

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
Internet: [https://www.duncker-humblot.de](http://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

Einleitung	19
I. Problemaufriss	19
II. Gang der Untersuchung	23
A. Vorfragen zur „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung	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 Unverletztheit 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 Drittirkung 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	98
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) Strafprozessuale	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. Die historischen Grundlagen der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung als „Rechtsfigur“	163
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 Erlaubnistratbestandsirrtum (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 Bohrspitzenfall	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
C. Mögliche dogmatische Einordnung und kritische Betrachtung der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung	237
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 Kausalsalverläufe	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. Strafaufhebungegrund	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

D. Denkbare Lösungsmöglichkeiten und Ausblick	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 <i>in concreto</i>	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 Schuldspruch und entsprechender Strafe	324
bb) Sektorale oder allgemeine Entkriminalisierung	326
cc) Allgemeine Entkriminalisierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit ..	329
(1) Straflosigkeit leichtester Fahrlässigkeit aufgrund des (schuldrelevanten) Verhaltensunwerts	329
(2) Erfolgsbasierte Entkriminalisierung der Fahrlässigkeit	332
(3) Erfolgsunabhängige Entkriminalisierung basierend auf dem Verhaltensunwert	334
d) Fazit	339
E. Schlussbetrachtung	340
Literaturverzeichnis	354
Stichwortverzeichnis	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 Aufsätzen¹ sowie Monografien² 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.³ Auch einstige Befürworter haben sich abgewendet.⁴ Selbst innerhalb der Rechtsprechung herrscht eine eher zurückhaltende Einschätzung: Insbes-

* 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.

¹ 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.

² Albrecht, Hypothetische Einwilligung; Edlbauer, Hypothetische Einwilligung; Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung; Schwartz, Hypothetische Einwilligung; Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung; Sturm, Hypothetische Einwilligung; Wiesner, Hypothetische Einwilligung.

³ Gaede, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f. 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) bewährend Beulke, medstra 2015, 67 ff.

⁴ 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.⁵ Davon ausgehend lohnt es sich gerade jetzt nach Alternativen zu ihrer Anwendung zu suchen.⁶

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.⁷ Vor den Zivilgerichten ist die Geltendmachung eines Aufklärungsmangels daher seit langem als „Chiffre“ für einen nicht nachweisbaren ärztlichen Behandlungsfehler bekannt.⁸ 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.⁹

Gleichzeitig soll seit dem bekannten Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1894¹⁰ 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.¹¹ 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.

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

⁶ So auch *Gaede*, Update im Medizinstrafrecht, S. 11, 15 f.

⁷ S. dazu bereits *Tröndle*, MDR 1983, 887.

⁸ *Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 693, 697.

⁹ *Arzt*, in: *Arzt und Recht*, S. 49, 54.

¹⁰ RGSt 25, 375.

¹¹ 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.¹² 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.¹³ 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.¹⁴ Das asymmetrische Verhältnis des Paternalismus war geboren und lässt sich historisch weit zurückverfolgen.¹⁵ 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.¹⁶ Davon ausgehend nahm der medizinische Paternalismus immer stärker zu und der Ansatz der Kooperation zwischen Arzt und Patient wurde in den Hintergrund gedrängt.¹⁷ 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.¹⁸

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.¹⁹

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.²⁰ Eine tatsächliche vollkommene Symmetrie im Arzt-Patienten-Verhältnis wird sich aufgrund der fachlichen Kompetenz des Arztes und

¹² Vgl. Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 93.

¹³ Härle, FPR 2007, 47.

¹⁴ Nitschmann, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 57.

¹⁵ Zur Relevanz des hippokratischen Corpus für die heutige Medizinethik vgl. Sass, Medizin und Ethik, S 80.

¹⁶ Vgl. Francke, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 5 f.

¹⁷ Nitschmann, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 59.

¹⁸ Härle, FPR 2007, 47.

¹⁹ Montgomery, in: Hamburger Ärzteblatt 6/2010, S. 10, 11.

²⁰ Nitschmann, Das Arzt-Patient-Verhältnis, S. 56.

der potentiellen Entscheidungsmacht wohl kaum erreichen lassen.²¹ Die Rechtsordnung fungiert demnach sozusagen als Spiegel der aktuellen gesellschaftlichen und sozialen Verhältnisse sowie der medizinischen und technischen Möglichkeiten.²²

Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen rückt dabei der Schutz des Selbstbestimmungsrechts des Patienten in den Fokus. Nicht nur die – mit dem medizinisch-technischen Fortschritt der Gegenwart verbundenen – zunehmenden Behandlungsmöglichkeiten erfordern eine besondere Verankerung des Selbstbestimmungsrechts innerhalb der ärztlichen Behandlung.²³ Auch die weiter ansteigende Ökonomisierung des Gesundheitssektors bleibt für den Patienten nicht ohne Folgen. Bestimmte lukrative Operationen sollen möglichst in hoher Frequenz durchgeführt werden. Dazu trägt entscheidend das Abrechnungssystem der Fallpauschalen bei. Es gilt nämlich, je mehr Erkrankungen des Patienten während des Krankenhausaufenthalts diagnostiziert werden, umso mehr Erlös bringt die Behandlung, da die sogenannte Komorbidität den Fallwert erhöht.²⁴ Unter dem wirtschaftlichen Druck der Kliniken müssen also möglichst viele Menschen möglichst kurz behandelt werden. Im ambulanten Sektor haben daneben in den letzten Jahren Finanzinvestoren hunderte Arztpraxen in Deutschland aufgekauft.²⁵ Betrachtet man diese Praxen nun als vielversprechende Renditeprojekte, stehen die angestellten Ärzte möglicherweise unter immensem Druck, was sie nicht zuletzt dazu verleitet, teilweise medizinisch nicht notwendige, aber lukrative Eingriffe vorzunehmen. Darin kommen Motive zum Ausdruck, die die Gefahr eigenmächtigen ärztlichen Handelns erhöhen.

Diese gegenwärtigen Bedrohungen des Selbstbestimmungsrechts innerhalb der ärztlichen Behandlung bieten Anlass, sich vertiefend mit dem (strafrechtlichen) Schutz vor eigenmächtigen Heilbehandlungen auseinanderzusetzen. Denn selbstverständlich ist es als Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit anzusehen, wenn ein Arzt – und sei es auch aus medizinisch noch so anerkennenswerten Motiven – eigenmächtig und selbstherlich eine Behandlungsentscheidung über einen Menschen, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, trifft.²⁶ Weil sich eben darin, dass der Mensch überhaupt fähig ist,

²¹ Zum Wandel der Patientenrolle vgl. Siegrist, *Die ärztliche Rolle im Wandel*, S. 54 (64 f.); vgl. in diesem Sinne Francke, *Arztliche Berufsfreiheit*, S. 41.

²² Hollenbach, *Grundrechtsschutz*, S. 223.

²³ Dazu bereits Cramer, FS Lenckner, 1998, S. 761, 763.

²⁴ Dohmen/Fiedler, *Deutsches Ärzteblatt* 2015, 112 (9) abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/168344/Oekonomisierung-im-Gesundheitswesen-Betriebswirtschaftlicher-Erfolg-als-Unternehmensziel>.

²⁵ S. dazu Baars/Blum/Roesner/Ruprecht/Gürkov/Mehlhorn, *Exklusiv: Investorengeführte Arztpraxen Teure Rechnungen*, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/panorama/investorengefuhrte-arztpraxen-101.html>.

²⁶ So auch BGHSt 11, 111; BGHZ 29, 176, 181.

solche wesentlichen Entscheidungen über seine eigene Gesundheit selbstbestimmt zu treffen, ein wesentlicher Aspekt seiner Persönlichkeit, nämlich seine personale Würde äußert.²⁷

II. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit hat den Anspruch, über den Bereich des Arztstrafrechts hinaus eine gesamtstrafrechtliche Einordnung der hypothetischen Einwilligung als „Rechtsfigur“ vorzunehmen. Wer sich mit dieser Thematik beschäftigt, erkennt dabei schnell, dass zahlreiche Berührungspunkte mit anderen Streitfragen der Strafrechtswissenschaft existieren, denen es sich vor der eigentlichen Auseinandersetzung zuerst zu widmen gilt.

Das Strafrecht ist in seiner Anwendung den Vorgaben der Verfassung unterworfen. Demnach bildet die Auseinandersetzung mit dem verfassungsrechtlichen Wertgehalt des Schutzes des Lebens und der Körperintegrität den Ausgangspunkt der Untersuchung. Lässt sich ein verfassungsrechtlicher Schutzgehalt der Selbstbestimmung feststellen, kann sich als flankierende Maßnahme dieses Schutzes auf Verhaltensnormebene sodann auf der sekundären Sanktionsnormebene eine Pflicht des Staates ergeben, auf entsprechende Verhaltensnormverstöße, die dafür hinreichend gewichtig sind, mit Schuld spruch und Strafe (wegen Körperverletzung) zu reagieren. Im Zuge dessen rückt vor allem die viel diskutierte Frage in den Blick, ob die ärztliche Heilbehandlung überhaupt als Körperverletzung i. S. d. § 223 ff. StGB zu bewerten ist. Bezogen darauf wurden bereits viele unterschiedliche Theorien entwickelt. Im Wesentlichen basiert die Einordnung allerdings auf dem zugrundeliegenden Rechtsgutsverständnis – genauer gesagt auf den Legitimationsgründen von Verhaltensnormen, die sich individuell gegenüber dem Arzt als Normadressaten – unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – legitimieren lassen. Die Frage ist, ob es im Kontext der Körperverletzungsdelikte allein um ein statisch verstandenes Rechtsgut der Körperintegrität geht oder aber auch um die Wahrung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts.

Vor dem Hintergrund des ärztlichen Heileingriffs erlangt zudem das Institut der Einwilligung besondere Bedeutung. Insbesondere der Umgang mit Wissensdefiziten und die Relevanz von Willensmängeln bei der Patientenentscheidung prägen die strafrechtliche Bewertung der ärztlichen Behandlung. Um im Umgang mit den Willensmängeln zu einem sachgerechten Ergebnis zu gelangen, ist es insoweit essentiell, zunächst die zentralen Aspekte des Rechtsguts und der Autonomie zu definieren. Aus dem Blickwinkel einer Personalen Rechtsgutslehre heraus soll die Willensmängeldogmatik überdacht und präziser fundiert werden. Dabei soll die Autonomie des Patienten zum zentralen Gesichtspunkt der Auslegung werden. Inwieweit tatsächlich von einer autonomen Entscheidung der betreffen-

²⁷ Kaufmann, ZStW 73 (1961), 341, 360.

den Person auszugehen ist und unter welchen Bedingungen staatlicher oder ärztlicher Paternalismus diese Autonomie konterkariert, verdeutlicht ein weiterer Abschnitt zum Thema des Wertgehalts der Patientenautonomie.

Um die Hintergründe der Entstehung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung als Haftungskorrektiv im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht nachvollziehen zu können, wird sich eine umfassende Rechtsprechungsanalyse im Zivil- und Strafrecht anschließen. Diese ist geleitet von dem Bemühen, das dogmatische Konzept herauszuarbeiten, das die Rechtsprechung ihrer Anwendung der hypothetischen Einwilligung zu Grunde legt. Anschließend wird – unabhängig der Einordnung der Rechtsprechung – die kontrovers diskutierte Frage behandelt, in welche strafrechtsdogmatische Kategorie sich die hypothetische Einwilligung einordnen lässt. Damit eng verbunden ist die Frage, ob sie aus dogmatischer Sicht ihrem Charakter nach überhaupt strafrechtliche Relevanz beanspruchen darf. Diese Fragestellung erfordert insbesondere eine Auseinandersetzung damit, inwiefern die Lehre von der (sog. „objektiven“) Zurechnung auf die Ebene der Rechtfertigung zu übertragen ist und welche Rückschlüsse daraus für die hypothetische Einwilligung zu ziehen sind.

Schließlich mündet die Darstellung in die Frage, ob es dieser Rechtsfigur überhaupt bedarf oder ob sich nicht auf der Basis der zuvor herausgearbeiteten Erkenntnisse bessere – und vor allem auch besser begründete – Ergebnisse erzielen lassen, die den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag in Bezug auf die Selbstbestimmung ernst nehmen und dennoch dem möglicherweise berechtigten Grundanliegen der hypothetischen Einwilligung gerecht werden. Im Zuge dessen rückt neben einer möglichen strafrechtsautonomen Eingrenzung diverser – als zu umfassend charakterisierter – Aufklärungsanforderungen die Erwägung in den Blick, ob de lege ferenda auf jegliches geringfügig fahrlässiges Verhalten mit Strafe zu reagieren ist. Unter dieser Fragestellung soll die Eigenart geringfügig fahrlässigen Verhaltens näher typisiert werden. Daran wird sich eine Auseinandersetzung über dessen Strafwürdigkeit anschließen.

A. Vorfragen zur „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung

I. Dogmatische Erwägungen zum Zweck des Strafens

1. Allgemeine Charakterisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens

Das Strafrecht als rechtsgüterschützende Sekundärordnung¹ bedarf angesichts seiner Legitimationsbedürftigkeit zwingend eines Täterverhaltens als Auslösemoment und Grund für den strafenden Eingriff in Form von Schulterspruch und Strafe. Ein Bedürfnis für eine spezifisch strafrechtliche Reaktion kann allerdings lediglich unter der Voraussetzung vorliegen, dass überhaupt ein Verstoß gegen eine rechtlich legitimierte, strafrechtlich relevante Verhaltensnorm – deren Ursprung in der dem Strafrecht vorgeordneten Normenordnung liegt – festgestellt werden kann.² Was einen solchen relevanten Verhaltensnormverstoß en Detail ausmacht, regelt jedoch nicht das Strafrecht selbst; vielmehr existiert eine dem Strafrecht vorgelagerte primäre Normenordnung, aus der sich die entsprechenden Verhaltensanforderungen ergeben.³ Anhand einer Vielzahl von geschriebenen und ungeschriebenen Rechtssätzen, die das soziale Zusammenleben in einer Gesellschaft regeln und die Mitglieder zu bestimmtem Handeln (Gebot) oder Unterlassen (Verbot) verpflichten, ist dementsprechend auf einer dem Strafrecht vorgelagerten Ebene zunächst durch Rechtskonkretisierung zu bestimmen, welche Aspekte in den verfassungsrechtlichen Rechtsgüterschutz einzubeziehen sind und welche konkreten Verhaltensnormen mit entsprechenden Verhaltensanweisungen sich daraus schließlich ergeben. Auf dieser ersten Wertungsstufe spielt die mögliche „Strafe“ noch gar keine Rolle; vielmehr geht es darum, dass sich die Verhaltensanforderungen überhaupt gegenüber dem konkreten Normadressaten legitimieren lassen: Legitimieren lassen sich diese Verbote und Gebote überhaupt nur dann, wenn in einer Abwägung zwischen dem Interesse an Handlungsfreiheit ge-

¹ Zum Charakter des Strafrechts als sekundäre Normordnung bereits *Binding*, Handbuch Bd. 1, S. 9; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 112 ff. m.w.N.; *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 50.

² Dazu *Frisch*, NStZ 2016, 16 unter besonderer Betonung der dem Strafrecht vorgelagerten Verhaltensnormproblematik.

³ *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 48 ff.; vertiefend *Freund/Rostalski*, GA 2020, 617 ff.; vgl. dazu auch *Rönnau*, Willensmängel, S. 119.

genüber den Interessen der von der Handlung Betroffenen die letzteren Interessen die erstgenannten überwiegen.⁴

Das sich aus dieser Rechtskonkretisierung ergebende Schutzniveau in Form von Verhaltensnormen ist damit allerdings nicht umfassend als strafrechtlich relevant zu charakterisieren. Vielmehr wird lediglich ein engerer Kreis der Verhaltensnormen vom Strafgesetzgeber durch deren mittelbare Inbezugnahme in bestimmten Straftatbeständen als strafrechtlich relevant bestimmt.⁵ Insofern bedarf es der positiv-rechtlichen Normierung eines Strafgesetzes, das als Sanktionsermächtigungsgrundlage abstrakt-generell denkbare Verhaltensnormverstöße mit den entsprechenden tatbestandsspezifischen Eigenschaften in Bezug nimmt, die auch der zuvor geprüfte Verhaltensnormverstoß aufweist.⁶ Ist dies der Fall, kann sich als flankierende Maßnahme des Schutzes auf Verhaltensnormebene sodann auf der sekundären Sanktionsnormebene das Recht und die Pflicht des Staates ergeben, auf entsprechende Verhaltensnormverstöße, die dafür hinreichend gewichtig sind, mit Schulterspruch und Strafe zu reagieren.

Was eine Straftat erfordert, lässt sich demzufolge nicht allein anhand des abstrakten Normtextes bestimmen, sondern bedarf über die Erfüllung des Wortlauts hinaus materieller Begründung.⁷ Davon ausgehend gilt es, vor jeder Auseinandersetzung mit einer möglichen strafrechtlichen Sanktionierung einer Verhaltensweise zuallererst zu klären, ob überhaupt ein Verstoß gegen eine vorstrafrechtlich – unter Beachtung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben legitimierten – Verhaltensnorm vorliegt: Erst nachdem festgestellt ist, dass ein bestimmtes Verhalten gegen die primäre Normenordnung des rechtlich richtigen Verhaltens verstößt, erscheint es sinnvoll, spezifisch *strafrechtliche* Fragen der Sanktionierung des normwidrigen Verhaltens auf sekundärer Ebene zu stellen.⁸ Die Aufstellung und Legitimation derartiger Ver- oder Gebote unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, setzt dabei grundsätzlich zunächst die Zuständigkeit des Staates für eben diesen Aspekt des menschlichen Zusammenlebens voraus.⁹ Die Gegenstände der vom Staat wahrzunehmenden schutzwürdigen Interessen, verbunden mit der jeweiligen Relevanz dieser Interessen in der

⁴ S. dazu *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69, 82; eingehend dazu auch *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 73, 75 ff.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 52 ff.; vgl. dazu auch *Küper*, GA 2018, 477.

⁵ *Rönnau*, Willensmängel, S. 119.

⁶ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 73; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 123 f.

⁷ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 5; s. auch *Freund/Rostalski*, GA 2018, 264 ff.

⁸ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 51; *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 9.

⁹ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 53.

Rechtswirklichkeit, lassen sich aus den Grundnormen unserer Verfassung ableiten.¹⁰

Im Zuge dessen ist zu betonen, dass die Sanktionierung einer konkreten Verhaltensweise infolge der daraus resultierenden Einschränkung von Rechten ihrerseits einen Grundrechtseingriff bedeutet, der seinerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen – insbesondere der Verhältnismäßigkeit – genügen muss.¹¹ Insofern handelt es sich bei einem Strafgesetz um eine vom Parlament erlassene Ermächtigungsgrundlage, die die Befugnis beinhaltet, bei Verstößen gegen spezifische Verhaltensnormen mit einem adäquaten Schuldspruch und einer angemessenen Strafe zu reagieren.¹² Die Strafbewehrung einer ganz bestimmten Verhaltensweise – genauer noch: die Sanktionierung eines bestimmten *begangenen* Verhaltensnormverstoßes mit Schuldspruch und Strafe – muss demnach zur Wahrung der dadurch verfolgten Rechtsgüterschutzinteressen geeignet, erforderlich und angemessen sein.¹³ Dafür muss der Verhaltensnormverstoß auch hinreichend gewichtig sein, um als besonders missbilligungswürdig und insbesondere missbilligungsbedürftig zu erscheinen. Dabei gilt es genauer zu differenzieren: Die Negierung des Geltungsanspruchs der Norm liegt zwar im Grundsatz auch bei weniger gewichtigen Verhaltensnormverstößen vor. Jedoch erfordert nicht jedes Fehlverhalten zwingend eine strafrechtliche Reaktion.¹⁴ Vielmehr müssen Art und Intensität der Strafe dem verwirklichten Unrecht entsprechen.¹⁵

Vor diesem Hintergrund erschien es zu eindimensional von einem der Strafnorm zu Grunde liegenden Rechtsgut zu sprechen, gegenüber dem die Strafnorm eine unmittelbare Schutzfunktion einnimmt.¹⁶ Vielmehr konstituiert sich das Wesen der Straftat durch den Verhaltensnormverstoß des Täters mit seiner Bedeutung als Infragestellung des Rechts.¹⁷ Das Rechtsgut stellt dabei sozusagen den materiellen Kern jeder Verhaltensnorm und jeder davon ausgehenden Strafbewehrung dar.¹⁸ Das durch das Täterverhalten beeinträchtigte (verletzte oder gefährdete) konkrete Rechtsgut des Opfers, kann infolge der nachträglichen strafrechtlichen Ahndung der Verhaltensweise keinen unmittelbaren staatlichen Schutz

¹⁰ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 53; insofern lässt sich sogar eine Art „Schutzpflicht“ des Staates bezüglich der Gewährleistung verfassungsrechtlich verbürgter Grundrechte begründen; s. dazu auch *Jäger*, in: SK StGB Vor, § 1 Rn. 1.

¹¹ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 13.

¹² *Freund/Rostalski*, GA 2022, 543, 544.

