

Schriften zum Strafrecht

---

Band 439

**Die Bedeutung  
der hypothetischen Einwilligung  
für Verhaltens- und Erfolgsunrecht**

Von

**Alexandra Hall-Waldhauser**



**Duncker & Humblot · Berlin**

ALEXANDRA HALL-WALDHAUSER

Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung  
für Verhaltens- und Erfolgsunrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 439

# Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für Verhaltens- und Erfolgsunrecht

Von

Alexandra Hall-Waldhauser



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten  
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Werk wurde auf Basis der Open Access-Lizenz CC BY 4.0  
(s. <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0>) veröffentlicht. Die E-Book-Version  
ist unter <https://doi.org/10.3790/978-3-428-59251-7> abrufbar.



Alle Rechte vorbehalten  
© 2025 Alexandra Hall-Waldhauser  
Erschienen bei: Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: Klaus-Dieter Voigt  
Druck: CPI books GmbH, Leck  
Printed in Germany

ISSN 0558-9126  
ISBN 978-3-428-19251-9 (Print)  
ISBN 978-3-428-59251-7 (E-Book)  
DOI 10.3790/978-3-428-59251-7

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,  
12165 Berlin, Germany | E-Mail: [info@duncker-humblot.de](mailto:info@duncker-humblot.de)  
Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

*Für meine Eltern*



## Vorwort

Diese Arbeit wurde im März 2024 von der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Mein Dank gilt dabei ganz besonders meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. dupl. Georg Freund für sein Vertrauen, seine umfangreiche Unterstützung, seine Aufgeschlossenheit und die stetige Bereitschaft zu anregenden Diskussionen und wertvollen Denkanstößen. Weiterhin gilt ein ganz besonderer Dank Frau Prof. Dr. Monika Böhm, die mich bereits während meines Studiums sowie während meiner spannenden und lehrreichen Jahre an ihrem Lehrstuhl als wissenschaftliche Mitarbeiterin immer sehr gefördert und unterstützt hat. Mein Dank gilt ferner dem Zweitgutachter Herrn Prof. Dr. Puschke für die hilfreichen Anregungen.

Ganz besonders danke ich auch meiner Familie, die mich zeitlebens uneingeschränkt gefördert und liebevoll unterstützt hat und mich zu dem Menschen gemacht hat, der ich heute bin. Hier gilt mein besonderer Dank auch meinen Großeltern Adele und Erwin, die immer für mich da waren, mir immer so viel zugetraut haben und wahnsinnig stolz gewesen wären, hätten sie den Abschluss dieser Arbeit erleben dürfen. Weiterhin danke ich meinem Freund Florian für seine Liebe und Unterstützung. Darüber hinaus danke ich meinen Freunden für die Ablenkung, die aufbauenden Worte und viel Verständnis während der Entstehungsphase der Arbeit. Hier gilt der Dank ganz besonders euch, Tabea, Mara und Michele. Schließlich danke ich allen vierbeinigen Begleitern, die mich durch ihre Art und ihre uneingeschränkt ehrliche Reaktionen dazu gebracht haben, so viel über mich selbst zu lernen.

Nicht zuletzt gebührt mein aufrichtiger Dank der Studienstiftung des Deutschen Volkes, die die Anfertigung der Arbeit und mich persönlich vielfältig gefördert hat, und mir viele interessante interdisziplinäre Kontakte zu anderen Promotionsstipendiaten ermöglicht hat.

Gewidmet ist die Arbeit in Liebe und Dankbarkeit meinen Eltern Veronika und Jörg. Ihre umfangreiche Unterstützung hat mich bereits von Beginn meiner Ausbildung an begleitet und die Realisierung der vorliegenden Arbeit erst ermöglicht. Dabei haben sie nicht nur den gesamten Entstehungsprozess der Arbeit mit größtem Interesse begleitet, sondern insbesondere meine Mama schließlich auch die anspruchsvolle und mühselige Arbeit des Korrekturlesens auf sich genommen.

