

Sandra Wiesner

# Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht



**Nomos**

# Inhaltsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abkürzungsverzeichnis  | 13 |
| I. Teil: Einleitung  | 15 |
| A. Einführung in die Thematik  | 15 |
| B. Gang der Untersuchung   | 18 |
| II. Teil: Definition der hypothetischen Einwilligung   | 20 |
| III. Teil: Medizinrechtlicher Hintergrund  | 21 |
| A. Historische Entwicklung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung in der zivilrechtlichen Judikatur                                   | 21 |
| I. Ursache für die Entwicklung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung   | 21 |
| II. Historische Entwicklung  | 22 |
| 1. Rechtsprechung des RG zum Einwand der hypothetischen Einwilligung   | 22 |
| 2. Wandel der Rechtsprechung Mitte des 20. Jahrhunderts  | 24 |
| 3. Beachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung in jüngerer Rechtsprechung  | 25 |
| B. Beweislastverteilung beim Vorbringen des Einwands der hypothetischen Einwilligung   | 29 |
| I. Grundsätze  | 29 |
| II. Austariertes System der Darlegungs- und Beweislast   | 31 |
| 1. Berufen des Arztes auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung  | 32 |
| 2. Darlegung eines Entscheidungskonflikts durch den Patienten  | 33 |
| 3. Widerlegen des Entscheidungskonflikts durch den Arzt  | 38 |
| C. Stand der Zivilrechtswissenschaft zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung   | 39 |
| I. Bestimmung des verletzten Rechtsguts als Weichenstellung für die grundsätzliche Beachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung | 39 |

|  |    |
|--|----|
| II. Stand der Lehre zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung  | 42 |
| 1. Unbeachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung   | 42 |
| 2. Anerkennung des Einwands der hypothetischen Einwilligung  | 44 |
| 3. Vermittelnde Ansicht  | 46 |
| D. Sonderstellung des Einwands der hypothetischen Einwilligung im Rahmen des Schmerzensgeldanspruchs                                   | 47 |
| I. Unbeachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung im Rahmen der Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen             | 48 |
| II. Anerkennung des Einwands der hypothetischen Einwilligung beim Ausgleich immaterieller Schäden                                      | 49 |
| III. Ansicht der Rechtsprechung zur Sonderstellung des Einwands der hypothetischen Einwilligung im Rahmen von Schmerzensgeldansprüchen | 50 |
| E. Zusammenfassung des arzthaftungsrechtlichen Hintergrunds der hypothetischen Einwilligung  | 51 |
| <br>   |    |
| IV. Teil: Übernahme der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht   | 52 |
| <br>   |    |
| A. Ärztlicher Heileingriff   | 52 |
| I. Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs  | 52 |
| 1. Körperverletzungsdoktrin der Judikatur  | 52 |
| 2. Standpunkt der Lehre  | 55 |
| a) Erfolgstheorie  | 56 |
| b) Erfolgsunabhängiger Lösungsansatz   | 58 |
| c) Zweispurige Lösungen  | 59 |
| d) Gefolgschaft der Rechtsprechung   | 61 |
| e) Anwendbarkeit der Qualifikationstatbestände   | 61 |
| 3. Stellungnahme   | 64 |
| II. Erforderlichkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund   | 66 |
| 1. Einwilligung  | 67 |
| a) Rechtsnatur der Einwilligung  | 67 |
| b) Voraussetzungen der Einwilligung  | 68 |
| aa) Disponibilität des beeinträchtigten Rechtsguts und Dispositionsbefugnis der Betroffenen  | 68 |
| bb) Einwilligungsfähigkeit   | 68 |
| cc) Form und Zeitpunkt der Einwilligungserklärung  | 69 |
| dd) Willensmangelfreiheit  | 70 |
| ee) Sittenwidrigkeitsklausel § 228 StGB  | 71 |
| ff) Handeln in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung  | 71 |
| c) Mutmaßliche Einwilligung  | 72 |
| 2. Aufklärung als spezifische Voraussetzung der Einwilligung in ärztliche Heileingriffe  | 73 |
| a) Zentrale Bedeutung der Aufklärung für die Rechtfertigung  | 73 |

