in der Lehre	175
B.	Einordnung der „hypothetischen Einwilligung“ in bekannte Strukturen der Rechtsprechung	176
I.	Vorläufige Feststellungen zu den „Kausalitätslösungen“.....	176
II.	Der „Ursachenzusammenhang im strafrechtlichen Sinn“ in der Radfahrerentscheidung.....	177
III.	Prüfungsgegenstand	180
C.	Die Auseinandersetzung mit der „Kausalitätslösung“.....	180
I.	Die Ursächlichkeit bei der „hypothetischen Einwilligung“.....	180
1.	Die Bedingungstheorie.....	180
a)	Die Ermittlung der Kausalität.....	181
b)	Rechtliche (Un-)Beachtlichkeit des „hypothetischen, ohne Irrtum gedachten Willens“ des Berechtigten	182
aa)	Die Irrelevanz „hypothetischer Ersatzursachen“ für die Kausalität.....	182
bb)	Das Missverständnis in der Fallgruppe der „geistigen Vorgänge im Innern des Menschen“	185
cc)	Die Rettungsversuche bei der Bedingungstheorie....	186
(1)	Intuitiver Ausschluss „hypothetischer Ersatzursachen“.....	187
(2)	Die Lehre vom Erfolg in seiner (ganz) konkreten Gestalt.....	187
(3)	Die „verbesserte“ Variante der Bedingungstheorie	193
2.	Die Lehre von der (natur-)gesetzmäßigen Bedingung	194
3.	Das Motivationsmodell in der Referendarentscheidung.....	196
a)	Die Anwendbarkeit der Bedingungstheorie bei „geistigen Vorgängen im Innern des Menschen“.....	196
b)	Die Übertragbarkeit und Übertragung des Motivationsmodells auf die „hypothetische Einwilligung“.....	197
II.	Die „Ursächlichkeit im strafrechtlichen Sinne“.....	198
1.	Logische Widersprüchlichkeit der Aussagen	199
2.	Vermischung von „wertfreier Kausalität“ und „Wertung“....	200
3.	Zerstreuung der Bedenken durch die Rechtsprechung	201
III.	Die Konsequenzen für die „hypothetische Einwilligung“.....	202
§ 3	Die „(Quasi-)Kausalität“ der Unterlassung der gebotenen ärztlichen Aufklärung	205
A.	Die Darstellung der „Unterlassungslösungen“	205
I.	Hinführung zum Streitstand	205

II.	Die Darstellung der „Unterlassungslösungen“ im Zivilrecht	205
1.	Die Lösung des Sechsten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs sowie einiger Oberlandesgerichte	205
2.	Die „Unterlassungslösungen“ in der Wissenschaft	207
III.	Die „Unterlassungslösung“ im Strafrecht	207
IV.	Die Berücksichtigung des hypothetischen Verhaltens im Rahmen der „Quasikausalitätsformel“	208
V.	Prüfungsgegenstand	209
B.	Die Auseinandersetzung mit den Gedanken von <i>Kleinwerfers</i> und <i>Wilts</i>	210
C.	Die Unterscheidung von Tun und Unterlassen	211
I.	Die Unterscheidung von Tun und Unterlassen in „einfach“ und „mehrdeutig“ gelagerten Fällen	211
II.	Die „Schwerpunktformel“	214
1.	Der Sachverhalt der „hypothetischen Einwilligung“ als „ambivalente“ (?) Fallgestaltung	214
2.	Die Auseinandersetzung mit der „Schwerpunktformel“ i. V. m. dem Kriterium des „sozialen Handlungssinns“	215
a)	Bewertungsgegenstand bei der „hypothetischen Ein- willigung“	215
b)	„Umdeutung“ in ein Unterlassen	220
III.	Die geringe Resonanz der „Unterlassungslösungen“	223

