

# Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht

## Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?

Von cand. iur. **Scarlett Jansen**, Bonn\*

### I. Einleitung

Die ärztliche Heilbehandlung stellt ein vielfältiges Problem im Strafrecht dar. Kern der Problematik ist die mögliche Strafbarkeit des Arztes wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Körperverletzung oder gar Tötung trotz der guten Absicht des Arztes, seiner Intention, zu heilen. Für Ärzte gilt: *salus et voluntas aegroti suprema lex* – Das Heil und der Wille des Kranken sind oberstes Gesetz. Doch kommt es vor, dass Ärzte dem Heil einen höheren Rang einräumen als dem Willen des Patienten. Eine solche Fallgestaltung, bei der es um das Spannungsverhältnis zwischen Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten<sup>1</sup> geht, liegt auch der sogenannten hypothetischen Einwilligung zugrunde.

Nach herrschender Meinung<sup>2</sup> bedarf es im Regelfall vor einem ärztlichen Eingriff einer wirksamen Einwilligung, durch die der Eingriff gerechtfertigt ist. Eine Einwilligung ist aber nur wirksam, wenn diese frei von Willensmängeln erteilt wird,<sup>3</sup> ansonsten hat sie keine rechtfertigende Wirkung. Weil eine ärztliche Heilbehandlung sehr komplex und mit vielen Risiken behaftet ist, sind Willensmängel nur ausgeschlossen, wenn der Patient ordnungsgemäß über Eingriff, Verlauf, Erfolgsaussichten, Risiken und Behandlungsmöglichkeiten aufgeklärt worden ist.<sup>4</sup>

Die hypothetische Einwilligung ist eine Rechtsfigur, die die Folgen einer nicht ordnungsgemäßen Aufklärung mildert. Unter Bezugnahme auf diese Rechtsfigur wird eine Strafbarkeit des Arztes wegen vollendeter Körperverletzung verneint, wenn der Patient hypothetisch, bei einer den Anforderungen

genügenden Aufklärung, dem Eingriff gleichfalls, und nunmehr wirksam, zugestimmt hätte.<sup>5</sup>

Im folgenden Beitrag soll die hypothetische Einwilligung kritisch beleuchtet werden. Nach der Klärung der Herkunft dieser Rechtsfigur (II. 1.) und der Darstellung der Ausgangslage (II. 2.) wird ein Einblick in den Streitstand von Literatur und Rechtsprechung gegeben, wobei insbesondere untersucht wird, ob und wie sich die hypothetische Einwilligung in den Verbrechenbau einfügt (II. 3.) und ob ein Bedürfnis für ihre Anerkennung besteht (II. 4.). Weiterhin wird ihre Vereinbarkeit mit Grundsätzen der strafrechtlichen Rechtslehre überprüft (II. 5.) untersucht werden.

### II. Die hypothetische Einwilligung

#### 1. Herkunft und Entwicklung

Die hypothetische Einwilligung stammt ursprünglich aus der zivilrechtlichen Judikatur.<sup>6</sup> Der Arzt kann den Einwand gegen die Schadensersatzklage vorbringen, der Patient hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Behandlung wirksam zugestimmt.<sup>7</sup> Dabei handelt es sich um eine fingierte Einwilligung, mit welcher der Eingriff gerechtfertigt werden soll,<sup>8</sup> um so einer zivilrechtlichen Haftung auf Schadensersatz zu entgehen. Der Patient muss daraufhin plausibel darlegen, dass er bei ordnungsgemäßer Aufklärung in einen Entscheidungskonflikt geraten wäre, ob er eingewilligt hätte.<sup>9</sup> Im Zivilrecht wurde die hypothetische Einwilligung geschaffen, um der Gefahr vorzubeugen, dass der Patient ein Aufklärungsver-säumnis nachträglich missbraucht, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen.<sup>10</sup>

Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ist so-dann von der strafrechtlichen Rechtsprechung übernommen worden. Zunächst entschied der BGH nur bei fahrlässigen Aufklärungsfehlern zugunsten des Arztes aufgrund hypo-thetischer Einwilligung.<sup>11</sup> Im sog. „Bandscheibenfall“<sup>12</sup> zog der BGH auch bei vorsätzlicher Verletzung der Aufklärungs-

\* Die *Autorin* ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl von Prof. Dr. Böse für Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Internationales und Europäisches Strafrecht. Der Beitrag geht auf eine Seminararbeit im Rahmen eines Schwerpunktseminars bei Prof. Dr. Stübinger zurück. Die *Autorin* dankt Herrn Prof. Dr. Böse für seine konstruktive Unterstützung bei der Überarbeitung des Beitrags.

<sup>1</sup> *Rigizahn*, JR 1996, 72.

<sup>2</sup> Ständige Rechtsprechung seit RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111; 16, 309; zur Gegenansicht: *Bockelmann*, JZ 1962, 525; *Eser/Hecker*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 32; *Horn/Wolters*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 57. Lieferung, Stand: August 2003, § 223 Rn. 35.

<sup>3</sup> BGHSt 4, 113 (118); *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 109; andere, differenzierende Ansichten: *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 199; *Roxin*, in: Hauser (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 275 (S. 281 ff.); *Amelung*, ZStW 109 (1997), 490 (512).

<sup>4</sup> BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4, 2.

<sup>5</sup> *Kuhlen*, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 (S. 435). Ein Versuch wird teils für möglich gehalten, vgl. dazu die unterschiedlichen Möglichkeiten der dogmatischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung und deren Folgen für eine Versuchsstrafbarkeit, II. 3. a) bis d).

<sup>6</sup> BGH NJW 1980, 1333 (1334); BGH NJW 1984, 1397 (1399); BGH NJW 1990, 2928 (2929); BGH NJW 1991, 1543 (1544).

<sup>7</sup> BGH NJW 1990, 2928 (2929); BGH NJW 1991, 1543 (1544).

<sup>8</sup> *Schellenberg*, Versicherungsrecht 2008, 1298 (1299).

<sup>9</sup> BGH NJW 1984, 1397 (1399); BGH NJW 1990, 2928 (2929); BGH NJW 1991, 1543 (1544).

<sup>10</sup> BGH NJW 1984, 1397 (1399).

<sup>11</sup> BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4.

<sup>12</sup> BGH NSTZ-RR 2004, 16.

pflicht eine hypothetische Einwilligung in Betracht. Dem Fall lag folgender (hier vereinfacht dargestellter) Sachverhalt zugrunde: Der Patient erlitt einen leichten und einen schweren Bandscheibenvorfall in verschiedenen Bereichen der Wirbelsäule, wobei letzterer operiert werden sollte. Bei der Operation verwechselte jedoch die Oberärztin die Bereiche und operierte den leichten Bandscheibenvorfall. Auf Ratsschlag des Chefarztes verschwieg sie ihren Fehler und begründete die Notwendigkeit einer zweiten Operation mit einem Frührezidiv. Sie führte die Operation nach dieser fehlerhaften Aufklärung durch. Seither kommt eine hypothetische Einwilligung auch bei vorsätzlicher Aufklärungsverletzung in Betracht. In der strafrechtlichen Rechtsprechung ist die hypothetische Einwilligung nun etabliert.<sup>13</sup>

Die im Zivilrecht entwickelte Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung wurde zwar ins Strafrecht übernommen, sie konnte jedoch aufgrund der strafrechtlichen Besonderheiten nicht ohne Veränderungen bleiben. Im zivilrechtlichen Haftungsprozess verlangt die Rechtsprechung keinen Nachweis der hypothetischen Einwilligung. Es besteht ein Beweissystem, das zuerst dem Arzt den Einwand der hypothetischen Einwilligung erlaubt, worauf der Patient diese durch Nachweis eines „echten Entscheidungskonflikts“ widerlegen kann.<sup>14</sup> Dadurch ergibt sich eine vernünftige Balance der prozessualen Situation von Arzt einerseits und Patient andererseits.<sup>15</sup>

Im Strafrecht dürfen solche Beweisregeln nicht angewendet werden. Es gilt vielmehr der Grundsatz in dubio pro reo, so dass bewiesen werden muss, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung nicht eingewilligt hätte.<sup>16</sup> Somit ist die Verteilung der Beweislast bei der hypothetischen Einwilligung in den Rechtsgebieten sehr unterschiedlich. Im Strafrecht ist eine Widerlegung der hypothetischen Einwilligung schwerer als im Zivilrecht. Dies lässt die Übertragung der Rechtsfigur zweifelhaft erscheinen.

## 2. Die Ausgangslage: Die ärztliche Heilbehandlung im Strafrecht

Um deutlich zu machen, warum die strafrechtliche Rechtsprechung die hypothetische Einwilligung übernommen hat, muss zunächst der Hintergrund der Problematik um die ärztliche Heilbehandlung herausgearbeitet werden.

### a) Die ärztliche Heilbehandlung als tatbestandsmäßige Körperverletzung

Die ständige Rechtsprechung betrachtet ärztliche Eingriffe als tatbestandsmäßige Körperverletzungen, die aber, insbesondere durch Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung,

gerechtfertigt sein können.<sup>17</sup> In der Literatur wird die Tatbestandsmäßigkeit der Heilbehandlung meist abgelehnt.<sup>18</sup>

Folgt man der Rechtsprechung, so bedarf es bei einem ärztlichen Eingriff immer einer Einwilligung oder eines sonstigen Rechtfertigungsgrunds. Nur dann, oder – wenn man der Meinung der Literatur folgt – bei nicht kunstgerechten oder nicht erfolgreichen Eingriffen gelangt man auch zur Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung und infolge dessen zu der Frage nach einer hypothetischen Einwilligung.

### b) Möglichkeiten der Rechtfertigung einer ärztlichen Heilbehandlung

Die meisten ärztlichen Heilbehandlungen werden durch eine Einwilligung gerechtfertigt: Der Patient ist damit einverstanden, dass der Arzt einen Eingriff vornimmt, um dadurch geheilt zu werden. Voraussetzung für eine Rechtfertigung durch Einwilligung ist neben einem disponiblen Rechtsgut<sup>19</sup> eine hinreichende Einsichtsfähigkeit<sup>20</sup> sowie die Kundgabe vor der Tat<sup>21</sup> und die Wahrung der Grenze der Sittenwidrigkeit,<sup>22</sup> wobei der Täter in Kenntnis der Umstände handeln muss.<sup>23</sup> Des Weiteren muss die Einwilligung frei von Willensmängeln erteilt werden.<sup>24</sup>

<sup>17</sup> Seit RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111; BGHSt 16, 309.

<sup>18</sup> Dabei wird zum Teil zwischen gelungenen und nicht erfolgreichen Eingriffen differenziert: *Bockelmann*, JZ 1962, 525 (527); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 124), § 223 Rn. 32; *Rudolphi*, JR 1975, 512; teils wird eine Tatbestandsmäßigkeit bei Fehlen einer Verletzung von körperlichen Interessen verneint: *Engisch*, ZStW 70 (1958), 566 (592); *ders.*, ZStW 58 (1939), 1 (5 ff.). Auch wird vertreten, kunstgerechte Eingriffe seien nicht tatbestandsmäßig, so *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1 (21); für eine „zweispurige“ Lösung, bei der die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts eine Misshandlung, der nicht indizierte oder nicht kunstgerechte Eingriff eine Gesundheitsschädigung darstellt: *Horn/Wolters* (Fn. 2), § 223 Rn. 33.

<sup>19</sup> *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2009, § 12 Rn. 10.

<sup>20</sup> RGSt 41, 392 (396); *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 228 Rn. 5; *Otto*, Grundkurs Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2004, § 8 Rn. 108; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 84.

<sup>21</sup> BGHSt 17, 359 (360); *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 34 IV 4; *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 228 Rn. 13; *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 79.

<sup>22</sup> BGHSt 4, 88 (90).

<sup>23</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 20), § 228 Rn. 9; *Paeffgen* (Fn. 21), § 228 Rn. 113; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönkel/Schröder* (Fn. 2), Vor §§ 32 ff. Rn. 51; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2010, Rn. 379.