Marburg, im Juli 2024

*Alexandra Hall-Waldhauser*





## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	19
I. Problemaufriss .....	19
II. Gang der Untersuchung .....	23
<b>A. Vorfragen zur „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung</b> .....	25
I. Dogmatische Erwägungen zum Zweck des Strafens .....	25
1. Allgemeine Charakterisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens ....	25
2. Übertragung der Überlegungen auf die Situation der medizinischen Behandlung .....	31
II. Verfassungsrechtliche Charakterisierung der ärztlichen Behandlung .....	33
1. In Betracht zu ziehende Grundrechte .....	34
a) Grundrechte des Patienten .....	35
aa) Art. 1 GG – Die Menschenwürde .....	35
bb) Art. 2 II 1 GG – Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. Selbstbestimmung .....	37
cc) Art. 4 GG – Die Glaubens- und Gewissensfreiheit .....	41
dd) Die informationelle Selbstbestimmung .....	42
b) Grundrechte des Arztes .....	42
aa) Art. 12 I GG – Die ärztliche Therapiefreiheit .....	42
bb) Art. 4 I GG – Die Gewissensfreiheit des Arztes .....	43
c) Gemeinschaftsgüter und staatliche Gewährleistungen im Rahmen des Gesundheitssystems – Artt. 20, 28 GG .....	44
2. Internationale rechtliche Gewährleistungen in Bezug auf die medizinische Behandlung .....	46
3. Fazit: Bewertung der medizinischen Behandlung aus verfassungsrechtlicher Perspektive .....	47
III. Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Analyse auf die strafrechtlichen Wertentscheidungen .....	49
IV. Wertgehalt der Patientenautonomie .....	50
1. Konkreter Bezugspunkt der Gewährleistung von Patientenautonomie ..	50
2. Verhältnis der Patientenautonomie zum Paternalismus .....	53
V. Strafrechtliche Einordnung des ärztlichen Heileingriffs .....	55
1. Strafrechtliche Erfassung ärztlicher Behandlungen .....	57
a) Erlaubtes oder zumindest strafloses Verhalten aufgrund des ärztlichen Berufs? .....	58
aa) Das sogenannte „Messerstecher-Argument“ .....	58

bb) Stellungnahme .....	59
b) Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung als spezifisches Körperverletzungsunrecht .....	60
aa) Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte .....	61
(1) Rein objektive Bestimmung des Rechtsguts .....	62
(2) Einbeziehung einer subjektiven Komponente zur Bestimmung des Rechtsguts .....	65
(3) Verhältnis zwischen den „objektiven“ und subjektiven Komponenten des Rechtsguts zueinander .....	67
(4) Missachtung des rechtsstaatlichen Systems der gesetzlichen Tatbestände durch die Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts in das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte? .....	71
(5) Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte .....	75
(6) Ergebnis .....	76
bb) Vereinbarkeit der Erfassung ärztlichen Verhaltens und seiner spezifischen Folgen als körperverletzungsspezifisches Verhaltens- und Erfolgsunrecht mit Art. 103 II GG .....	77
(1) Möglicher Verstoß gegen das Analogieverbot .....	77
(2) Stellungnahme .....	78
cc) Zum tatbestandspezifischen Verhaltensunrecht der Körperverletzung .....	80
(1) Objektive Kompensationstheorien .....	81
(a) Die objektive Erfolgstheorie .....	81
(b) Modifizierte Erfolgstheorie .....	82
(c) Stellungnahme .....	82
(2) Zweck- bzw. Absichtstheorien .....	85
(a) Intention des Arztes als Tatbestandsausschlussgrund ...	85
(b) Stellungnahme .....	85
(3) Saldotheorien .....	86
(a) Die „klassische Gesamtbetrachtungslehre“ .....	86
(b) Saldierung auf der Basis einer Gefahrbeurteilung .....	87
(c) Stellungnahme .....	87
(4) Wegen ihres Nutzens tolerierte Risikoschaffungen .....	90
(a) Bedingung der Durchführung des Eingriffs nach der lex artis (einwilligungsunabhängiges Verständnis) .....	91
(b) Stellungnahme .....	92
(c) Lex artis unter Einbeziehung der Einwilligung des Patienten als informed consent .....	93
(5) Exkurs: Etablierung des Kriteriums der besonderen Verwerflichkeit im Tatbestand des § 223 StGB? .....	96