¹³ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 73 ff.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 13.

¹⁴ *Frisch*, FS Wessels/Stree, 1993, S. 69, 87.

¹⁵ *Freund/Rostalski*, GA 2022, 543, 559; näher zum allgemeinen Straftaterfordernis des hinreichenden Gewichts des Verhaltensnormverstoßes *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 207 ff., 243 ff.

¹⁶ *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 48.

¹⁷ *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 46.

¹⁸ *Maurach/Zipf*, AT 1, § 19 Rn. 17, 12.

mehr erfahren. Ein realistisches Ziel einer relativen Theorie des Strafens kann dementsprechend allein die (zukünftige)Wahrung des Geltungsanspruchs der Norm bilden, was in einer angemessen missbilligenden Antwort auf die begangene Straftat gegenüber dem Normbrüchigen zum Ausdruck kommt.¹⁹ Demzufolge sind die Verhaltensnorm und die zugeordnete Sanktionsnorm voneinander differenziert zu betrachten: Der Täter verstößt etwa im Falle des § 223 StGB gegen die vorgelagerte Verhaltensnorm des Körperverletzungsvorverbots – die sich ihrerseits unmittelbar als angemessene Auflösung des Interessenskonfliktes zwischen den Erhaltungsinteressen des Rechtsgutsinhabers einerseits und den Freiheitsentfaltungs- und sonstigen Interessen des potentiellen Normadressaten andererseits auf verfassungsrechtlicher Ebene darstellt.²⁰ Durch diesen Verstoß erfüllt er die Voraussetzungen der Sanktionsnorm, die auf der Grundlage des § 223 StGB vom zuständigen Strafgericht einzelfallbezogen zu bilden ist, und löst dadurch deren Rechtsfolgen aus.²¹ Dies tritt auch innerhalb der Konstruktion der Fahrlässigkeitsdelikte zu Tage, indem die rechtliche Erwartung, sich sorgfaltsgemäß in Bezug auf die Rechtsgüter anderer zu verhalten, als Verhaltenspflicht ausgestaltet ist, deren Übertretung bei den Erfolgsdelikten freilich nicht selbstständig sanktioniert wird, sondern im Unrechtsgehalt als eine Art „Minus“ der entsprechenden Vollendungstat zu begreifen ist.²² Sowohl der Vorsatz- als auch der Fahrlässigkeitstäter verstoßen gegen dieselbe Verhaltensnorm, mit dem einzigen Unterschied, dass allein der Vorsatztäter in der normativ entscheidenden Hinsicht weiß, was er tut oder unterlässt, obwohl er es vermeiden könnte und müsste.²³

Primärer Rechtsgüterschutz lässt sich nur durch die Etablierung entsprechender Verhaltensnormen erreichen. Demgegenüber dient die Sanktionierung der Verletzung eben dieser allein der Wiederherstellung der durch den Täter beeinträchtigten verhaltenswirksamen Geltung der Verhaltensnorm (unter Einschluss ihrer Wertungsgrundlagen). Derjenige, der gegen eine rechtlich legitimierte Verhaltensnorm verstößt, setzt im verhaltensrelevanten Zeitpunkt seine eigenen Interessen über die Maximen des Rechts.²⁴ Aus dieser persönlichen Negierung der Normgeltung begründet sich, über die bereits eingetretene Verletzung des Rechtsguts hinaus, die gegenwärtige Bedrohung eines relevanten Interesses gesellschaftlichen Zusammenlebens, gegen die noch etwas unternommen werden

¹⁹ *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 6.

²⁰ Dazu *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 52f.; *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 155.

²¹ *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 136; *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 59, 356 f., 502 ff.; *Jakobs*, AT, 2/2 ff.

²² In diesem Sinne auch *Haas*, GA 2015, 86, 93.

²³ *Freund*, in: Strafrecht und Gesellschaft, S. 379, 385.

²⁴ *Jakobs*, Norm, Person, Gesellschaft, S. 109 ff.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 83, 88 f.

kann und aus der sich richtigerweise die strafrechtliche Relevanz des zu sanktionsierenden Unrechts ableitet.²⁵

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass die (strafrechtlich abgesicherten) Verhaltensanforderungen dem Normadressaten gegenüber stets individualisierend zu konkretisieren sind. Schon die Legitimation einer konkreten Verhaltensnorm ist darauf angewiesen, dass die adressierte Person individuell in der Lage ist, die Norm zu bilden und zu befolgen. Dementsprechend ist auch ein Verhaltensnormverstoß dieser Person nur als individueller denkbar. Für Schuld spruch und Strafe muss genau dieser individualisierend bestimmte Verhaltensnormverstoß hinreichend gewichtig sein. Nur dann genügt die entsprechende Sanktionierung den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Für die Legitimation der meisten praktisch relevanten Verhaltensnormen ist neben dem Rechtsgüterschutz (als dem legitimen Zweck und damit dem grundlegenden verhaltensnormfundierenden Datum) noch ein weiterer Legitimationsgrund von Bedeutung: Zusätzlich relevant ist ein besonderer Bezug der in die Pflicht zu nehmenden Person zum Rechtsgüterschutzbedarf. Dieser besondere Bezug zum Ursprung oder zum Zielort der zu vermeidenden Schädigungsmöglichkeit, der eine dualistisch legitimierte Verhaltensnorm begründet, muss so beschaffen sein, dass er materiell als zusätzliches verhaltensnormfundierendes Datum zu fungieren vermag.²⁶ In diesem Fall trifft den Täter eine besondere rechtliche Verantwortlichkeit hinsichtlich der in Frage stehenden Gefahrvermeidung und damit eine *besondere Rechtspflicht*. Um eine dualistisch legitimierte Verhaltensanforderung gegenüber einem konkreten Normadressaten zu begründen und zu einer sachgerechten Bewertung des Verhaltensnormverstoßes zu gelangen, ist eine Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten von essentieller Bedeutung.²⁷ Im Kern gilt es, entsprechende *besondere* rechtliche Verantwortungsbereiche zu definieren. Denn nicht jeden geht alles (in besonderer Weise) etwas an.²⁸ Nur dann, wenn der Bezug des potentiellen Normadressaten zu dem in Rede stehenden Geschehen so geartet ist, dass er persönlich auch tatsächlich eine eigenständige materiale verhaltensnormfundierte Funktion übernehmen kann, ist ihm gegenüber das Gefahrabwendungsgebot konkret mit der zweiten Legitimationssäule der Sonderverantwortlichkeit für die in Frage stehende Gefahrenvermeidung legitimierbar.²⁹ Demnach wäre es verfehlt, diese Sonderverantwortlichkeit, wie gewöhnlich dargestellt³⁰, auf ein Differenzierungsmerkmal zwischen Tun und

²⁵ Freund/Rostalski, AT, § 1 Rn. 30.

²⁶ Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 67.

²⁷ Freund/Rostalski, AT, § 2 Rn. 19.

²⁸ Jakobs, ZStW 89 (1977), 2, 30.

²⁹ Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 72.

³⁰ In diesem Sinne etwa Wessels/Beulke/Satzger, AT, § 19 Rn. 1175 f.; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 21 Rn. 50.

Unterlassen zu reduzieren.³¹ Unter Zugrundelegung eines sinnvollen Rechtsgüterschutzkonzepts darf nämlich gerade nicht die Modalität der Verletzung der Verhaltensnorm – durch aktives Tun oder mittels Unterlassen – ausschlaggebend sein, sondern es muss allein auf die ggf. *sonderverantwortliche* Vermeidung ganz bestimmter (möglicher) schadensträchtiger Verläufe – infolge der Einhaltung entsprechend individualisierter rechtlicher Verhaltensnormen – ankommen.³²

Für die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens ist es allein entscheidend, welche Qualität der Verhaltensnormverstoß aufweist, und damit insbesondere, ob die spezifische Sanktionsnorm Verstöße gegen monistisch oder dualistisch fundierte Verhaltensnormen erfassen soll.³³ Verstöße gegen monistisch (allein durch den Rechtsgüterschutz) legitimierbare Verhaltensnormen werden im Strafgesetzbuch nur in §§ 138, 323c I StGB erfasst. Bei allen übrigen Straftaten bedarf es des Verstoßes gegen eine dualistisch (auch durch die Sonderverantwortlichkeit des Normadressaten) legitimierte Verhaltensnorm. Konkret bedeutet das z. B. für die Strafbarkeit wegen Körperverletzung nach § 223 I StGB: Wer einen anderen Menschen durch eine eigene Handlung in seiner Körperintegrität verletzt, ist selbstverständlich persönlich in besonderer Weise für den konkreten schadensträchtigen Verlauf verantwortlich.³⁴ Darüber hinaus existieren jedoch auch weitere besondere Verantwortlichkeiten, die sich an eine ganz bestimmte Person als Adressaten richten. Dann ist von einer qualifizierten, dualistisch fundierten Verhaltensnorm auszugehen.³⁵ Man denke etwa an die Eltern, die für die körperliche Unversehrtheit ihrer minderjährigen Kinder ggf. sonderverantwortlich sind. Liegt eine derartige Sonderverantwortlichkeit vor, ist sie innerhalb der Interessenabwägung zu Lasten des potentiellen Normadressaten in Anrechnung zu bringen. Dadurch wird es auch möglich, gegenüber diesem spezielle Verhaltensanforderungen zu begründen, die bei alleiniger Abwägung mit dem Rechtsgüterschutzinteresse so nicht begründbar wären.³⁶

Damit eine ganz bestimmte Strafvorschrift zur Anwendung gelangen kann, bedarf es eines *spezifischen* Verhaltensnormverstoßes im Sinne einer ganz bestimmten Straftat. Notwendig ist eine entsprechende Spezifizierung der in Betracht zu ziehenden Verhaltensnormverstöße, um eine Abgrenzung von anderen Straftaten sowie von strafrechtlich irrelevantem Verhalten zu erreichen.³⁷ Nur durch ein

³¹ Vielmehr handelt es sich um ein allgemeines Merkmal tatbestandsspezifischen Verhaltens; dies betonend *Freund/Rostalski*, AT, § 6 Rn. 17 ff.

³² *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 79.

³³ *Freund*, in: Strafrecht und Gesellschaft, S. 379, 392.

³⁴ *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 154; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 68.

³⁵ *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 18 ff.

³⁶ *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 18 ff.

³⁷ Näher dazu *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 51 ff., 124 ff.; *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 152 ff.

passendes – kongruentes – Missbilligungsurteil gelingt es mit der deliktsspezifischen Bezeichnung des Verhaltensnormverstoßes Inhalt und Bedeutung der übertrittenen Verhaltensnorm zum Ausdruck zu bringen.³⁸

Das Erfordernis eines zutreffenden Missbilligungsurteils bei einer Verurteilung auf der Ermächtigungsgrundlage eines bestimmten Strafgesetzes, betrifft nicht nur die Verhaltensmissbilligung. Etwa bei einer Verurteilung wegen eines vollendeten Verletzungsdelikts muss auch der entsprechende Vorwurf zutreffen, für spezifische Fehlverhaltensfolgen verantwortlich zu sein. Das ist nur dann der Fall, wenn sich im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen genau der schadensträchtige Verlauf realisiert, dessen Vermeidung *ex ante* als Legitimationsgrund die übertretene Verhaltensnorm konstituiert.³⁹ Ihr besonderes Gewicht erhält die entsprechende Vollendungstat dadurch, dass sich im tatsächlichen Geschehen vollumfänglich das ereignet hat, was durch die Normeinhaltung hätte vermieden werden können und sollen.⁴⁰ Insofern lässt sich ein deutlich höheres Interesse an staatlicher Gegensteuerung gegenüber dem Normbrüchigen begründen, wenn sich der Verhaltensnormverstoß vollumfänglich im objektiven Geschehen niedergeschlagen hat und dementsprechend auch darin ein Widerspruch gegenüber der Norm zum Ausdruck gelangt.⁴¹

2. Übertragung der Überlegungen auf die Situation der medizinischen Behandlung

Vor dem Hintergrund der zuvor dargestellten dogmatischen Erwägungen hinsichtlich der strafrechtlichen Relevanz bestimmter Verhaltensweisen, lassen sich bereits einige wesentliche Feststellungen in Bezug auf den strafrechtlichen Umgang mit ärztlicher Eigenmacht (bzw. sonstigen Fällen der Behandlung ohne die erforderliche Zustimmung) treffen, die man sich in der weiteren Auseinandersetzung stets vor Augen führen sollte.

Zunächst ist hervorzuheben, dass die strafrechtliche Erfassung von missbilligten Verhaltensweisen stets einen für Schuldspruch und Strafe *hinreichend gewichtigen Verstoß* gegen die dem Strafrecht vorgelagerte primäre Normordnung des rechtlich richtigen Verhaltens erfordert. Diese Verhaltensordnung ergibt sich nicht zuletzt aus den Wertentscheidungen der Verfassung bzw. aus deren Konkretisierungen in unserer Rechtsordnung. Die Einordnung, ob die ärztliche Heilbehandlung überhaupt als Körperverletzung i. S. d. § 223 StGB anzusehen ist, hängt auch mit dem zugrundeliegenden Rechtsgutsverständnis zusammen. Insofern spielen die Legitimationsgründe von Verhaltensnormen, die sich individuell ge-

³⁸ Sachlich übereinstimmend *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 558.

³⁹ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 99 f.

⁴⁰ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 99.

⁴¹ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 104.

genüber dem Arzt als Normadressaten – unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – legitimieren lassen, eine wichtige Rolle. Insbesondere ist es weichenstellend, ob sich die Straftatbestände der Körperverletzungsdelikte auf Verstöße gegen Verhaltensnormen beziehen, die sich durch ein isoliert vom Rechtsgutsträger zu sehendes – statisch verstandenes – Rechtsgut der Körperintegrität legitimieren lassen oder aber ob bei der Konturierung des zu schützenden Rechtsguts Körperintegrität die Wahrung des entsprechenden Selbstbestimmungsrechts einzubeziehen ist. Nicht zuletzt vor verfassungsrechtlichem Hintergrund liegt das zuletzt genannte Verständnis bereits nahe.

Vor der speziellen Frage, welche Verhaltensnormverstöße genau tatbestandspezifisch etwa i.S. der Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte sind, ist die Frage klärungsbedürftig, ob der Arzt bei der Durchführung seiner ärztlichen Behandlung überhaupt gegen eine zu Gunsten der Schutzinteressen des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit zu legitimierende Verhaltensnorm verstößt. Nur dann, wenn das Verhalten überhaupt als Verhaltensnormverstoß zu missbilligen ist, bedarf es einer weiteren Auseinandersetzung mit den Anforderungen einer spezifischen Sanktionierung. Für diese spezifische Sanktionierung ist jedenfalls bei den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten das Erfordernis der Sonderverantwortlichkeit des Adressaten der übertretenen Verhaltensnorm für das Vermeiden der in Frage stehenden Schädigungsmöglichkeit zu beachten. Beide Straftattypen können nur gegeben sein, wenn durch aktives Tun oder Unterlassen gegen eine Verhaltensnorm verstoßen wird, die dualistisch zu legitimieren ist.

In Bezug auf den Arzt als potentiellen Verhaltensnormadressaten ist festzustellen, dass er insbesondere für die ordnungsgemäße Durchführung einer übernommenen Behandlung sonderverantwortlich ist – dass ihn also aus der Behandlungsübernahme eine dualistisch legitimierte – besondere – Rechtspflicht trifft. Diese qualifizierte Rechtspflicht des behandelnden Arztes gegenüber seinen Patienten erlaubt es auch, ihm gegenüber Verhaltensanforderungen zu begründen, die bei alleiniger Berücksichtigung des Rechtsgüterschutzinteresses so nicht legitimierbar wären. Aufgrund seines Wissensvorsprungs und der Beherrschung der medizinischen Abläufe ist er als Ausfluss dieser besonderen Rechtspflicht gegenüber seinen Patienten z.B. zu einer umfassenden Aufklärung verpflichtet, die die wesentlichen Aspekte der medizinischen Maßnahme aufzeigt. Dementsprechend kann es aufgrund der dualistischen Fundierung der Verhaltensnormen zum Schutz der Körperintegrität und des Lebens seiner Patienten letztlich auch aus strafrechtlicher Sicht keinen Unterschied machen, ob man den sog. „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ eines oder mehrerer Verhaltensnormverstöße etwa in der „Unterlassung“ einer hinreichenden Aufklärung oder aber in der „Vornahme“ einer ärztlichen Maßnahme trotz unzureichender Aufklärung erblickt.

Für eine Strafbarkeit wegen vollendeten Verletzungsdelikts ist zu beachten, dass sich die eingetretene Rechtsgutsverletzung gerade als Realisierung eines schadensträchtigen Verlaufs darstellen muss, der *ex ante* als Legitimationsgrund

die in Rede stehende Verhaltensnorm fundiert. Realisiert sich stattdessen eine Schädigungsmöglichkeit, auf deren Vermeidung die übertretene Verhaltensnorm nicht ausgerichtet ist (weil sich aus ihr kein sachlicher Grund für die Einschränkung der allgemeinen Handlungspflicht *ex ante* ergibt), kann auch keine Verantwortlichkeit für den zum „Erfolg“ führenden konkreten Verlauf bestehen. Traditionell formuliert: der „Erfolg“ ist in diesem Fall „nicht zurechenbar“.

Dieses Erfordernis des sachlichen Zusammenhangs zwischen der individuellen Verhaltensanforderung und der Verantwortlichkeit für spezifische Fehlverhaltensfolgen lässt sich auch aus dem verfassungsrechtlichen Schuldprinzip ableiten, das eine Zufallshaftung ausschließt.⁴² Dem Täter darf die Verletzung eines Rechts-
guts nur dann als unrechtmäßig herbeigeführt angelastet werden, wenn es ihm überhaupt möglich war, dieses durch die Einhaltung spezifischer Vermeide-
pflichten zu verhindern⁴³ und wenn es gerade die (Schutz-)Funktion dieser Ver-
meidepflichten war, derartige Verläufe zu unterbinden. Daraus ergibt sich, dass insbesondere auch auf die normative Wertung und Einordnung des Geschehens als spezifische Fehlverhaltensfolge innerhalb der weiteren Betrachtung ein besonderes Augenmerk zu legen ist.

Im Grunde geht es also im Rahmen dieser Untersuchung neben der Abgrenzung des erlaubten Verhaltens und der Auseinandersetzung mit der, dem Arzt potentiell anlastbaren, Realisierung eines schadensträchtigen Verlaufs, um die entscheidende Frage, welche Bedeutung die nachträglich zu bestimmende hypothetische Einwilligung des Patienten für die Bewertung des Verhaltens *ex ante* und die damit verbundene Konstituierung einer entsprechenden Verhaltensnorm haben kann. Nur wenn an dieser Stelle zutreffend zwischen den in *concreto* annehmenden individuellen Verhaltensanforderungen einerseits und der Sanktionierung bestimmten Fehlverhaltens (ggf. nebst spezifischen Fehlverhaltensfolgen) andererseits differenziert wird, lassen sich die jeweils unterschiedlichen Legitimationsbedingungen der in Frage stehenden Rechtseingriffe angemessen erfassen.

II. Verfassungsrechtliche Charakterisierung der ärztlichen Behandlung

„Jede medizinische Behandlung hat unter Wahrung der Menschenwürde und Achtung der Persönlichkeit, des Willens und der Rechte der Patientinnen und Patienten, insbesondere des Selbstbestimmungsrechts zu erfolgen.“⁴⁴

⁴² Eine Zufallshaftung wäre gegeben, wenn der Täter für unvermeidbares Verhalten oder nicht zu vermeidende Verhaltensfolgen zur Verantwortung gezogen würde; s. dazu bereits *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 4 Fahrlässigkeit, S. 449 ff.; zustimmend *Haas*, GA 2015, 86, 95.

⁴³ *Haas*, GA 2015, 86, 95.

⁴⁴ § 7 MBÄ.

Um sich auf spezialgesetzlicher Ebene sachgerecht mit den Aspekten der medizinischen Behandlung beschäftigen zu können, bedarf es zunächst einer vorgelagerten Auseinandersetzung mit den der Bewertung zu Grunde liegenden Grundrechten, die letztlich auch die strafrechtliche Schutzwürdeleistung entscheidend beeinflussen. Denn die Weichenstellung, welche Güter staatlichem Schutz zu unterstellen sind und ggf. in welcher Form genau, ergibt sich letztlich aus vorgelagerten Wertentscheidungen der Verfassung: Die strafrechtlichen Vorschriften bilden dabei aufgrund der Akzessorietät des Strafrechts jeweils spezielle Ausprägungen des verfassungsrechtlich vorgezeichneten Wertekanons.⁴⁵ Dieser Wertekanon ist freilich nicht erst im strafrechtlichen Kontext von Bedeutung. Er beeinflusst vielmehr bereits die vorstrafrechtlich maßgebliche Ordnung des Zusammenlebens. Denn die entsprechenden Wertungsgrundlagen sind heranzuziehen, wenn es um die Bildung und Befolgung kontext- und adressatenspezifisch konkretisierter Verhaltensnormen geht. Das gilt u.a. auch im Arzt-Patienten-Verhältnis. Als klärungsbedürftig erweist sich in diesem Zusammenhang vor allem die zentrale Frage, ob die Wahrung des (körperbezogenen) Selbstbestimmungsrechts auf verfassungsrechtlicher Ebene in den Schutz der Körperintegrität einzubeziehen ist. Dazu sollen zunächst die im Rahmen der ärztlichen Behandlung in Betracht zu ziehenden Grundrechte dargestellt und anhand ihres Wertgehalts im Konfliktfall der eigenmächtigen Heilbehandlung abgewogen werden. Daran anschließend sollen die daraus resultierenden Konsequenzen für die spezifisch strafrechtliche Problematik aufgezeigt werden.