<sup>24</sup> Im Einzelnen umstritten: für gänzliche Freiheit von Willensmängeln: BGHSt 4, 113 (118); *Mitsch* (Fn. 3), § 17 Rn. 109; teils wird auch zwischen solchen Irrtümern, die sich auf das Rechtsgut beziehen und Motivirrtümern, wobei nur

<sup>13</sup> Vgl. BGH JZ 2004, 469; BGH NStZ-RR 2007, 340 = HRRS 2007 Nr. 727; BGH NStZ 2008, 150 = HRRS 2007 Nr. 1093.

<sup>14</sup> BGH NJW 1990, 2928 (2929); BGH NJW 1991, 1543 (1544).

<sup>15</sup> *Deutsch*, NJW 1984, 1399.

<sup>16</sup> BGH NStZ-RR 2004, 16; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4, 3; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 7, 3, 4.

Wenn eine Einwilligung nicht eingeholt werden kann, kommt vor Prüfung einer hypothetischen Einwilligung die mutmaßliche Einwilligung als eigenständiger, gewohnheitsrechtlich anerkannter<sup>25</sup> Rechtfertigungsgrund<sup>26</sup> in Betracht. In notstandsähnlichen Fällen wird der mutmaßliche Wille dann aus den persönlichen Umständen, individuellen Interessen, Wünschen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen ermittelt, wobei objektive Kriterien, wie etwa, ob die Entscheidung vernünftig ist, keine eigenständige Bedeutung haben.<sup>27</sup> Insbesondere kommen ein Handeln im Interesse des Betroffenen sowie ein Handeln bei mangelndem Interesse des Betroffenen in Betracht.<sup>28</sup> Dieser Wille ist ex ante<sup>29</sup> zu bestimmen, es kommt also darauf an, ob der Patient bei Vornahme des Eingriffs zustimmen würde, wenn es ihm möglich wäre.

Ist eine Einwilligung wegen Willensmängeln unwirksam und der Täter auch nicht durch eine mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt, so stellt sich die Frage, ob eine hypothetische Einwilligung vorliegt. Eine hypothetische Einwilligung ist anzunehmen, wenn die Einwilligung wegen nicht ordnungsgemäßer Aufklärung unwirksam ist, der Patient aber bei hypothetisch vollständiger Aufklärung wirksam eingewilligt hätte.<sup>30</sup> Maßgeblich ist dabei eine Betrachtung ex post, ob der Patient eingewilligt hätte.<sup>31</sup>

Die hypothetische Einwilligung ist streng von der Einwilligung und der mutmaßlichen Einwilligung zu unterscheiden: Die hypothetische Einwilligung setzt voraus, dass eine Einwilligung vorliegt, die jedoch unwirksam ist.<sup>32</sup> Sie kommt also nur in Betracht, wenn die Rechtfertigung mittels Einwil-

---

erstere zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen sollen, differenziert: *Arzt*, in: *Arzt* (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992, 1992, S. 201 (S. 209); *Kühl*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 37; *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 99; *ders.* (Fn. 3), S. 281; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 23), Vor §§ 32 ff. Rn. 46; eine weitere Ansicht differenziert danach, wem der Irrtum zugerechnet werden kann: *Amelung*, *ZStW* 109 (1997), 490 (512, 518); *Rönnau* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 199.

<sup>25</sup> *Kindhäuser* (Fn. 19), § 19 Rn. 1; *Wessels/Beulke* (Fn. 23), Rn. 380.

<sup>26</sup> BGHSt 16, 309 (312); 35, 246 (249).

<sup>27</sup> BGHSt 35, 246 (249); 45, 219 (221); *Kühl* (Fn. 24), § 9 Rn. 47; *Wessels/Beulke* (Fn. 23), Rn. 381.

<sup>28</sup> *Kindhäuser* (Fn. 19), § 19 Rn. 9 f.; *Kühl* (Fn. 24), § 9 Rn. 46; *Wessels/Beulke* (Fn. 23), Rn. 381.

<sup>29</sup> *Frister*, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Kap. 15 Rn. 31; *Kindhäuser* (Fn. 19), § 19 Rn. 14; *Rönnau*, *JZ* 2004, 801 (803).

<sup>30</sup> *Kuhlen* (Fn. 5), S. 435; *ders.*, *JR* 2004, 227; BGH NSTZ-RR 2004, 16.

<sup>31</sup> *Rönnau* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 30; *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 119 ff.; *Rönnau*, *JZ* 2004, 801 (803).

<sup>32</sup> Vgl. *Kuhlen*, in: *Schünemann u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331 (S. 339), anders aber *Dreher*, *Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen*, 2003, S. 110, der die Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung auch bei ganz fehlender Einwilligung sieht.

ligung wegen eines Willensmangels fehlgeschlagen ist. Die wirksame Einwilligung ist also vorrangig.

Für eine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung ist notwendig, dass eine Einwilligung nicht vorliegt. Allerdings muss bei der mutmaßlichen Einwilligung der Fall gegeben sein, dass eine wirksame Einwilligung nicht eingeholt werden kann,<sup>33</sup> etwa bei Bewusstlosigkeit eines Patienten. Bei der hypothetischen Einwilligung kann eine wirksame Einwilligung hingegen eingeholt werden, dies scheidet aber an der fehlerhaften Aufklärung. Des Weiteren findet die Betrachtung, ob der Betroffene zugestimmt hätte, aus einer anderen Perspektive statt: Bei der mutmaßlichen Einwilligung kommt es auf den Zeitpunkt der Tathandlung an, bei der hypothetischen Einwilligung wird ihr Vorliegen aus nachträglicher Sicht beurteilt.<sup>34</sup>

Qualifiziert man darüber hinaus mit einer verbreiteten Meinung in der Literatur die hypothetische Einwilligung als Zurechnungsausschluss,<sup>35</sup> so ergibt sich ein weiterer wichtiger Unterschied in der Rechtsfolge. Die mutmaßliche Einwilligung ist ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, so dass der Täter gerechtfertigt ist und auch ein Versuch der Tat ausscheidet. Bei einem Zurechnungsausschluss ist die Strafbarkeit wegen Versuchs hingegen nicht ausgeschlossen.<sup>36</sup>

### 3. Die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung

Obwohl die hypothetische Einwilligung in der Rechtsprechung etabliert ist, ist die Einordnung der hypothetischen Einwilligung in den strafrechtlichen Delikttaufbau umstritten. Vorgesprochen wird eine Einordnung auf Ebene des Tatbestands, auf Ebene der Rechtswidrigkeit und außerhalb des Delikttaufbaus.

#### a) Tatbestandsausschluss

Zum Teil wird angenommen, die hypothetische Einwilligung schließe bereits den Tatbestand des Delikts aus. Dies resultiert meist aus dem Gedanken, die Einwilligung sei im Rahmen der objektiven Zurechnung im Tatbestand zu prüfen.<sup>37</sup> Nach der sogenannten Tatbestandslehre ist die Einwilligung im Tatbestand zu prüfen, da sich durch die Einwilligung der Berechtigten das Handeln des Täters zu eigen mache.<sup>38</sup> Ab-

---

<sup>33</sup> BGHSt 16, 309 (312); *Kindhäuser* (Fn. 19), § 19 Rn. 2; *Kühl* (Fn. 24), § 9 Rn. 46.

<sup>34</sup> *Rönnau* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 230; *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 132; vgl. *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 23), Vor §§ 32 ff. Rn. 58.

<sup>35</sup> *Kuhlen* (Fn. 32), S. 337; *Mitsch*, *JZ* 2005, 279 (283); *Rosenau*, in: *Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow* (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht*, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683 (S. 690).

<sup>36</sup> *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 132; *Wiesner*, *Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht*, 2010, S. 123.

<sup>37</sup> *Kindhäuser* (Fn. 19), § 19 Rn. 18; *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 122.

<sup>38</sup> *Kindhäuser* (Fn. 19), § 12 Rn. 4; *Hirsch*, in: *Jähnke/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Leipziger Kommen-

weichend davon spricht die herrschende Meinung der Einwilligung rechtfertigende Wirkung zu.<sup>39</sup> Die Einordnung der Einwilligung in die objektive Zurechnung führt jedoch zu keinen Unterschieden in ihrer weiteren Behandlung, sofern man mit der herrschenden Meinung Irrtümer über den Tatbestand ebenso behandelt wie solche über Rechtfertigungsgründe.<sup>40</sup> Aus diesem Delikttaufbau ergibt sich auch die Einordnung der hypothetischen Einwilligung auf Ebene des Tatbestands.

Zum Teil ist die Einordnung der hypothetischen Einwilligung auch nicht ganz eindeutig. Insbesondere die Rechtsprechung nimmt keine klare Einordnung vor. So erklärt der BGH, die Pflichtwidrigkeit des Aufklärungsmangels sei für den Körperverletzungserfolg nicht „ursächlich“.<sup>41</sup> Daraus wird teilweise geschlossen, der BGH verneine in diesem Urteil die Kausalität.<sup>42</sup> Damit könnte jedoch auch eine Ursächlichkeit im Sinne eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs gemeint sein. Jedenfalls hat der BGH in den folgenden Entscheidungen von der Umschreibung der „Ursächlichkeit“ Abstand genommen und stattdessen die Rechtswidrigkeit entfallen lassen,<sup>43</sup> so dass eine „Kausalitätslösung“<sup>44</sup> von der Rechtsprechung wohl nicht mehr vertreten wird. Außerdem besteht kein Kausalzusammenhang zwischen der nicht wirksam erteilten Einwilligung und dem Körperverletzungserfolg. Ein Zusammenhang zwischen den Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes und dem Erfolg ist kein Kausalzusammenhang,<sup>45</sup> sondern ein normativ gesteuerter Zurechnungszusammenhang.<sup>46</sup> Nach der *conditio-sine-qua-non*-Formel ist eine Handlung ursächlich, wenn sie nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt entfiel.<sup>47</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung wird

aber nicht hinweg-, sondern hinzugedacht,<sup>48</sup> nämlich eine ordnungsgemäße Aufklärung und eine daraufhin erfolgte wirksame Einwilligung. Die Aufklärungspflichtwidrigkeit wirkt sich nur auf die Wirksamkeit der Einwilligung, nicht auf die Verhinderung des Erfolgs aus.<sup>49</sup> Vielmehr ist der Heileingriff selbst kausal für den tatbestandlichen Erfolg.<sup>50</sup> Eine Einordnung auf Ebene des Tatbestands und eine Verneinung der Kausalität scheidet daher aus.

#### b) Rechtfertigungsgrund

Nach der neueren Rechtsprechung entfällt bei Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung die Rechtswidrigkeit.<sup>51</sup> Ob daraus zu folgern ist, dass die Rechtsfigur einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund darstellt, lässt die Rechtsprechung offen, dies wird aber teils angenommen.<sup>52</sup> Der Wortlaut, dass die „Rechtswidrigkeit entfällt“, spricht auch für eine solche Interpretation. Auch wird in Betracht gezogen, die hypothetische Einwilligung sei ein eigenständiger, gesamtrechtfertigender Rechtfertigungsgrund, der per definitionem nur aus objektiven Voraussetzungen bestehe.<sup>53</sup> Damit soll insbesondere die Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit vermieden werden.<sup>54</sup>

Eine Einordnung als Rechtfertigungsgrund vermag nicht zu überzeugen: Dem Einwand, die hypothetische Einwilligung sei nicht mit dem Gedanken der Rechtfertigung vereinbar, ist zuzustimmen. Dieser Gedanke beruht auf dem Prinzip der Wahrung des überwiegenden oder mangelnden Interesses.<sup>55</sup> Bei einer Einwilligung ist das Selbstbestimmungsrecht höher zu bewerten als das Interesse der Rechtsgesellschaft am Schutz des Rechtsguts. Bei der mutmaßlichen Einwilligung findet eine Interessenabwägung ausgehend von der tatsächlichen, nicht der hypothetischen Sachlage statt, durch die das höherrangige Interesse gewahrt wird.<sup>56</sup> Bei einer hypothetischen Einwilligung findet eine solche Abwägung nicht statt und der Betroffene verzichtet auch nicht wirksam auf den Strafrechtsschutz, so dass auch kein mangelndes Interesse vorliegt. Durch die hypothetische Einwilligung wird kein überwiegendes Interesse gewahrt, denn das hypothetische Interesse überwiegt nicht, weil ein Interesse an Erhaltung des Rechtsguts und an einer eigenen Entscheidung be-

tar, Bd. 6, 11. Aufl. 2005, § 228 Rn. 107 f.; *Horn*, in: Rudolphi u.a. (Fn. 2), 57. Lieferung, Stand: August 2003, § 228 Rn. 2.