Sechstes Kapitel

Die „hypothetische Einwilligung“ auf der Ebene der Rechtswidrigkeit 225

§ 1	Einführung in den Streitstand	225
§ 2	Die Darstellung der „Rechtfertigungslösungen“	226
A.	Der Gedanke des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“	226
I.	Die Darstellung der „normativen“ „Zusammenhangslösungen“ . .	226
1.	Der „normative Zusammenhang“ zwischen dem „Aufklä- rungsmangel“ und dem „tatbestandlichen Körperverletzungs- erfolg“	226
a)	Die Übertragung der Lehre der objektiven Zurechnung auf die Rechtswidrigkeitsebene	226
aa)	<i>Kuhlen</i>	226
bb)	<i>Dreher</i>	231
b)	Der bei der Einwilligung von <i>Geppert</i> geforderte „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“	233
c)	Die Parallele zum Kokainfall bei <i>G. Hirsch</i> und <i>Weißbauer</i>	233

2. Der „normative Zusammenhang“ zwischen dem „Aufklärungsmangel“ und der „Einwilligung“	234
a) <i>Rönnau</i>	234
b) <i>Eisele</i>	236
c) <i>Ulsenheimer</i>	236
3. Nicht klar zuzuordnende Stimmen	237
a) <i>Amelung</i>	237
b) <i>Kühl</i>	237
c) <i>Rengier</i>	238
II. Die Darstellung der „Risikoerhöhungslösung“ von <i>Roxin</i>	238
III. Die Darstellung der Lösung von <i>Mitsch</i>	240
IV. Vorläufige Feststellungen zu den „Wertungslösungen“	242
B. Die „Rechtfertigungslösungen“ (i. e. S.)	245
I. Der Gedanke der „Irrtumsrelevanz“ bei der Einwilligung	245
1. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 8. März 1940	245
2. Der Famulusfall	246
3. Das Schrifttum	247
a) <i>Geilen</i>	247
b) <i>Merkel</i>	250
c) <i>Müller-Dietz</i>	251
II. Der Gedanke eines „echten Rechtfertigungsgrundes“	252
1. Die Gleichsetzung von „mutmaßlicher“ und „hypothetischer Einwilligung“	252
2. Der eigenständige Rechtfertigungsgrund der „hypothetischen Einwilligung“	252
a) Die Rechtsprechung	252
aa) Die Lösung des Ersten Strafsenats des Bundesgerichtshofs im Bandscheibenfall und im Bohrerfall	252
bb) Die Lösung des Vierten Strafsenats des Bundesgerichtshofs im Liposuktionsfall	254
cc) Die Lösung des Ersten Strafsenats des Bundesgerichtshofs im Turboentzugsfall	256
dd) Die zivilrechtliche Rechtsprechung	256
b) Das Schrifttum	257
aa) <i>Böcker</i>	257
bb) <i>Beulke</i>	257
cc) <i>Jahn</i>	258
III. Vorläufige Feststellungen zu den „Rechtfertigungslösungen“ (i. e. S.)	258
§ 3 Die Auseinandersetzung mit dem Gedanken des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“	259
A. Die Anerkennung des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“	259

I.	Die Unterscheidung der strukturellen Situationen beim „rechtmäßigen Alternativverhalten“	259
II.	Begründung des Zurechnungserfordernisses	262
1.	Zur Begründung vorgetragene Gedanken	263
2.	Die Behandlung nach den eigenen Prämissen	270
a)	Die Behandlung des „erlaubten Risikos“	271
aa)	Beschreibung des „erlaubten Risikos“	271
bb)	Konkretisierung der Rechtspflicht, einen bestimmten Erfolg zu vermeiden	276
b)	Die Prämissen im Unrechtsaufbau	277
c)	Die Anwendung der Prämissen	278
aa)	Behandlung der Fälle, in denen das „erlaubte Risiko“ eingehalten wurde	278
bb)	Behandlung der Fälle, in denen das „erlaubte Risiko“ nicht eingehalten wurde	280
B.	Die Übertragbarkeit des Gedankens des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ auf die Einwilligung	281
I.	Der „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“	281
1.	Der strukturelle Unterschied zwischen dem „rechtmäßigen Alternativverhalten“ und der „hypothetischen Einwilligung“	281
2.	Die Vermeidbarkeitstheorie	284
a)	Rechtliche (Un-)Beachtlichkeit des „hypothetischen, ohne Irrtum gedachten Willens“ des Berechtigten	284
aa)	Der Korrekturversuch der Vermeidbarkeitsformel	284
bb)	Die Unterscheidung zwischen dem „hypothetischen Denkverfahren“ bei der Vermeidbarkeitsformel und der Beachtlichkeit „hypothetischer Ersatzursachen“ ..	288
b)	Die „Gleichstellung“ von ärztlichen „Behandlungs-“ und „Aufklärungsfehlern“	291
II.	Der bei der „hypothetischen Einwilligung“ geforderte „Zusammenhang“	293
1.	Der „Zusammenhang“ zwischen dem „Aufklärungsmangel“ und dem „tatbestandlichen Körperverletzungserfolg“	293
a)	Der „Zusammenhang“ auf der Tatbestandsebene	293
b)	Das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit	295
2.	Der „Zusammenhang“ zwischen dem „Aufklärungsmangel“ und der „Einwilligung“	296
III.	Die Übertragung des Gedankens des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ auf die Vorsatzdelikte	299
1.	Die Darstellung des Meinungsstandes	299
2.	Vorsatz schließt den Gedanken „rechtmäßigen Alternativverhaltens“ aus	302