1. In Betracht zu ziehende Grundrechte

Medizinische Maßnahmen sind seit langem als Gegenstand rechtlicher und ethischer Auseinandersetzungen bekannt. Zwar ist die medizinische Behandlung nicht als unmittelbar staatlicher Eingriff zu bewerten, jedoch gilt das Wertesystem der Grundrechte über dieses hoheitliche Eingriffsverhältnis hinaus für alle staatlich bedeutsamen Bereiche.⁴⁶ Seit der Lüth-Entscheidung des BVerfG⁴⁷ ist anerkannt, dass die Grundrechte eine objektive Wertesordnung aufstellen und auch in die Auslegung des Privatrechts einfließen. Die Rechtssphären der handelnden Privatsubjekte sind dementsprechend im Wege einer Art praktischen Konkordanz durch die mittelbare Drittewirkung der Grundrechte, die auch in das einfache Recht ausstrahlt, beschränkt.⁴⁸ Zwar können Grundrechtseingriffe durch Private nicht einfach dem Staat zugerechnet werden; jedoch resultiert aus der staatlichen Verantwortung für seine Bürger und der entsprechenden Schutz-

⁴⁵ Vgl. *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 53 ff.

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 7, 198, 205 ff.

⁴⁷ BVerfGE 7, 198, 205 ff.

⁴⁸ *Schwabe*, Die sogenannte Drittewirkung der Grundrechte, S. 107 ff.

pflicht⁴⁹ vor Freiheitsverkürzungen auch die Pflicht, Grundrechtsbeeinträchtigungen Dritter ggf. zu unterbinden: Hervorzuheben ist dementsprechend die mittelbare Durchdringung des gesellschaftlichen, privaten bzw. privatrechtlichen Bereichs als Resultat der Anerkennung grundrechtlicher Schutzpflichten.⁵⁰ In der Folge wirken die Grundrechte nicht nur als subjektive Abwehrrechte gegenüber staatlichen Eingriffen, sondern schließen gleichzeitig auch die staatliche Verpflichtung mit ein, sich schützend vor die entsprechenden Rechtsgüter zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen Dritter zu bewahren.⁵¹ Die aus der objektiven Funktion der Grundrechte abzuleitenden Schutzpflichten des Staates sind dementsprechend Ausdruck der subjektiven Grundrechtsberechtigung des Einzelnen.⁵² Das Arzt-Patienten-Verhältnis – und damit insbesondere der Schutz der Patientenautonomie innerhalb der Behandlung – unterfällt dieser staatlichen Schutzpflichtkonstellation: Der Staat ist verpflichtet, seinerseits effektiven Rechtsschutz für die Konstellationen der medizinischen Behandlung zu gewährleisten.⁵³ Vor diesem Hintergrund erscheint eine Einordnung der medizinischen Behandlung anhand der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen erforderlich.

a) Grundrechte des Patienten

Im Zuge dessen ist zunächst auf die Grundrechte einzugehen, die aus Sicht der Patienten in Betracht kommen.

aa) Art. 1 GG – Die Menschenwürde

Menschenwürde beschreibt den soziale Wert- und Achtungsanspruch, der jedem Menschen aufgrund seines Menschseins zukommt.⁵⁴ Sie ist verletzt, wenn

⁴⁹ Die Existenz der staatlichen Schutzpflichten ist im Ergebnis mittlerweile sowohl in der Judikatur als auch in der Literatur allgemein anerkannt; vgl. BVerfGE 39, 1; 45, 187; 46, 160; 56, 54; 64, 261; 90, 145; 92, 26; *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 20 ff.; vertiefend *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten; gestritten wird heute eher über Umfang und Reichweite sowie einen aus diesen Schutzpflichten resultierenden subjektiven Anspruch des Einzelnen. Thematisiert wurde dieser Aspekt etwa jüngst in Bezug auf die staatliche Schutzpflicht im Rahmen der Auswirkungen des Klimawandels; BVerfG NJW 2021, 1723, 1731; *Stürmlinger*, EurUP 2020, 169, 176; *Kahl*, JURA 2021, 117, 126; *Sparwasser/Engel/Voßkuhle*, Umweltrecht, 5. Aufl. 2003, S. 51 f.

⁵⁰ Vgl. *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 35.

⁵¹ Vgl. BVerfGE 142, 313, 337 st. Rspr.; BVerfG NJW 2021, 1723, 1732; sowie sachlich übereinstimmend *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 166 f.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 415 ff.; *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 35 ff.

⁵² BVerfG NJW 2021, 1723, 1732.

⁵³ *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 166; Sondervotum BVerfGE 52, 131, 172; *Schnitzler*, Das Recht der Heilberufe, S. 238.

⁵⁴ Vgl. BVerfGE 87, 209, 228.

die Subjektqualität des Individuums in Frage gestellt wird und der Mensch zum reinen Objekt wird.⁵⁵ Dem Patienten als Subjekt der ärztlichen Behandlung kommt zuallererst das unantastbare Recht der Menschenwürde zu.⁵⁶ Dabei machen die autonome Selbstbestimmung über das eigene Leben und die Kriterien, unter denen der Körper angetastet werden darf, den zentralen Inhalt der Menschenwürde aus.⁵⁷ Der Arzt hat die Menschenwürde zu wahren, was konkret bedeutet, dass der Patient nicht zum bloßen Objekt der ärztlichen Behandlung herabgewürdigt werden darf.⁵⁸

Gleichzeitig ist allerdings vor dem derzeit weit verbreiteten Vorgehen zu warnen, die Menschenwürde für und gegen alles und jeden Aspekt in Stellung zu bringen und ihr damit letztlich ihren übergeordneten Charakter als „oberster Wert der Verfassung“ zu nehmen.⁵⁹ Die Menschenwürde steht mit höchstem Rang in der Verfassung im Zentrum des grundgesetzlichen Wertesystems,⁶⁰ weshalb alle Grundrechte im Lichte dieses tragenden Verfassungsgrundsatzes auszulegen sind.⁶¹ Die Unverletzlichkeit der körperlichen Integrität eines Menschen ist zwar unbestreitbar als Aspekt seines Würdeschutzes zu begreifen, gerade im Hinblick auf die körperliche Integrität spricht dennoch viel dafür, den Schwerpunkt der Betrachtung statt auf Art. 1 I GG auf Art. 2 II 1 GG zu verschieben.⁶² Eine Verletzung von Art. 1 GG ist vielmehr auf die Fälle zu beschränken, in denen sich der Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht unmittelbar gegen den die menschliche Würde ausmachenden Kern der Persönlichkeit richtet.⁶³ Die selbstbestimmte Gestaltung des eigenen Körpers und die Entscheidungen in gesundheitlichen Belangen sind in erster Linie als Ausdruck der freien Entfaltung der Persönlichkeit zu erfassen.⁶⁴ Die individuelle Selbstentfaltung des Rechtsgutsträgers ist essentieller Inhalt der Menschenwürde und prägt sie inhaltlich.⁶⁵ Niemand ist dazu berechtigt, dem Rechtsgutsinhaber eine objektive Dimension der Menschenwürde zu oktroyieren: Stattdessen kommt der Kern der Menschenwürde in der Selbstbestimmung des Individuums angesichts seiner persönlichen (gesundheit-

⁵⁵ BVerfGE 87, 209, 228; *Dürig*, Der Grundsatz der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117, 217.

⁵⁶ *Hufen*, NJW 2001, 849, 851.

⁵⁷ Vgl. *Eibach/Schaefer*, MedR 2001, 21.

⁵⁸ *Scholz*, in: Spickhoff Medizinrecht, MBO-Ä 1997 § 7 Rn. 2 f.

⁵⁹ So auch *Hufen*, NJW 2001, 849, 851.

⁶⁰ Vgl. BVerfGE 35, 202, 220.

⁶¹ BVerfGE 6, 32, 36.

⁶² *Hufen*, JuS 2010, 1, 3.

⁶³ Vgl. BVerfG NJW 2008, 2907, 2909 zu Art. 5 I GG; *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 37.

⁶⁴ *Huber*, Medizinische Indikation, S. 98.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE 45, 187, 228; *Häberle*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band IV, § 22 Rn. 80.

lichen) Belange zum Ausdruck.⁶⁶ Im medizinischen Kontext wird der Inhalt des Art. 1 I GG vor allem dadurch gewährleistet, dass der Wille des Patienten und dessen Selbstbestimmung als Schranke jeglichen ärztlichen Handelns fungieren.⁶⁷ Der Patientenwille ist dabei unabhängig von der konkreten Entscheidungssituation im Sinne eines übergeordneten Autonomieprinzips zu verstehen, das die Gewährleistung der Menschenwürde in sich aufnimmt und sowohl den Schutz der körperlichen und seelischen Integrität als auch das Verbot der Instrumentalisierung des Individuums einschließt.⁶⁸ Dementsprechend erscheint es angemessen und sachgemäß, die Würde des Menschen gem. Art. 1 GG als Wertungsgesichtspunkt in die verfassungsrechtliche Ausgestaltung der folgenden Grundrechte miteinzubeziehen. Im Falle der ärztlichen Behandlung erscheint demnach eine Auseinandersetzung mit den unmittelbar verfassungsrechtlich geschützten Gewährleistungen der körperlichen Unversehrtheit, des Lebensschutzes und der korrespondierenden Selbstbestimmung vorzugswürdig.⁶⁹

bb) Art. 2 II 1 GG – Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. Selbstbestimmung

Der Organismus des Patienten ist regelmäßig als Angriffsobjekt der Behandlung einzuordnen. Ganz gleich, ob diagnostische Maßnahmen, die Gabe von Medikamenten, das Setzen von Injektionen, chirurgische Eingriffe – all diese Behandlungssaspekte setzen jedenfalls eine Berührung mit der Körpersphäre des Patienten voraus. Es dürfte also kaum verwundern, dass hinsichtlich möglicher Beeinträchtigungen der Grundrechte des Patienten zunächst das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG in den Blick rückt. Jede Maßnahme, die geeignet ist, die körperliche Integrität zu verletzen, ist als Eingriff in Art. 2 II GG zu qualifizieren – insbesondere auch der ärztliche Heileingriff.⁷⁰ Unter dem Schutzaspekt der körperlichen Unversehrtheit sind neben der auf die Wiederherstellung der Gesundheit gerichteten Heilbehandlung auch gesundheitsneutrale Maßnahmen – wie die Blutabnahme sowie diagnostische und prophylaktische Maßnahmen⁷¹ – zu erfassen.⁷² Dabei ist angesichts der verfassungsrechtlichen Einordnung des Verhaltens die medizinische Einschätzung ir-

⁶⁶ *Hufen*, NJW 2001, 849, 851; es ist nämlich erst gar nicht möglich, unabhängig vom Willen des Betroffenen zu bestimmen, welches ärztliche Verhalten den Gehalt der Menschenwürde beeinträchtigt: So wäre es z.B. verfehlt, das Erdulden von Schmerzen als nicht mit der Menschenwürde vereinbar zu qualifizieren, obwohl der Patient dies nach freiem Willen explizit wünscht.

⁶⁷ *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff Medizinrecht, Art. 1 Rn. 9.

⁶⁸ *Vossenkuhl*, in: Roxin/Schroth, S. 3, 12.

⁶⁹ Vgl. *Hufen*, NJW 2001, 849, 851.

⁷⁰ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 2 II Rn. 38.

⁷¹ *Komp/Thrun*, JA 2020, 195, 201 m.w.N.

⁷² *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 116.

relevant: auf den prognostischen Heilerfolg der Behandlung oder die Frage, der Schmerzintensität der Behandlung, kommt es dabei nicht an.⁷³ Daneben besteht die Erwägung, äußerliche Maßnahmen mit Bagatellcharakter pauschal aus dem Schutzbereich auszunehmen.⁷⁴ Dem ist jedoch ein weites Schutzbereichsverständnis vorzuziehen.⁷⁵

Art. 2 II GG bezieht sich auf den umfassenden Schutz der Körpersphäre und umfasst damit auch den autonomen Willen, namentlich das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper.⁷⁶ Neben der Gesundheit als abstrakt-biologischen Idealzustand des Organismus schützt Art. 2 II 1 GG folglich die umfassende körperliche Integrität.⁷⁷ Denn Ausgangspunkt des Art. 2 II GG ist die freie Selbstbestimmung im Hinblick auf das eigene Leben, den eigenen Körper und die Gesundheit.⁷⁸ Die Möglichkeit, selbstbestimmt über den eigenen Körper zu disponieren, gilt als charakteristischer Ausdruck der Grundrechte als Freiheitsrechte.⁷⁹ Vor allem wegen des enthaltenen Schutzaspekts der Würde und der Freiheit des Menschen⁸⁰ kann es daher bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung der ärztlichen Behandlung nicht auf deren Zielsetzung ankommen.⁸¹ Denn die Selbstbestimmung ist ein wesentlicher Aspekt des Menschseins, dem die freiheitliche Grundrechtsordnung dadurch Rechnung trägt, dass das Individuum auch in Grenzsituationen des Lebens besonders schützenswert ist.⁸² Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über den eigenen Körper ist insofern in den Mittelpunkt der Betrachtung zu stellen. Aufgrund des starken Körperbezugs der Autonomieentscheidung des Patienten gilt Art. 2 II 1 GG als lex specialis gegenüber der Gewährleistung des allgemeinen Selbstbestimmungsrechts.⁸³ Denn Art. 2 II GG umfasst innerhalb seiner Freiheitsgewährleistung in Bezug auf die Körper-

⁷³ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 2 II Rn. 38; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 99; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 II Rn. 194.

⁷⁴ *Horn*, in: Stern/Becker, Grundrechte, Art. 2 Rn. 125; diskutiert wird dies etwa im Hinblick auf Hirnstrommessungen oder die Sonografie.

⁷⁵ In diesem Sinne auch *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 2 II Rn. 50.

⁷⁶ *Rixen*, in: Sachs GG, Art. 2 Rn. 148; BVerfGE 89, 120.

⁷⁷ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 2 II GG; *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 76.

⁷⁸ *Magnus*, Patientenautonomie, S. 88; *Höfling*, ZEFQ 103 (2009), 286.

⁷⁹ Vgl. *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 23.

⁸⁰ BVerfGE 52, 131, 171, 173 Sondervotum Hirsch, Niebler, Steinberger.

⁸¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 II Nr. 1 Rn. 69 (Stand EL März 2022).

⁸² *Köhler*, FS Küper, 2007, S. 275.

⁸³ In diesem Sinne BVerfGE 89, 120; Sondervotum BVerfGE 52, 131, 173 f.; zuvor erfolgte die Ableitung des Selbstbestimmungsrechts noch aus Art. 2 I GG; so noch BVerfGE 52, 131, 168; BVerfGE 32, 98, 110; *Zuck*, NJW 1991, 2933; a. A. nehmen eine Ableitung des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 2 I GG i.V.m. 1 I GG (z. B. *Hanika*, MedR 1999, 149, 157) bzw. aus Art. 2 I, II GG i.V.m. Art. 1 I GG (etwa BSGE 73, 66, 71) vor.

integrität gleichzeitig die darin zu Tage tretende Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit.

Der Wille des Patienten als Ausdruck seines Selbstbestimmungsrechts ist das wesentliche Charakteristikum der Legitimation ärztlichen Handelns.⁸⁴ Die Einwilligung des Patienten entfaltet nicht nur eine Rechtfertigungswirkung gegenüber dem Grundrechtseingriff durch das ärztliche Handeln, sondern kann eine Grundrechtsverletzung im Hinblick auf Art. 2 II GG unter Annahme voller Subjektstellung des Betroffenen sogar vollständig ausschließen.⁸⁵ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass jeglicher Eingriff in die Körperintegrität eines anderen ohne dessen Zustimmung in dessen Grundrecht auf Gewährleistung seiner Körperintegrität eingreift. Infolgedessen sind nicht nur medizinische Zwangsbehandlungen gegen den freien Willen des Patienten,⁸⁶ sondern ist jegliches eigenmächtige Handeln des Arztes verfassungsrechtlich ausgeschlossen.⁸⁷ Die Entscheidung über die Vornahme eines ärztlichen Eingriffs steht grundsätzlich dem Patienten zu und ist allein von dessen Willen abhängig.⁸⁸ Es ist als schwerwiegender Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit anzusehen, wenn ein Arzt – aus medizinisch noch so vernünftig erscheinenden Gründen – eigenmächtig und selbstherrlich ohne vorherige Billigung des Rechtsgutsinhabers eine ärztliche Maßnahme an einem Kranken vornimmt, dessen Zustimmung rechtzeitig hätte eingeholt werden können.⁸⁹ Damit bleibt festzuhalten, dass nur dann, aber auch immer dann, wenn eine ärztliche Maßnahme ohne Einwilligung erfolgt, von einer Verletzung des Art. 2 II 1 GG auszugehen ist.⁹⁰

Eine Reduzierung des Schutzgehalts auf einen objektiven Bestandsschutz würde der Intention des Grundrechts nicht gerecht.⁹¹ Denn der Zweck des Schut-

⁸⁴ BVerfG NJW 2017, 53, 56.

⁸⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 II Nr. 1 Rn. 69 (Stand EL März 2022); BVerfGE 5, 13, 15; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 107; a.A. *Rixen*, in: Sachs GG, Art. 2 Rn. 154; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 2 Rn. 51, 55 f.

⁸⁶ S. BVerfG NJW 2017, 53, 56.

⁸⁷ *Magnus*, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 116.

⁸⁸ BVerfGE 89, 120 ff.

⁸⁹ BGHSt 11, 111, 113 f.

⁹⁰ *Rixen*, in: Sachs GG, Art. 2 Rn. 206; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 107; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier GG, Art. 2 II Rn. 38, 73; *Suhr*, *Der medizinisch nicht indizierte Eingriff*, S. 207; *Huber*, *Medizinische Indikation*, S. 93.

⁹¹ In diesem Zusammenhang wird angesichts der objektiven Dimension der Schutzgewährleistung häufig auf das Urteil zum Schwangerschaftsabbruch verwiesen; vgl. BVerfGE 39, 1, 88, 203. Bei diesem Vergleich darf aber die besondere Rechtssituation dieser Fallkonstellation nicht außer Acht gelassen werden. Das sich im Mutterleib entwickelnde Leben ist selbstständig dem Schutz der Verfassung zu unterstellen, sodass sich eine davon entsprechende Konfliktsituation ergibt. Zum objektiven Gehalt der Menschenwürde vgl. *Schittek*, BayVBl 1990, 138. Ein objektives Schutzbedürfnis der Gesunderhaltung um jeden Preis ist unter Annahme eines Individualrechtsguts, wie dem der Körperintegrität, ausgeschlossen; *Fateh-Moghadam*, *Die Einwilligung in die Lebendorganspende*, S. 76.

zes des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit wäre damit auf einen reinen Integritätschutz zu reduzieren, der jegliche Verfügungsfreiheit ausschließt.⁹² Eine derartiges Verständnis stellt nicht den Menschen als Individuum, dem ein verfassungsrechtlich unantastbarer Würdeschutz zukommt, sondern ein objektives Interesse der biologischen Gesunderhaltung in den Mittelpunkt. Diese Auslegungsmaxime lässt sich vor dem Hintergrunde der freiheitlichen Grundordnung unseres Grundgesetzes und dem Wert- und Achtungsanspruch der menschlichen Persönlichkeit nicht legitimieren. Es ist unmöglich, das Grundrecht von seinem Träger abzuspalten, um in einen Abwägungsprozess zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen einerseits und dem objektiven Wert des Rechtsguts andererseits einzutreten.⁹³ Die körperbezogene Autonomie des Menschen umfasst vielmehr auch ein Recht auf Selbstgefährdung oder Selbstverletzung⁹⁴ bis hin zur Beendigung des eigenen Lebens.⁹⁵ Eine eigenverantwortliche Gesundheitsgefährdung geht dabei als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts der staatlichen Fürsorgepflicht vor.⁹⁶ Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang immer wieder betont, dass eine „Freiheit zur Krankheit“⁹⁷ anerkannt werden muss, die mit der „Freiheit eine Behandlung abzulehnen“⁹⁸ korrespondiert, selbst wenn daraus eine Schädigung oder Lebensverkürzung folgt.⁹⁹

Gerade im Zustand der Krankheit ist der Patient institutionell besonders zu schützen: Weder bevormundender Fremdverfügung noch der Selbstauflöschung darf Raum gegeben werden.¹⁰⁰ Die staatliche Schutzpflicht im Bereich des Art. 2 II GG äußert sich vielmehr darin, Erfordernisse im einfachen Recht zu etablieren, die eine selbstbestimmte Entscheidung des Rechtsgutsträgers angesichts seiner gesundheitlichen Belange ermöglichen.¹⁰¹ In Bezug auf die ärztliche Behandlung wird die Gewährleistung der Autonomie des Behandlungssubjekts durch die Voraussetzung des *informed consent* erreicht, die aufgrund der darin zum Ausdruck kommenden Verwirklichung der staatlichen Schutzpflicht-

⁹² Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, S. 197.