|  |    |
|--|----|
| b) Arten der Aufklärung  | 74 |
| aa) Sicherheitsaufklärung/therapeutische Aufklärung  | 75 |
| bb) Selbstbestimmungsaufklärung: Diagnose-, Verlaufs- und<br>Risikoaufklärung  | 75 |
| (1) Diagnoseaufklärung   | 75 |
| (2) Verlaufsufklärung  | 76 |
| (3) Risikoaufklärung   | 77 |
| c) Grundsätze der Aufklärung   | 78 |
| aa) Arzt als Aufklärungspflichtiger  | 78 |
| bb) Patient als Adressat der Aufklärung  | 78 |
| cc) Form der Aufklärung  | 79 |
| dd) Zeitpunkt der Aufklärung   | 79 |
| ee) Umfang der Aufklärung  | 80 |
| ff) Fehlende Aufklärungsbedürftigkeit: Verzicht, eigene<br>Sachkunde, therapeutische Kontraindikation                          | 81 |
| B. Relevanz der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Judikatur  | 83 |
| I. Erste Ansätze zur Übertragung des Rechtsinstituts der hypothetischen<br>Einwilligung auf den Bereich des Medizinstrafrechts | 83 |
| 1. Urteil des BGH vom 28.06.1963 – 4 StR 202/63  | 83 |
| 2. Urteil des BGH vom 25.09.1990 – 5 StR 342/90  | 84 |
| 3. Surgibone-Fall, Urteil des BGH vom 29.06.1995 – 4 StR 760/94  | 85 |
| II. Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im<br>Medizinstrafrecht  | 88 |
| 1. Bandscheiben-Fall, Beschluss des BGH vom 15.10.2003 – 1 StR<br>300/03   | 88 |
| 2. Bohrer spitzen-Fall, Urteil des BGH vom 20.01.2004 – 1 StR 319/03   | 90 |
| III. Etablierung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung im<br>Medizinstrafrecht                                   | 91 |
| 1. Liposuktion-Fall, Urteil des BGH vom 05.07.2007 – 4 StR 549/06  | 91 |
| 2. Turboentzug-Fall, Urteil des BGH vom 23.10.2007 – 1 StR 238/07  | 92 |
| IV. Zusammenfassung der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung<br>in der strafrechtlichen Judikatur                       | 93 |
| C. Überblick über den Stand der Lehre zur Rechtsfigur der hypothetischen<br>Einwilligung                                       | 94 |
| I. Befürworter der hypothetischen Einwilligung   | 94 |
| II. Gegner der hypothetischen Einwilligung   | 95 |
| D. Dogmatische Einordnung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung  | 96 |
| I. Ansicht der strafrechtlichen Judikatur  | 96 |
| II. Ansätze der Wissenschaft   | 98 |
| 1. Einordnung der hypothetischen Einwilligung auf Ebene des Tatbe-<br>stands   | 98 |
| 2. Verortung der hypothetischen Einwilligung auf Ebene der<br>Rechtswidrigkeit   | 99 |