<sup>39</sup> BGHSt 17, 359 (360); *Lackner/Kühl* (Fn. 20), Vor § 32 Rn. 10; *Paeffgen* (Fn. 21), Vor § 228 Rn. 8; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 23), Vor §§ 32 ff. Rn. 33; *Wessels/Beulke* (Fn. 23), Rn. 370.

<sup>40</sup> *Kindhäuser* (Fn. 19), § 12 Rn. 6; daher wird der Frage, ob die hypothetische Einwilligung die Zurechnung ausschließen kann, insgesamt im Rahmen der Untersuchung des Zurechnungsausschlusses auf Rechtfertigungsebene nachgegangen.

<sup>41</sup> BGHR StGB § 223 Abs. 1 2, 3.

<sup>42</sup> *Albrecht*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 169; *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 223 Rn. 16a; *Rönnau* (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 230.

<sup>43</sup> BGH JR 2004, 251 (252); BGH JR 2004, 469.

<sup>44</sup> So *Albrecht* (Fn. 42), S. 169 ff.

<sup>45</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (770).

<sup>46</sup> *Paeffgen*, in: Rogall (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 187 (S. 209); *Yamanaka*, in: Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow (Fn. 35), S. 865 (S. 882).

<sup>47</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 20), Vor §§ 13-21 Rn. 9; *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Straf-

gesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vor §§ 13 ff. Rn. 306; *Wessels/Beulke* (Fn. 23), Rn. 156.

<sup>48</sup> *Albrecht* (Fn. 42), S. 203.

<sup>49</sup> *Yamanaka* (Fn. 46), S. 881.

<sup>50</sup> *Albrecht* (Fn. 42), S. 182; *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 189 (191).

<sup>51</sup> BGH JR 2004, 251 (252); BGH JR 2004, 469; BGH NStZ-RR 2007, 340.

<sup>52</sup> *Albrecht* (Fn. 42), S. 252; *Paeffgen* (Fn. 21), Vor §§ 32 ff. Rn. 168a.

<sup>53</sup> *Böcker*, JZ 2005, 925 (929).

<sup>54</sup> *Böcker*, JZ 2005, 925, 929).

<sup>55</sup> *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264 (269).

<sup>56</sup> *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264 (269).

steht.<sup>57</sup> Deshalb unterscheidet sich die hypothetische Einwilligung von den Rechtfertigungsgründen und kann daher nicht diesen zugeordnet werden.<sup>58</sup>

Ungeklärt ist auch, wie das subjektive Rechtfertigungselement bei der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ausgestaltet sein müsste.<sup>59</sup> Wenn man wie bei der Einwilligung und der mutmaßlichen Einwilligung ein subjektives Rechtfertigungselement, nämlich die Kenntnis von den Umständen, die den objektiven Rechtfertigungstatbestand verwirklichen, fordert, müsste der Arzt wissen, dass der Patient bei pflichtgemäßer Aufklärung zustimmen würde. In diesem Fall aber – so wird teils angenommen – hätte er auch aufklären können.<sup>60</sup> Daher wird zum Teil das Erfordernis eines subjektiven Elements abgelehnt.<sup>61</sup> Andere wiederum gehen davon aus, dass die Behauptung des Arztes, er habe auf die hypothetische Einwilligung vertraut, nur schwer zu widerlegen sei.<sup>62</sup> Werde sie aber widerlegt, so entfalle das Handlungsunrecht nicht und ein umgekehrter Erlaubnistatbestandsirrtum liege vor,<sup>63</sup> der nach herrschender Meinung wie ein Versuch bestraft wird.<sup>64</sup> Auch diese Unklarheiten verdeutlichen die Andersartigkeit der hypothetischen Einwilligung im Verhältnis zu Rechtfertigungsgründen.

Des Weiteren ergeben sich bei einer Einordnung als Rechtfertigungsgrund Schwierigkeiten in Bezug auf das Verhältnis zur mutmaßlichen Einwilligung und zur Einwilligung. Eine Versuchsstrafbarkeit wäre bei Vorliegen aller Voraussetzungen ausgeschlossen, so dass ein Unterschied zu den beiden Rechtsfiguren wegfiel und die hypothetische Einwilligung nicht mehr nachrangig zu prüfen ist. Es besteht dann die Gefahr, dass die Voraussetzungen von Einwilligung und mutmaßlicher Einwilligung unterlaufen werden.

### c) Zurechnungsausschluss auf Ebene der Rechtswidrigkeit

Kuhlen verortet die hypothetische Einwilligung in der objektiven Zurechnung im Rahmen der Rechtfertigung. Die objektive Zurechnung solle auf die Rechtfertigungsebene übertragen werden.<sup>65</sup> Dies sei möglich wegen der „strukturellen Übereinstimmung“<sup>66</sup> mit der Möglichkeit, dass eine objektiv tatbestandsmäßige Handlung nicht objektiv zurechenbar sei und daher nicht mehr als Versuchsunrecht begründe. Wenn festgestellt sei, dass eine Rechtfertigung „durch bloße Rech-

fertigungsmängel“<sup>67</sup> ausgeschlossen sei, sei weiter zu untersuchen, ob der Erfolg auf diesem Mangel objektiv zurechenbar beruhe. Sonst fehle das objektive Unrecht einer Tat,<sup>68</sup> so dass nur ein Versuch in Betracht komme.<sup>69</sup> Kuhlen schlägt also eine Lösung vor, nach der die Prüfung der Rechtswidrigkeit generell um die objektive Zurechnung erweitert wird. Jedoch solle nicht jedes Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes die Prüfung der objektiven Zurechnung auslösen, sondern nur „bloße Rechtfertigungsmängel“.<sup>70</sup> Wann ein solcher gegeben sei, lasse sich nicht generell beantworten. Kuhlen klärt dies nur für die Einwilligung und die mutmaßliche Einwilligung: Wenn die Einwilligung an zurechnungsrelevanten Mängeln leide,<sup>71</sup> etwa bei Verletzungen der Aufklärungspflicht und daraus resultierenden Willensmängeln. Nicht zurechnungsrelevant seien hingegen die fehlende Dispositionsbefugnis und Einwilligungsfähigkeit.<sup>72</sup> Eine Verneinung der objektiven Zurechnung erfolge sodann, wenn der Erfolg auch ohne die Einwilligungsmängel eingetreten wäre.<sup>73</sup> Bei einer hypothetischen Einwilligung fehle also der „objektive Zurechnungszusammenhang zwischen Einwilligungsmangel und Verletzungserfolg“, so dass kein Pflichtwidrigkeitszusammenhang bestehe<sup>74</sup> und das objektive Unrecht der Tat ausgeschlossen sei.<sup>75</sup>

Dem Vorschlag der Lösung mittels fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs haben sich in der Literatur einige Stimmen angeschlossen.<sup>76</sup> Dabei wird gleichzeitig die Möglichkeit geschaffen, die objektive Zurechnung auch wegen

<sup>67</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 339.

<sup>68</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 340.

<sup>69</sup> Kuhlen, JR 2004, 227 (230).

<sup>70</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 339.

<sup>71</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 340.

<sup>72</sup> Kuhlen (Fn. 5), S. 440.

<sup>73</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 340.

<sup>74</sup> Kuhlen (Fn. 5), S. 436.

<sup>75</sup> Kuhlen, JR 2004, 227.

<sup>76</sup> So wird argumentiert, das Erfolgsunrecht entfalle unter Wertungsgesichtspunkten, wenn wirksam eingewilligt worden wäre, weil der normative Zurechnungszusammenhang fehle: Geppert, JK 12/04 StGB § 223/3; ders., JK 4/08 StGB § 223/4; Rönnau (Fn. 3), Vor §§ 32 ff. Rn. 230; ders., JZ 2004, 801 (802); Tag, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und lex artis, 2000, S. 399; dabei wird teils die Lösung auf die Einwilligungsproblematik beschränkt: Eisele, JA 2005, 252 (253); auch wird vorgeschlagen zwischen Aufklärungsmängeln, durch die nicht einmal das „ob“ der verletzenden Handlung deutlich gemacht wird und solchen, die nur die Qualität der Einwilligung betreffen, zu differenzieren, wobei nur bei letzteren der Weg für die Frage nach dem Zurechnungszusammenhang offen sei, so zu § 218a StGB: Merkel, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 303 (347 ff.); auch Mitsch, JZ 2005, 279 modifiziert den Vorschlag Kuhlens: Die objektive Zurechnung sei nur bei Eingriffen ohne Heilungsaussichten zu prüfen, da nur bei einem Erfolg, der nicht gerechtfertigt und damit Erfolgsunrecht sei, die objektive Zurechnung relevant sein könne.

<sup>57</sup> Schlehofer, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 953 (S. 970).

<sup>58</sup> Otto/Albrecht, Jura 2010, 264 (269).

<sup>59</sup> Vgl. Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908 (913).

<sup>60</sup> Böcker, JZ 2005, 925 (927); Wiesner (Fn. 36), S. 99.

<sup>61</sup> Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908 (913).

<sup>62</sup> Puppe, JR 2004, 469 (471).

<sup>63</sup> Böcker, JZ 2005, 925 (927).

<sup>64</sup> Lackner/Kühl (Fn. 20), § 22 Rn. 16; Paeffgen (Fn. 21), Vor §§ 32 ff. Rn. 124; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, Vor § 32 Rn. 16; Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 23), Vor §§ 32 ff. Rn. 15.

<sup>65</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 338 ff.

<sup>66</sup> Kuhlen (Fn. 32), S. 340.

eines fehlenden Risikozusammenhangs auszuschließen, wenn sich im Erfolg nicht das Risiko realisiert hat, dessentwegen die Handlung rechtlich missbilligt war, der Erfolg also nicht im Schutzbereich der Norm liegt.<sup>77</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn sich das spezifische Risiko der Behandlungsalternative, über die nicht aufgeklärt worden ist, nicht realisiert hat.<sup>78</sup>

Der Lösung einer Einordnung als Zurechnungsausschluss ist nicht zu folgen. Zum einen kann die objektive Zurechnung nicht auf die Ebene der Rechtswidrigkeit übertragen werden. Die objektive Zurechnung ist ein Rechtsinstitut, das von der Literatur als Korrektiv zur Kausalhaftung entwickelt worden ist.<sup>79</sup> Das Gesetz schließt zwar die Übertragung der objektiven Zurechnung auf die Ebene der Rechtfertigung nicht aus. So gibt es etwa auch offene Tatbestände, wie § 240 StGB, die in Form der Verwerflichkeit eine Art Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Rechtfertigungsebene fordern.<sup>80</sup> Die Nötigung stellt aber insoweit eine Ausnahme dar; bei allen anderen Tatbeständen beruht das Unwerturteil einer Tat auf der Verwirklichung des objektiven Tatbestands und auf dem Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes, nicht jedoch auf weiter zu fordernder erfolgsunrechtsbegründender Elemente.<sup>81</sup> Die Rechtswidrigkeit entfällt grundsätzlich nur bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Etwas anderes widerspricht der Ausnahmefunktion der Rechtfertigungsgründe.<sup>82</sup> Des Weiteren ist die Zurechnung zu einem Rechtfertigungsgrund, dessen Voraussetzungen objektiv nicht vorliegen, nicht notwendig, da sich die Zurechenbarkeit bereits aus dem Fehlen von Rechtfertigungsgründen und der Zurechenbarkeit des Erfolgs zum tatbestandsmäßigen Verhalten ergibt.<sup>83</sup>