⁹³ Sternberg-Lieben, Einwilligung, S. 35; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 74, 84.

⁹⁴ Höfling, ZEFQ 103 (2009), 286, 287; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 2 Rn. 99; Wagner, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 86; Huber, Medizinische Indikation, S. 95.

⁹⁵ Vgl. BVerfGE 128, 282, 304; Kämpfer, Die Selbstbestimmung Sterbewilliger, S. 215; BGH NJW 2019, 1741, 1743.

⁹⁶ Kolbe, Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung, S. 287.

⁹⁷ BVerfGE 58, 208, 226; Kämmerer, in: von Münch/Kunig, Art. 2 Rn. 97.

⁹⁸ BGHSt 11, 111, 113.

⁹⁹ BGH NJW 2019, 1741, 1743.

¹⁰⁰ Köhler, FS Küper, 2007, S. 275.

¹⁰¹ Huber, Medizinische Indikation, S. 163; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 2 Rn. 167; Ohly, Die Einwilligung im Privatrecht, S. 86 f.

dimension besondere Bedeutung erfährt.¹⁰² Der körperbezogenen Selbstbestimmung ist gegenüber sämtlichen Vernünftigkeitserwägungen Vorrang einzuräumen.¹⁰³ Abschließend gilt es noch einmal besonders zu betonen, dass der Freiheitsgebrauch des Selbstbestimmungsrechts nicht gerechtfertigt werden muss, sondern unmittelbar vorauszusetzen ist; vielmehr unterliegen stattdessen Einschränkungen dieser Freiheit dem Erfordernis der Rechtfertigung.¹⁰⁴

cc) Art. 4 GG – Die Glaubens- und Gewissensfreiheit

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit garantiert als einheitliches Grundrecht jedem Einzelnen sowohl die innere Freiheit zu glauben (forum internum) als auch die äußere Freiheit, religiöse Gebräuche auszuleben und das gesamte Leben am eigenen Glauben auszurichten (forum externum).¹⁰⁵ Der Religion oder Weltanschauung unterliegen die Handlungen jeweils dann, wenn sie aus einer Gesamtsicht der Welt oder einer hinreichend konsistenten Gesamthaltung resultieren.¹⁰⁶ Demnach erfährt eine Behandlungsverweigerung des Patienten aufgrund religiös ethisch-moralischer Gesichtspunkte u.U. zusätzlich den Schutz des Art. 4 GG.¹⁰⁷ Dabei sollte man sich allerdings stets vor Augen führen, dass das Grundrecht der Religionsfreiheit zwar schrankenlos, aber keinesfalls uneingeschränkt gewährleistet wird: Ein Eingriff ist regelmäßig im Wege der praktischen Konkordanz abzuwägen, und kann insbesondere zum Schutz anderer Rechtsgüter von Verfassungsrang erfolgen. Beispielhaft bezogen auf die Masernimpfpflicht bedeutet das, dass in diesem Fall zumindest eine Abwägung mit dem Schutz der öffentlichen Sicherheit, der Gesundheit und der Rechte und Freiheiten anderer in Erwägung zu ziehen ist.¹⁰⁸ Angesichts einer individualmedizinischen Behandlung ist

¹⁰² Vgl. Huber, Medizinische Indikation, S. 163.

¹⁰³ Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 76; Antoine, Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, S. 25f. In diese Richtung weist auch das Urteil zur Verfassungswidrigkeit des § 217 StGB; BVerfG NJW 2020, 905 ff.

¹⁰⁴ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 104f.

¹⁰⁵ Vgl. BVerfGE 128, 296, 328f; Kingreen/Poscher, Grundrechte, Rn. 681f.

¹⁰⁶ Starck, in: von Mangold/Klein/Starck, Art. 4 Rn. 32.

¹⁰⁷ So lehnen etwa die Angehörigen der Glaubensrichtung der Zeugen Jehovas die intravenöse Gabe von Vollblut und dessen Komponenten innerhalb der Behandlung aufgrund einer religiösen Überzeugung, die sich auf Bibelpassagen wie 1. Mose 9, 4 und Apostelgeschichte 15, 29 stützt, ab; Dreuw/Bockenheimer-Lucius/Simon, Ethikleitlinie zur Behandlung von Zeugen Jehovas und deren Kindern, S. 1 abrufbar unter: <https://ethikkomitee.de/downloads/ethikleitlinie-zj-deutsch.pdf>; auch in Bezug auf Impfungen wurde bereits die Glaubens- und Gewissensfreiheit ins Spiel gebracht, Schaks/Krahnert, MedR 2015, 860, 866; diese Grundrechtsverletzung wurde unter anderem auch vor dem EGMR zur Masernpflicht vorgetragen. Der EGMR lehnte dies allerdings mangels ausreichender Spezifizierung und Substantierung durch den Beschwerdeführenden ab; vgl. EGMR NJW 2021, 1657.

¹⁰⁸ Vgl. EGMR NJW 2021, 1657, 1659.

in Abgrenzung dazu jedoch deutlich zu akzentuieren, dass die eigene körperliche Unversehrtheit der Person, die die Vornahme der Behandlung ablehnt, in einer derartigen Abwägung niemals Gewicht entfalten kann.¹⁰⁹ In Anbetracht der besonderen Bedeutung der Selbstbestimmung als Ausfluss der Menschenwürde, darf es keinen objektivierten Lebens- und Gesundheitsschutz gegen den Willen des Rechtsgutinhabers geben.

dd) Die informationelle Selbstbestimmung

Ergänzend ist schließlich noch auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung der informationellen Selbstbestimmung zu verweisen. Im Zuge der eigenmächtigen Heilbehandlung kann nämlich auch das, aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung abgeleitete, Recht des Patienten auf „Nichtwissen“ verletzt sein: Insbesondere muss es der Entscheidung des Einzelnen selbst überlassen werden, welcher Erkenntnisgewinn für ihn persönlich noch akzeptabel ist.¹¹⁰

b) Grundrechte des Arztes

Den verfassungsrechtlichen Gewährleistungen des Patienten steht dabei die Grundrechtsposition der Ärzteschaft gegenüber.

aa) Art. 12 I GG – Die ärztliche Therapiefreiheit

Auf Seiten der Ärzteschaft ist zunächst an die therapeutische Eigenverantwortung – die sogenannte ärztliche Therapiefreiheit – als besondere Ausprägung der Berufsausübungsfreiheit zu denken.¹¹¹ Unter der Therapiefreiheit versteht man die Freiheit des Arztes, die Wahl der Behandlungsmethoden eigenem Ermessen zu unterstellen.¹¹² Sie ermöglicht es dem Arzt, nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Ermessen im Einzelfall diejenigen therapeutischen Maßnahmen zu

¹⁰⁹ Vgl. *Komp/Thrun*, JA 2020, 195, 201; vgl. *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 73, 114; vgl. *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 160; vgl. *Huber*, Medizinische Indikation, S. 135 ff.

¹¹⁰ *Sternberg-Lieben*, GA 1990, 289, 291; dies wird vor allem im Zusammenhang mit den Gefahren der eigenmächtigen Genomanalyse hervorgehoben; s. dazu z. B. *Benda*, in: Genforschung – Fluch und Segen, S. 205, 229f.; *Graf Vitzthum*, in: *Braun/Mieth/Steigleder*, Ethische und rechtliche Fragen Gentechnologie, S. 263, 271.

¹¹¹ BVerfGE 102, 26, 36; BVerfGE 9, 338, 351; BVerfGE 33, 367, 381; BVerfG NJW 2001, 883; *Kern*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 22; *Cluth*, in: Ärztliche Freiheit und Berufsethos, S. 127, 141; a. A. *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 63 f.; *Schnitzler*, Das Recht der Heilberufe, S. 245, diese gehen lediglich von einer spezifischen ärztlichen Handlungsbedingung aus, die keinen besonderen grundrechtlichen Schutz genießt.

¹¹² *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 62.

wählen, die nach seiner begründeten Überzeugung unter den gegebenen Umständen den größtmöglichen Nutzen für den Patienten erwarten lassen.¹¹³ Allerdings unterliegt die Therapiefreiheit in ihrer Ausübung der Voraussetzung, dass es sich um eine gleichrangige Alternative handelt, die weder im Hinblick auf die Wirksamkeit noch die Risiken signifikant abweicht.¹¹⁴ Demnach handelt es sich weniger um ein ärztliches Privileg, sondern vielmehr um einen fremdnützlichen Gesichtspunkt, der der optimalen medizinischen Versorgung des Patienten und dem Fortschritt innerhalb der Behandlung dienen soll.¹¹⁵ Auch verfassungsrechtlich kann von einer unbedingten Gewährleistung der Therapiefreiheit des Arztes keine Rede sein. Ihre Grenzen findet sie jedenfalls in den kollidierenden Rechten des Patienten.¹¹⁶

bb) Art. 4 I GG – Die Gewissensfreiheit des Arztes

Der Beruf des Arztes ist als ein Beruf anzusehen, in dem die Gewissensentscheidung der einzelnen Berufsangehörenden im Zentrum der Tätigkeit steht.¹¹⁷ Gem. § 1 II BÄO ist der ärztliche Beruf kein Gewerbe, sondern seiner Natur nach ein freier Beruf. Gem. § 2 I der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte üben Ärztinnen und Ärzte ihren Beruf allein nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Damit rückt die Bedeutung der Gewissensfreiheit des Arztes im Rahmen der Behandlung in den Blick. Grundsätzlich gilt, dass kein Arzt zur Vornahme einer seinem Gewissen widersprechenden Behandlung gezwungen werden darf.¹¹⁸ Der Gesetzgeber hat auf dieses Konfliktpotential bereits partiell in ethisch besonders brisanten Bereichen reagiert und punktuelle Auswege aus möglichen Gewissensdilemmata der Ärzteschaft anerkannt: Zu nennen sind in diesem Zusammenhang etwa das Mitwirkungsverweigerungsrecht im Rahmen der künstlichen Befruchtung oder der Präimplantationsdiagnostik (§§ 3a, 10 ESchG) oder das Mitwirkungsverweigerungsrecht beim Schwangerschaftsabbruch (§ 12 I SchKG).¹¹⁹ Davon ausgehend stellt sich die Frage, ob über diese Mitwirkungsverweigerungsrechte hinaus, aus der ärztlichen Gewissensfreiheit gleichzeitig auch eine Berechtigung zu „gewissenskonformen“ Eingriffen in die Rechte anderer existiert.¹²⁰ Dies ist jedoch klar

¹¹³ *Laufs/Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp Arztrecht, I Rn. 65 f.

¹¹⁴ *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 140.

¹¹⁵ *Kern*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rn. 22; *Tag*, Körperverletzungstatbestand, S. 224; dazu grundlegend *Wiesing*, in: Michl/Potthast/Wiesing, S. 459 ff.

¹¹⁶ *Schnitzler*, Das Recht der Heilberufe, S. 246.

¹¹⁷ Vgl. BVerwGE 27, 303 ff.

¹¹⁸ *Kern*, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrecht § 4 Rn. 9.

¹¹⁹ *Duttge*, in: *Gewissen*, S. 543, 548.

¹²⁰ Vgl. *Duttge*, in: *Gewissen*, S. 543, 545.

zu verneinen. Es ist nachdrücklich zu betonen, dass das Gewissen des Arztes nicht über der Verfassung steht: Die Gewissensfreiheit gewährleistet aus Sicht des Arztes von vornherein ausschließlich das Recht, die Mitwirkung an der entsprechenden Behandlung zu verweigern, nicht jedoch das Recht, ohne Einwilligung in die körperliche Integrität eines anderen einzugreifen.¹²¹ Sie erfährt dort ihre Grenze, wo sie in die Grundrechtsausübung des Patienten – insbesondere das Selbstbestimmungsrecht – eingreift.¹²²

*c) Gemeinschaftsgüter und staatliche Gewährleistungen
im Rahmen des Gesundheitssystems – Artt. 20, 28 GG*

Neben die Rechte der beiden „Hauptfiguren“ der Behandlung treten aufgrund der Organisation des Gesundheitswesens die Belange der Allgemeinheit. Als möglicherweise betroffenes kollektives Gut ist das überwiegend öffentlich-rechtlich organisierte Gesundheitssystem in Betracht zu ziehen. Die institutionelle Komponente der staatlichen Schutzgewährleistung von Leben und körperlicher Unversehrtheit beinhaltet auf sekundärer Ebene den Schutz des Gesundheitssystems vor Überlastung finanzieller und personeller Art, um die Funktionsfähigkeit zu gewährleisten und dem aus der Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenversicherung resultierenden Behandlungsanspruch gerecht zu werden.¹²³ Das deutsche Gesundheitssystem basiert dabei auf dem Solidaritätsprinzip der gemeinsamen Kostentragung der Solidargemeinschaft. Zwar liegt der Organisation des Gesundheitswesens das Prinzip der Selbstverwaltung zu Grunde. Dennoch gibt der Staat die Rahmenbedingungen der medizinischen Versorgung vor, was sich seinerseits aus der Staatszielbestimmung des Sozialstaatsprinzips ableitet.¹²⁴ Infolgedessen werden die „Eigenverantwortung“ des Patienten und die „Befolgung von Gesundheitspflichten“ immer mehr zu schillernden Begriffen der gesundheitsrechtlichen Diskussion im Hinblick auf eine neue Ausrichtung des Sozialstaates, die eine optimale Allokation kollektiver Gesundheitsgüter fokussiert.¹²⁵ Verbunden mit der Organisation und Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung treten neben ethischen Aspekten der Abwägung gleichzeitig auch die ökonomischen Komponenten der Rationierung und Ressourcenknappheit hinzu.¹²⁶ Legt man insbesondere die Kostentragung einzelner Behandlungen durch die Allgemeinheit als Grundprinzip des Gesundheitswesens zu Grunde,

¹²¹ *Dirksen*, Arzt, Patient und Gewissen, S. 45, 61f.

¹²² *Dirksen*, Arzt, Patient und Gewissen, S. 45, 64; vgl. dazu BGH NJW 2005, 2385, 2386.

¹²³ *Kämmerer*, in: von Münch/Kunig GG, Art. 2 Rn. 114.

¹²⁴ Vgl. *Sachs*, in: *Sachs GG*, Art. 20 Rn. 47 ff.

¹²⁵ *Höfling*, ZEFQ 103 (2009), 286.

¹²⁶ *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 124; *Taupitz*, in: *Wolter/Riedel/Taupitz*, S. 113, 114 ff.

überrascht es kaum, dass die gesetzgeberischen Entscheidungen in diesem Bereich grundsätzlich auch von finanzwirtschaftlichen Erwägungen geprägt sein dürfen.¹²⁷ Auf den ersten Blick ließe sich daraus möglicherweise eine Rechtfertigung eigenmächtiger Eingriffe in die Körperintegrität ableiten, sofern der Eingriff einer objektiven Gesunderhaltung der Bevölkerung dienlich ist, die letztlich in Form der Entlastung des Gesundheitswesens der Allgemeinheit zu Gute kommt. Dieser Annahme stehen allerdings gewichtige Bedenken entgegen. Es existiert kein Schutz des Menschen gegen dessen Willen vor sich selbst.¹²⁸ Auch medizinisch unvernünftige oder selbstgefährdende Entscheidungen sind, unter Anerkennung dessen, dass der Freiheitsschutz im Zentrum aller grundrechtlichen Gewährleistungen steht,¹²⁹ als legitimer Ausdruck höchstpersönlicher Selbstbestimmung hinzunehmen.¹³⁰ Aus verfassungsrechtlicher Perspektive lässt sich überdies keine „Pflicht zur Gesundheit“ legitimieren.¹³¹ Die Existenz des umfassenden Selbstbestimmungsrechts des Individuums schließt geradezu normlogisch eine unmittelbar korrespondierende, objektiv vernünftige Verpflichtung des Inhabers dieses subjektiven Rechts im Blick auf das gleiche Schutzgut aus.¹³² Eine Berufung auf soziale Folgekosten würde aber im Kern eine Rechtspflicht zu „vernünftigem gesundheitlichem Verhalten“ statuieren, die jegliches Recht auf autonome Entscheidungen entfallen ließe.¹³³ Das Sozialstaatprinzip dient primär dem Schutz der sozial Schwachen in Wechselfällen des Lebens.¹³⁴ Es soll sich

¹²⁷ BVerfGE 115, 25, 46.

¹²⁸ *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 116; *Höfling*, ZEFQ 103 (2009), 286, 288; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 78; BVerfGE 128, 282, 308 (zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug); denkbar wäre angesichts dessen allenfalls der gleichzeitige Schutz mittelbarer Gemeinschaftsinteressen (wie bspw. die Rechtfertigung der Helmpflicht aufgrund einer Rücksichtnahmeeobligiegenheit gegenüber anderen Unfallbeteiligten); BVerfGE 59, 275, 278 – oder die Argumentation, dass die meisten Verkehrsteilnehmer es nicht vermögen, eigenverantwortlich über die Nutzung des Schutzhelms zu entscheiden, weil diese psychologisch nicht in der Lage seien, die entsprechenden Gefahren einzuschätzen (sofern diese Aussage zuträfe); *Singer*, JZ 1995, 1133, 1140; in diese Richtung sind auch die aktuellen Corona-Beschlüsse des BVerfG zu deuten, wonach dem Selbstschutz ausdrücklich keine Legitimationswirkung zur Einschränkung der Grundrechte zukommt; BVerfG NJW 2022, 167, 177 ff., sowie BVerfG NJW 2022, 139, 150f.

¹²⁹ *Schnitzler*, Das Recht der Heilberufe, S. 257.

¹³⁰ *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 162; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 317; *Huber*, Medizinische Indikation, S. 145.

¹³¹ *Höfling*, ZEFQ 103 (2009), 286; in diesem Zusammenhang ist überdies noch zu bedenken, dass erst die Kumulation selbstschädigender Handlungen zu Überforderung der Systeme der sozialen Sicherheit führen müsste, bevor die Gemeinschaft der leistungsfähigen Bürger in Form einer daraus resultierenden Beitragserhöhung konkret belastet würde; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 54.

¹³² *Höfling*, ZEFQ 103 (2009), 288.

¹³³ *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 229; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 101.

¹³⁴ BVerfGE 18, 257, 270.

dabei nicht gegen die Freiheitsentfaltung des Einzelnen kehren.¹³⁵ Denn das Sozialstaatprinzip als solches rechtfertigt kein Verbot bestimmten Verhaltens, sondern lediglich den Ausschluss von finanziellen Leistungen des öffentlich-rechtlichen Gesundheitssystems im Falle bestimmter gesundheitsschädigender Verhaltensweisen.¹³⁶ Beispielhaft dafür ist etwa die Auferlegung der Folgelasten eines solchen Verhaltens gem. § 52 II SGB V zum Schutz der Solidargemeinschaft zu nennen.¹³⁷ Derartige Einschränkungen sind allerdings zu Gunsten der Freiheitsentfaltung des Individuums besonders restriktiv auszulegen. Die staatliche Leistungsgewährung, auch für die Folgen von selbstschädigenden gesundheitlichen Entscheidungen, sind als Preis anzuerkennen, den die Allgemeinheit zu Gunsten des wertungsmäßigen Einflusses der Garantie der Menschenwürde und der nachfolgenden Grundrechte auf das Sozialstaatprinzip zu zahlen hat.¹³⁸

2. Internationale rechtliche Gewährleistungen in Bezug auf die medizinische Behandlung

Über die deutsche Verfassung hinaus sind auch internationale Aspekte in die Bewertung einzubeziehen. Dementsprechend rücken die grundrechtlichen Gewährleistungen der EMRK in den Blick. Auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des BVerfG gilt die EMRK „im Range eines Bundesgesetzes“.¹³⁹ Angesichts der Einbeziehung in die Auslegung bedeutet das eine aus dem Rechtsstaatprinzip resultierende Verpflichtung deutscher Gerichte zur Berücksichtigung der Entscheidungen des EGMR.¹⁴⁰

Etwas ernüchternd stellte der EGMR zunächst fest, dass Art. 2 EMRK, dem Recht auf Leben, kein Recht zur Entscheidung über das eigene Weiterleben entnommen werden kann.¹⁴¹ Möglicherweise kann das erforderliche Recht auf Selbstbestimmung jedoch durch ein anderes Grundrecht erfasst werden: Art. 8 EMRK umfasst nach allgemeiner Auffassung als Grundrecht der Privatsphäre

¹³⁵ Vgl. Schnitzler, Das Recht der Heilberufe, S. 266.