IV.	Die Lösung von <i>Mitsch</i>	305
C.	Zusammenfassung	307
§ 4	Die Auseinandersetzung mit dem Gedanken der „Irrtumskausalität“	309
A.	Die „Irrtumskausalität“ bei der Einwilligung	309
I.	Die Einordnungsproblematik der „Irrtumskausalität“	309
II.	Der strukturelle Unterschied zwischen der Kausalität und der „Irrtumskausalität“ bei der („hypothetischen“) Einwilligung	310
III.	Der Zweck der „Irrtumskausalität“ und dessen Umsetzung	311
1.	Der Zweck der „Irrtumskausalität“	311
2.	Die methodische Umsetzung dieses Zwecks	311
a)	Rechtliche (Un-)Beachtlichkeit des „hypothetischen, ohne Irrtum gedachten Willens“ des Berechtigten	311
b)	Die Darstellung der Methode zur Ermittlung eines Autonomiedefizits bei der Einwilligung	312
aa)	Die Darstellung der Methode	313
bb)	Die beachtlichen Sachverhalte eines „Abbruchs der Irrtumskausalität“ (<i>Rönnau</i>)	315
(1)	Anderweitige Beschaffung der Informationen	315
(2)	Keinerlei Berücksichtigung des Irrtums bei der Entscheidungsfindung	316
B.	Die Beschränkungen der „hypothetischen Einwilligung“	317
I.	Die Unterscheidung des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 8. März 1940	317
II.	Die Parallele zur Rechtsgeschäftstheorie	319
III.	Die Unterscheidungsversuche in der heutigen Diskussion	321
1.	Der Gedanke des „rechtmäßigen Alternativverhaltens“	321
2.	Die „Funktionsbestimmung strafrechtlicher Gewährleistungsnormen“	322
IV.	Die Aufgabe der restriktiven Behandlung der „hypothetischen Einwilligung“	323
V.	Die Berechtigung der differenzierenden Betrachtung des Reichsgerichts	324
C.	Die verschiedenen Maßstabsfiguren bei der „hypothetischen Einwilligung“	325
I.	Die Parallele zur Rechtsgeschäftstheorie	325
II.	Der „verständige“ (objektive) Patient	325
1.	Die Verletzung der Autonomie des Einwilligenden	325
2.	Die Ersetzung der Einwilligung	326
III.	Der „konkrete“ individuelle (subjektive) Patient	327
1.	Der Schutz der „spezifischen Lage vor dem Eingriff“	327
2.	Die plausible Schilderung eines „echten Entscheidungskonflikts“	329
D.	Die Beweislast bei der „hypothetischen Einwilligung“	330