Des Weiteren entfällt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht, so dass die objektive Zurechnung weder auf Ebene der Rechtswidrigkeit, noch auf Ebene des Tatbestands zu verneinen ist. Ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist im Grundsatz gegeben, wenn sich der Erfolg als Realisierung einer pflichtwidrig begründeten oder erhöhten Gefahr erweist.<sup>84</sup> Wäre der Erfolg auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eingetreten, entfällt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang. Der Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens stammt aus den Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten. Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu verneinen, wenn der Erfolg auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit eingetreten wäre.<sup>85</sup> Kritiker dieser Auffassung halten eine Anwendung dieser Grundsätze auf den ärztlichen Heileingriff aber für problematisch. Dieser erfolgt nämlich vorsätzlich. Bei vorsätzlicher Verwirklichung sind aber hypothetische Ersatzursachen nicht zu berücksichtigen.<sup>86</sup> Eine Ausnahme bilden die Unterlassungsdelikte, bei denen in der „Quasi-Kausalität“ gefragt wird, ob der Erfolg auch eingetreten wäre, wenn die unterlassene Handlung des Täters hinzugedacht wird.<sup>87</sup> Da auch der Arzt eine pflichtgemäße Aufklärung unterlässt, wird von den Befürwortern vorgeschlagen, an dieses Unterlassen anzuknüpfen.<sup>88</sup> Dem wird widersprochen: Dieses Unterlassen befindet sich im Vorfeld des Heileingriffs, der eindeutig ein Tun darstellt. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen findet anhand des Schwerpunkts der Vorwerfbarkeit statt.<sup>89</sup> Dieser liegt aber in dem Eingriff, also in dem Tun, denn die fehlerhafte Aufklärung berührt nur das Selbstbestimmungsrecht.<sup>90</sup> Eine Ausdehnung des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf das vorgelagerte Unterlassen würde eine unangemessene Ausweitung bedeuten.<sup>91</sup> Des Weiteren ist es bei Vorsatzdelikten immer möglich, den Erfolg zu vermeiden, beim erlaubten Risiko ist der Erfolg aber im entscheidungsrelevanten Zeitpunkt unvermeidlich.<sup>92</sup> Folglich darf ein rechtmäßiges Alternativverhalten bei der hypothetischen Einwilligung keine Rolle spielen. Das pflichtgemäße Verhalten des Arztes stellt eine unbeachtliche Ersatzursache dar.<sup>93</sup>

Selbst bei Anwendbarkeit des rechtmäßigen Alternativverhaltens wird bezweifelt, ob der Pflichtwidrigkeitszusammenhang entfielen. Der Arzt hat nämlich durch die pflichtwidrige Aufklärung das unerlaubte Risiko erhöht, das sich auch im Erfolg realisiert hat.<sup>94</sup> In Fällen rechtmäßigen Alternativverhaltens hat der Täter das Risiko zwar über das erlaubte Maß erhöht, dieses hat sich aber nicht im Erfolg realisiert, denn der Erfolg war unvermeidbar. Bei einer vorsätzlichen Verwirklichung ist der Erfolg aber immer vermeidbar.<sup>95</sup>

<sup>85</sup> Kindhäuser (Fn. 19), § 33 Rn. 34; Wessels/Beulke (Fn. 23), Rn. 679.

<sup>86</sup> BGHSt 30, 228 (232); Kindhäuser (Fn. 19), § 11 Rn. 12; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 8 Rn. 42.

<sup>87</sup> BGHSt 6, 1 (2); 37, 106 (126); Wessels/Beulke (Fn. 23), Rn. 711.

<sup>88</sup> Rosenau (Fn. 35), S. 700.

<sup>89</sup> BGHSt 6, 46 (59); BGH NStZ 1999, 607; BGH NStZ 2003, 657; Wessels/Beulke (Fn. 23), Rn. 700.

<sup>90</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 224; Otto/Albrecht, Jura 2010, 264 (268); Gropp, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Fn. 83), S. 197 (S. 202).

<sup>91</sup> Jäger, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345 (S. 350).

<sup>92</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 302.

<sup>93</sup> Puppe, JR 2004, 469 (471); dies., JR 1994, 514 (515).

<sup>94</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 282; Otto (Fn. 20), § 8 Rn. 130; Otto/Albrecht, Jura 2010, 264 (269); Sternberg-Lieben, StV 2008, 191.

<sup>95</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 302.

<sup>77</sup> Dreher (Fn. 32), S. 107; Kuhlen (Fn. 5), S. 451.

<sup>78</sup> Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2007, Rn. 131.

<sup>79</sup> Vgl. Dreher (Fn. 32), S. 15, 48; Stree/Bosch, in: Schöнке/Schröder (Fn. 2), Vor §§ 13 ff. Rn. 91.

<sup>80</sup> Schlehofer (Fn. 57), S. 964.

<sup>81</sup> Sternberg-Lieben, StV 2008, 190 (191).

<sup>82</sup> Eisele, in: Derschka (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 2009, S. 163 (S. 174).

<sup>83</sup> Duttge, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 179 (S. 187).

<sup>84</sup> Vgl. Kindhäuser (Fn. 19), § 33 Rn. 34; Otto (Fn. 20), § 10 Rn. 17.

Außerdem wird nicht nur das rechtmäßige Alternativverhalten des Täters hinzugedacht, sondern auch das Opferverhalten, nämlich die wirksame Erteilung einer Einwilligung, so dass ein rechtmäßiger Alternativverlauf entwickelt wird.<sup>96</sup> Eine solche „doppelte Fiktion“ ist nicht mit dem Gedanken des rechtmäßigen Alternativverhaltens vereinbar.<sup>97</sup>

Doch selbst wenn man auch über diese Kritikpunkte hinwegsehen könnte, so entfielen der Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei strenger Übertragung desselben auf Rechtfertigungsebene (sollte diese möglich sein) nicht. Bei der Übertragung müssten sich auch die Bezugspunkte ändern. Es ginge dann um den Zusammenhang zwischen dem tatbestandlichen und nicht durch einen Rechtfertigungsgrund objektiv gerechtfertigten Verhalten des Täters auf der einen Seite und dem Erfolgsunrecht auf der anderen Seite, also dem tatbestandlichen Erfolg sowie dem Fehlen von Umständen, die seine rechtliche Missbilligung ausschließen.<sup>98</sup> Dächte man nun das rechtmäßige Alternativverhalten hinzu, die ordnungsgemäße Aufklärung sowie die daraufhin erfolgte Einwilligung (wenn man sie hinzudenken dürfte), so wäre das Erfolgsunrecht nicht eingetreten, denn der Heileingriff wäre dann durch eine wirksame Einwilligung gerechtfertigt.<sup>99</sup> Die Modifizierung der Anknüpfungspunkte bei der Übertragung der objektiven Zurechnung ist folgerichtig: Das rechtmäßige Alternativverhalten umschreibt den Fall, dass auch pflichtgemäßes Verhalten nichts Relevantes geändert hätte. Auf Rechtfertigungsebene ist aber auch beim Erfolg wichtig, ob dieser gerechtfertigt ist. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang ist einer Gleichung ähnlich. Der Zusammenhang muss zwischen *jeweils* tatbestandlicher und nicht gerechtfertigter Handlung und dem Erfolg bestehen. Auch bei Übertragung der objektiven Zurechnung entfällt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang daher nicht. Außerdem ist bislang ungeklärt, wann die Prüfung der objektiven Zurechnung einsetzen soll, da eine weitergehende Einordnung der „Rechtfertigungsmängel“ bislang ausgeblieben ist. Dies führt zu Rechtsunsicherheit.

Des Weiteren muss die Rechtsfolge beleuchtet werden: Bei fehlendem Pflichtwidrigkeitszusammenhang entfielen nur das Erfolgsunrecht, d.h. eine Versuchsstrafbarkeit wäre theoretisch möglich. Aus praktischen Gründen wird zum Teil aber eine solche verneint: Man könne keinem Arzt die Einlassung widerlegen, er habe auf die hypothetische Einwilligung vertraut.<sup>100</sup> Von einer theoretisch bestehenden Versuchsstrafbarkeit bleibe daher wegen fehlender Nachweisbarkeit des Tatentschlusses wenig übrig.<sup>101</sup> Teils wird aber auch vertreten,

insbesondere bei gravierenden Aufklärungsfehlern, etwa bei Täuschungen, entfallen nur das Erfolgsunrecht und das bestehende Handlungsunrecht dürfe nicht sanktionslos bleiben.<sup>102</sup> Möglich ist aber auch ein Verstoß gegen die Einheit der Rechtsordnung, wenn man eine Versuchsstrafbarkeit annimmt: Eine zivilrechtliche Haftung ist durch Annahme der hypothetischen Einwilligung ausgeschlossen, im Strafrecht aber nur die Strafbarkeit wegen Vollendung. Eine Versuchsstrafbarkeit hätte auch wieder Rückwirkung auf das Zivilrecht durch eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. §§ 223, 22, 23 Abs. 1 StGB.<sup>103</sup>

Somit kann die hypothetische Einwilligung auch nicht auf Zurechnungsebene eingeordnet werden. Dies gilt sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtfertigungsebene, insbesondere, da der Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht anwendbar ist und selbst bei dessen Anwendung ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht entfällt.

#### d) Strafbarkeitsausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund

Erwogen wird auch, die hypothetische Einwilligung außerhalb des klassischen Deliktaufbaus als Strafbarkeitsausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund anzusehen, um so der Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit zu entgehen.<sup>104</sup> Strafaufhebungs- und Strafausschließungsgründe sind Umstände, die eine Strafbarkeit aus kriminalpolitischen Gründen entfallen bzw. nicht entstehen lassen.<sup>105</sup> Gegen diese Einordnung wird insbesondere geäußert, der Arzt beruhige die Rechtsgemeinschaft nicht durch sein Tun, sondern der Zufall der hypothetischen Einwilligung helfe ihm.<sup>106</sup> Eine Vergleichbarkeit zum Rücktritt sei daher nicht gegeben.<sup>107</sup> Die Rechtsfigur passt zwar durch die ex post-Betrachtungsweise eher zu den Strafaufhebungsgründen. Allerdings müssen die Gründe persönlich bei dem Täter vorliegen.<sup>108</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung aber liegt der Grund für einen möglichen Strafbarkeitsausschluss nicht in der Person des Täters, wie etwa bei einem Rücktritt oder tätiger Reue, sondern in der Zustimmung des Opfers. Darüber hinaus hat der Arzt seine Straflosigkeit nicht durch späteres Verhalten „verdient“, wie etwa beim Rücktritt. Eine Einordnung der Rechtsfigur kann also auch nicht auf diese Art erfolgen.

<sup>96</sup> Jäger (Fn. 91), S. 353.

<sup>97</sup> Schwartz, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009, S. 186.

<sup>98</sup> Schlehofer (Fn. 57), S. 970.

<sup>99</sup> Schlehofer (Fn. 57), S. 970; ähnlich auch Sickor, JR 2008, 179 (180), der auch zu dem Ergebnis kommt, dass bei Austausch der Prämissen (unwirksame Einwilligung und wirksame Einwilligung) ein abweichendes Ergebnis, nämlich ein gerechtfertigtes Verhalten, vorliegt.

<sup>100</sup> Puppe, JR 2004, 469 (471).

<sup>101</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 477.

<sup>102</sup> Rönna (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 231; Ulsenheimer (Fn. 78), Rn. 132a.

<sup>103</sup> Böcker, JZ 2005, 925 (929); Dem ist aber entgegen zu halten, dass eine Haftung nur in Betracht kommt, sofern man zivilrechtlich die Zurechnung bejahen würde.

<sup>104</sup> Böcker, JZ 2005, 925 (929).

<sup>105</sup> Kindhäuser (Fn. 19), § 6 Rn. 1; Wessels/Beulke (Fn. 23), Rn. 494 f.

<sup>106</sup> Vgl. Albrecht (Fn. 42), S. 478.

<sup>107</sup> Vgl. Albrecht (Fn. 42), S. 478.

<sup>108</sup> Kindhäuser (Fn. 19), § 6 Rn. 14; Walter, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 186; Wessels/Beulke (Fn. 23), Rn. 493.

## e) Ergebnis

Die hypothetische Einwilligung kann nicht in den Deliktsaufbau eingeordnet werden. Dies liegt daran, dass die Rechtsfigur aus dem Zivilrecht stammt und sich schlicht nicht in das Strafrecht einfügen lässt. Trotz aller Bemühungen, insbesondere der Literatur, bleibt die hypothetische Einwilligung dem Strafrecht fremd.<sup>109</sup>

## 4. Bedürfnis der Anerkennung der hypothetischen Einwilligung

Ungeachtet der Unmöglichkeit der dogmatischen Einordnung ist zu untersuchen, ob eine Übertragung der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht sinnvoll und realisierbar ist.