¹³⁶ Müller-Terpitz, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band VII, § 147 Rn. 98; vgl. Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 20 Rn. 108; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 101; a.A. vertritt der EuGH, der soziale Folgekosten regelmäßig in seiner Rechtsprechung mitbedenkt, sie sogar als Schranke der Grundfreiheiten akzeptiert, sofern eine „erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts der Sicherungssysteme bejaht werden kann“; vgl. EuGH Slg 1995, I – 3407, Rn. 18 ff.; EuGH Slg 1988, I – 1871, Rn. 39 f.; EuGH Slg 1988, I – 1935, Rn. 42.

¹³⁷ Huber, Medizinische Indikation, S. 135; Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 102.

¹³⁸ Fischer, Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, S. 259 f.

¹³⁹ BVerfGE 82, 106, 114 m.w.N.

¹⁴⁰ BVerfGE 111, 307, 322 f.

¹⁴¹ EGMR NJW 2002, 2851, 2852.

auch den Schutz der körperlichen, psychischen und sozialen Integrität.¹⁴² Ob Art. 8 EMRK zusätzlich ein Recht auf Selbstbestimmung beinhaltet, ist bisher nicht eindeutig entschieden; allerdings ist der Gerichtshof der Auffassung, dass die Vorstellung von Autonomie einen wichtigen Grundsatz bildet, der der Auslegung der in Art. 8 EMRK enthaltenen Garantien zu Grunde zu legen ist.¹⁴³ In diesem Zusammenhang führt der EGMR aus, dass „die Fähigkeit, sein Leben so zu leben, wie man selbst bestimmt hat, auch die Möglichkeit einschließen kann, Dinge zu tun, die für die Person körperlich oder seelisch schädlich sind“.¹⁴⁴ Weiterhin ist anzuerkennen, dass sich eine unmenschliche Behandlung im Sinne des Art. 3 EMRK auch auf natürlich ausgebrochenes, körperliches oder geistiges Leid beziehen kann, wenn es durch eine Behandlung verschlimmert wird oder einzutreten droht.¹⁴⁵ Dementsprechend ließe sich im Zusammenspiel mit Art. 3 EMRK in der weiteren Interpretation dessen möglicherweise ein Recht auf Autonomie im medizinischen Bereich ableiten:¹⁴⁶ Denn selbst dann, wenn man anerkennt, dass die Verweigerung einer ärztlichen Behandlung unvermeidlich zum Tode führen kann, würde die Durchführung einer ärztlichen Behandlung ohne Einverständnis nach Auffassung des Gerichts so in die körperliche Integrität einer Person eingreifen, dass die von Art. 8 I EMRK geschützten Rechte betroffen sein können.¹⁴⁷ Anhand dieser Interpretation lässt sich eine Schutzgewährleistung des Patienten vor eigenmächtigen Behandlungen konstruieren, indem sich aus der Auslegung der Grundrechte die Garantie des Rechts auf Selbstbestimmung bei der ärztlichen Behandlung ergibt.¹⁴⁸ Damit der Patient zusätzlich dazu spiegelbildlich zum deutschen Recht auch die Gewährleistung des Art. 9 EMRK in Anspruch nehmen kann, muss es sich um eine Überzeugung handeln, die genügend Ernsthaftheit, Zusammenhalt und Bedeutung aufweist.¹⁴⁹

3. Fazit: Bewertung der medizinischen Behandlung aus verfassungsrechtlicher Perspektive

Das grundgesetzliche System generiert Basisnormen der Selbstaffirmation mit interpersonaler, sodann auch institutioneller Geltung, die man sich nicht wegdenken kann, ohne gleichzeitig einen negativen „gesellschaftlichen Naturzustand“

¹⁴² EGMR 1985 Serie A Bd. 91 S. 11 Nr. 22 (Niederlande).

¹⁴³ EGMR NJW 2002, 2851, 2853.

¹⁴⁴ EGMR NJW 2002, 2851, 2853.

¹⁴⁵ EGMR NJW 2002, 2851, 2853.

¹⁴⁶ Vgl. EGMR NJW 2002, 2851.

¹⁴⁷ EGMR NJW 2002, 2851, 2854.

¹⁴⁸ Magnus, Patientenautonomie, S. 108.

¹⁴⁹ EGMR NJW 2021, 1657, 1665: persönliche Ansichten zur Impfpflicht reichten mangels Spezifizierung und fehlender Substantierung beispielsweise nicht aus, um sich auf den Schutz der Religionsfreiheit berufen zu können.

herzustellen, der darauf ausgerichtet ist, die Schwäche anderer bloß interessengerechtem Handeln Dritter schutzlos preiszugeben.¹⁵⁰ Anhand der verfassungsrechtlichen Auslegung zeigt sich, dass der Begriff der Körperintegrität maßgeblich durch die Dispositionsfreiheit des Rechtsgutinhabers über seinen eigenen Körper geprägt wird. Eine objektive Pflicht zur Gesundheit oder eine, von individuellen Belangen losgelöste, abstrakt-biologische Gesunderhaltung ist dem Grundgesetz fremd.¹⁵¹ Insbesondere im medizinischen Bereich, der regelmäßig als Situation besonderer Schwäche charakterisiert ist, ist die selbstbestimmte Entscheidung des Patienten als zwingende Voraussetzung der Legitimation ärztlicher Behandlung durch entsprechende Ausgestaltung des einfachen Rechts einzubinden, zu gewährleisten und zu stärken. Dies ist unmittelbar Ausdruck des verfassungsrechtlichen Schutzauftrags. Die aus dem Grundrecht des Art. 2 GG erwachsende staatliche Schutzpflichtdimension konkretisiert sich folglich dahingehend, die Voraussetzungen einer autonomen Entscheidung des Patienten zu schaffen. Insofern ist die körperbezogene Selbstbestimmung als konstituierender Aspekt in den Rechtsgüterschutz der Körperintegrität einzubeziehen. Die ärztliche Behandlung ist folglich jedenfalls dann, wenn sie ohne bzw. gegen den Willen des Patienten erfolgt, als Eingriff in dessen grundrechtlich geschützte Körperintegrität zu bewerten. Die Gewährleistung der Patientenautonomie ist dabei als unmittelbarer Ausdruck der Menschenwürde in Form der individuellen Entfaltung des Individuums zu begreifen. Der eigenmächtige Eingriff in die Körpersphäre eines selbstbestimmungsfähigen, freiverantwortlich urteilenden Menschen lässt sich verfassungsrechtlich schließlich weder aufgrund der Rechte der Ärzte noch aufgrund von Belangen der Allgemeinheit rechtfertigen.

Diese Vorstellung findet inzwischen auch auf europäischer Ebene einen Anknüpfungspunkt. Der EGMR bewertet die Autonomie eines jeden Menschen ebenfalls als wichtige Auslegungsmaxime. In der materiell-rechtlichen Anerkennung des Schutzes der körperlichen, psychischen und sozialen Integrität als Wesensgehalt des Art. 8 EMRK wird deutlich, dass diese Aspekte eine untrennbare Verbindung zur selbstbestimmten Persönlichkeit eines Menschen und dessen Freiheitsentfaltung bilden. Selbst wenn auf europäischer Ebene kein Grundrecht existiert, das expressis verbis den Schutz des Selbstbestimmungsrechts zum Gegenstand hat, teilt auch der EGMR die Missbilligung der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung aufgrund des hochrangigen Schutzaspekts der körperlichen Integrität.

¹⁵⁰ Köhler, FS Küper, 2007, 275, 278.

¹⁵¹ Im Gegensatz dazu fanden sich etwa in der Weimarer Reichsverfassung Beispiele für konkrete Pflichten, die aus der Gewährleistung der Grundrechte resultierten, dort explizit unter der Überschrift Grundrechte und *Grundpflichten* der Deutschen im zweiten Abschnitt der Verfassung genannt.

III. Auswirkungen der verfassungsrechtlichen Analyse auf die strafrechtlichen Wertentscheidungen

Zwar können der Verfassung unmittelbar keine präzisen Handlungsanweisungen für den Strafgesetzgeber entnommen werden, dennoch ist die grundgesetzliche Wertentscheidung jedenfalls als – in Ausnahmefällen sogar verfassungsrechtlich justiziable – Umgrenzung der strafrechtlichen Materie auszulegen.¹⁵² Die als strafrechtlich relevant charakterisierten Verhaltensanforderungen basieren schließlich auf einer dem Strafrecht vorgelagerten primären Normebene. Demnach nimmt die verfassungsrechtliche Auslegung maßgeblichen Einfluss darauf, welche Aspekte in den (strafrechtlichen) Rechtsgüterschutz einzubeziehen sind. Die Rolle des Strafrechts besteht primär darin, im Sinne einer schutzpflichtorientierten Konkretisierung beim Umgang mit Strafgesetzen diejenigen Verhaltensanforderungen zu bestimmen, deren Verletzung eine strafbewehrte Verhaltensweise darstellt, um effektiven Rechtsgüterschutz zu ermöglichen.¹⁵³ Insofern ist der Rechtsgüterschutz durch das Strafrecht als wesentliches staatliches Instrument der Erfüllung und Umsetzung der grundrechtlichen Schutzpflichten anzusehen.¹⁵⁴

Überträgt man diese Erwägungen nun auf die Bestimmung des Wesensgehalts der Körperintegrität als anerkanntes strafrechtliches Schutzwert, so zeigt sich Folgendes: Ob es im Kontext der Körperverletzungsdelikte allein um die Wahrung des statisch verstandenen Rechtsguts der biologischen Gesundheit geht oder dem Begriff der Körperintegrität darüber hinaus die Komponente der körperbezogenen Selbstbestimmung immanent ist, ergibt sich im Wesentlichen aus dem zugrunde liegenden Rechtsgutsverständnis – genauer gesagt den Legitimationsgründen der Verhaltensnormen, die sich individuell gegenüber dem Arzt als Normadressaten unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben legitimieren lassen. Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Vorgaben hat sich in der vorangegangenen Analyse deutlich gezeigt, dass die körperbezogene Selbstbestimmung als integraler Bestandteil des Rechtsguts der Körperintegrität einzubeziehen ist. Anknüpfend an diese Feststellung des Schutzniveaus auf Verhaltensnormebene muss sich nun dementsprechend eine Auseinandersetzung auf sekundärer Ebene anschließen, die zum Gegenstand hat, ob eine Verletzung der Disposition des Rechtsgutinhabers in Bezug auf seine Körperintegrität als flankierende Maßnahme des Rechtsgüterschutzes – die übrigen Anforderungen der Strafbarkeit vorausgesetzt – eine strafrechtliche Reaktion (wegen Körperverletzung) erfordert. Dieser Analyse vorgelagert soll allerdings zunächst in einem

¹⁵² Vgl. *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 373 f.

¹⁵³ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 78; ähnlich auch *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 36 ff., 44 ff.; *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 76.

¹⁵⁴ BVerfGE 39, 1, 47; BVerfGE 88, 203, 258; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, S. 36 ff., 44 ff.; *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 76.

Zwischenschritt die Darstellung des Wertgehalts der Patientenautonomie verdeutlichen, welche Anforderungen überhaupt an eine autonome Patiententscheidung zu stellen sind und inwieweit staatlicher bzw. ärztlicher Paternalismus diese konterkariert.

IV. Wertgehalt der Patientenautonomie

„... weil der Mensch immer und überall, wer er auch sei, stets so zu handeln vorzieht, wie er will, und durchaus nicht so, wie ihm Vernunft und Vorteil diktieren; wollen aber kann man auch gegen den eigenen Vorteil, zuweilen ist es unbedingt notwendig.“¹⁵⁵

1. Konkreter Bezugspunkt der Gewährleistung von Patientenautonomie

Ausgangspunkt jeglicher medizinischer Fragestellung muss der Mensch und seine Privatautonomie sein.¹⁵⁶ Dies ergibt sich vor allem aus der Einheit von Leib und Geist, die dem Menschen als Persönlichkeit innewohnt: Zwar ist er Natur und damit organisches Leben, gleichzeitig ist er aber auch selbstbewusstes Subjekt, dass sich autonom-normativ auf sich selbst als lebendige Körperlichkeit bezieht.¹⁵⁷ Insbesondere der medizinische Bereich zeichnet sich durch seine hohe Komplexität und Betroffenheit höchstpersönlicher Individualrechtsgüter aus; was zahlreiche individuelle Konfliktsituationen schürt und die Ermöglichung der Ausübung von Autonomie besonders bedeutsam erscheinen lässt.¹⁵⁸ Die Ausdehnung des medizinisch Machbaren trägt dabei signifikant zur Problemstellung bei. Zu der Angst vor dem eigenen Tod ist aus Sicht der Patienten die Angst hinzugekommen, innerhalb der medizinischen Behandlung ohne Möglichkeit der Einflussnahme einem hoch technisierten und unpersönlichen Gesundheitsbetrieb ausgeliefert zu sein, in dem der Sieg über den Tod oder der medizinische Perfektionismus innerhalb der Therapie ungeachtet der Qualität des erhaltenen Lebens als Ziel definiert wird.¹⁵⁹

Dementsprechend rückt die selbstbestimmte Entscheidung des Patienten immer mehr in den Fokus der Betrachtung. Autonomie ist im Wesentlichen durch Selbstständigkeit und Unabhängigkeit bezüglich der eigenen Lebensführung gekennzeichnet.¹⁶⁰ Sie ist als ein Zustand zu begreifen, der die Würde des Menschen zum Ausdruck bringt und untrennbar mit der Person des Rechtsträgers verbunden ist: Das bedeutet, dass Autonomie unabhängig von ihrer Ausübung von

¹⁵⁵ Fjodor Dostojewskij, Aufzeichnungen aus dem Kellerloch.

¹⁵⁶ Vgl. BVerfGE 89, 120, 130; BVerfGE 52, 131.

¹⁵⁷ Köhler, FS Küper, 2007, S. 275, 280.

¹⁵⁸ Vgl. Magnus, in: Lindner, Selbst und bestimmt?, S. 107.

¹⁵⁹ BT-Drucks. 16/8442, S. 7.

¹⁶⁰ Magnus, Patientenautonomie, S. 39.

Geburt an jedem Menschen zusteht und damit insbesondere nicht an die Voraussetzung einer tatsächlichen Autonomiefähigkeit des Rechtssubjekts gebunden ist.¹⁶¹ Im Selbstbezug ist die Autonomie des Menschen nahezu grenzenlos: er kann mit seinem Körper und Geist machen, was er möchte; diese Verfügungsmacht ist nicht einmal durch den sicheren Tod beschränkt.¹⁶² In diese Freiheit darf niemals mit der Begründung eingegriffen werden, gegenteiliges diene dem Wohlbefinden der Person, solange diese nur Handlungen vornimmt, die sie allein betreffen.¹⁶³ Vor dem Hintergrund der medizinischen Behandlung tritt die Autonomie des Individuums davon abweichend zusätzlich in einen Fremdbezug. Das äußert sich darin, dass die Autonomie nun im Verhältnis zu einer anderen Person zum Ausdruck kommt: Der Patient erlangt angesichts der medizinischen Behandlung die Macht, fremde Eingriffe in seine Körpersphäre zu autorisieren.¹⁶⁴ Zwar setzt sich der Patient bewusst den Risiken des Heileingriffs aus, allein deshalb kann jedoch die resultierende Rechtsgutbeeinträchtigung nicht als von ihm selbst verursacht angesehen werden, in deren Folge die staatlichen Schutzpflichten entfallen würden.¹⁶⁵ Vielmehr ändert sich aufgrund des Hinzuziehens einer, aus Sicht des schützenswerten Rechtsguts fremden, vom Rechtsgutsträger verschiedenen Person, die Pflichtenlage bezüglich der Wirkung der Verfügungsmacht des Patienten. Der Fokus muss darauf liegen, eine autonome Entscheidung des Patienten zu ermöglichen und deren Bedeutung zu wahren. Aufgrund der besonderen Schutzverpflichtung des Arztes gegenüber dem Patienten trifft ihn an dieser Stelle die Pflicht, bei Entscheidungen, die massiv dem Wohle des Rechtsgutsträgers zu wider laufen, zu überprüfen, ob der Wille tatsächlich freiverantwortlich und autonom gebildet ist.¹⁶⁶ Insofern gilt es als unzweifelhafter Konsens, dass aus heutigem Blickwinkel nicht mehr das gesundheitliche Wohl des Patienten als alleinige Maxime ärztlichen Handelns angesehen werden darf.¹⁶⁷ Denn neben das rein objektiv zu verstehende Wohl des Patienten ist sein Wille als entscheidender Aspekt der Legitimation des Verhaltens getreten.¹⁶⁸ Diese beiden Prinzipien sind vor dem Hintergrund einer wertgebundenen Auslegung der Autonomie allerdings nicht als Gegensätze zu verstehen, von denen sich eines nur auf Kosten des anderen durchsetzen lässt.¹⁶⁹ Weiterhin ist es weder sinnvoll noch begründbar, den tatsächlichen Patientenwillen von einer Art objektiv schützenswerten Fähigkeit

¹⁶¹ *Magnus*, Patientenautonomie, S. 63.

¹⁶² *Magnus*, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 117.

¹⁶³ *Mill*, *On liberty*, in: Rapaport 1978, V Abs. 4.

¹⁶⁴ *Magnus*, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 117.

¹⁶⁵ Vgl. *Hollenbach*, *Grundrechtschutz*, S. 157.

¹⁶⁶ *Magnus*, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 122; vgl. dazu den Zahnektrofall BGH NJW 1978, 1206.

¹⁶⁷ *Koch*, *Der Eid des Hippokrates*, S. 253.

¹⁶⁸ *Gahl*, in: Dorries/Lipp, *Medizinische Indikation*, S. 24, 32.

¹⁶⁹ *Magnus*, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 122.

des Subjekts zur Autonomie zu trennen.¹⁷⁰ Vielmehr ergibt sich daraus die Erkenntnis, dass der gewissenhafte Arzt, um dem Anspruch, die Rechte des Patienten im Rahmen der Therapie angemessen zu wahren, gerecht zu werden, den Patienten in alle erforderlichen Entscheidungen einbinden muss.¹⁷¹ Insbesondere im Falle existenzieller Behandlungen muss dem Patienten zugestanden werden, selbst zu entscheiden, was dem eigenen Wohl dient, ansonsten gerieten regelmäßig das objektive und das subjektive Wohl des Patienten in Konflikt.¹⁷²

Patientenautonomie bedeutet dementsprechend die freiverantwortliche Selbstbestimmung angesichts aller ärztlichen Handlungen, was zum einen den Schutz vor ungewollten Eingriffen, zum anderen das Recht über die Vornahme der jeweiligen Maßnahme zu entscheiden bzw. zwischen mehreren Alternativen zu wählen, beinhaltet.¹⁷³ Allein die Disposition des Betroffenen vermag es, sämtliche ärztliche Behandlungen zu legitimieren. Das Recht auf Selbstbestimmung ist in erster Linie als Schutzrecht auszulegen, dessen übergreifende rechtliche Verpflichtung auch dann Geltung beansprucht, wenn der Betroffene sie gerade nicht aktiv für sich in Anspruch nimmt.¹⁷⁴ Damit liegt der Wesensgehalt der Patientenautonomie darin, neben der negativen Komponente des Schutzes vor ungewollten Eingriffen auch die aktive Ermöglichung einer autonomen Entscheidung des Betroffenen zu gewährleisten.¹⁷⁵ Dementsprechend sollte der Kontakt mit dem Patienten auf einem respektvollen Umgang auf Augenhöhe, der maßgeblich durch Information und Aufklärung geprägt ist, basieren, um so die selbstständigen Entscheidungsprozesse des Patienten zu fördern. Der Schutz einer selbstbestimmten Patientenentscheidung, die den Willen des Rechtsgutsinhabers angemessen zum Ausdruck bringt, ist dabei auch als staatliche Schutzpflicht zu verstehen, die sich aus der verfassungsrechtlichen Einordnung des ärztlichen Verhaltens und dem Wert der Selbstbestimmung ergibt.¹⁷⁶ Denn die Gewährleistung der Patientenautonomie dient gerade der Verwirklichung des freiverantwortlich auf der Basis seiner Grundrechte gebildeten Willens des Menschen innerhalb der ärztlichen Behandlung.¹⁷⁷ Insofern bedeutet Selbstbestimmung im Arzt-Patienten-Verhältnis in der medizinischen Praxis nicht, losgelöst vom ärztlichen Rat eigene Entscheidungen zu entwickeln, sondern vielmehr als Patient umfassend

¹⁷⁰ *Vossenkuhl*, in: Roxin/Schroth, S. 3, 12.

¹⁷¹ *Hossfeld*, Hamburger Ärzteblatt vom 7.8.2010, S. 30, 31 abrufbar unter: https://www.aerztekammer-hamburg.org/files/aerztekammer_hamburg/ueber_uns/hamburger_aerzteblatt/archiv/haeb2010/haeb_07_08_2010.pdf.

¹⁷² *Eser*, MedR 2018, 734, 737.

¹⁷³ *Magnus*, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 116.

¹⁷⁴ *Eibach/Schaefer*, MedR 2001, 21, 25.

¹⁷⁵ *Beauchamp/Childress*, *Principles of Biomedical Ethics*, S. 103 f.; *Stöcker*, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele, S. 571, 580.