§ 5 Die Auseinandersetzung mit dem Gedanken der hypothetischen Rechtfertigung	331
A. Strukturelle Unterschiede zwischen den Rechtfertigungsgründen und der „hypothetischen Einwilligung“	331
I. Der strukturelle Unterschied zwischen der Einwilligung und der „hypothetischen Einwilligung“	331
1. Die Ermittlung der Rechtspflichtwidrigkeit des ärztlichen Handelns	331
2. Die Impfentscheidung des Dritten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs	333
II. Der Gedanke eines „mutmaßlichen“ und „hypothetischen Einverständnisses“ als Exkurs	334
III. Der Gedanke einer „hypothetischen Rechtfertigung“	335
1. Der strukturelle Unterschied zwischen der Rechtfertigung und der „hypothetischen Rechtfertigung“	335
2. Das fehlende „subjektive Rechtfertigungselement“ in dem Notwehrbeispiel von <i>Ulsenheimer</i>	336
IV. Der Gedanke und die Bedeutung des „mutmaßlichen Willens“ des Berechtigten	340
1. Die Begriffsbestimmung der „mutmaßlichen Einwilligung“ ..	340
2. Die behauptete Ähnlichkeit zwischen der „mutmaßlichen“ und der „hypothetischen Einwilligung“	342
3. Die Unterscheidung von „mutmaßlicher“ und „hypothetischer Einwilligung“	343
a) Der strukturelle Unterschied von „mutmaßlicher“ und „hypothetischer Einwilligung“	344
b) Der Subsidiaritätsgedanke bei der „mutmaßlichen Einwilligung“	345
aa) Die Beschreibung des Subsidiaritätsgedankens	345
bb) Die Konsequenzen aus der rechtlichen Gestattung bei der „hypothetischen Einwilligung“	346
c) Zeitpunkt und Maßstab der Willensermittlung	348
V. Vorläufige Zusammenfassung	349
B. Die Problematik der nachträglichen Befragung des Patienten bei der „hypothetischen Einwilligung“	350
I. Der Grundsatz der unbedingten Rechtswidrigkeit	350
II. Die „Rückwirkungsfiktion“ bei der „hypothetischen Einwilligung“	352
1. Die „Konstruktion einer Rückwirkungsfiktion“ bei der „hypothetischen Einwilligung“	352
a) Die Darstellung der „Rückwirkungsfiktion“	352
b) Die Problematik der „Rückwirkung“	353
aa) Die Ablehnung der „Rückwirkung“ aus normativen Gründen	353

bb) Die Problematik der „Rückwirkung“ in der Zeit	354
(1) Die Unterscheidung zwischen der „Rückwirkung einer Rechtsfolge“ und der „Ersetzung eines früheren Zustandes für die Gegenwart und Zukunft“	354
(2) Keine „Rückwirkung“ auch im Zivilrecht.	355
2. Die Vereinbarkeit der „hypothetischen Einwilligung“ als Zurechnungsausschluss und als „echter Rechtfertigungsgrund“ mit dem Grundsatz der unbedingten Rechtswidrigkeit.	355
a) Die Unterscheidung zwischen der nachträglichen Zustimmung („Genehmigung“) und der „hypothetischen Einwilligung“	356
aa) Die Bedeutungslosigkeit der nachträglichen Zustimmung („Genehmigung“) im Strafrecht.	356
bb) Die strukturellen Unterschiede zwischen der nachträglichen Zustimmung („Genehmigung“) und der „hypothetischen Einwilligung“	357
b) Die „hypothetische Einwilligung“ oder die „nachträgliche Hypothesenbildung“ als eine „Art von Genehmigungstatbestand“	358
aa) Der Begriff der „nachträglichen Hypothesenbildung“	358
bb) Die Ablehnung dieser Konstruktion.	360
(1) Die „hypothetische Einwilligung“ als „echter Rechtfertigungsgrund“	360
(2) Die „hypothetische Einwilligung“ als „Zurechnungsausschluss“	361
c) Die Umgehung dieser Bedenken durch eine Einschränkung des „Wissenshorizontes“	361
aa) Der „Wissenshorizont“	361
(1) „Erfolgsorientierte“ Sichtweise bei der „hypothetischen Einwilligung“	362
(2) „Entscheidungsbezogene“ Sichtweise bei der „hypothetischen Einwilligung“	363
bb) Die Schwächen der „erfolgsorientierten“ und der „entscheidungsbezogenen“ Konzeptionen der „hypothetischen Einwilligung“	364
III. Die Problematik des Schwebezustandes	367
1. Die Schaffung eines Schwebezustandes durch die „nachträgliche Hypothesenbildung“	367
2. Verstoß gegen das Oficialprinzip bei der „hypothetischen Einwilligung“	368
3. Einfluss der „hypothetischen Einwilligung“ auf Gegenrechte	371
C. Das subjektive Rechtfertigungselement bei der „hypothetischen Einwilligung“	373
I. Die Anerkennung eines subjektiven Rechtfertigungselements bei der „hypothetischen Einwilligung“	374