## a) Verhältnis zum Zivilrecht und Einheit der Rechtsordnung

Für die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung spricht, dass im Zivilrecht eine Haftung des Arztes durch diese Rechtsfigur ausgeschlossen wird. Blicke die Strafbarkeit bestehen, so würde die strafrechtliche Haftung die zivilrechtliche überschreiten.<sup>110</sup> Dies würde aber dem ultima ratio-Grundsatz des Strafrechts widersprechen.<sup>111</sup> Das Strafrecht mit seinem fragmentarischen Charakter dürfe nicht über das Zivilrecht hinausgehen. Darüber hinaus müsse die Rechtswidrigkeit in der Rechtsordnung einheitlich beantwortet werden, sonst sei der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung verletzt.<sup>112</sup> Im Zivilrecht könnten zwar durch Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch Verletzungen der Aufklärungspflicht geahndet werden, jedoch geschehe dies nur bei erheblichen Verstößen, da bei Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht eine umfangreiche Interessenabwägung stattfindet.<sup>113</sup> Folglich könne dies nicht die Verletzung der Einheit der Rechtsordnung beseitigen,<sup>114</sup> sondern nur mildern.<sup>115</sup>

Des Weiteren hätte das Fehlen einer hypothetischen Einwilligung im Strafrecht auch Rückwirkungen auf das Zivilrecht, denn die Strafbarkeit des Arztes hätte zur Folge, dass eine Verletzung eines Schutzgesetzes i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB vorläge.<sup>116</sup> Damit würde die zivilrechtliche Rechtsfigur ad absurdum geführt.

## b) Rechtspolitische Gründe

Durch die hypothetische Einwilligung entfällt die Strafbarkeit bezüglich des vollendeten Delikts. Befürworter der Rechtsfigur wollen durch die Anerkennung der hypothetischen Ein-

willigung zu einer „Entkriminalisierung“ der ärztlichen Heilbehandlung beitragen.<sup>117</sup> Ärzte hätten einen verantwortungsvollen Beruf, der zu Gefahren neige und daher Strafbarkeitseinschränkungen rechtfertige.<sup>118</sup> Trotz ihrer guten Absicht, zu heilen, bestehe die ständige Gefahr, sich strafbar zu machen. Dem könnte mit der hypothetischen Einwilligung zum Teil begegnet werden.

## 5. Unvereinbarkeit mit Grundsätzen der strafrechtlichen Rechtslehre

Zweifelhaft ist jedoch, ob die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung das geeignete Instrument ist, um die Diskrepanz zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Sicht zu beheben und die Stigmatisierung der Ärzte abzumildern.

## a) Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht

Die Rechtsfigur widerspricht dem Selbstbestimmungsrecht. Die Notwendigkeit einer Einwilligung und einer ordnungsgemäßen Aufklärung sind Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts. Dieses wird aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG im Lichte des Art. 2 Abs. 2 GG hergeleitet.<sup>119</sup> Aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstbestimmungsrecht lassen sich zwei Einwände gegen die hypothetische Einwilligung formulieren.

Zum einen könnte das Selbstbestimmungsrecht ein eigenständiges Schutzgut der §§ 223 ff. StGB sein. Dieses würde durch die fehlerhafte Aufklärung verletzt. Die Annahme einer hypothetischen Einwilligung ließe diese Verletzung aber nicht entfallen und könnte an dem verwirklichten tatbestandsmäßigen Unrecht nichts ändern.<sup>120</sup> Das Argument, der Patient hätte zugestimmt, wäre dann unerheblich.<sup>121</sup>

Ob das Selbstbestimmungsrecht ein geschütztes Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte ist, ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Der BGH hat festgestellt, dass ein eigenmächtiger Eingriff ein „rechtswidriger Eingriff in Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit“ darstellt.<sup>122</sup> Daraus lässt sich schließen, dass auch das Selbstbestimmungsrecht nach Ansicht der Rechtsprechung von den §§ 223 ff. StGB geschützt sein soll. Dem stimmen Teile der Lehre zu,<sup>123</sup> wobei es teils nicht als eigenständiges Schutzgut sondern als indirekt mitgeschützt angesehen wird.<sup>124</sup> Die

<sup>117</sup> Wiesner (Fn. 36), S. 106.

<sup>118</sup> Wiesner (Fn. 36), S. 169.

<sup>119</sup> Tolmein, KritV 1998, 52 (61); vgl. Krey/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 14. Aufl. 2008, Rn. 223.

<sup>120</sup> Schwartz (Fn. 97), S. 78.

<sup>121</sup> Rönnau, JZ 2004, 801 (802).

<sup>122</sup> BGHSt 11, 111 (114).

<sup>123</sup> Schwartz (Fn. 97), S. 112 sieht das Selbstbestimmungsrecht nur als tatbestandlich geschützt an, wenn zusätzlich ein Eingriff in die körperliche Integrität vorliegt; Tag hingegen (Fn. 76), S. 92 geht von alternativen Schutzzwecken aus; Tolmein, KritV 1998, 52 (62).

<sup>124</sup> Eser, ZStW 97 (1985), 1, (2, 8); Krey/Heinrich (Fn. 119), Rn. 223; Eser/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 223 Rn. 31.

<sup>109</sup> Ähnlich Paeffgen (Fn. 21), Vor §§ 32 ff. Rn. 168a: die hypothetische Einwilligung sei „aus ihrem Kontext herausgerissen und in das Strafrecht eingepflanzt“.

<sup>110</sup> Wiesner (Fn. 36), S. 137.

<sup>111</sup> Böcker, JZ 2005, 925 (932).

<sup>112</sup> Rosenau (Fn. 35), S. 698; ders. (Fn. 64), Vor §§ 32 ff. Rn. 53.

<sup>113</sup> Sprau, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Aufl. 2011, § 823 Rn. 95.

<sup>114</sup> So aber Schwartz (Fn. 97), S. 158.

<sup>115</sup> Böcker, JZ 2005, 925 (928).

<sup>116</sup> Vgl. Böcker, JZ 2005, 925 (928).



wohl herrschende Meinung in der Literatur sieht nur die körperliche Unversehrtheit als Schutzgut der Körperverletzungsdelikte an.<sup>125</sup> Dafür sprechen insbesondere der Wortlaut, der das Selbstbestimmungsrecht nicht erwähnt, und die Abschnittsüberschrift, die nur die körperliche Unversehrtheit nennt.<sup>126</sup> Des Weiteren wäre sonst die Verschiedenheit von Freiheits- und Körperverletzungsdelikt verwischt.<sup>127</sup> Das Selbstbestimmungsrecht ist zwar nicht als eigenständiges Schutzgut der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, wie sich insbesondere aus der systematischen Stellung der §§ 223 ff. StGB ergibt, wohl aber als mitgeschützt anzusehen, um dem grundgesetzlichen Schutzauftrag der Patientenautonomie gerecht zu werden. Daraus ergibt sich für die hypothetische Einwilligung, dass die Verletzung des geschützten Rechtsguts nicht ohnehin entstanden wäre. Folglich kann dem Einwand, die hypothetische Erteilung der Einwilligung könne an dem verwirklichten Unrecht nichts mehr ändern, nicht gefolgt werden.

Zum anderen wird befürchtet, dass das Selbstbestimmungsrecht als verfassungsrechtlich geschütztes Recht durch die Anerkennung der Rechtsfigur unterlaufen würde.<sup>128</sup> Auch wenn es kein eigenständiges Schutzgut der Körperverletzungstatbestände ist, muss es beachtet werden, da das Grundgesetz bei der Anwendung und Auslegung des Rechts Maßstab ist. Dem Patienten wird durch die fehlerhafte Aufklärung die Möglichkeit genommen, wirksam einzuwilligen und seinem Selbstbestimmungsrecht damit Ausdruck zu verleihen. Der Wille des Patienten wird dadurch unerheblich und das Aufklärungserfordernis ad absurdum geführt.<sup>129</sup> Die Umgehung einer ordnungsgemäßen Aufklärung wäre zu befürchten,<sup>130</sup> was die Freiheit, über seinen Körper zu entscheiden, einschränken würde.

Die Unbeachtlichkeit des tatsächlichen Patientenwillens darf nicht hingenommen werden. Zwar wird argumentiert, bei einer mutmaßlichen Einwilligung sei das Selbstbestimmungsrecht in größerem Maße beeinträchtigt.<sup>131</sup> Dabei wird aber übersehen, dass bei einer mutmaßlichen Einwilligung auch nicht die Möglichkeit besteht, eine wirksame Einwilligung einzuholen, etwa, weil ein Eilfall vorliegt. Bei der hypotheti-

schen Einwilligung jedoch wird das Selbstbestimmungsrecht durch eine fehlerhafte Aufklärung eventuell sogar vorsätzlich unterlaufen. Ein Arzt, der sich eigenmächtig über die Einholung einer wirksamen Einwilligung hinwegsetzt, indem er bewusst falsch aufklärt, handelt unrecht. Er setzt sich über die Patientenautonomie hinweg und degradiert den Patienten zum „Objekt ärztlicher Vernunftthoheit“.<sup>132</sup> Dies darf nicht hingenommen werden.

#### b) Anwendung des Zweifelssatzes

Probleme ergeben sich auch durch die Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo. Kann nicht festgestellt werden, ob eine Einwilligung erteilt worden wäre, so wird der Arzt nach der Rechtsprechung unter Anwendung dieses Grundsatzes freigesprochen.<sup>133</sup> Die Anwendung des Zweifelssatzes hat heftigen Widerstand hervorgerufen. Nach *Puppe* ist die Frage, wie sich der Patient entschieden hätte, nicht zweifelhaft, sondern „sinnlos“.<sup>134</sup> Die Entscheidung eines Patienten sei nicht determinierbar, da nicht von Naturgesetzen bestimmt, sondern Ausdruck freier Entscheidung eines Individuums. Bei nicht determinierten Prozessen gebe es keine Antwort auf die Frage, wie ein Prozess abgelaufen wäre.<sup>135</sup> Daher könne die Frage, wie er sich entschieden hätte, nicht sinnvoll beantwortet werden<sup>136</sup> und der Zweifelssatz könne nicht angewendet werden. Die Zustimmung des Patienten sei nur eine „problematische Selbsteinschätzung“, schließlich könne auch er nicht ausschließen, dass er sich hätte überreden lassen.<sup>137</sup> Es handle sich nicht um eine Tatsache, sondern um eine Mutmaßung.<sup>138</sup> Folglich sei der Grundsatz in dubio pro reo nicht anwendbar, da die hypothetische Verweigerung der Einwilligung nicht bewiesen werden kann. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass die Frage, wie sich der Patient entschieden hätte, sich zwar nicht strikt, aber plausibel beantworten lasse.<sup>139</sup> Eine genügende Bestimmtheit könne erzielt werden.<sup>140</sup> Die innere Tatseite sei auch immer problematisch.<sup>141</sup> Schließlich sei der Zweifelssatz nur anwendbar bei Zweifeln, die sich auf konkrete Anhaltspunkte beziehen. Die bloße gedankliche Möglichkeit, dass die Einwilligung erteilt

<sup>125</sup> *Amelung/Lorenz*, in: Dannecker (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag am 1. April 2007, 2007, S. 527 (S. 531); *Fischer* (Fn. 42), § 223 Rn. 2; *Lackner/Kühl* (Fn. 20), § 223 Rn. 1; *Lilie*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Fn. 38), Vor § 223 Rn. 1; *Paeffgen* (Fn. 21), § 223 Rn. 2; *Momsen*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 64), § 223 Rn. 25; allerdings wird teilweise angenommen, dass im Schutzaspekt der körperlichen Integrität auch ein subjektives Selbstbestimmungsrecht stecke, so *Eser*, ZStW 97 (1985), 1 (8); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 124), § 223 Rn. 31

<sup>126</sup> *Fischer* (Fn. 42), § 223 Rn. 2

<sup>127</sup> *Lilie* (Fn. 125), Vor § 223 Rn. 1.

<sup>128</sup> *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908 (913); *Eisele*, JA 2005, 252 (254); *Frister* (Fn. 29), Kap. 15 Rn. 33.