|   |     |
|---|-----|
| a) Qualifizierung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bzw. gesamtrechtfertigenden Rechtfertigungsgrund | 99  |
| b) Qualifizierung der hypothetischen Einwilligung als Zurechnungsausschluss   | 100 |
| aa) Lösungsvorschlag von <i>Kuhlen</i>  | 101 |
| bb) Lösungsvorschlag von <i>Mitsch</i>  | 103 |
| 3. Qualifizierung der hypothetischen Einwilligung als Strafausschließungs- bzw. Strafaufhebungsgrund                        | 105 |
| 4. Zusammenfassung der unterschiedlichen Ansätze der Wissenschaft   | 105 |
| E. Rechtspolitische Erwägungen für die Etablierung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht            | 105 |
| F. Kritische Auseinandersetzung mit dem Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung                                      | 107 |
| I. Rechtliche Bedenken  | 107 |
| 1. Strafrechtsdogmatische Unstimmigkeiten   | 107 |
| a) Lösungsvorschlag von <i>Kuhlen</i>   | 108 |
| b) Lösungsvorschlag von <i>Mitsch</i>   | 111 |
| 2. Missachtung bestehender Grundsätze im Strafrecht   | 112 |
| a) Unbeachtlichkeit von Reserveursachen bzw. hypothetischen Kausalverläufen   | 112 |
| b) Unbeachtlichkeit einer nachträglichen Zustimmung bzw. eines nachträglichen Verzichts auf Rechtsschutz                    | 117 |
| 3. Verhältnis zwischen hypothetischer und mutmaßlicher Einwilligung   | 120 |
| 4. Nichtbeachtung des verfassungsrechtlich verankerten Selbstbestimmungsrechts des Patienten                                | 123 |
| a) Entstehung und Entwicklung des Selbstbestimmungsrechts   | 123 |
| b) Verletzung des Selbstbestimmungsrechts durch die Hypothesenbildung   | 125 |
| 5. Unmöglichkeit eines Ausgleichs im Wege der Beweislastverteilung  | 128 |
| II. Tatsächliche Schwierigkeit der Determination der Entscheidung des Patienten aufgrund der fiktiven Situation             | 130 |
| III. Konsequenzen der Anerkennung des Rechtsinstituts   | 133 |
| 1. Im Bereich des Medizinstrafrechts  | 133 |
| a) Disposition des Patienten über die Strafbarkeit des Arztes   | 133 |
| b) Gefahr unzureichender Aufklärung durch Ärzte mangels strafrechtlicher Konsequenzen                                       | 134 |
| 2. Im Bereich des gesamten Strafrechts  | 136 |
| IV. Konsequenz der Nichtzulassung des Rechtsinstituts   | 137 |
| G. Alternativen zur hypothetischen Einwilligung als „Haftungskorrektiv“   | 138 |
| I. Alternative Haftungskorrekative im Bereich des materiellen Strafrechts   | 138 |
| 1. Absenken der Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht im Strafrecht   | 139 |
| a) Argumente für eine Anpassung der Aufklärungserfordernisse an das Strafrecht  | 140 |

|   |     |
|---|-----|
| b) Argumente gegen eine Anpassung der Aufklärungserfordernisse an das Strafrecht                              | 143 |
| c) Diskussion   | 144 |
| 2. Sonderstrafrecht für Ärzte   | 146 |
| a) Einführung eines Tatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung   | 146 |
| aa) Reformbestrebungen zur Schaffung eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung                | 146 |
| bb) Grundgedanke der Reformbestrebungen   | 150 |
| cc) Vorteile eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung  | 152 |
| dd) Nachteile eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung                                       | 153 |
| ee) Auswirkungen eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung auf die hypothetische Einwilligung | 155 |
| b) Privilegierungsvorschriften im Rahmen des allgemeingültigen Strafrechts                                    | 155 |
| aa) Schaffung eines Ärzteprivilegs  | 155 |
| bb) Einführung eines Strafmilderungsgrundes für Ärzte   | 158 |
| 3. Schutzzweckgedanke als strafbegrenzendes Kriterium   | 159 |
| a) Grundgedanke der Schutzzwecklehre  | 159 |
| b) Auswirkungen der Schutzzwecklehre auf die hypothetische Einwilligung                                       | 163 |
| II. Strafprozessuale Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung durch Anwendung der Opportunitätsvorschriften       | 164 |
| III. Zusammenfassung  | 166 |
| H. Stellungnahme  | 166 |
| I. Argumente gegen die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht                       | 167 |
| II. Argumente für die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht                        | 168 |
| III. Fazit  | 170 |
| <br>  |     |
| V. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse  | 174 |
| <br>  |     |
| Literaturverzeichnis  | 179 |