1. Die Beschreibung des subjektiven Rechtfertigungselements bei der „hypothetischen Einwilligung“	374
2. Der strukturelle Unterschied zwischen der subjektiven Vorstellung bei der Einwilligung und der „hypothetischen Einwilligung“	375
a) Die Ermittlung des Vorsatzes	375
b) Keine Anerkennung eines Erlaubnistatbestandsirrtums.	375
3. Der eigentliche Inhalt des Glaubens an die „hypothetische Einwilligung“	377
II. Die Überlegungen Böckers hinsichtlich einer „gesamtrechtfertigenden“ „hypothetischen Einwilligung“ bei Nichtvorliegen des subjektiven Rechtfertigungselements	378
1. Das Fehlen des subjektiven Rechtfertigungselements	378
2. Ein „körperverletzungsspezifischer Rechtfertigungsgrund“ mit „gesamtrechtfertigender Wirkung“	379
D. Zusammenfassung	380

Siebentes Kapitel

Die „hypothetische Einwilligung“ und die Anerkennung „hypothetischer Ersatzursachen“ im Rahmen der objektiven Erfolgszurechnung 385

§ 1	Hinführung zur Problematik	385
§ 2	Die Lehre vom „Chancensaldo“	386
A.	Übersicht über die Beachtlichkeit von hypothetischen Ersatzursachen.	386
I.	Die verschiedenen Fallgruppen und Konstruktionen	386
II.	Der verschiedenen Begriffe des Unrechtserfolges	388
B.	Einordnung der „hypothetischen Einwilligung“ in die Lehre vom „Chancensaldo“	388
I.	Die „Lehre von der Wahrung der Interessendefinition“ des Berechtigten.	388
II.	Strukturelle Vergleichbarkeit der vorhandenen Fallgruppen und Zurechnungsprinzipien mit der „Interessenlehre“	389
III.	Prüfungsgegenstand	391
§ 3	Die rechtliche Bewertung der „hypothetischen Einwilligung“ als „hypothetische Ersatzursache“ im Rahmen der objektiven Erfolgszurechnung.	392
A.	Nicht zwingende Argumente	392
I.	Das Evidenzerlebnis ungerechter Bestrafung	392
II.	Der Wortlaut der Erfolgsdelikte	395
III.	Zufälligkeiten bestimmen die Erfolgszurechnung	396
IV.	Die positivrechtliche Argumentation	397
B.	Die „Grundentscheidung zur Funktion strafrechtlicher Normen“	399

I.	Die Gegenüberstellung der verschiedenen Ansichten.....	399
II.	Das geschützte Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte („Erfolgsseite“)	400
1.	Der Schutz des Patienten als „Subjekt der Behandlung“.....	400
a)	Das konkrete Rechtsgutsverständnis bei der „hypothetischen Einwilligung“	400
b)	Das hier zugrundegelegte Rechtsgutsverständnis.....	401
2.	Die Unbeachtlichkeit „hypothetischer Ersatzursachen“ in anderen Fallgruppen	405
a)	Die Fallgruppe der „hypothetischen Eigen-/Opferschädigung“	406
aa)	Die positivrechtliche Wertung	406
bb)	Die (Un-)Beachtlichkeit der „hypothetischen Eigen-/Opferschädigung“ in der Wissenschaft	407
b)	Die Fallgruppe der „personengebundenen Rechtfertigungsgründe“.....	409
aa)	Die Herausarbeitung des Schutzgedankens.....	409
bb)	Auseinandersetzung	412
(1)	Kritik an der Unterscheidung	412
(2)	Wertungswiderspruch	412
c)	Vorläufige Zusammenfassung.....	414
III.	Die Bewahrung der „Aktwerte rechtlicher Gesinnung“ als „tiefere Aufgabenbestimmung“ des Strafrechts („Handlungsseite“).....	414
1.	Der Schutz der „Aktwerte rechtlicher Gesinnung“ bei <i>Welzel</i>	415
2.	Die Übertragung dieses Gedankens auf die „hypothetische Einwilligung“	419
a)	Strafrecht als Vertypung von real existierenden Erwartungshaltungen	419
b)	Die real existierende Erwartungshaltung bei der ärztlichen Aufklärungspflicht	419
c)	Die praktische Wirkung des Strafrechts auf diese Erwartungshaltung.....	420
aa)	Der Schutz des Strafrechts nach der Anerkennung der „hypothetischen Einwilligung“.....	420
bb)	Die (Un-)Beachtlichkeit der Berufspflicht	421
cc)	Zusammenfassende Bewertung	421
IV.	Die Gegeneinwände <i>Samsons</i> für <i>sein</i> Intensivierungsprinzip ...	422
C.	Die Bedeutung der „hypothetischen Einwilligung“ für das Arzt-Patienten-Verhältnis.....	424
I.	Die Verkenntung des Sinns der ärztlichen Aufklärungspflicht ...	424
II.	Die negativen Entwicklungen im Medizinsystem	425
D.	Zusammenfassung	427