<sup>129</sup> *Riedelmaier*, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2004, S. 80.

<sup>130</sup> *Geppert*, JK 4/08 StGB § 223/4.

<sup>131</sup> *Rosenau* (Fn. 35), S. 696; *Wiesner* (Fn. 36), S. 128.

<sup>132</sup> *Albrecht* (Fn. 42), S. 501.

<sup>133</sup> BGH NSTZ-RR 2004, 16; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4, 3; BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 7, 3, 4.

<sup>134</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (769).

<sup>135</sup> *Puppe*, JR 2004, 469 (470).

<sup>136</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (769); *dies.*, JR 2004, 469 (470); *dies.*, JR 1994, 514 (515).

<sup>137</sup> *Puppe*, JR 2004, 469 (470); *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 20; ähnlich auch schon BGHSt 13, 13, der darauf hinweist, dass der tatsächliche Verlauf der Willensbildung seine rechtliche Bedeutung nicht dadurch verliere, dass „an seine Stelle ein anderer getreten wäre, aber nicht getreten ist.“

<sup>138</sup> *Paeffgen* (Fn. 46), S. 209.

<sup>139</sup> *Kuhlen*, JR 2004, 227 (228); *Rönnau*, JZ 2004, 801 (802).

<sup>140</sup> *Roxin* (Fn. 20), § 13 Rn. 133.

<sup>141</sup> *Rosenau* (Fn. 35), S. 692.

worden wäre, sei nicht ausreichend.<sup>142</sup> Eine verbleibende Unsicherheit von hypothetischen Erwägungen sei hinzunehmen.<sup>143</sup> Auch wird vorgeschlagen, die Risikoerhöhungslehre zu übertragen, so dass eine Strafbarkeit gegeben sei, wenn die konkrete Möglichkeit bestehe, dass der Patient zugestimmt hätte.<sup>144</sup> Nach der Risikoerhöhungslehre ist für die Bejahung der objektiven Zurechnung bereits ausreichend, wenn der Täter durch sein sorgfaltswidriges Verhalten das Risiko der Erfolgsverwirklichung im Vergleich zum hypothetisch sorgfaltsgemäßigem Alternativverhalten erhöht hat.<sup>145</sup> Im Gegensatz zur herrschenden Meinung<sup>146</sup> muss also nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit festgestellt werden, dass der Erfolg bei sorgfaltsgemäßigem Verhalten vermeidbar gewesen wäre.<sup>147</sup> Unabhängig von den allgemeinen Bedenken, insbesondere der Verletzung des Zweifelssatzes<sup>148</sup> und der Umdeutung von Erfolgs- in Gefährdungsdelikte,<sup>149</sup> ist die Risikoerhöhungslehre bei der hypothetischen Einwilligung denselben Bedenken wie die strenge Anwendung des Zweifelssatzes ausgesetzt.<sup>150</sup> Die hypothetische Einwilligung ist eine Mutmaßung, deren Verweigerung nicht bewiesen werden kann, weil sich der Patient nicht in eine fiktive Entscheidungssituation hineinversetzen kann.<sup>151</sup> Des Weiteren ergeben sich Beweisschwierigkeiten, wenn der Patient stirbt.<sup>152</sup>

Sollte dennoch der Zweifelssatz anwendbar sein, so wird dadurch die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts noch erheblicher, da ein Beweis, dass der Patient nicht zugestimmt hätte, kaum möglich ist. Die Beweissituation, wie die Rechtsprechung sie handhabt, führt bei der hypothetischen Einwilligung dazu, dass letztlich meistens zugunsten des Arztes entschieden wird und er jede Maßnahme, die noch von der *lex artis* gedeckt sei, durch eine fehlerhafte Aufklärung dem Patienten aufzwingen kann.<sup>153</sup> Somit führt die hypothetische Einwilligung zu einer Verschlechterung der Rechtsposition des Patienten im Strafrecht. Im Gegensatz zum Zivilrecht

besteht keine ausgeglichene Beweissituation.<sup>154</sup> Im Strafrecht resultiert aus der Anerkennung der hypothetischen Einwilligung durch die Anwendung des Zweifelssatzes meist ein Freispruch bezüglich des vollendeten Delikts, so dass die fehlerhafte Aufklärung zumindest bei Fahrlässigkeit keine strafrechtlichen Konsequenzen hat. Dies steht im Widerspruch zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten.

### c) Die Problematik der nachträglichen Bildung von Hypothesen

Kritisch gesehen wird außerdem die Bildung von Hypothesen aus der *ex post*-Perspektive. Der Patient wird im Nachhinein danach befragt, ob er bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte. Damit tritt neben die bereits dargestellte beweisrechtliche Problematik die Frage, ob materiell-rechtlich die Strafbarkeit erst im Nachhinein feststehen darf. Die Strafbarkeit des Arztes stehe zur Disposition des Patienten.<sup>155</sup> Wenn er erklärt, er hätte die Einwilligung erteilt, entfällt eine Strafbarkeit des Arztes wegen vollendeter Körperverletzung. Zum einen ergibt sich daraus eine erhebliche Missbrauchsfahr.<sup>156</sup> Ein Patient kann einen Arzt damit schwer belasten, andererseits besteht auch die Gefahr, dass Ärzte sich durch großzügige Zahlungen einer für sie positiven Aussage des Patienten versichern.<sup>157</sup> Zum anderen stellt diese Abhängigkeit vom Patienten eine Beeinträchtigung der *Offizialmaxime* dar. Danach obliegt die Strafverfolgung nicht dem Einzelnen.<sup>158</sup> Durch seine Aussage kann der Patient praktisch jedoch im Nachhinein bestimmen, ob der Heileingriff strafbar war. Damit wäre ein in das „Gewand des materiellen Rechts gekleideter Strafantrag“ geschaffen,<sup>159</sup> der über einen Strafantrag im prozessualen Sinn hinausgeht und zu einer „Privatwillkür“ führt.<sup>160</sup> Dagegen wird eingewendet, die hypothetische Einwilligung finde bislang nur bei den Körperverletzungsdelikten Anwendung, die nach § 230 Abs. 1 StGB Antragsdelikte sind, so dass eine nachträgliche Zustimmung außer in den Fällen, in denen von Amts wegen ermittelt wird, schon *de lege lata* beachtlich sei.<sup>161</sup> Dies trifft jedoch nur zu, soweit es sich nicht um eine Qualifikation handelt oder ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Des Weiteren handelt es sich bei dem Antrag um eine Prozessvoraussetzung, welche die Rechtswidrigkeit unberührt lässt.

Darüber hinaus kann es nicht hingenommen werden, dass ein Schwebezustand entsteht.<sup>162</sup> Die Strafbarkeit des Arztes bleibt so lange ungeklärt, bis klar ist, ob der Patient zustimmt oder nicht, was einen erheblichen Zeitraum dauern kann,

<sup>142</sup> Rönna (Fn. 3), Vor § 32 Rn. 231; *ders.*, JZ 2004, 801 (804).

<sup>143</sup> Kühl (Fn. 24), § 9 Rn. 47a.

<sup>144</sup> Roxin (Fn. 20), § 13 Rn. 124.

<sup>145</sup> Roxin, ZStW 74 (1962), 411 (432).

<sup>146</sup> BGHSt 11, 1 (7); Weber (Fn. 3), § 14 Rn. 86 f.; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 108), § 15 Rn. 198; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 2), § 15 Rn. 179/179a.

<sup>147</sup> Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 86), § 8 Rn. 36.

<sup>148</sup> Weber (Fn. 3), § 14 Rn. 86 f.; Vogel (Fn. 146), § 15 Rn. 198.

<sup>149</sup> Diesem Vorwurf ist die Risikoerhöhungslehre ausgesetzt, da eine Feststellung, dass sich das Risiko erhöht hat, nur bei Gefährdungsdelikten, nicht aber bei Erfolgsdelikten ausreicht, vgl. Weber (Fn. 3), § 14 Rn. 86 f.; Sternberg-Lieben (Fn. 146), § 15 Rn. 179/179a.

<sup>150</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 461, 463; Riedelmaier (Fn. 129), S. 82.

<sup>151</sup> Puppe, JR 2004, 469 (470).

<sup>152</sup> Paeffgen (Fn. 46), S. 208.

<sup>153</sup> Puppe (Fn. 137), § 11 Rn. 20.

<sup>154</sup> Vgl. bereits II. 1.

<sup>155</sup> Jäger (Fn. 91), S. 355; Schwartz (Fn. 97), S. 230 ff.

<sup>156</sup> Jäger (Fn. 91), S. 355; Schwartz (Fn. 97), S. 233.

<sup>157</sup> Vgl. Albrecht (Fn. 42), S. 430 ff.

<sup>158</sup> Schoreit, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 152 Rn. 9; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. 2005, Einleitung Rn. 3.

<sup>159</sup> Jäger (Fn. 91), S. 356.

<sup>160</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 368.

<sup>161</sup> Wiesner (Fn. 36), S. 119.

<sup>162</sup> Jäger (Fn. 91), S. 354; Schwartz (Fn. 97), S. 237.

insbesondere, wenn der Patient einen komatösen Zustand erreicht. Dies ist mit dem Strafrecht nicht vereinbar. Der strafrechtliche Normappell muss vor der Tat feststehen, wie sich aus dem Grundsatz *nulla poena, nulla crimen sine lege praevia* ergibt, der aus Art. 103 Abs. 2 GG hergeleitet wird.<sup>163</sup> Diese Garantie umfasst einen weiten Begriff des Tatbestands, so dass auch die Regeln des Allgemeinen Teils des StGB, Tatbestandsmerkmale des Besonderen Teils, Rechtfertigungsgründe sowie Schuldausschlussgründe und Strafbarkeitsbedingungen festgelegt sein müssen.<sup>164</sup> Die nachträgliche Zustimmung oder aber deren Verweigerung hätte eine Rückwirkungsfiktion,<sup>165</sup> die aber im Strafrecht verboten ist. Man könnte die Zustimmung daher auch mit einer Genehmigung vergleichen, wie es sie im Zivilrecht gemäß § 184 BGB gebe.<sup>166</sup> Jedoch werde im Strafrecht keine rechtfertigende Genehmigung anerkannt, was auch daraus ersichtlich ist, dass § 228 StGB nur die vorherige Einwilligung anerkenne.<sup>167</sup> Auch eine Genehmigung nach § 331 Abs. 3 StGB stelle keine Rechtfertigung, sondern eine Aufhebung der Strafbedürftigkeit dar.<sup>168</sup>

Demnach läuft die „nachträgliche Hypothesenbildung“<sup>169</sup> auf eine Rückwirkung hinaus, die gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstößt. Die Rechtswidrigkeit muss im Tatzeitpunkt unänderlich feststehen.<sup>170</sup> Eine nachträgliche Berücksichtigung von Hypothesen findet sich nicht im Strafrecht und ist mit diesem schlechthin unvereinbar.

#### d) Das Verhältnis zur mutmaßlichen Einwilligung

Auch das Verhältnis zur mutmaßlichen Einwilligung lässt die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung in Zweifel ziehen. Die bewusst strengen Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung, insbesondere, dass keine Einwilligung eingeholt werden kann, könnten umgangen werden.<sup>171</sup> Damit würde die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung igno-

riert.<sup>172</sup> Befürworter der hypothetischen Einwilligung gestehen der mutmaßlichen Einwilligung auch neben der hypothetischen Einwilligung einen eigenständigen Anwendungsbereich zu, insbesondere wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen und der anderen Betrachtungsweise aus ex ante- bzw. ex post-Perspektive.<sup>173</sup>

Die Kritik an dem Verhältnis zur mutmaßlichen Einwilligung vermag nicht ganz zu überzeugen: Die hypothetische Einwilligung kann die mutmaßliche Einwilligung nicht verdrängen, sofern man sie als Zurechnungsausschluss betrachtet. Zwar hat die hypothetische Einwilligung nicht zur Voraussetzung, dass keine Einwilligung eingeholt werden kann, wenn sie aber – wie die herrschende Literatur annimmt – die objektive Zurechnung auf Rechtfertigungsebene ausschließt, wird sie auch erst nach der mutmaßlichen Einwilligung im Deliktaufbau geprüft. Daher haben die Rechtsfiguren in diesem Fall einen eigenständigen Anwendungsbereich. Anders verhält es sich jedoch, wenn die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund eingeordnet wird. Dann bestünde die Gefahr, dass die mutmaßliche Einwilligung mit den strengeren Anforderungen verdrängt wird.