dd) Hinzutreten einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge i. S. d. § 223 StGB .....	98
ee) Ergebnis .....	100
c) Vorsätzliche Verwirklichung von Körperverletzungsunrecht .....	101
d) Verwirklichung von Qualifikationstatbeständen durch den Arzt .....	103
aa) § 224 I Nr. 1 StGB .....	104
bb) § 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB .....	104
cc) § 224 I Nr. 4 StGB .....	105
dd) § 224 I Nr. 5 StGB .....	106
ee) §§ 226, 227 StGB .....	106
ff) § 340 StGB .....	107
e) Ergebnis .....	108
2. Exkurs: Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung .....	109
a) Rechtsvergleichender Blick auf die Strafbarkeit wegen eigenmächtiger Heilbehandlung in Österreich .....	110
aa) Zur Rechtslage hinsichtlich der eigenmächtigen Heilbehandlung in Österreich .....	111
(1) Abgrenzung zur Körperverletzungsstrafbarkeit und Konkurrenzverhältnis .....	111
(2) Inhaltliche Ausgestaltung des § 110 öStGB .....	113
(3) Strafprozessuales .....	114
bb) Zusammenfassende Stellungnahme .....	115
b) Kritik am deutschen Reformentwurf aus dem Jahr 2021 .....	116
aa) Fehlende Beschränkung auf Heilbehandlungen/Vornahme durch einen Arzt .....	116
bb) Gefahr der Ausdehnung der Strafbarkeit über den Anwendungsbereich der körperbezogenen Selbstbestimmung hinaus .....	117
cc) Unklare Konkurrenzverhältnisse .....	118
dd) Einbeziehung der Wirksamkeitsanforderungen der Einwilligung unmittelbar in den Tatbestand .....	120
c) Ergebnis .....	120
3. Übertragung der Überlegungen auf die strafrechtliche Einordnung der eigenmächtigen Heilbehandlung .....	121
a) Verwirklichung des Verhaltensunrechts einer Körperverletzung durch die Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs .....	122
b) Verwirklichung des Erfolgsunrechts einer Körperverletzung durch die Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs .....	123
4. Fazit .....	125
VI. Einwilligung und Aufklärung .....	126
1. Wirksamkeit der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff .....	130
a) Dogmatische Einordnung der Einwilligung .....	130
b) Objektive Grenzen der Einwilligung: §§ 228 und 216 StGB .....	131

c)	Fehlende Einwilligungsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers .....	134
d)	Relevanz von Willensmängeln im Zeitpunkt der Einwilligung .....	134
aa)	Willensmängel in Bezug auf Art und Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung .....	135
bb)	Einfluss von Willensmängeln hinsichtlich äußerer Begleitumstände der Verfügung (z. B. einer erhofften Gegenleistung als Anreiz) .....	137
cc)	Relevanz von durch (missbilligenswerte) Täuschung hervorgerufenen Willensmängeln .....	139
dd)	Am Autonomiegedanken orientierte normative Differenzierung von Willensmängeln anhand ihrer Relevanz für die Entscheidung des Dispositionsbefugten .....	141
ee)	Ergebnis .....	147
e)	Die Relevanz von Willensmängeln speziell in Bezug auf die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff .....	148
aa)	Bezugspunkt und Reichweite der Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff .....	149
bb)	Grundsätzliche Anforderungen der ärztlichen Aufklärungspflicht in Bezug auf die Einwilligungsentscheidung .....	150
cc)	Exkurs: Relevanz der Ermächtigung einer konkreten Person zur Durchführung der Behandlung .....	153
f)	Notwendigkeit einer speziellen „finalen“ Auswirkung des Willensmangels auf die konkret getroffene Entscheidung (im reinen Endergebnis) .....	155
2.	Die Aufklärung des Patienten .....	156
a)	Inhalt der Aufklärung .....	157
aa)	Therapeutische Aufklärung .....	157
bb)	Wirtschaftliche Aufklärung .....	158
cc)	Selbstbestimmungsaufklärung .....	158
(1)	Diagnoseaufklärung .....	159
(2)	Verlaufsaufklärung .....	159
(3)	Risikoaufklärung .....	160
b)	Zeitpunkt der Aufklärung .....	161
c)	Entbehrlichkeit der Aufklärung .....	161
<b>B.</b>	<b>Die historischen Grundlagen der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung als „Rechtsfigur“</b> .....	<b>163</b>
I.	Rechtsprechungsanalyse .....	163
1.	Zivilrechtliche Entwicklungen .....	163
a)	Entwicklung zu Zeiten des Reichsgerichts und der frühen BGH-Urteile bis in die 50er Jahre: .....	163