Achstes Kapitel

**Die Manipulationsgefahren bei der
„hypothetischen Einwilligung“**

430

§ 1	Hinführung zur Problematik	430
§ 2	Das Beweisthema der „hypothetischen Einwilligung“ und seine Einschränkung	431
A.	Der geforderte „Zusammenhang“ als Beweisthema	431
I.	Die Einschränkung der freien richterlichen Überzeugungs- bildung bei der „hypothetischen Einwilligung“	431
1.	Die „an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“ nach der Vermeidbarkeitstheorie	431
2.	Der „hohe Grad an Wahrscheinlichkeit“	432
3.	Die restriktive Handhabung des „Zweifelsgrundsatzes“ in der Wissenschaft.	435
a)	Die Formel der „Plausibilität“	435
b)	Die Formel der „bloßen Wahrscheinlichkeit“	436
II.	Beweisgegenstand	438
1.	Objektive Umstände	439
2.	Willensbekundungen des Berechtigten	440
a)	Das regelmäßige Fehlen früherer Äußerungen des Patienten	440
b)	Die nachträgliche Befragung des Patienten	440
aa)	Die im Strafrecht verpönte Betrachtung „ex post“ ...	440
bb)	Fehlende Rekonstruierbarkeit der „spezifischen Lage vor dem Eingriff“	441
III.	Zusammenfassung	442
B.	Die Zurückdrängung des „Zweifelsgrundsatzes“	445
I.	Opportunitätsmechanismen	445
II.	„Beweislastumkehr“ im Strafrecht	445
III.	Der strukturelle Unterschied zwischen dem „Zweifelsgrundsatz“ und der Situation bei der „hypothetischen Einwilligung“	447
IV.	Der „Zweifelsgrundsatz“ und die Problematik bei nicht strikt determinierten „hypothetischen Geschehensabläufen“	448
1.	Die Unterscheidung von Tatsachenzweifeln und der Unge- wissheit prinzipieller Art bei „hypothetischen Geschehens- abläufen“	448
2.	Die Auseinandersetzung mit den Einwänden <i>Rönnaus</i>	450
a)	Die Abgrenzbarkeit von „Tatsachenzweifeln“ und der Ungewissheit prinzipieller Art bei „hypothetischen Ge- schehensabläufen“	450
b)	<i>Rönnaus</i> zweiter Einwand	455
V.	Zusammenfassung	456

C. Die Risikoerhöhungslehre	459
I. Die weitere Zurückdrängung von „in dubio pro reo“	459
II. Die Auseinandersetzung mit der „Risikoerhöhungslösung“	460
1. Die Ermittlung der Risikoerhöhung	460
2. Die Probleme der Risikoerhöhungslehre bei der „hypothetischen Einwilligung“	461
a) Die Verfehlung des mit der Einwilligung und der ärztlichen Aufklärungspflicht verfolgten Zwecks	461
b) Umkehrung des Grundsatzes „in dubio pro reo“	462
c) Die Problematik des Nachweises der Risikoerhöhung	463
§ 3 Die „Versuchslösung“ bei der „hypothetischen Einwilligung“	464
A. Die Gründe für die Versuchsstrafbarkeit bei der „hypothetischen Einwilligung“	464
B. Die Auseinandersetzung mit der „Versuchslösung“	466
I. Die Ermittlung des Vorsatzes bei der „hypothetischen Einwilligung“	466
II. Das Übergehen der theoretischen Bedenken	467
1. Theoretisch beinahe vollständiger Ausschluss der Versuchsstrafbarkeit	467
2. Praktisch erheblich eingeschränkter Bereich der Versuchsstrafbarkeit	468
a) Die „sichere“ Voraussicht der „hypothetischen Einwilligung“ und die Irrtumsfälle	469
b) Das „Fürmöglichhalten“ der „hypothetischen Einwilligung“	470
aa) Die Problematik bei den unechten Unterlassungsdelikten	471
(1) Die mögliche Interpretation der herrschenden Meinung	471
(2) Die Interpretation durch den Zweiten Strafsenat des Bundesgerichtshofs	472
(3) Bruch zwischen Vorsatz und subjektivem Versuchstatbestand (Tatentschluss)	473
bb) Die Wiederholung dieser Problematik bei der „hypothetischen Einwilligung“	476
3. Zusammenfassung	477