#### e) Gefahr der Ausdehnung der Rechtsfigur

Die hypothetische Einwilligung ist im Zivilrecht entwickelt und später in das Strafrecht übernommen worden. Bislang fand sie nur bei fehlerhafter Aufklärung beim ärztlichen Heileingriff Anwendung. Die Anerkennung der Rechtsfigur könnte aber weitreichende Folgen haben, wenn der Anwendungsbereich ausgedehnt wird.

Erstens könnte die hypothetische Einwilligung auch auf Fälle angewendet werden, bei denen überhaupt keine, also nicht einmal eine unwirksame Einwilligung vorliegt.<sup>174</sup> Das würde dazu führen, dass die Einwilligung verdrängt würde und die hypothetische Einwilligung an ihre Stelle träte, was dem Selbstbestimmungsrecht zuwiderliefe. Diesem Vorwurf begegnet *Kuhlen*, indem nach seiner Konzeption nur bei „bloßen Rechtfertigungsmängeln“ eine hypothetische Einwilligung in Betracht kommt.<sup>175</sup> Bei einer komplett fehlenden Einwilligung dürfe daher keine hypothetische Einwilligung geprüft werden.<sup>176</sup> Sofern man sich dieser Einschränkung anschließt, wäre diese Gefahr der Ausdehnung auf eine ganz fehlende Einwilligung also beseitigt.

Zweitens ist zweifelhaft, ob die hypothetische Einwilligung nicht auch auf Fälle außerhalb der Problematik des ärztlichen Heileingriffs angewendet werden könnte. So wird plakativ gefragt, ob denn auch der Dieb, dem der Bestohlene später versichert, er hätte ihm das Diebesgut sonst geschenkt, nicht wegen vollendeten Delikts bestraft werden könne,<sup>177</sup> oder ob etwa eine Strafbarkeit nach § 306d StGB entfele,

<sup>163</sup> *Schulze-Fielitz*, in: Dreier/Bauer (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 103 Abs. 2 Rn. 50; *Nolte*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 103 Abs. 2 Rn. 117; *Schwartz* (Fn. 97), S. 236.

<sup>164</sup> *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 61; *Schulze-Fielitz* (Fn. 163), Art. 103 Abs. 2 Rn. 23.

<sup>165</sup> *Jäger* (Fn. 91), S. 354; *Schwartz* (Fn. 97), S. 239.

<sup>166</sup> *Schlehofer* (Fn. 57), S. 967 und *Schwartz* (Fn. 97), S. 239 kritisieren den Vergleich. Er passe nicht, denn der Betroffene erkläre bei einer Genehmigung, er sei jetzt einverstanden, während bei der hypothetischen Einwilligung erklärt werde, er sei damals einverstanden gewesen; Auch *Albrecht* (Fn. 42), S. 357 wendet zurecht ein, dass eine Genehmigung eine tatsächliche Zustimmung ist, während sie bei der hypothetischen Einwilligung nur hypothetisch ist.

<sup>167</sup> *Schlehofer* (Fn. 57), S. 967.

<sup>168</sup> *Schlehofer* (Fn. 57), S. 968.

<sup>169</sup> *Albrecht* (Fn. 42), S. 359; *Jäger* (Fn. 91), S. 354.

<sup>170</sup> *Albrecht* (Fn. 42), S. 361.

<sup>171</sup> *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908 (913); *Eisele*, JA 2005, 252 (253); *Puppe* (Fn. 137), § 11 Rn. 20.

<sup>172</sup> *Riedelmaier* (Fn. 129), S. 86.

<sup>173</sup> Vgl. II. 2.b); *Kuhlen* (Fn. 5), S. 443; *Rönnau*, JZ 2004, 801 (803); *Schwartz* (Fn. 97), S. 135; *Wiesner* (Fn. 36), S. 123.

<sup>174</sup> *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908 (914).

<sup>175</sup> *Kuhlen* (Fn. 32), S. 339.

<sup>176</sup> Anders aber: *Dreher* (Fn. 32), S. 110.

<sup>177</sup> *Otto* (Fn. 20), § 8 Rn. 134; *Sickor*, JA 2008, 11 (16).

wenn der Eigentümer mit dem Inbrandsetzen einverstanden gewesen wäre, weil er so die Versicherungssumme erhalten hat.<sup>178</sup> Diese Beispiele stellen jedoch keine ernsthaften Vorschläge zur Ausdehnung der Rechtsfigur dar, sondern sie verdeutlichen, welche Gefahr die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung birgt. In Bezug auf das Beispiel des Diebes ist aber darauf hinzuweisen, dass es sich bei der Zustimmung des Gewahrsamsinhabers um ein Einverständnis handelt. Dies unterscheidet sich von der Einwilligung insbesondere darin, dass es bereits den Tatbestand ausschließt und Willensmängel unbeachtlich sind, da der tatsächliche Wille zum Tatzeitpunkt maßgeblich ist.<sup>179</sup> Damit ist der Fall nicht vergleichbar mit den Rechtfertigungsmängeln bei einer Einwilligung.<sup>180</sup>

Drittens kommt auch eine Ausweitung hypothetischer Erwägungen auf andere Rechtfertigungsgründe in Betracht. *Kuhlen* erweitert die Rechtfertigungsprüfung um die objektive Zurechnung und dies nicht nur bei der Einwilligung, sondern auch bei allen anderen Rechtfertigungsgründen. Unter welchen Voraussetzungen „bloße Rechtfertigungsmängel“ vorliegen, klärt *Kuhlen* nur für die Einwilligung und die mutmaßliche Einwilligung.<sup>181</sup> Bei anderen Rechtfertigungsgründen fanden bislang kaum weitere Einordnungen statt.<sup>182</sup> Ein Vorschlag *Dreher*s modifiziert *Kuhlen*s Lösung dahingehend, dass die objektive Zurechnung auf Rechtfertigungsebene nur zu prüfen sei, wenn eine Rechtfertigungslage vorliege. Anderenfalls gelte das im Tatbestand ausgesprochene Verbot nicht nur generell-abstrakt, sondern auch im konkreten Fall.<sup>183</sup> Dass der Täter gegen dieses Verbot verstoßen habe und ihm dies zurechenbar sei, sei bereits innerhalb des Tatbestands festgestellt worden.<sup>184</sup> Nur wenn eine Rechtfertigungslage vorliege, werde der tatbestandliche Verhaltensbefehl dahingehend modifiziert, dass solche Handlungen erlaubt seien, die sich innerhalb der Grenzen des Rechtfertigungsgrundes befänden.<sup>185</sup> Bei Bestehen einer Rechtfertigungslage sei also nicht jedes Handeln rechtlich missbilligt, so dass ein rechtmäßiges Alternativverhalten möglich sei, wenn es allen Anforderungen des Rechtfertigungsgrundes entspreche.<sup>186</sup> Mithin folgt *Dreher* dem generellen Vorschlag *Kuhlen*s, stellt aber anstelle von „Rechtfertigungsmängeln“ auf das Bestehen einer Rechtfertigungslage ab. Bei einer Einwilligung sei die Tatsache, dass das Rechtsgut der Disposition eines Einsichtsfähigen unterliegt, diese Rechtfertigungslage. Die Anforderungen, die der Rechtfertigungsgrund stelle, bestünden in dem Einholen einer wirksamen Einwilligung.<sup>187</sup> Ob die Disponibilität des Rechtsguts und die Einwilligungsfähigkeit die Rechtfertigungslage bei einer Einwilligung darstellen, ist aber höchst zweifelhaft. Die objektiven Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes werden oft in Rechtfertigungslage und -handlung unterteilt, jedoch geschieht dies nicht bei der Einwilligung.<sup>188</sup> Ein Vergleich zur Notwehrlage und -handlung zeigt außerdem, dass die Notwehrlage objektiv feststeht und die Einhaltung der Notwehrhandlung vom Verhalten des Täters abhängt. Die Freiheit von Willensmängeln bei der Einwilligung und die fehlende Sittenwidrigkeit hängen aber nicht allein vom Täter ab und können daher nicht als Rechtfertigungshandlung klassifiziert werden. Ist die Freiheit von Willensmängeln aber Teil der Rechtfertigungslage, so würde dies bedeuten, dass nach *Dreher* bei dem Fall der fehlerhaften Aufklärung keine Prüfung der objektiven Zurechnung in Betracht kommt.<sup>189</sup> Entweder kann der Vorschlag *Dreher*s keine Lösung für die Einwilligung mangels Unterteilung in Rechtfertigungslage und -handlung anbieten oder er ergibt, dass im Fall der hypothetischen Einwilligung die objektive Zurechnung nicht geprüft werden darf. Daher kann dieser Lösungsansatz nicht überzeugen. Eine befriedigende Lösung zur Begrenzung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung wird also nicht angeboten.

Dabei ist die Gefahr der Ausdehnung der Rechtsfigur offenkundig. Zunächst ist zweifelhaft, ob eine Unterscheidung zwischen Ärzten und anderen Tätern gemacht werden darf und mit welcher Begründung. Sollten Ärzte, die heilen wollen, anders behandelt werden als Diebe oder Brandstifter? Diese Frage kann wegen der unterschiedlichen Motivation für die Handlungen nur bejaht werden. Aber ist die hypothetische Einwilligung das richtige Mittel oder kann eine Entkriminalisierung der Ärzte nicht auch durch eine sachgerechte Lösung der Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der Heilbehandlung erreicht werden? Wo ist die Grenze zu ziehen? Diese Frage ist noch nicht ausreichend geklärt. Sollte etwa ein Unterschied zwischen Tätowierkünstlern und Ärzten gemacht werden? Dazu folgendes Beispiel:

Dabei ist die Gefahr der Ausdehnung der Rechtsfigur offenkundig. Zunächst ist zweifelhaft, ob eine Unterscheidung zwischen Ärzten und anderen Tätern gemacht werden darf und mit welcher Begründung. Sollten Ärzte, die heilen wollen, anders behandelt werden als Diebe oder Brandstifter? Diese Frage kann wegen der unterschiedlichen Motivation für die Handlungen nur bejaht werden. Aber ist die hypothetische Einwilligung das richtige Mittel oder kann eine Entkriminalisierung der Ärzte nicht auch durch eine sachgerechte Lösung der Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der Heilbehandlung erreicht werden? Wo ist die Grenze zu ziehen? Diese Frage ist noch nicht ausreichend geklärt. Sollte etwa ein Unterschied zwischen Tätowierkünstlern und Ärzten gemacht werden? Dazu folgendes Beispiel:

A kommt zu Tätowierkünstler T und möchte einen Engel auf die Schulter tätowiert haben. Absprachewidrig tätowiert T einen Teufel auf die Schulter. Im Nachhinein sagt A, Teufel passen besser zu ihm und er hätte auch bei diesem Motiv eingewilligt.

Das Tätowieren stellt, ebenso wie der Heileingriff, eine tatbestandliche Körperverletzung dar, die durch Einwilligung

<sup>178</sup> *Eisele* (Fn. 82), S. 182.

<sup>179</sup> *Schwartz* (Fn. 97), S. 169 f.

<sup>180</sup> *Schwartz* (Fn. 97), S. 169 f.

<sup>181</sup> *Kuhlen* (Fn. 32), S. 340; *ders.* (Fn. 5), S. 431.

<sup>182</sup> Nur *Puppe*, JZ 1989, 728, (729, 733) fordert eine Anwendung der objektiven Zurechnung auf den Rechtfertigungsexzess, jedoch nicht im Zusammenhang mit *Kuhlen*s These, sondern Jahre zuvor; *Wiesner* (Fn. 36), S. 111 hofft auf eine Überwindung der Abgrenzungsproblematik durch eine über Jahre entwickelte Kasuistik.

<sup>183</sup> *Dreher* (Fn. 32), S. 51, 54.

<sup>184</sup> *Dreher* (Fn. 32), S. 51, 54.

<sup>185</sup> *Dreher* (Fn. 32), S. 51.