aa)	Erste Stellungnahmen zum Bestehen einer ärztlichen Aufklärungspflicht und der Relevanz hypothetischer Überlegungen hinsichtlich des Einwilligungsgeschehens .....	163
bb)	Einordnung und Bewertung .....	166
b)	Die Entwicklung zur Zeit des Nationalsozialismus .....	167
aa)	Die gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vor dem Hintergrund der nationalsozialistisch geprägten Zeit .....	167
bb)	Einordnung und Bewertung .....	169
c)	Entwicklung der Rechtsprechung in den 50er Jahren .....	170
aa)	Die Auswirkungen der Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus und die damit einhergehende deutliche Betonung des Selbstbestimmungsrechts in den folgenden Jahren .....	170
bb)	Einordnung und Bewertung .....	172
d)	Zwischenfazit zu den frühen Entscheidungen .....	174
e)	Die anschließende Entwicklung der Rechtsprechung bis in die 70er Jahre .....	175
aa)	Einzelne bedeutsame Aspekte der folgenden Rechtsprechung ..	175
bb)	Bewertung und Einordnung .....	176
f)	Entscheidungen des BGH in den 80er Jahren .....	177
aa)	Wesentliche Gesichtspunkte der Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung .....	177
bb)	Bewertung und Einordnung .....	179
g)	Entscheidungen des BGH in den 90er Jahren .....	179
aa)	Wichtige Urteile und Entwicklungen .....	179
bb)	Bewertung und Einordnung .....	181
h)	Urteile aus neuerer Zeit .....	181
aa)	Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung außerhalb von Heileingriffen .....	181
bb)	Bewertung und Einordnung .....	183
2.	Fazit der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht ..	184
3.	Entwicklung im Strafrecht .....	185
a)	Erste strafrechtliche Anhaltspunkte der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Rechtsprechung .....	185
aa)	Das Myomurteil .....	185
(1)	Sachverhalt .....	185
(2)	Bewertung und Einordnung .....	187
bb)	Der Hodenentfernungsfall .....	188
(1)	Sachverhalt .....	188
(2)	Bewertung und Einordnung .....	189
cc)	Fazit .....	191

b) Die voranschreitende Übertragung der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht – zunächst im Hinblick auf die Fahrlässigkeitsdelikte . .	191
aa) Der O-Beinefall . . . . .	191
(1) Sachverhalt . . . . .	191
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	192
bb) Der Cignolinfall . . . . .	194
cc) Der Surgibone-Dübel-Fall . . . . .	195
(1) Sachverhalt . . . . .	195
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	197
(3) Exkurs: Einordnung als Erlaubnistatbestandsirrtum (ETBI) .	200
dd) Fazit . . . . .	202
c) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf Vorsatzdelikte	203
aa) Der Bandscheibenfall . . . . .	203
(1) Sachverhalt . . . . .	203
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	204
bb) Der Bohrer Spitzenfall . . . . .	210
(1) Sachverhalt . . . . .	210
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	211
cc) Fazit . . . . .	212
d) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf nicht kunstgerecht vorgenommene Eingriffe – erstmals auch mit Todesfolge . . .	212
aa) Der Liposuktionsfall . . . . .	212
(1) Sachverhalt . . . . .	212
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	214
bb) Der Turboentzugfall . . . . .	219
(1) Sachverhalt . . . . .	219
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	220
cc) Fazit . . . . .	221
e) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf einen eigenmächtigen Diagnoseeingriff . . . . .	222
aa) Der Gastroskopiefall . . . . .	222
(1) Sachverhalt . . . . .	222
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	224
bb) Fazit . . . . .	227
f) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf alternative Behandlungsmethoden . . . . .	227
aa) Der Leberzelltransplantationsfall . . . . .	227
(1) Sachverhalt . . . . .	227
(2) Bewertung und Einordnung . . . . .	229