¹⁷⁶ Vgl. *Huber*, *Medizinische Indikation*, S. 130; s. dazu A. II. 1.a)bb).

¹⁷⁷ Vgl. *Magnus*, *Patientenautonomie*, S. 65.

über Risiko, Verlauf und Tragweite der Behandlung aufgeklärt zu sein und in diesem Bewusstsein eine Entscheidung zu treffen.¹⁷⁸

2. Verhältnis der Patientenautonomie zum Paternalismus

Die liberale Grundordnung unserer Verfassung gründet auf dem Verständnis der wechselseitigen Anerkennung von souveränen, autonomen Individuen, die fähig sind, ihr Leben betreffende Werte, Ziele und Vorstellungen selbst festzulegen.¹⁷⁹ Den Gegensatz dieser natürlichen Autonomie bildet staatlicher Paternalismus. Er beschreibt im weitesten Sinne Eingriffe in die Handlungsfreiheit einer Person, die zwar „ihrem Besten“ dienen sollen, aber ihrem aktuellen Willen entgegenstehen.¹⁸⁰ Problematisch erscheint dabei, dass das Wohl der Person in einer Weise bestimmt wird, die der Artikulation des aktuellen Willens widerspricht.¹⁸¹ Eine Fremdbestimmung des Menschen in seinen gesundheitlichen Entscheidungen – so wohlmeinend sie auch sein mag – kollidiert mit dessen Autonomie als unerlässliche Bedingung der Entwicklung menschlicher Individualität.¹⁸² Dementsprechend erscheint harter Paternalismus im Medizinrecht mit den verfassungsrechtlichen Grundlagen des freien selbstbestimmten Individuums unvereinbar. Lediglich unter Anerkennung der grundsätzlichen Autonomie des Individuums könnte die Frage nach Inhalt und Grenzen der Anerkennung eines legitimen staatlichen Paternalismus gestellt werden.¹⁸³ Diese Umschreibung spielt auf den sogenannten weichen Paternalismus an. Dessen Aspekte können u.U. vom Heilauftrag des Arztes getragen sein.¹⁸⁴ Hinter der Annahme von weichem Paternalismus steht der Gedanke, dass die Autonomie des Subjekts durch einen lenkenden Eingriff dann nicht verletzt wird, wenn die selbstbestimmte Entscheidung des Individuums aus einem defizitär gebildeten eigenen Maßstab resultiert.¹⁸⁵ Unter dieser Prämisse ist nur dann von einer selbstbestimmten Entscheidung auszugehen, wenn sich die dem Einwilligenden gewährte Verfügungsfreiheit auch tatsächlich realisiert hat und er nicht durch Defizite in seiner Willensbildung beeinträchtigt wurde.¹⁸⁶ Inwiefern sich dabei der weiche Pater-

¹⁷⁸ *Magnus*, Patientenautonomie, S. 82.

¹⁷⁹ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 47.

¹⁸⁰ *Birnbacher*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Paternalismus im Strafrecht, S. 12; *Magnus*, Patientenautonomie, S. 92.

¹⁸¹ *Birnbacher*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann, Paternalismus im Strafrecht, S. 12.

¹⁸² *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 19; *Mill*, On liberty, in: Rapaport 1978, V Abs. 4.

¹⁸³ *Fateh-Moghadam*, in: Grenzen des Paternalismus, S. 23, 25; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 48.

¹⁸⁴ Vgl. dazu *Magnus*, Patientenautonomie, S. 95.

¹⁸⁵ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 32; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 2.

¹⁸⁶ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 272.

nalismus vom Paternalismus in seiner Reinform unterscheidet, lässt sich mit folgendem Beispiel verdeutlichen: Nimmt man an, ein Mensch möchte über eine einsturzgefährdete Brücke gehen, ohne dass ihm bewusst ist, dass die Brücke morsch ist, so darf man ihn auf der Grundlage des weichen Paternalismus solange zurückhalten, bis er über die Einsturzgefahr aufgeklärt ist; möchte er die Brücke in diesem Wissen allerdings weiterhin überqueren, ist dies zu respektieren.¹⁸⁷ Bezogen auf das Behandlungsverhältnis bedeutet das, dass es nur die autonome Entscheidung des Rechtsgutsträgers über die Durchführung der Behandlung vermag, den Eingriff des Dritten in die eigene Körperintegrität zu legitimieren.¹⁸⁸ Eine auf relevanten Willensmängeln basierende Entscheidung ist dagegen aus Sicht des Behandlungssubjekts ebenso fremd wie eine tatsächlich fremdbestimmt getroffene.¹⁸⁹ Die Feststellung eines derartigen Autonomie-defizits unterliegt dabei einem normativen Maßstab, der sowohl die personalen Entfaltungsmöglichkeiten als auch den Schutzanspruch der defizitären Persönlichkeit vor ihrem eigenen Selbstverständnis berücksichtigen muss.¹⁹⁰ Dieser Abwägung genügende Entscheidungsdefizite lassen sich keinesfalls aus einer „objektiven Vernunft“ entnehmen, da jedes Individuum solche Entscheidungen anhand von selbstgesetzten Maßstäben – die von jenen anerkannten Wertvorstellungen der Rechtsgemeinschaft abweichen können – trifft.¹⁹¹ Demgegenüber wird man dies bedenkenlos für den Fall einer auf gravierenden Willensmängeln basierenden Entscheidung des Patienten befähnen können.¹⁹² Die rechtliche Regelung eines paternalistisch orientierten Eingriffs muss demnach eine komplexe Abwägungsentscheidung zwischen dem Wert des bedrohten Rechtsguts, das im Falle einer defizitären Entscheidung betroffen ist, dem Maß der Selbstverfüfungsfreiheit des autonomen Individuums, der Endgültigkeit einer solchen Entscheidung und dem Schutz der Rechte mitbetroffener Dritter treffen.¹⁹³ Im Falle der ärztlichen Behandlung wird den Schutzaspekten der höchstrangigen Rechtsgüter dabei mittels des Erfordernis des *informed consent* Rechnung getragen. Eine wirksame Einwilligung in Kenntnis aller relevanten Aspekte schließt schließlich eine paternalistische ärztliche Bevormundung aus. Sind deren Voraussetzungen gewahrt, ist der dem „objektiven Wohl“ entgegenstehende Wille als ebenso gewichtig anzusehen, wie jegliche „vernünftige“ Entscheidung. Ein sol-

¹⁸⁷ Bsp. nach Mill, *On liberty*, in: Rapaport 1978 V Abs. 4.

¹⁸⁸ Vgl. *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 271.

¹⁸⁹ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 32.

¹⁹⁰ *Murmann*, Die Selbstverantwortung, S. 268; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 81.

¹⁹¹ *Murmann*, Die Selbstverantwortung, S. 503; *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht, S. 34f.; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 78.

¹⁹² Vgl. *Murmann*, Die Selbstverantwortung, S. 267.

¹⁹³ Vgl. *Murmann*, Die Selbstverantwortung, S. 495; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 101; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 51; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 46, 114.

ches Konzept des autonomieorientierten Paternalismus legitimiert Freiheitsbeschränkungen des Individuums nur für den Fall, dass der Einzelne vor den Folgen defizitärer Entscheidungen, die der Freiverantwortlichkeit ermangeln, zu schützen ist.¹⁹⁴ So verstanden stellt der Schutz des Einzelnen vor defizitären Entscheidungen aus verfassungsrechtlicher Sicht ein legitimes Ziel dar, das auch mit den Mitteln des Strafrechts verfolgt werden darf, sofern diese die Verhältnismäßigkeit wahren.¹⁹⁵ Nach dem gesellschaftsvertraglichen Staatsmodell, das die Grundlage moderner Demokratien bildet, haben die Bürger den Staat gerade dazu eingesetzt, um sich einen Schutz zu geben, der über die eigenen Schutzmöglichkeiten hinausgeht: Da dem Bürger folglich ein subjektives öffentliches Recht auf ein Eingreifen des Staates zusteht, muss dieses auch durch die strafrechtlichen Verhaltensanforderungen an den Arzt abgesichert sein, wenn es nicht wirkungslos bleiben soll.¹⁹⁶ Vor dem erarbeiteten verfassungsrechtlichen Hintergrund soll daher im Folgenden die konkrete strafrechtliche Umsetzung des Schutzes der Patientenautonomie in den Blick genommen werden.

V. Strafrechtliche Einordnung des ärztlichen Heileingriffs

„Vulnerando sanamus“ – „Indem wir verletzen, heilen wir“¹⁹⁷

Mit der Grundsatzentscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1894¹⁹⁸ und dem damit verbundenen Rechtsprechungswandel hinsichtlich der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung entbrannte eine mittlerweile zeitlose Diskussion.¹⁹⁹ Als Konsequenz für die rechtliche Einordnung des Heileingriffs ergab sich – aus Sicht der Rechtsprechung – dass jede ärztliche Maßnahme, die die Integrität des Körpers berührt als tatbestandliche Körperverletzung zu qualifizieren sei, unabhängig davon, ob sie erfolgreich oder missglückt, kunstgerecht oder fehlerhaft verläuft, und daher zur Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten bedarf.²⁰⁰

¹⁹⁴ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 22.

¹⁹⁵ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 317; vgl. *Fateh-Moghadam*, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S.130 f.

¹⁹⁶ Vgl. *Roxin*, GA 2009, 73, 81.

¹⁹⁷ Aufschrift über dem Hauptportal des Chirurgie-Gebäudes des Universitätsklinikums Gießen.

¹⁹⁸ RGSt 25, 375; ausführliche Darstellung des Urteils bei *Tröndle*, MDR 1983, 881 sowie *Noack*, Eingriffe in die Selbstbestimmung des Patienten, S. 38 ff., dieser weist auch auf eine Entscheidung des OLG Dresden aus dem Jahr 1897 hin.

¹⁹⁹ Dazu ausführlich *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 55 ff.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 8.

²⁰⁰ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 29; *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 223 Rn. 16; stellvertretend für viele BGH NJW 2011, 1088, 1089; die Rechtsprechung geht auch davon aus, im Rahmen des § 223 nicht nur die Gesundheit und die körperliche Unversehrtheit, sondern auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu schützen; BGH JR 1996, 69, 70 unter Verweis auf BGHSt 11, 111, 116; vgl. auch *Jordan*, JR 1997, 32.

Diesem Verständnis hat sich der BGH in ständiger Rechtsprechung angeschlossen.²⁰¹ Im Ergebnis erfüllt also die eigenmächtige Heilbehandlung nach dieser Auffassung ebenso wie die fehlerhafte grundsätzlich die Voraussetzungen einer rechtswidrigen Körperverletzung.²⁰² Zu ihrer Rechtfertigung bedürfen Ärzte regelmäßig der Einwilligung oder der mutmaßlichen Einwilligung als anerkannten Rechtfertigungsgründen. Dem Ansatz dieser Rechtfertigungslösung folgt auch die zivilrechtliche Judikatur im Arzthaftungsrecht.²⁰³ Innerhalb der strafrechtlichen Lehre ist sie jedoch keinesfalls herrschend. Vielmehr wird mit jeweils divergierender Begründung vertreten, dass der ärztliche Heileingriff nicht ohne Weiteres als tatbestandsmäßige Körperverletzung zu qualifizieren sei und dementsprechend bereits die strafrechtliche Einordnung auf Tatbestandsebene diskussionswürdig erscheint.

Zwar erweist es sich im Ergebnis bezogen auf mögliche praxisrelevante Auswirkungen letztlich als irrelevant, ob die Einwilligung in den Heileingriff rechtfertigend wirkt oder bereits der Tatbestand ausgeschlossen wird. Für die dogmatische Einordnung des Verhaltensunrechts als Anknüpfungspunkt der hypothetischen Einwilligung erlangt die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die (eigenmächtige) ärztliche Heilbehandlung überhaupt als Körperverletzung i. S. d. § 223 StGB anzusehen ist, aber durchaus Relevanz. Denn die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung beruht nicht zuletzt auf dem Rechtsgutsverständnis; bzw. genauer gesagt auf den Legitimationsgründen von Verhaltensanforderungen, die sich individuell gegenüber dem Arzt als Normadressaten – unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben – legitimieren lassen. Die Frage ist, ob es im Kontext der Körperverletzungsdelikte allein um ein statisch verstandenes Rechtsgut der Körperintegrität geht oder aber auch um die Wahrung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts. Davon hängt es ab, ob eigenmächtiges ärztliches Handeln als Körperverletzung oder als davon unabhängige Verletzung der Selbstbestimmung unter dem Aspekt der Freiheitsdelikte zu erfassen ist.²⁰⁴ Die Klärung dieser Frage erweist sich als essentiell, um schließlich davon ausgehend den tatsächlichen deliktsspezifischen Unwertgehalt einer eigenmächtigen Heilbehandlung zu bestimmen.

²⁰¹ BGHSt 11, 111, 112; BGHSt 43, 306, 308: „Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit ist auch dann als Körperverletzung zu bewerten, wenn sie durch einen Arzt in heilender Absicht durchgeführt wird, medizinische Einordnung und Kunstgerechtigkeit ändern daran nichts.“ Dies jüngst für *lege artis* durchgeführte Eingriffe nochmal bestätigend BGH medstra 2020, 170.

²⁰² So bereits RGSt 77, 18.

²⁰³ BGHZ 7, 199, 206; BGHZ 29, 176, 179; BGH NJW 1963, 393; BGH NJW 1972, 335; *Pentz*, MedR 2016, 16. Insofern sollen nicht zuletzt kriminalpolitische Erwägungen zur Vermeidung von ärztlichem Paternalismus die Rechtfertigungslösung als ausschlaggebende Intention prägen; s. *Jäger*, Jus 2000, 31, 35; *Rengier*, BT/2, § 13 Rn. 27.

²⁰⁴ Vgl. auch *Bosch*, JA 2008, 70, 71; *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 449; *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 443; *Rönnau*, JZ 2004, 799, 802; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 141 f.

1. Strafrechtliche Erfassung ärztlicher Behandlungen

Unter Zugrundelegung einer einheitlichen Deliktsstruktur ist zunächst einmal umstritten, dass die vollendete Verwirklichung eines jeden Delikts auf einem Zusammenspiel von Handlungs- und Erfolgsunwert basiert.²⁰⁵ Dabei meint der Erfolg die Verletzung des tatbestandsspezifischen Schutzobjekts²⁰⁶ verbunden mit der Vertiefung des Normgeltungsschadens, indem sich der (subjektive) Normbruch gewissermaßen vollumfänglich im zu beurteilenden schadensträchtigen Verlauf niedergeschlagen hat.²⁰⁷ Ist dieser Erfolg unter sozialethischen Aspekten und unter Berücksichtigung des Legitimationsgrundes der Verhaltensnorm im ex ante-Zeitpunkt als spezifische Fehlverhaltensfolge zu missbilligen, führt dies zur Bejahung des Erfolgsunwerts.²⁰⁸ Der Verhaltensunwert ergibt sich demgegenüber aus der Verletzung der zum Schutz des spezifischen Rechtsguts gegenüber dem individuellen Adressaten legitimierbaren Verhaltensnorm, die dieser im verhaltensrelevanten Zeitpunkt unter Berücksichtigung seiner Fähigkeiten – ggf. als Sonderverantwortlicher²⁰⁹ – im Rechtsgüterschutzinteresse von Rechts wegen bilden und befolgen konnte und musste. Im Ergebnis hängt die Bewertung als tatbestandsspezifisches Fehlverhalten also davon ab, ob das Verhalten eine von Rechts wegen zu vermeidende Schädigungsmöglichkeit in Richtung auf einen bestimmten Erfolg enthält – der Täter also die Umsetzung seines Handlungs- oder Unterlassungsprojekts über die von ihm zu achtenden Maximen des gelgenden Rechts stellt. Für dieses tatbestandsspezifische Verhaltensunrecht spielt es keine Rolle, ob der Erfolg tatsächlich eintritt.²¹⁰ Der Verhaltensunwert resultiert vielmehr bereits aus der missbilligenswerten Gefahrschaffung oder Gefahrnichtabwendung in Bezug auf das schützenswerte Rechtsgut²¹¹ sowie der Miss- oder Nichtbeachtung des Geltungsanspruchs der Norm.²¹² Im Vorsatzfall ist sich der Täter über die relevanten Tatumstände (unter Einschluss ihrer Bewertungsrelevanz) uneingeschränkt im Klaren. Im Fahrlässigkeitsfall hätte er diese zumindest erkennen können und müssen.

²⁰⁵ Vgl. *Krauß*, ZStW 76 (1962), S. 19 ff.; *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, S.19 ff.; *Welzel*, Strafrecht, § 1 S. 1, 2; die grundsätzliche Anerkennung beider Wertungsaspekte ist allerdings nicht deckungsgleich mit der weit verbreiteten Fehlvorstellung, Verhaltensunwert und Erfolgsunwert seien jeweils gleichrangige Faktoren im Rahmen der Straftatbestimmung; s. dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 66.

²⁰⁶ *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 559.

²⁰⁷ Dazu *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 104.

²⁰⁸ *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, S. 1; *Welzel*, Strafrecht, § 1 S. 1, 2.

²⁰⁹ An dieser Stelle wird die sog. dualistische Fundierung von Verhaltensnormen bedeutsam. S. dazu weiterführend *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 17 ff.

²¹⁰ Vgl. *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, S. 1, 6; *Gallas*, FS Bockelmann, 1979, S. 155.

²¹¹ Vgl. *Rudolphi*, FS Maurach, 1972, S. 51, 64.

²¹² Siehe dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 46.

Im Folgenden soll nun der spezifische, der Strafvorschrift des § 223 StGB zugrundeliegende Rechtsgüterschutzaspekt dargestellt und eine Einordnung der ärztlichen Behandlung vorgenommen werden. Dazu ist es erforderlich, zunächst das dem § 223 StGB zu Grunde liegende Rechtsgutsverständnis genauer zu bestimmen bzw. die Legimitationsgründe herauszuarbeiten, die die individuell gegenüber dem Arzt als Normadressaten geltenden Verhaltensanforderungen konstituieren.

Hinsichtlich der strafrechtlichen Verhaltensbewertung der (eigenmächtigen) Heilbehandlung bedarf es zunächst überhaupt eines tatbestandsspezifischen Verhaltensnormverstoßes i. S. d. § 223 StGB. Nur dann, wenn aufgrund des ärztlichen Verhaltens überhaupt in grundsätzlich zu missbilligender Weise – bei gegebener Sonderverantwortlichkeit – ein schadensträchtiger Verlauf im Hinblick auf das Schutzgut der Körperintegrität ausgelöst oder nicht abgewendet werden kann, kommt überhaupt eine Strafbarkeit des Arztes nach den Vorschriften über die Körperverletzungsdelikte in Betracht.²¹³ Kann diese grundsätzliche Möglichkeit bejaht werden, gilt es sich in einem zweiten Schritt mit der genauen strafrechtlichen Einordnung eines solchen Verhaltensnormverstoßes und dessen (für Schulterspruch und Strafe hinreichenden) Gewichtigkeit auseinanderzusetzen.

a) Erlaubtes oder zumindest strafloses Verhalten aufgrund des ärztlichen Berufs?

Von einigen Vertretern innerhalb der Literatur wird entweder bereits auf der dem Strafrecht vorgelagerten Ebene der einschlägigen Verhaltensnormen oder aber bei der spezifisch strafrechtlichen Beurteilung von Verhaltensnormverstößen die Frage aufgeworfen, ob die ärztliche Tätigkeit als heilbringender Beruf nicht von vornherein eine andere Bewertungsmaxime erfordere. Derartige Auffassungen zielen im Ergebnis darauf ab, die ärztliche Tätigkeit ihres Berufs wegen vollständig aus der strafrechtlichen Erfassung auszunehmen. Konkretisieren lässt sich dieser Ansatz im oftmals geäußerten „Messerstecher-Argument“.

aa) Das sogenannte „Messerstecher-Argument“

„Von jeher hat das Wundenheilen den läblichen Gegensatz zum Wundenschlagen gebildet.“²¹⁴ Auf solchen oder ähnlichen Aussagen wurzelt noch heute das Absurdität suggerierende Argument, man dürfe den Arzt nicht mit einem Messerstecher gleichstellen.²¹⁵ Darauf aufbauend erfuhr die Gleichstellung des Heilein-

²¹³ Vgl. Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 559.

²¹⁴ Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, BT 1, S. 56.