<sup>186</sup> *Dreher* (Fn. 32), S. 55.

<sup>187</sup> *Dreher* (Fn. 32), S. 104, 105, 115.

<sup>188</sup> Vgl. nur *Mitsch* (Fn. 3), § 17 Rn. 98 ff.; *Frister* (Fn. 29), Kap. 15 Rn. 4 ff.; *Kindhäuser* (Fn. 19), § 12 Rn. 10 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 23), Rn. 370 ff.; *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, Rn. 323a f. geht zwar davon aus, dass bei jedem Rechtfertigungsgrund diese Unterteilung stattfindet, bei der Darstellung der Einwilligung Rn. 453 ff., nimmt er diese aber nicht vor.

<sup>189</sup> So auch *Schwartz* (Fn. 97), S. 43, dem nicht ersichtlich ist, worin *Dreher* eine Rechtfertigungslage bei der hypothetischen Einwilligung sieht.

gerechtfertigt werden kann.<sup>190</sup> Ähnlich wie bei der ursprünglichen Fallgestaltung der hypothetischen Einwilligung handelt der Tätowierkünstler eigenmächtig. Sollte auch ihm der Einwand der hypothetischen Einwilligung zugute kommen? Es wäre inkonsequent, dies zu verneinen. Andererseits würde dies auch zu einer Ausdehnung der Probleme führen, welche die hypothetische Einwilligung mit sich bringt, etwa die Beweisprobleme und die nachträgliche Hypothesenbildung. Zwar wird betont, dass sich die hypothetische Einwilligung aus dem Kontext der ärztlichen Heilbehandlung und der umfassenden Aufklärungspflichten ergibt,<sup>191</sup> jedoch wäre eine Nichtausdehnung widersprüchlich. Nach der generellen Lösung von *Kuhlen* und *Dreher* ist eine Ausdehnung auf Fälle außerhalb des ärztlichen Heileingriffs auch vorgesehen.<sup>192</sup>

Des Weiteren ist eine Ausweitung hypothetischer Erwägungen auf andere Rechtfertigungsgründe höchst problematisch. Dies soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

A und B sitzen gemeinsam in einem Auto. A versetzt B einen Stich mit einem Messer. Wäre dies nicht geschehen, so hätte B versucht, den A in einigen Minuten an einer Brücke aus dem Auto zu werfen. A hätte vorher Notwehr durch einen ebensolchen Messerstich geübt.

Die Handlung des A erfüllt alle Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes Notwehr bis auf die Gegenwärtigkeit des Angriffs.<sup>193</sup> Dieses Fehlen stellt den Rechtfertigungsmangel dar. Ex post betrachtet wäre die Handlung einige Minuten später gegenwärtig geworden. Hätte A sich rechtmäßig verhalten, indem er erst dann zugestochen hätte, wäre aber der gleiche Erfolg eingetreten, B hätte dieselbe Verletzung durch den Stich.

Das Beispiel zeigt, dass eine Ausweitung auf andere Rechtfertigungsgründe nicht gewollt sein kann. Die Voraussetzungen der Notwehr würden dadurch umgangen. Der extensive Notwehrexzess wird jedoch höchstens als Entschuldigungsgrund gemäß § 33 StGB in Betracht gezogen.<sup>194</sup> Durch hypothetische Erwägungen würde er rechtfertigende Wirkung erhalten. Auch hätte wiederum die Anwendung des Zweifelsatzes fatale Wirkung: Es müsste bewiesen werden, dass kein Angriff stattgefunden hätte. Darüber hinaus wäre die freie Entscheidung des vermeintlich in einiger Zeit Angreifenden vorweggenommen. Damit zeigt dieses Beispiel nicht nur, wie gefährlich eine Ausdehnung auf andere Rechtfertigungsgrün-

de sein kann, sondern es verdeutlicht auch die problematischen Implikationen der hypothetischen Einwilligung.

Somit bleibt festzuhalten: Eine Ausdehnung der Rechtsfigur wäre folgerichtig, aber nicht interessengerecht, denn in anderen Fällen als denen der ärztlichen Heilbehandlung führen hypothetische Erwägungen zu teils unhaltbaren Ergebnissen. Die hypothetische Einwilligung als Rechtsfigur im Strafrecht ist folglich abzulehnen. Sie widerspricht wesentlichen Prinzipien der strafrechtlichen Rechtslehre.

### 6. Zusammenfassung

Durch die hypothetische Einwilligung und deren Übertragung in das Strafrecht könnten zwei Missstände zum Teil beseitigt werden. Die Diskrepanz zwischen zivilrechtlicher und strafrechtlicher Haftung wird aufgehoben und die Ärzteschaft muss in dem Anwendungsfall der hypothetischen Einwilligung nicht mit einer Strafbarkeit wegen vollendeten Delikts rechnen. Jedoch gelingt dies nur für einen Teilbereich: Bleibt eine Versuchsstrafbarkeit möglich, wie es die wohl herrschende Lehre annimmt, so ist wiederum die Einheit der Rechtsordnung beeinträchtigt und Rückwirkungen auf das Zivilrecht bestehen. Des Weiteren trägt der Arzt bei einer verbleibenden Versuchsstrafbarkeit weiterhin das Risiko, sich strafbar zu machen. Eine grundsätzliche Strafflosigkeit auch bezüglich des Versuchs ginge aber ebenfalls zu weit. Der Arzt, der vorsätzlich falsch aufklärt und eigenmächtig handelt, hat keine Strafflosigkeit verdient. Problematisch ist dabei, dass dann nur eine Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung oder eben keine Strafbarkeit in Betracht kommt. Beides ist nicht angemessen, so dass ein Dilemma besteht, das durch die hypothetische Einwilligung nicht gelöst werden kann. Auch beseitigt die hypothetische Einwilligung die Strafbarkeit wegen Vollendung nur in dem Fall der unwirksamen Einwilligung wegen Willensmängeln. Bei einer Einwilligung, die aus anderen Gründen unwirksam ist, etwa bei fehlender Einwilligungsfähigkeit, verbleibt das Strafbarkeitsrisiko.

Aufgrund des Verstoßes gegen Grundsätze der strafrechtlichen Rechtslehre und der Unmöglichkeit der dogmatischen Einordnung ist die hypothetische Einwilligung insgesamt abzulehnen. Das Anliegen, dass Ärzte nicht einem so großen Strafbarkeitsrisiko ausgesetzt sein sollen, insbesondere wegen ihrer Intention zu heilen, erscheint durchaus legitim, aber dies darf nicht durch Preisgabe wichtiger Prinzipien geschehen.

### III. Fazit

Mit der gesetzlichen Regelung, wie sie zurzeit besteht, ist kein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen des Patienten und denen des Arztes möglich. Der Patient bedarf des Schutzes seines Selbstbestimmungsrechts. Auf der anderen Seite aber darf ein Arzt nicht dem Risiko ausgesetzt sein, sich wegen reiner Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts einer Körperverletzung strafbar zu machen, was einen großen Makel für ihn bedeutet. Dieser Konflikt kann mit der geltenden Gesetzeslage nicht gelöst werden, weil das Gesetz die Schutzgüter „körperliche Unversehrtheit“ und „Selbstbestimmungsrecht“ nicht in getrennten Tatbeständen erfasst.

<sup>190</sup> Vgl. BGH NStZ 2009, 215.

<sup>191</sup> *Rosenau* (Fn. 35), S. 699.

<sup>192</sup> Vgl. *Dreher* (Fn. 32), S. 58; *Kuhlen* (Fn. 5), S. 444.

<sup>193</sup> Hier wird damit der h.M. gefolgt, die eine „Präventiv-Notwehr“ oder „notwehrähnliche Lage“ ablehnt, vgl. *Lackner/Kühl* (Fn. 20), § 32 Rn. 97; *Rönnau/Hohn*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 3), § 32 Rn. 145; *Herzog*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paefgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 32 Rn. 32.

<sup>194</sup> So ein Teil der Literatur: *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 33 Rn. 7; nur beim nachzeitig extensiven Exzess bejahend: *Lackner/Kühl* (Fn. 20), § 33 Rn. 2; ablehnend die h.M. und stete Rspr.: BGH NStZ 2002, 141; *Herzog* (Fn. 193), § 33 Rn. 10.

Daher sollte ein Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung eingeführt werden, der sachgerecht Verstöße gegen das Selbstbestimmungsrecht sanktioniert<sup>195</sup> und dadurch eine Unterscheidung zwischen Verletzungen der körperlichen Integrität und Verletzungen des Selbstbestimmungsrechts möglich macht. Das Strafbarkeitsrisiko der Ärzte wird begrenzt. Auch die Einheit der Rechtsordnung bleibt gewahrt, indem man im Rahmen des neuen Tatbestands schwerwiegende Verstöße gegen das Selbstbestimmungsrecht sanktioniert, wie auch im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zum Schadensersatz verpflichten. Bereits mehrmals im vergangenen Jahrhundert hat der Gesetzgeber über einen Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung diskutiert, jedoch sind die Reformbestrebungen gescheitert.<sup>196</sup> Auch in Österreich gibt es in § 110 öStGB einen Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung. Er ist als Privatklagedelikt ausgestaltet,<sup>197</sup> wodurch der Strafverfolgung eine Grenze gesetzt wird.<sup>198</sup>

Gleichzeitig könnte das Ausmaß der ärztlichen Aufklärungspflichten gesetzlich festgelegt werden,<sup>199</sup> insbesondere könnte es im Strafrecht oder allgemein abgesenkt werden.<sup>200</sup> Bislang beruht der Umfang der Aufklärungspflichten auf Richterrecht, wobei dieser immer mehr ausgeweitet wird.<sup>201</sup> Durch eine Kodifizierung könnte Rechtssicherheit geschaffen und eine Strafbarkeit begrenzt werden. Hingegen kann der Vorschlag, Verfahren gegen Ärzte in Konstellationen der hypothetischen Einwilligung bei geringer Schuld nach den Vorschriften der StPO einzustellen,<sup>202</sup> nicht überzeugen, denn er führt dazu, dass weiterhin Rechtsunsicherheit besteht und dennoch gegen Ärzte wegen einer Körperverletzung ermittelt wird.<sup>203</sup>

Durch die Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung wird dem Interesse des Arztes gegenüber dem Interesse des Patienten der Vorrang eingeräumt, indem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten außer Acht gelas-

sen wird. Daher kann die hypothetische Einwilligung den Konflikt zwischen Therapiefreiheit und Patientenautonomie nicht sachgerecht lösen. Die Schaffung eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung könnte das Problem beheben, indem Ärzte ihren Beruf ohne zu großes strafrechtliches Risiko ausüben können und der Patient sich darauf verlassen kann, dass etwaige Verstöße des Arztes gerecht sanktioniert werden.

<sup>195</sup> Zipf, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dez. 1978, 1979, S. 577 (S. 589).

<sup>196</sup> Ulsenheimer (Fn. 78), Rn. 56; Reformentwürfe abgedruckt in Wiesner (Fn. 50), S. 150 ff. Auch die Reformbestrebungen im Rahmen des 6. StRG konnten sich nicht durchsetzen, vgl. auch BT-Drs 13/7164.

<sup>197</sup> § 110 Abs. 3 öStGB, Bruckmüller/Schumann, in: Roxin/Schroth (Fn. 76), S. 645 (S. 669).

<sup>198</sup> Anders aber: Deutsch/Spickhoff, Medizinrecht, 6. Aufl. 2008, Rn. 502, die die Gefahr einer vermehrten Anwendung sehen.

<sup>199</sup> Duttge, MedR 2005, 706 (711).

<sup>200</sup> Albrecht (Fn. 42), S. 547; Otto/Albrecht, Jura 2010, 264 (270); Rigizahn, JR 1996, 69 (74).

<sup>201</sup> Helbron, Entwicklungen und Fehlentwicklungen im Arzthaftungsrecht, 2001, S. 98; Wiesner (Fn. 36), S. 74.

<sup>202</sup> Puppe, GA 2003, 764 (776).

<sup>203</sup> Bereits die Bezeichnung des Verhaltens als strafbar berührt den Handelnden in einem grundrechtsrelevanten Bereich, vgl. BVerfG NRW 1994, 1577 (1590).