g) Demgegenüber eine dogmatisch fundierte Ablehnung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht innerhalb der Untergerichte .....	232
aa) Urteil des AG Moers vom 22.10.2015 .....	232
(1) Sachverhalt .....	232
(2) Einordnung und Bewertung .....	234
II. Gesamtfazit zur strafrechtlichen Entwicklung .....	234
<b>C. Mögliche dogmatische Einordnung und kritische Betrachtung der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung .....</b>	<b>237</b>
I. Dogmatische Berechtigung eines Instituts der hypothetischen Einwilligung .....	237
1. Hypothetische Einwilligung überhaupt mittels richterlicher Rechtsfortbildung einführbar? .....	237
2. Die hypothetische Einwilligung als selbstständiger Rechtfertigungsgrund .....	238
a) Grundlegendes Prinzip, das den anerkannten Rechtfertigungsgründen zu Grunde liegt .....	239
b) Relevanz eines subjektiven Rechtfertigungselements .....	242
c) Problematisches Konkurrenzverhältnis im Hinblick auf die mutmaßliche Einwilligung und deren Subsidiarität gegenüber der tatsächlichen Einwilligung .....	247
d) Mögliche weitere Konzepte innerhalb des Aspekts der Rechtfertigung .....	249
e) Fazit .....	252
3. Dogmatische Berechtigung der Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe .....	253
a) Die hypothetische Einwilligung als Fall fehlender Kausalität .....	253
b) Veränderung der Bewertung sofern man die Quasi-Kausalität der Unterlassung der gebotenen Aufklärung betrachtet .....	257
c) Rechtmäßiges Alternativverhalten .....	258
d) Fazit .....	263
4. Die hypothetische Einwilligung als Kriterium zum Ausschluss der (objektiven) Zurechnung? .....	263
a) Die Funktion der Zurechnung im Hinblick auf die Unrechtsbestimmung .....	264
b) Die Zurechnung als normativer Bestandteil der Verhaltenskonkretisierung .....	266
c) Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Vorsatzdelikte übertragbar? ..	268
d) Zurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene .....	272
aa) Dogmatische Möglichkeit der Übertragung von Zurechnungskriterien auf die Rechtfertigungsebene .....	273
bb) Übertragung auf die hypothetische Einwilligung .....	276
(1) Grundsätzliche Möglichkeit des Entfallens des Erfolgsunrechts trotz vorangegangener mangelhafter Aufklärung ....	277



(2) Entfallen des Erfolgsunrechts bei hypothetischer Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen unter Berücksichtigung der Zielsetzung der ärztlichen Aufklärung . . . . .	279
(3) Nachträgliche Relevanz der lediglich fiktiven Willensbildung für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts unter Einbeziehung psychologischer Aspekte . . . . .	282
(4) Bewertung der nachträglichen Berücksichtigung der Willensgemäßheit unter Berücksichtigung der Gefahr der genehmigungsnahen ex post-Betrachtung . . . . .	286
cc) Auswirkungen dieser Betrachtungsweise auf das Verhaltensunrecht . . . . .	288
dd) Exkurs: Weiterentwicklung von <i>Kuhlens</i> zurechnungsbasiertem Ansatz durch Mitsch . . . . .	289
e) Abschließende Stellungnahme . . . . .	291
5. Die hypothetische Einwilligung auf der Ebene der Strafbarkeit . . . . .	292
a) Hypothetische Einwilligung als Strafausschließung bzw. Strafaufhebungsgrund . . . . .	293
b) Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung im Rahmen der Einstellungsvorschriften der § 153 ff. StPO . . . . .	294
c) Hypothetische Einwilligung als besonderer Strafmilderungsgrund (de lege lata und de lege ferenda) . . . . .	295
d) Besondere (körperverletzungsspezifische) nachträgliche Billigung des Verhaltens als ein an die tatsächliche Genehmigung anknüpfender Strafaufhebungsgrund de lege ferenda . . . . .	298
e) Ausgestaltung als reines Antragsdelikt und die Etablierung eines übergesetzlichen Strafaufhebungsgrundes de lege ferenda . . . . .	299
f) Fazit . . . . .	299
II. Strafprozessuale und systematische Kritikpunkte gegenüber der Anwendung des Gedankens der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht . . . . .	300
1. Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes . . . . .	300
2. Strafprozessualer Kritikpunkt: Antragsdelikt . . . . .	302
3. Gefahr der Ausweitung auf weitere Delikte . . . . .	303
III. Weitere typischerweise thematisierte Kritikpunkte gegenüber der Anwendung der hypothetischen Einwilligung . . . . .	304
1. Mangelnde Feststellbarkeit der Willensgemäßheit bei tödlichem Ausgang der Behandlung . . . . .	304
2. Gefahr des andauernden Schwebezustands der Verhaltensbewertung . . . . .	305
3. Aus der Anwendung der hypothetischen Einwilligung resultierende Problematik in Bezug auf die Duldung von möglichen Gegenrechten . . . . .	306
IV. Kritische Gesamtwürdigung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht . . . . .	306
V. Fazit . . . . .	307