²¹⁵ Vgl. Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen, Strafrecht BT 1, § 8 Rn. 24; Hardtung, in: Münchener Kommentar zum StGB, § 223 Rn. 75.

griffs mit der Körperverletzung bereits früh Protest.²¹⁶ Derjenige, der das ärztliche Handeln auf die Herbeiführung einer Körperwunde reduziere, verkenne insoweit alles, was die Behandlung ausmache,²¹⁷ denn eine ärztliche Behandlung könne schon ihrer Natur nach nicht als Körperverletzung angesehen werden.²¹⁸ Stattdessen ließe sich eine dem Beruf des Arztes angemessene Alternative etwa darin finden, dass bestimmte Behandlungen bereits aufgrund ihres Wesens jedenfalls von der Strafbarkeit ausgenommen würden.²¹⁹ Dieser Gedanke hat in anderen europäischen Rechtsordnungen ebenfalls Zuspruch erfahren. So ist beispielsweise in Österreich ein Angehöriger eines Gesundheitsberufs nach § 88 III öStGB nicht wegen fahrlässiger Körperverletzung zu bestrafen, sofern die Körperverletzung in Ausübung seines Berufs eintritt.

bb) Stellungnahme

Bereits das Reichsgericht hat in aller Deutlichkeit festgehalten: Dass jemand die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen, als dieser selbst, gewähre jenem keineswegs irgendeine rechtliche Befugnis, in die Rechtsphäre des Anderen einzudringen, diesem Gewalt anzutun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstand gut gemeinter Heilversuche zu machen.²²⁰ Zwar bedeutet dies zunächst nicht mehr als die Feststellung, dass derjenige, der als Arzt eigenmächtig handelt, dadurch den Unwert insbesondere einer strafbaren Körperverletzung verwirklichen *kann*. Gleichzeitig enthält die Aussage aber eine deutliche Ablehnung gegenüber einem Spezialstrafrecht für Ärzte, das sich allein aus der beruflichen Befähigung legitimieren soll.²²¹ Dem ist uneingeschränkt beizupflichten.

Als primärer Anknüpfungspunkt jeder möglichen strafrechtlichen Erfassung des Verhaltens stellt sich zunächst die Frage, ob eine individuell legitimierbare Verhaltensnorm übertraten worden ist, die gerade dazu bestimmt war, dem Schutz der Körperintegrität anderer zu dienen.²²² Warum sollte dies nun gegenüber einem Arzt als potentiellem Verhaltensnormadressaten anders zu bewerten sein? Der Arzt steht weder als „Halbgott“ über dem Recht noch tritt er durch sein Handeln neben die Maximen des Rechts. Er ist trotz seiner beruflichen Stellung ebenfalls als vollumfänglich Normunterworferner anzusehen. Freilich ist anzuerkennen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit häufiger als andere Berufsgrup-

²¹⁶ *v. Angerer*, MMV 1899, 351.

²¹⁷ Schmidt, Gutachten, S. 45.

²¹⁸ Ebermayer, Der Arzt im Recht, S. 150.

²¹⁹ Francke, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 48 ff.

²²⁰ RGSt 25, 375, 378.

²²¹ Auch eine mögliche Rechtfertigung des Handelns auf der Grundlage des ärztlichen Berufsrechts ist bereits früh zutreffend abgelehnt worden; RG 25, 375.

²²² S. Freund/Rostalski, AT, § 2 Rn. 12.

pen in die Gefahr strafrechtlicher Verantwortlichkeit gerät. Diesem besonderen Charakteristikum seines Berufs ist jedoch angemessen im Wege der Konkretisierung individueller Verhaltensnormanforderungen Rechnung zu tragen. Schließlich müssen auch andere Berufsgruppen die grundsätzliche Tatbestandsmäßigkeit beruflicher Handlungen i. e. S. verbunden mit der Möglichkeit der Rechtfertigung akzeptieren.²²³ Man denkt auch nicht an Einbrecher oder Gewalttäter, wenn Richter Durchsuchungs- oder Haftbefehle erlassen und Polizeibeamte diese vollstrecken.²²⁴ Denn allein durch die Möglichkeit der Verwirklichung eines strafrechtlichen Tatbestands, ist noch kein definitives sozialethisches oder gar rechtliches Werturteil gefällt.²²⁵ Das endgültige Wertungsurteil über das ärztliche Verhalten basiert richtigerweise vielmehr auf einer einzelfallbezogenen Konkretisierung unter Einbeziehung aller relevanten Faktoren, die den Arzt im gleichen Maße vor dem Makel des Körperverletzungsunrechts bewahrt wie ein pauschaler Tatbestandsausschluss aufgrund seines Berufs.²²⁶ Bei korrektem Verhalten des Arztes findet unter dieser Prämisse gerade keine negative Verhaltensbewertung statt,²²⁷ schon gar nicht in Form einer Diffamierung des ärztlichen Berufsstandes. Unabhängig davon, wie eine Verletzung der ihm gegenüber legitimierbaren Verhaltensanforderungen innerhalb der ärztlichen Behandlung letztlich strafrechtlich zu erfassen ist, kann die grundsätzliche Missbilligung des Verhaltens nicht ernsthaft deshalb bestritten werden, weil es sich bei der handelnden Person um einen Arzt handelt.

*b) Einordnung der ärztlichen Heilbehandlung
als spezifisches Körperverletzungsunrecht*

Die grundsätzliche Möglichkeit eines strafrechtlichen Unwerturteils bezüglich des ärztlichen Verhaltens nun einmal vorausgesetzt, stellt sich die Frage, ob tatsächlich spezifisches *Körperverletzungsunrecht* verwirklicht wird. Von einem derart spezifischen Verhaltensnormverstoß ist dann auszugehen, wenn das Verhalten eine hinreichend gewichtige Infragestellung der Geltung der kontext- und adressatenspezifisch konkretisierten Verhaltensnorm im Hinblick auf den Schutz

²²³ Cramer, FS Lenckner, 1998, S. 761, 774 unter Verweis auf Strafrichter, Polizeibeamte und Theaterkritiker.

²²⁴ Tröndle, MDR 1983, 881.

²²⁵ Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, § 228, Rn. 58 unter Verweis auf Polizisten und Richter; Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 154.

²²⁶ Schreiber, FS Hirsch, 1999, S. 713, 724; Lenckner, in: Praxis der Rechtsmedizin, S. 569, 594; dennoch gewinnt man bei manchen Äußerungen, in denen die „bloße Rechtfertigung“ ärztlichen Handelns abgelehnt wird, den Eindruck, dass die Rechtfertigungslösung – zumindest unterbewusst – gegenüber dem Tatbestandsausschluss anscheinend als „minderwertige Straffreistellung“ gewertet wird; Gropp, GA 2015, 5, 8; dahingehende Äußerungen finden sich etwa bei Roxin, FS Ameling, 2009, S. 269, 271.

²²⁷ Freund, ZStW 109 (1997), 455, 475.

der Körperintegrität zum Ausdruck bringt.²²⁸ Erst nach Bejahung des personalen Verhaltensunrechts kann geklärt werden, ob dieser tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß spezifische sanktionsrelevante Fehlverhaltensfolgen nach sich gezogen hat, sodass die zusätzlichen Deliktsanforderungen des Erfolgsdelikts erfüllt sind.²²⁹ Um eine als tatbestandsspezifische Fehlverhaltensfolge relevante Folge i. S. d. Körperverletzungsdelikte bejahen zu können, muss eine konkrete Verletzung des tatbestandlichen Schutzzguts festzustellen sein, zum Schutz dessen die in Rede stehende Verhaltensnorm legitimiert ist. Eine Verhaltensanforderung ist legitimierbar, wenn sie sich nach einer Abwägung der kollidierenden Interessen (der allgemeinen Handlungsfreiheit und des Rechtsgüterschutzes) zur Erreichung eines legitimen (Rechtsgüterschutz-)Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen erweist. Darin ist bereits die wichtige Weichenstellung enthalten, ob es sich um ein tatbestandsmäßiges Verhalten i. S. einer ganz bestimmten Strafvorschrift handelt oder nicht.²³⁰ Speziell mit Blick auf die eigenmächtige – genauer: die nicht autorisierte – ärztliche Behandlung geht es demnach um die Frage, ob sich der Rechtsgüterschutz der Körperverletzungsdelikte anhand dieser Abwägung auch auf Verstöße gegen Verhaltensnormen bezieht, die das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht des Patienten schützen sollen.²³¹ Dies ist im Folgenden näher zu klären.

aa) Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte

Es gilt also zunächst, das von § 223 StGB in Bezug genommene spezifische Rechtsgut herauszuarbeiten, dem die Etablierung von Verhaltensnormen zum Schutz vor Körperverletzungen dienen soll.

Insofern ist allerdings zunächst zu bestimmen, wer überhaupt Träger des tatbestandsspezifischen Rechtsguts ist. Als Rechtsgutsträger kommen dabei grundsätzlich entweder ausschließlich die Individualperson oder aber ausschließlich der Staat bzw. die Allgemeinheit in Betracht. Denkbar ist aber auch, dass beides vorkommt. Diese Differenzierung ist für die Frage, ob der jeweiligen Person die Dispositionsbefugnis über das Rechtsgut zukommt und sie damit rechtswirksam in einen Eingriff einwilligen oder sich dagegen zur Wehr setzen kann, von besonderem strafrechtlichen Interesse.²³² Die unterschiedlichen Konzepte beruhen im Wesentlichen auf einem unterschiedlichen staatstheoretischen Verständnis der Konzeption des Grundgesetzes. Demnach stehen sich zum einen Konzepte, die

²²⁸ Vgl. *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 105.

²²⁹ *Freund/Rostalski*, AT, § 1 Rn. 106.

²³⁰ *Freund*, in: *Münchener Kommentar*, Vor § 13 ff. Rn. 153.

²³¹ Der Gesetzgeber spricht angesichts dessen grundsätzlich bewertungsoffen vom Schutz der körperlichen Unversehrtheit, was sich auch in der Überschrift des Abschnitts dieser Deliktsgruppe widerspiegelt; BT-Drucks. 13/8587, S. 35.

²³² *Hassemer/Neumann*, in: *NK-StGB*, Vor § 1 Rn. 126.

ein Nebeneinander von Individualrechtsgutsträgern und kollektiven Rechtsgutsträgern anerkennen,²³³ und zum anderen Konzepte, die die Rechtsgüter einheitlich nach dem Zweck des Rechts bestimmen,²³⁴ gegenüber. Vertritt man an dieser Stelle eine staatszentrierte Auslegung, ordnet man grundsätzlich alle Rechtsgüter demselben Rechtsgutsträger zu, und zwar dem Staat.²³⁵ Nach diesem Verständnis werden die Rechtsgüter vom Staat konzipiert und schützen die Lebensinteressen der am Staat orientierten Gesellschaft.²³⁶ Hier werden somit die personalen Interessen aus Sicht der Allgemeinheit funktionalisiert.²³⁷ Der Rechtsschutz des Einzelnen ist vor diesem Hintergrund nur als Reflex zu interpretieren.²³⁸ Eine Auslegung des Rechtsgüterschutzes auf der Basis eines solchen Verständnisses ist in Anbetracht des Menschenbildes des Grundgesetzes kaum haltbar.²³⁹ Die grundlegende Vorstellung unserer Verfassung wurzelt nämlich darin, „dass von Verfassungen wegen der Mensch nicht des Staates wegen existiert, sondern der Staat um des Menschen willen konstruiert wurde“.²⁴⁰ Das Menschenbild, das dem Grundgesetz zu Grunde liegt ist also gerade nicht der zum Objekt des Kollektivs degradierte Mensch.²⁴¹ Dementsprechend ist der weiteren Betrachtung ein Konzept des Rechtsgüterschutzes unter Einbeziehung der betroffenen Individualinteressen zugrunde zu legen.

(1) Rein objektive Bestimmung des Rechtsguts

Hinsichtlich der Bestimmung des materiellen Gehalts des Rechtsguts der Verhaltensnormen, deren Übertretung von den Körperverletzungsdelikte in Bezug genommen wird, findet sich zunächst eine abstrakt „objektive“ – auf die reine Objektsverletzung – abstellende Sichtweise: Der Schutzbereich wird dabei auf

²³³ *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter, S. 81.

²³⁴ *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 70.

²³⁵ S. dazu *Hassemer*, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 78; *Hegler*, ZStW 36 (1916), 19, 30.

²³⁶ Vgl. *Rönnau*, Willensmängel, S. 34.

²³⁷ *Oetker*, ZStW 17 (1897), 493, 509.

²³⁸ *Rönnau*, Willensmängel, S. 34. So hält man etwa in Frankreich das Leben sowie die körperliche Unversehrtheit als abstrakt zu schützende Rechtsgüter für den Einzelnen für unverfügbar; vgl. *Eser*, FS *Hirsch*, 1999, S. 465, 472, sowie *Doucet*, La protection pénale de la personne humaine, Rn. 64.

²³⁹ So auch *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 85, der zudem darauf hinweist, dass ein anderes Verständnis auch das strafrechtlich anerkannte Institut der Einwilligung in Frage stellen würde. Denn derjenige der grundsätzlich im Staat den Rechtsträger sieht, müsste sich denknotwendig gegen die Einwilligung als Ausdruck der individuellen Disposition aussprechen.

²⁴⁰ *Höfling*, in: *Sachs GG Kommentar*, Art. 1 Rn. 6; die Formulierung geht zurück auf den Unterausschuss I, Anlage zur 5. Sitzung 19.08.1948, S. 141 des Verfassungskonvents von Herrenchiemsee.

²⁴¹ *Maithofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 45.

die körperlich-biologische Unversehrtheit beschränkt.²⁴² Die Selbstbestimmung oder der Wille des Patienten spielen hier keine Rolle. Vielmehr soll ein objektiver gesundheitlicher Normalzustand der Bewertung zu Grunde gelegt werden. Eine Differenzierung zwischen dem tatsächlichen Angriffsobjekt und dem dahinterstehenden Rechtsgut findet nicht statt. Eine solche rein objektive Betrachtungsweise des relevanten Rechtsguts erscheint prima facie vorteilhaft in Bezug auf Bestimmtheit und Rechtssicherheit. Allerdings stellt sich die Frage, ob eine derartige Interpretation im Hinblick auf Körper und Gesundheit überhaupt möglich ist. Nach der Definition der WHO ist unter Gesundheit „ein Zustand vollkommenen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht die bloße Abwesenheit von Krankheit zu verstehen“.²⁴³ Jeder Mensch ist als Individuum mit personalem Eigenwert zu begreifen. Vor diesem Hintergrund ist ein rein objektiv betrachteter körperlicher Idealzustand als Wertungsmaxime kaum haltbar. Ein Mensch folgt in seinem Entstehungsprozess keinen abstrakten Kriterien und kann von Geburt an Anomalien aufweisen, sie im Laufe seines Lebens erwerben oder wieder einbüßen.²⁴⁴ Wer also sollte sich anmaßen zu entscheiden, was unter einer idealen Gesundheit zu verstehen ist? Wie sind vor diesem Hintergrund Menschen mit Behinderung zu bewerten, wie einzelne Gendefekte? Diese Fragen zeigen, dass man, wenn man der Bestimmung eines individuell persönlichen Schutzinteresses, wie dem der körperlichen Unversehrtheit rein abstrakt-biologische Prämissen zu Grunde legt, in ethische Konflikte gerät. Es ist schon gar nicht möglich, das „Wohl“ des Körpers ohne die Einbeziehung subjektiver Aspekte zu bestimmen. So gibt es manche inkommensurablen Vor- und Nachteile einer Behandlung, angesichts deren niemand anderer als der konkret betroffene Rechtsgutsträger eine Entscheidung treffen kann.²⁴⁵

Nach anderer Auffassung wird zwar anerkannt, dass die Auslegung des Schutzes der Körperintegrität entscheidend von der Disposition des Betroffenen abhängig ist, dennoch sei es zu weitgehend, die Schutzgewährleistung des § 223 StGB mit derartigen Aspekten des Selbstbestimmungsrechts „aufzuladen“.²⁴⁶ Vielmehr reiche der Selbstbestimmungsschutz lediglich so weit, dass der Betroffene keine materialen Einbußen seines (objektiven) gesundheitlichen Wohles hinnehmen müsse.²⁴⁷ Ein genereller Schutz vor eigenmächtigen ärztlichen Behandlungen

²⁴² Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 66; Bockelmann, JZ 1962, 525, 527; Bepling, Die Lehre vom Verbrechen, S. 154f.

²⁴³ Definition der WHO vom 22.07.1946.

²⁴⁴ S. dazu vertiefend 9. Symposium der Kaiserin-Friedrich-Stiftung für Juristen und Ärzte zum Thema Medizinische und juristische Probleme älterer Menschen.

²⁴⁵ So etwa Eberhardt in Bezug auf die Wahlmöglichkeit zwischen der Alternative der drohenden Lähmung und der drohenden Erblindung, Eberhardt, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 174.

²⁴⁶ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 18 ff.

²⁴⁷ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 18.

folge daraus dagegen keinesfalls.²⁴⁸ Infolge einer solche Betrachtungsweise stünden Körperverletzungen im medizinischen Kontext unter dem Pramat der Heilung.²⁴⁹ Allerdings sollte man sich die Problematik der Zwangsbehandlung zum vermeintlich Besten des Rechtsgutsinhabers als Folge einer rein objektiven Betrachtungsweise stets vergegenwärtigen.²⁵⁰ Es gibt gerade kein staatliches Optimierungsgebot. Niemandem steht es zu, sich zum Richter in der Frage aufzuschwingen, wann ein anderer Mensch vernünftigerweise bereit sein sollte, sich einem Heileingriff zu unterziehen.²⁵¹ Dabei gibt es nicht zuletzt auch Parallelen zu den Fällen der unterlassenen Rettungsmaßnahmen nach dem freiverantwortlichen Suizid.²⁵²

Eine rein biologisch-objektive Betrachtung kann der Vielschichtigkeit von Körper und Gesundheit nicht angemessen Rechnung tragen. Die Trennung derartiger disponibler Güter in Gegenstands- und Freiheitsinteressen, würde eine problematische Aufspaltung des Schutzbuts bedeuten.²⁵³ An dieser Stelle ist es besonders wichtig zu betonen, dass es im Rahmen des § 223 StGB eben nicht allein um den Schutz der Gesundheit, sondern vielmehr auch um den Schutz der *körperlichen Integrität* geht: Da diese allerdings ihrerseits untrennbar mit dem Bewahrungs- und Dispositionswillen des individuellen Rechtsgutsinhabers verbunden ist, erscheint eine Bestimmung des Schutzbuts unter Außerachtlassung der Selbstbestimmung des Betroffenen schwerlich denkbar.²⁵⁴ Um dem Anliegen des personalen Rechtsgutsverständnisses zu entsprechend und damit die umfassende eigenverantwortliche Disposition über den eigenen Körper zu gewährleisten, bedarf es konsequenterweise der Einbeziehung der individuellen Interessen des Subjekts in die Wertentscheidung des geschützten Rechtsguts.²⁵⁵ Denn ein Gut kann nur dann als schutzwürdig erscheinen, wenn es auf ein Subjekt bezogen ist.²⁵⁶ Die

²⁴⁸ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 19.

²⁴⁹ Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 20.

²⁵⁰ Insbesondere *Engisch* hat sich zu Zeiten des Nationalsozialismus nachdrücklich gegen einen allgemeinen Kurierzwang ausgesprochen, *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1, 19 ff.; *Blublitz*, ZIS 2011, 714, 721, 723. Beispielhaft sei an dieser Stelle zudem auf einen Beschluss des AG Goslar zur aktuellen Fragestellung einer solchen Zwangsbehandlung verwiesen. Gemeint ist der sogenannte „CI-Zwang“-Fall, Beschluss des AG Goslar vom 29.01.2019 – 12 F 226/17 SO.

²⁵¹ BGHSt 11, 111, 112.

²⁵² S. dazu den Fall „Peterle“ BGH NJW 1984, 2639; vgl. zudem die Bestätigung der Vorrangigkeit der Selbstbestimmung im Rahmen der Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen gegenüber der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG durch den BGH; BGH NJW 2019, 1741, 1743; ferner die Verneinung der Pflicht des Arztes, einen bewusstlosen Suizidenten zu retten; BGH NJW 2019, 3089 und BGH NJW 2019, 3092.

²⁵³ Arzt, Willensmängel, S. 45; Bottke, Suizid und Strafrecht, S. 150.

²⁵⁴ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 5; dies hervorhebend auch *Grünwald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 13.

²⁵⁵ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 144.

²⁵⁶ Stratenwerth, in: FS Lenckner, 1998, S. 377, 384; Stratenwerth, ZStW 68 (1956), 41, 42 f.

Abhängigkeit des „Wertes“ vom bewertenden Subjekt begründet dabei sowohl die Relativität des Wertes als auch die Notwendigkeit einer subjektiven Strukturkomponente innerhalb des Rechtsguts.²⁵⁷ Dem Individuum selbst obliegt die Entscheidung, das in Rede stehende Gut aus seiner Sicht als „werhaft“ oder „wertlos“ einzuordnen und an diese Wertentscheidung seine Persönlichkeitsentfaltung anzuknüpfen.²⁵⁸ Als Bezugspunkte nehmen damit richtigerweise sowohl subjektive als auch objektive Momente Einfluss, sodass ein Rechtsgut weder rein subjektiv noch rein objektiv bestimmt werden kann.²⁵⁹

(2) Einbeziehung einer subjektiven Komponente zur Bestimmung des Rechtsguts

Das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht ist als zwingender integrativer Bestandteil des Rechts auf körperliche Unversehrtheit anzusehen – dies ist schon deshalb erforderlich, um dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag zu genügen. Gerade die autonome Disposition des Rechtsgutsträgers über seinen Körper beeinflusst die zu dessen Schutz geeigneten, erforderlichen und angemessenen Verhaltensanforderungen an Dritte. In der Disposition über seine körperliche Integrität bestimmt der Patient, welches Maß an körperlicher und gesundheitlicher Beeinträchtigung er sich zumuten will, um mit potentieller Linderung seiner Beschwerden belohnt zu werden.²⁶⁰ Dieser Aspekt der Selbstbestimmung unterfällt ohne Weiteres dem Schutzgut des § 223 StGB, weil der Körper infolge der Entscheidung jedenfalls unmittelbar beeinträchtigt wird.²⁶¹ Ein nicht gestatteter eigenmächtiger Eingriff des Arztes verletzt dabei zwar auf den ersten Blick lediglich die Entscheidungsfreiheit des Patienten.²⁶² Gerade die Dispositionsbefugnis über den eigenen Körper macht aber einen unverzichtbaren Bestandteil der Körperintegrität aus. Aus jeder Verletzung der Entscheidungsfreiheit über den eigenen Körper resultiert, jedenfalls in den hier interessierenden Fällen, letztlich auch unmittelbar eine Verletzung der Körperintegrität.²⁶³

²⁵⁷ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 116.