Neuntes Kapitel

Die „hypothetische Einwilligung“ auf der Ebene der Strafbarkeit 478

§ 1 Einführung in den Streitstand	478
I. Die Darstellung der „Strafbarkeitslösungen“	478

1. Die verschiedenen „Konstruktionen eines Strafaufhebungsgrundes“	478
a) Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafaufhebungsgrund bei <i>Böcker</i>	478
b) Die „nachträgliche Billigung“ als „besonderer Strafaufhebungsgrund“ bei <i>Mitsch</i> und <i>Weber</i>	478
2. Die „hypothetische Einwilligung“ als „Strafmilderungsgrund“ bei <i>Arzt</i> und <i>Schwartz</i>	479
II. Vorläufige Feststellung zu den „Strafbarkeitslösungen“	479
§ 2 Die „hypothetische Einwilligung“ oder die „besondere (körperverletzungsspezifische) nachträgliche Billigung“ als Strafausschließungsgrund (i. w. S.)	480
A. Der strukturelle Unterschied zwischen den Strafausschließungsgründen (i. w. S.) und der „hypothetischen Einwilligung“	480
B. Der Strafaufhebungsgrund der „besonderen (körperverletzungsspezifischen) nachträglichen Billigung“	481
I. Die „Umdeutung“ der „hypothetischen Einwilligung“ in einen Strafaufhebungsgrund der „besonderen (körperverletzungsspezifischen) nachträglichen Billigung“	481
II. Die Auseinandersetzung mit der „besonderen (körperverletzungsspezifischen) nachträglichen Billigung“	482
1. Die Berücksichtigung der nachträglichen Genehmigung als Strafausschließungsgrund (i. w. S.) bei <i>Weber</i>	482
2. Das Fehlen der „versuchsähnlichen Struktur“ bei den Körperverletzungsdelikten	483
3. Strukturelle Unterschiede zwischen den besonderen Rücktrittsvorschriften und der „nachträglichen Billigung“	485
C. Die Bewertung des „besonderen Strafaufhebungsgrundes“ de lege ferenda	488
I. Die Vorteile dieses Strafausschließungsgrundes	488
II. Die Nachteile dieses Strafausschließungsgrundes	489
§ 3 Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafmilderungsgrund	491
A. Die Darstellung des Meinungsstandes	491
I. Der allgemeine Diskussionsstand	491
II. Sonderansichten von <i>Spendel</i> und <i>Jakobs</i>	493
B. Die Erheblichkeit von „hypothetischen Ersatzursachen“ im Rahmen der Strafzumessungsgründe	495
C. Die Bewertung der „Strafzumessungslösung“	497

*Dritter Teil***Zusammenfassung und Entwicklung einer Lösungsmöglichkeit** 499

Zehntes Kapitel

Zusammenfassung der Zwischenergebnisse 499

- I. Die Rechtsgutslehre bei der „hypothetischen Einwilligung“ 499
 - 1. Das Rechtsgutsverständnis bei der „hypothetischen Einwilligung“ 499
 - 2. Die Konkretisierung des geschützten Rechtsguts der „körperlichen Unversehrtheit des Menschen“ 502
- II. Hypothesen entlasten den Täter nicht 503
- III. Eine „nachträgliche Hypothesenbildung“ entlastet den Täter nicht 506