<b>D. Denkbare Lösungsmöglichkeiten und Ausblick</b> .....	309
I. Problematische Entwicklung bezüglich der Aufklärungsanforderungen und mögliche Alternativen bezüglich der strafrechtlichen Relevanz von Aufklärungspflichtverstößen .....	309
1. Möglichkeit einer Eingrenzung der Aufklärungspflichten .....	311
a) Einheit der Rechtsordnung .....	312
b) Absenkung des Patientenschutzes durch die Eingrenzung strafrechtlich relevanter Aufklärungspflichtverletzungen .....	316
2. Denkbare strafrechtsspezifische Eingrenzungen der Aufklärungspflichten und des Gewichts ihrer Verletzung in concreto .....	316
a) Vollständige Herausnahme einzelner Teilbereiche aus der strafrechtlich relevanten Patientenaufklärung .....	317
b) Anpassung anhand der Aufklärungstiefe und Relevanz der Information .....	318
aa) Einschränkung der Risikoaufklärung aufgrund statistischer Wahrscheinlichkeitsprognosen .....	319
bb) Einschränkung des Aufklärungsumfangs anhand des Legitimationsgrundes der Verhaltensnormen, deren Übertretung von §§ 223 ff. StGB in Bezug genommen wird .....	321
c) Entkriminalisierung aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung ...	322
aa) Funktion und Legitimation von Schuldpruch und entsprechender Strafe .....	324
bb) Sektorale oder allgemeine Entkriminalisierung .....	326
cc) Allgemeine Entkriminalisierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit .	329
(1) Strafflosigkeit leichtester Fahrlässigkeit aufgrund des (schuldrelevanten) Verhaltensunwerts .....	329
(2) Erfolgsbasierte Entkriminalisierung der Fahrlässigkeit .....	332
(3) Erfolgsunabhängige Entkriminalisierung basierend auf dem Verhaltensunwert .....	334
d) Fazit .....	339
<b>E. Schlussbetrachtung</b> .....	340
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	354
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	389



# Einleitung\*

## I. Problemaufriss

Über der strafrechtlichen Bewertung eigenmächtiger ärztlicher Behandlungen schwebt seit langer Zeit eine Frage, die den Ausgangspunkt zahlreicher Diskussionen und dogmatischer Auseinandersetzungen bildet:

*Ist es für die strafrechtliche Bewertung relevant, ob der Patient hypothetisch eingewilligt hätte, also auch angesichts vollständiger Aufklärung vor dem Hintergrund aller für ihn relevanten Informationen seine Zustimmung zu dem Eingriff gegeben hätte?*

Diese Anspielung bezieht sich auf die umstrittene Konstruktion der sogenannten *hypothetischen Einwilligung*. Trotz hohem Konfliktpotential und zahlreichen Aufsätzen<sup>1</sup> sowie Monografien<sup>2</sup> in den letzten Jahren, genießt sie in der Praxis weiterhin große Bedeutung. Von einem allgemeinen Konsens über die – im Detail teilweise sehr ausdifferenzierte – dogmatische Konstruktion, den Anwendungsbereich und die strafrechtlichen Konsequenzen ihrer Anwendung ist man allerdings immer noch weit entfernt. Innerhalb der Lehre wird die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht inzwischen fast ausschließlich kritisch beurteilt.<sup>3</sup> Auch einstige Befürworter haben sich abgewendet.<sup>4</sup> Selbst innerhalb der Rechtsprechung herrscht eine eher zurückhaltende Einschätzung: Insbe-