Elftes Kapitel

Die Einschränkung der ärztlichen Aufklärungspflicht im Strafrecht 507

- § 1 Vorüberlegungen zur Entwicklung einer eigenen Lösung 507
 - A. Der Zweck der „hypothetischen Einwilligung“ 507
 - I. Der ursprüngliche Zweck der „hypothetischen Einwilligung“ . . . 507
 - II. Die „hypothetische Einwilligung“ als Korrektiv für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes wegen einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht 509
 - 1. Der Standpunkt des Bundesgerichtshofs 509
 - 2. Der Standpunkt der strafrechtlichen Wissenschaft 510
 - 3. Die Gründe für die „hypothetische Einwilligung“ 510
 - a) Einschränkung der Strafbarkeit des Arztes wegen einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht 510
 - b) Umgehung der Voraussetzungen des Behandlungsfehlerprozesses 511
 - B. Einordnung der ärztlichen Aufklärungspflicht 512
 - I. Die allgemeinen Lehren 512
 - 1. Die Täuschung und der Irrtum bei der Einwilligung 512
 - 2. Die Konsequenzen aus der Konstruktion der ärztlichen Aufklärungspflicht 514
 - II. Der Begriff der ärztlichen Aufklärungspflicht 515
 - 1. Die „therapeutische Aufklärung“ 515
 - 2. Die „Selbstbestimmungsaufklärung“ 515
 - a) Die verschiedenen Ausprägungen der „Selbstbestimmungsaufklärung“ 515
 - b) Die „Diagnoseaufklärung“ 516

c) Die „Verlaufsaufklärung“	517
d) Die „Risikoaufklärung“	518
III. Die Gründe für die Erweiterung der ärztlichen Aufklärungspflicht	520
C. Die Unterscheidung der mit der „hypothetischen Einwilligung“ verbundenen Probleme	525
I. Einschränkung des „Selbstbestimmungsrechts“ des Patienten bei der ärztlichen Heilbehandlung als Körperverletzung	525
II. Keine Unrechtseinschränkung durch eine „hypothetische Einwilligung“	525
III. Das zentrale Problem	526
IV. Die Unterscheidung des Reichsgerichts in seiner Entscheidung vom 8. März 1940	526
§ 2 Die Unterscheidung zwischen der Beeinträchtigung der „körperlichen Unversehrtheit“ und der „Selbstbestimmung“	528
A. Die Kenntnis des „konkreten Risikos“ der Rechtsgutsbeeinträchtigung	528
I. Die Täuschung	528
II. Der Irrtum	529
1. Der Gegenstand der Einwilligung	529
2. Die Konkretisierung der ärztlichen Aufklärungspflicht	531
3. Die Unterscheidung des Bundesgerichtshofs im „O-Bein“-Fall, im Bohrerfall und im Liposuktionsfall	532
B. Die Übertragung des Kriteriums auf die „Heileinwilligung“	535
I. Die „Behandlungseinwilligung“	535
II. Der strafrechtlich relevante Teil der „Risikoeinwilligung“	536
1. Die Konkretisierung des Rahmens der „Risikoaufklärung“	536
2. Die „Komplikationsdichte“	539
3. Die Existenz von Behandlungsalternativen	542
4. Der Famulusfall	544
C. Zusammenfassung der Konstruktion	545
D. Die Überzeugungskraft dieser Konstruktion	548
I. Der Sinn der ärztlichen Aufklärungspflicht	548
II. Die Übereinstimmung mit der allgemeinen Dogmatik	549
III. Die unterschiedliche Behandlung der ärztlichen Eigenmacht im Zivil- und Strafrecht	549
1. Die Einheit der Rechtsordnung	549
2. Der Schutz des Angeklagten vor Kriminalstrafe	550
a) Die Zweckbestimmung von Zivil- und Strafrecht	550
b) Die Vorhersehbarkeit der Rechtspflicht, einen bestimmten Erfolg zu vermeiden	552
c) Das geschützte Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte	552

Zwölftes Kapitel

Die Lösung der Beispielfälle 554

I.	Der „O-Bein“-Fall	554
II.	Der Cignolinfall	555
III.	Der „Surgibone“-Dübel Fall	557
IV.	Der Gebärmutterfall	558
V.	Der Bandscheibenfall	559
VI.	Der Bohrerfall	560
VII.	Der Liposuktionsfall	562
VIII.	Der Turboentzugsfall	563
Literaturverzeichnis		564
Stichwortverzeichnis		591