---

\* In der folgenden Arbeit wird an einigen Stellen aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten werden dabei ausdrücklich mitgemeint, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

<sup>1</sup> *Beulke*, medstra 2015, 567 ff.; *Eisele*, JA 2005, 252; *El-Ghazi*, GA 2022, 449; *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht; *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345 ff.; *Krüger*, FS Beulke, 2015, S. 137; *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431 ff.; *Kuhlen*, JR 2004, 227 ff.; *Mitsch*, JZ 2005, 279; *Puppe*, GA 2003, 764 ff.; *Renzikowski*, FS Fischer, 2010, S. 365; *Saliger*, FS Beulke 2015, S. 257 ff.; *Sternberg-Lieben*, FS Beulke, 2015, S. 299 ff.

<sup>2</sup> *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung; *Edbauer*, Hypothetische Einwilligung; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung; *Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung; *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung.

<sup>3</sup> *Gaede*, Update im Medizinstrafrecht, S.11, 15f. unter Verweis auf *Puppe*, GA 2003, 764 ff.; *Renzikowski*, FS Fischer, 2010, S. 365 ff.; *Sowada*, NSTZ 2012, 1 ff.; *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345 ff.; *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 16 ff., 37; (eher) bewahrend *Beulke*, medstra 2015, 67 ff.

<sup>4</sup> *Roxin*, medstra 2017, 129, 130 ff.; *Rönnau*, JuS 2014, 882 ff.

sondere das AG Moers hat die hypothetische Einwilligung bereits dezidiert und dogmatisch fundiert verworfen.<sup>5</sup> Davon ausgehend lohnt es sich gerade jetzt nach Alternativen zu ihrer Anwendung zu suchen.<sup>6</sup>

Um diese Alternativensuche zielführend zu gestalten, sollte man sich zunächst die ursprüngliche Intention des Instituts der hypothetischen Einwilligung und deren Etablierung im Strafrecht – zur Lösung einer als unangemessen wahrgenommenen Konfliktsituation zwischen Arzt und Patient – als Ausgangspunkt der Betrachtung vergegenwärtigen: Es handelt sich um eine Rechtsfigur, die ursprünglich im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht entwickelt wurde, um die als missbräuchlich empfundene Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber der Ärzteschaft zu regulieren. In der Mehrzahl der zivilrechtlichen Verfahren wegen eines Aufklärungsmangel handelt es sich nämlich im Grunde um einen zumindest vom Patienten vermuteten, aber nicht nachweisbaren ärztlichen Kunstfehler.<sup>7</sup> Vor den Zivilgerichten ist die Geltendmachung eines Aufklärungsmangels daher seit langem als „Chiffre“ für einen nicht nachweisbaren ärztlichen Behandlungsfehler bekannt.<sup>8</sup> Denn von einer misslungenen Behandlung geht ein Sog aus, die Verurteilung des Arztes aufgrund der günstigeren Beweislastanforderungen über die Vernachlässigung der (extensiven) Aufklärungspflichten zu begründen.<sup>9</sup>

Gleichzeitig soll seit dem bekannten Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1894<sup>10</sup> jede (eigenmächtige) ärztliche Behandlung strafrechtlich als Körperverletzung zu bewerten sein. Der Einwilligung und der dieser zugrundeliegenden ärztlichen Aufklärung kommen damit auch im Hinblick auf die strafrechtliche Wertung ärztlichen Verhaltens in Bezug auf die Verwirklichung des Unrechts einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Körperverletzung entscheidende Bedeutung zu. Aus der potentiellen Begründbarkeit einer Strafbarkeit resultieren für den Arzt weitreichende, teils existenzbedrohende strafrechtliche wie berufsrechtliche Folgen, wie etwa der Widerruf der Approbation oder der Entzug der Kassenzulassung.<sup>11</sup> Fast beiläufig führte man daher die hypothetische Einwilligung zur Eindämmung von – mit Blick auf die strafrechtlichen Folgen als zu umfassend wahrgenommenen – Aufklärungspflichten auch ins Strafrecht ein, ohne sich der weiteren Konsequenzen dieser Übertragung bewusst zu sein.

---

<sup>5</sup> AG Moers medstra 2016, 123 ff.; vgl. *Gaede*, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f.

<sup>6</sup> So auch *Gaede*, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f.

<sup>7</sup> S. dazu bereits *Tröndle*, MDR 1983, 887.

<sup>8</sup> *Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 693, 697.

<sup>9</sup> *Arzt*, in: *Arzt und Recht*, S. 49, 54.

<sup>10</sup> RGSt 25, 375.

<sup>11</sup> S. § 70 I StGB.

Die hypothetische Einwilligung ist also im Spannungsverhältnis zwischen paternalistischen Tendenzen des Arztes und der Gewährleistung der Eigenverantwortung des Patienten, verbunden mit der Gefahr der missbräuchlichen Instrumentalisierung eines Aufklärungsfehlers durch den Patienten, anzusiedeln.<sup>12</sup> Dabei blickt die Arzt-Patienten-Beziehung auf eine lange Entwicklung zurück: In der antiken Frühgeschichte etwa sah man den Arzt als eine Art Sklaven des Bürgers an, der für den Gesundheitszustand seines Herren in dem Maße verantwortlich war, dass sein Leben, im mindesten jedoch sein Wohlergehen davon abhing.<sup>13</sup> Dieses Verhältnis wandelte sich jedoch schnell. Bereits in der späteren Antike herrschte die Vorstellung des Arztes als Experten, dem aufgrund seines Wissensvorsprungs wie selbstverständlich die Entscheidungskompetenz über den Behandlungsverlauf gewährt wurde, vor.<sup>14</sup> Das asymmetrische Verhältnis des Paternalismus war geboren und lässt sich historisch weit zurückverfolgen.<sup>15</sup> Gegen Ende des 19. Jahrhunderts verstärkte sich der naturwissenschaftliche Positivismus in der Medizin, was zur Folge hatte, dass die Vorstellung vom Mensch als Maschine in den Mittelpunkt rückte.<sup>16</sup> Davon ausgehend nahm der medizinische Paternalismus immer stärker zu und der Ansatz der Kooperation zwischen Arzt und Patient wurde in den Hintergrund gedrängt.<sup>17</sup> Diese Entwicklung war der Anlass dafür, dass immer stärkere Kritik gegenüber dem Paternalismus der Ärzte geäußert wurde. So war etwa von „Halbgöttern in Weiß“ oder den „Herren über Leben und Tod“ die Rede.<sup>18</sup>

Die in den letzten Jahren zu beobachtende Aufwertung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten innerhalb der ärztlichen Behandlung, spiegelt nicht nur die Weiterentwicklung der Medizin, sondern vor allem einen Wandel im Arzt-Patienten-Verhältnis wider. Nach der Berufsordnung für Ärzte legt man der Behandlung inzwischen ein partnerschaftliches Kooperationsmodell von Arzt und Patient zu Grunde.<sup>19</sup>

Dennoch scheinen Spannungen gerade charakteristisch für das Arzt-Patienten-Verhältnis zu sein. Vor allem, wenn man sich vor Augen führt, dass man mit Gegensätzen wie Vertrauen und Vertrag, Moral und Recht sowie Paternalismus und Partnerschaft hantiert.<sup>20</sup> Eine tatsächliche vollkommene Symmetrie im Arzt-Patienten-Verhältnis wird sich aufgrund der fachlichen Kompetenz des Arztes und

---

<sup>12</sup> Vgl. *Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 93.

<sup>13</sup> *Härle*, FPR 2007, 47.

<sup>14</sup> *Nitschmann*, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 57.

<sup>15</sup> Zur Relevanz des hippokratischen Corpus für die heutige Medizinethik vgl. *Sass*, Medizin und Ethik, S 80.

<sup>16</sup> Vgl. *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 5 f.

<sup>17</sup> *Nitschmann*, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 59.

<sup>18</sup> *Härle*, FPR 2007, 47.

<sup>19</sup> *Montgomery*, in: *Hamburger Ärzteblatt* 6/2010, S. 10, 11.

<sup>20</sup> *Nitschmann*, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 56.