²⁵⁸ Vgl. auch *Rönnau*, Willensmängel, S. 39.

²⁵⁹ *Sina*, Dogmengeschichte, S. 102.

²⁶⁰ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 27.

²⁶¹ *Jordan*, JR 1997, 32, 33. Wenn *Amelung* daran anknüpfend die Verfügungsfreiheit des Rechtsgutsträgers als Aspekt des Rechtsguts mit der Argumentation des Schutzes von Personen, denen eine solche Verfügungsfreiheit fehlt, wie etwa Säuglingen, aus dem Schutzbereich ausnehmen möchte (*Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 26; dazu auch *Roxin*, FS *Amelung*, 2009, S. 269, 279 ff.), kann dies nicht überzeugen, weil in derartigen Fällen regelmäßig auf einen übergeordneten Willen des Sorgeberechtigten ausgerichtet am Wohl des Kindes zu rekurrieren ist.

²⁶² *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156, 157 m.w.N.

²⁶³ In diesem Sinne auch *Hartmann*, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 68; *Laufs*, NJW 1969, 529, 532.

Diese Überlegungen lassen sich nun auf die Konkretisierung der Strafverschrift des § 223 StGB übertragen. Diese Strafverschrift erfasst Verstöße gegen Verhaltensnormen, die dem Schutz der Körperintegrität dienen sollten. Der strafrechtliche Schutz dient unter dem Aspekt der Körperverletzungsdelikte nicht allein dazu, einen objektiv-biologischen Zustand zu beschreiben, sondern möchte ebenfalls die individuelle Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers als korrespondierende Verfügungs freiheit erfassen.²⁶⁴ Der Schutz des Körpers endet insofern nicht an der Außenhaut, sondern es ist infolge wertender Betrachtung das Freiheitsentfaltungspotential der Person in den Kernbereich einzubeziehen.²⁶⁵ Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte – genauer: das von den dabei übertretenen Verhaltensnormen geschützte Rechtsgut – wird dann beeinträchtigt, wenn dem Individuum die Möglichkeit genommen wird, seine Körperintegrität nach seinen eigenen Maßstäben zu funktionalisieren und sich innerhalb dieses Rechtsguts personal zu entfalten.²⁶⁶ Der Schutz eines Individualrechtsguts entfaltet aus Sicht des Inhabers nämlich nur dann einen entsprechenden Wert, wenn gleichzeitig gewährleistet ist, dass dieser auch autonom darüber verfügen kann.²⁶⁷ Aus dieser Explikation des Rechtsgutsbegriffs ergibt sich, dass man niemals durch eine abstrakte Zustandsänderung, sondern lediglich in der individuellen Rechtsgutsentfaltung verletzt sein kann.²⁶⁸ Dieses Verständnis erscheint vorzugswürdig, denn allen Delikten, die sich gegen Individualrechtsgüter richten – auch den Körperverletzungsdelikten – ist eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts immant.²⁶⁹

Insbesondere die Körperverletzungsdelikte dienen gleichzeitig dazu, einen Kernbestand an Freiheitsentfaltung zu gewährleisten.²⁷⁰ Die Verhaltensnormen, die durch solche Straftaten übertreten werden, dienen nicht allein der biologischen Existenz des Körpers. Sie sind vielmehr als natürliche Grundlage der freien Entfaltung zu verstehen.²⁷¹ Geschützt wird dabei die normativ-funktionale Körpereinheit.²⁷² Daraus folgt etwa auch der Schutz von Körperbestandteilen (Blut, Organe, Sperma, Gliedmaßen), die vorübergehend vom Restkörper ge-

²⁶⁴ Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 91 sowie parallel dazu in anderem Zusammenhang Herzberg, NJW 1996, 3043, 3046.

²⁶⁵ Freund/Heubel, MedR 1995, 194, 198.

²⁶⁶ Vgl. Rönnau, Willensmängel, S. 50; Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 112.

²⁶⁷ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 86.

²⁶⁸ Kargl, GA 2001, 538, 552.

²⁶⁹ Jordan, JR 1997, 32.

²⁷⁰ Freund/Heubel, MedR 1995, 194, 198; Joost, in: Roxin/Schroth, S. 383, 405; Rudolphi, ZStW 85 (1974), 82, 87.

²⁷¹ Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 63.

²⁷² Freund/Heubel, MedR 1995, 194, 198.

trennt werden.²⁷³ Nicht zuletzt durch die rasanten Entwicklungen und Erweiterungen der Möglichkeiten innerhalb der modernen Medizin²⁷⁴ wird deutlich, dass sich die maßgebliche Bedeutung des Rechtsguts der Gesundheit nicht in einem statischen Dasein erschöpft, sondern gerade in der Eröffnung bestimmter Herrschaftsmöglichkeiten zur Entfaltung der eigenen Persönlichkeit liegt.²⁷⁵

(3) Verhältnis zwischen den „objektiven“ und subjektiven Komponenten des Rechtsguts zueinander

Unter Betonung des Schutzes der Freiheitsentfaltung erweist sich die körperbezogene Selbstbestimmung als ein im Kontext der Körperverletzungsdelikte naheliegendes Schutzgut. Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit umfasst neben den objektiven Gesichtspunkten der biologischen Erhaltung nämlich ebenfalls das Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper, als konstituierendes Element des Rechtsguts.²⁷⁶ Die Dispositionsfreiheit des Einzelnen über seinen eigenen Körper muss sich also in geeigneter Weise auch im strafrechtlichen Kontext des § 223 StGB widerspiegeln. Die vorangegangene Darstellung hat insofern bereits deutlich gemacht, dass das Selbstbestimmungsrecht grundsätzlich als integrativer Bestandteil in die Bestimmung des Schutzguts der Körperintegrität einzubeziehen ist.²⁷⁷

Allein mit der Feststellung, die Selbstbestimmung innerhalb der Bestimmung der Körperintegrität nicht vollständig zu vernachlässigen, ist allerdings in Bezug auf das konkrete Rechtsgutsverständnis des § 223 StGB noch nicht viel gewonnen. Insbesondere reicht es nicht aus, die Selbstbestimmung als „irgendwie ein-

²⁷³ *Freund/Heubel*, MedR 1995, 194, 197; *Freund*, MedR 2005, 453; *Freund/Weiss*, MedR 2004, 315, 316; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 96 ff., 105; vgl. dazu ebenfalls *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 2 m.w.N.

²⁷⁴ Vgl. *Joost*, in: *Roxin/Schroth*, S. 383, 405.

²⁷⁵ *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 82.

²⁷⁶ *Schroth*, in: *Roxin/Schroth*, S. 27; *Kargl*, GA 2001, 538, 550; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 65; a. A. *Beulke*, medstra 2015, 67, 69.

²⁷⁷ S. dazu auch die Argumentationen bei *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 68; *Wolters*, in: SK-StGB § 223 Rn. 54 ff., der diese Auffassung von *Horn* übernommen hat; *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 475; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 26 f.; ferner *Hirsch*, ZStW 74 (1962), 102 ff., der diesen Standpunkt allerdings inzwischen ausdrücklich aufgegeben hat. Diese Auslegung steht im Übrigen auch in Einklang mit der Rechtsprechung des BVerfG, welches das Selbstbestimmungsrecht in Form eines konstituierenden Elementes als ausdrücklich in den Schutzbereich des Art. 2 II 1 GG einbezogen ansieht; BVerfG NJW 2011, 2113; deutlich in diese Richtung auch schon das Sondervotum der Richter *Hirsch*, *Niebler* u. *Steinberg*: Das Grundrecht des Art. 2 II Satz 1 GG schützt die Unversehrtheit des Menschen nicht lediglich nach Maßgabe seines jeweiligen konkreten Gesundheitszustandes oder Krankheitszustandes; es gewährleistet zuvörderst Freiheitsschutz im Bereich der leiblich-seelischen Integrität des Menschen, nicht aber beschränkt es sich auf speziellen Gesundheitsschutz; BVerfGE 52, 171, 173, 174. S. dazu A. II. 1. a) bb).

bezogen“ anzusehen, die strafrechtlichen Konsequenzen für die Reichweite des Schutzes aber offen zu lassen.²⁷⁸ Entscheidend für die nähere Konkretisierung des körperverletzungsspezifischen Verhaltensunrechts ist es demnach, in welchem Verhältnis der Schutz der Selbstbestimmung zum „objektivierten Schutz“ der Gesundheit bzw. des Körpers steht.

Horn legt in seiner zweispurigen Lösung dem § 223 StGB sowohl das Selbstbestimmungsrecht als auch die körperliche Unversehrtheit als doppeltes Schutzgut mit jeweils eigenständigem Wert zu Grunde.²⁷⁹ Einem solchen Verständnis schließt sich auch *Tag* an, die ein alternatives Verhältnis zwischen der körperlichen Unversehrtheit und der Selbstbestimmung als jeweils eigenständiges Rechtsgut vertritt.²⁸⁰ Auch die Auffassung der strafrechtlichen Rechtsprechung wird größtenteils so verstanden, dass das Selbstbestimmungsrecht neben der körperlichen Integrität als eigenständiges Schutzgut fungieren soll.²⁸¹ Konsequenz einer solchen Auffassung wäre es, jedes der Selbstbestimmung des Patienten widersprechende ärztliche Handeln als spezifisches Körperverletzungsunrecht zu bewerten. Der entsprechende Erfolgsunwert wäre in diesem Fall allein durch eine irgendwie geartete Verletzung des Selbstbestimmungsrechts zu verwirklichen. Erkennt man dies an, so wäre z. B. eine zusätzliche Testung auf HIV-Antikörper im Rahmen eines legitimierten Blutbilds als Körperverletzungsunrecht zu erfassen.²⁸² Den Schutzbereich des § 223 StGB mit jeglichen, im Rahmen der Behandlung tangierten, Selbstbestimmungsaspekten zu überfrachten, erscheint allerdings nicht sachgemäß.²⁸³ Auf die Spitze getrieben würde dies bedeuten, dass ein Arzt, der aus betriebsinternen Gründen den Zeitpunkt einer Operation am geplanten Tag durch Täuschung des Patienten eigenmächtig vorzieht, obwohl er weiß, dass dieser aus geschäftlichen Gründen auf eine spätere Durchführung bestehen würde, den Unwert einer vollendeten Körperverletzung verwirklichen würde.²⁸⁴ Dies erscheint kaum interessengerecht. Daher ist es vorzugswürdig, das tatbestandsspezifisch konkretisierte Schutzgut der Körperintegrität neben der körper-

²⁷⁸ *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 110 f.

²⁷⁹ *Wolters*, in: SK-StGB § 223 Rn. 54.

²⁸⁰ *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 92; ähnlich *Jordan*, JR 1997, 32 f.

²⁸¹ *Tolmein*, KritV 81 (1998), 52, 58; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 8 f.; *Sternberg-Lieben*, GA 1990, 289, 293; *Böllinger*, MedR 1989, 290, 296; *Jordan*, JR 1997, 32.

²⁸² Nach überwiegender Auffassung soll in diesem Fall allerdings nicht von einer rechtswidrigen Körperverletzung ausgegangen werden; AG Mölln NJW 1989, 755, 776; LG Köln NJW 1995, 1621; *Uhlenbrück*, MedR 1996, 206; a. A. *Eberbach*, NJW 1987, 1470, 1471; *Michel*, NJW 1988, 2271, 2273; anders zu beurteilen, wenn bereits die Blutabnahme zur Durchführung eines heimlichen HIV-Test erschlichen wird; *Frister/Lindemann/Peters*, 1. Kap. Rn. 18; *Kraatz*, § 3 Rn. 40; *Schroth*, in: *Roxin/Schroth*, S. 23, 26; vgl. auch LG Köln NJW 1995, 1621; StA Mainz NJW 1987, 2946, 2947.

²⁸³ *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 21 ff.; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 534.

²⁸⁴ Bsp. nach *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 574.

lich-biologischen Gesundheit auf das *körperbezogene* Selbstbestimmungsrecht zu beschränken.²⁸⁵

Um die Problematik des doppelten Schutgzuts zu umgehen, konstruiert *Schwartz* ein sogenanntes limitiertes Kombinationsdelikt: Zwar seien beide Rechtsgüter als eigenständige Schutzgüter des § 223 StGB anzusehen, doch verlange eine Rechtsgutsbeeinträchtigung neben der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts gleichzeitig eine hinzutretende Verletzung der Körperintegrität. Gleichwohl verlange die Verletzung der Körperintegrität weiterhin nicht, dass eine zusätzliche Verletzung des Selbstbestimmungsrechts hinzutrete.²⁸⁶ Bezogen auf die ärztliche Behandlung ermögliche dieses Konzept aus seiner Sicht, eine fehlerhafte Aufklärung allein nicht als Verhaltensunrecht der Körperverletzung zu erfassen, sofern nicht ein späterer unmittelbarer Eingriff in die körperliche Integrität hinzutrete.²⁸⁷ Diese Konstruktion erweist sich jedoch auf mehreren Ebenen als problematisch. Richtig ist zwar, dass die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts erst im Zeitpunkt der Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit unumkehrbar gegeben ist, und damit materiell mit dieser zusammenhängt.²⁸⁸ Daneben ist aber anzumerken, dass die ärztliche Aufklärung als ein Element der Wahrung der Patientenautonomie im *Vorstadium* der Behandlung zu charakterisieren ist. Es handelt sich um ein der Tatsituation unverändert zugrunde zulegendes Geschehen, das isoliert betrachtet für die normative Verhaltensmissbilligung des ärztlichen Verhaltens nicht ausschlaggebend ist.²⁸⁹ Die Aufklärung selbst stellt aus Sicht der strafrechtlichen Verhaltensbewertung lediglich eine Bedingung für erlaubtes Verhalten dar. Weshalb die fehlerhafte Aufklärung allein ohnehin niemals geeignet wäre, das spezifische Verhaltensunrecht einer Körperverletzung zu verwirklichen. Sie vermag es nicht einmal, eine konkrete Gefahr für das tatbestandsspezifische Schutgzut zu begründen.²⁹⁰ Sie wirkt vielmehr konstitutiv für das verwirklichte Unrecht das im ärztlichen Verhalten zum Aus-

²⁸⁵ Vgl. *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 475; i.E. ebenfalls *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 26f.

²⁸⁶ *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 112.

²⁸⁷ *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 112f.

²⁸⁸ Vgl. *Hollenbach*, Grundrechtschutz, S. 235.

²⁸⁹ Vgl. *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 351; in diesem Sinne zur Deutung heranzuziehen BGHSt 49, 1ff.; vgl. in diesem Zusammenhang ebenfalls BGH NStZ 2003, 657, 658. Unabhängig davon stellen die Ausführungen von *Schwartz* in Bezug auf die hypothetische Einwilligung einen deutlichen Widerspruch zu seiner zuvor betonten Konstruktion der kumulativen Erforderlichkeit beider Aspekte dar. Denn er möchte trotz Entfallens des Erfolgsunwerts der körperlichen Unversehrtheit wegen der bestehenden Verletzung der Selbstbestimmung wegen vollendeten Delikts strafen; diesen Grundwiderspruch der Konzeption ebenfalls hervorhebend *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 195.

²⁹⁰ So auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 166.

druck kommt, weil die unzureichende Information des Patienten ihrerseits auf dem Aufklärungsmangel beruht.²⁹¹

Unabhängig davon ist jegliche Verletzung der Körperintegrität ohne gleichzeitige Verletzung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts undenkbar. Denn es erscheint unangemessen, einen vom Dispositionsbefugten autorisierten Eingriff in seinen eigenen Körper als Körperverletzungsunrecht zu missbilligen.²⁹² Voraussetzung der Verletzung eines individuellen Rechtsguts ist vielmehr, dass einerseits die äußere Sphäre des Rechtsguts beeinträchtigt wird und andererseits auch der autonome Wille verletzt ist.²⁹³ Im strafrechtlich-normativen Sinne setzt die Verletzung des Rechtsguts der Körperintegrität damit ohnehin eine Willensverletzung des Rechtsgutsträgers voraus.²⁹⁴ Was mit dem Willen des Rechtsgutsträger geschieht, ist nicht als Rechtsgutsverletzung anzusehen, sondern vielmehr Bestandteil seiner Selbstverwirklichung.²⁹⁵

Abweichend davon soll bei den Körperverletzungsdelikten nach anderer Auffassung nur ein annexartiger Zusammenhang zur Selbstbestimmung bestehen.²⁹⁶ Innerhalb dieser Auffassung sieht etwa *Jäger* das Selbstbestimmungsrecht nicht als unmittelbar in die Körperintegrität einbezogenen Aspekt an.²⁹⁷ Der Schutz des Selbstbestimmungsrechts soll sich nicht unmittelbar aus dem Rechtsgut des § 223 StGB ableiten, sondern erst in der Einwilligung zum Ausdruck kommen, die als Verantwortungsübernahme des Patienten die Zurechnung ausschließt.²⁹⁸

²⁹¹ *Haas*, GA 2015, 147, 154; *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 542; *Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 683, 682f.

²⁹² In diese Richtung ist allerdings das englische Strafrecht zu verstehen, wo der Einzelne nur in speziellen, rechtlich anerkannten Ausnahmefällen eine wirksame Einwilligung in die Verletzung seiner Körperintegrität erteilen kann. Dazu gehört etwa die sogenannte „medical exception“ als von der Rechtsprechung anerkannte Ausnahme für den Fall der indizierten medizinischen Behandlung; s. *Fateh-Moghadam*, in: *Roxin/Schroth*, S. 888, 904. Sie begründet sich allerdings nicht durch das Selbstbestimmungsrecht, sondern vielmehr durch die medizinische Profession; *Airdale NHS Trust v. Bland* (1993) 1 All ER 821, 889 (Lord Mustill); *Card, Cross & Jones*, Criminal Law, S. 179f. Weder die körperliche Dispositionsfreiheit noch ein Allgemeines Persönlichkeitsrecht werden verfassungsrechtlich als subjektive Grundrechte des Einzelnen garantiert; *Fateh-Moghadam*, in: *Roxin/Schroth*, S. 888, 889. Das führt dann z.B. zur Strafbarkeit bereits leicht fahrlässiger einvernehmlicher (!) Körperverletzungen innerhalb sadomasochistischer Sexualpraktiken; dazu „*Brown*“ (1993) All ER 75, 110.

²⁹³ Vgl. *Kindhäuser*, BT 1, § 8 Rn. 1.

²⁹⁴ *Schroth*, in: *Roxin/Schroth*, S. 23, 31; an dieser Stelle sei beispielhaft auf verletzende sexuelle Praktiken verwiesen, die keinesfalls als Körperverletzung zu werten sind solange sie gewünscht werden; dazu ebenfalls *Sitzmann*, GA 1991, 71 ff.; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 367.

²⁹⁵ Vertiefte Darstellung bei *Roxin/Greco*, AT, § 2 zum materiellen Verbrechensbegriff; *Joost*, in: *Roxin/Schroth*, S. 383, 406.

²⁹⁶ *Eser*, ZStW 97 (1985) 1, 22 ff.

²⁹⁷ *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 349.

²⁹⁸ *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 350.

Ein derartiges Verständnis wirft allerdings die Frage auf, inwiefern von einer Verantwortungsübernahme hinsichtlich eines Aspekts, der im Rechtsgut gar nicht erfasst ist, ausgegangen werden kann. Es erscheint fraglich, wie das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht Einfluss auf die strafrechtliche Verhaltensbewertung im *ex ante* Zeitpunkt nehmen soll, ohne überhaupt als Schutzgut des § 223 StGB Beachtung zu finden.

Dem Verständnis des liberalen Rechtsgutsbegriffs ist es immanent, dass aufgrund der Synthese von objektivem Schutzgutbestand und subjektivem Interesse daran, eine Abspaltung des Selbstbestimmungsrechts tatsächlich nicht möglich ist.²⁹⁹ Die Körperintegrität und die Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper erweisen sich als untrennbar miteinander verbunden.³⁰⁰ Vorzugswürdig erscheint es demnach das *körperbezogene* Selbstbestimmungsrecht als wesentlichen Bestandteil des Schutzguts der Körperintegrität zu betonen. Dieses ist als Bewertungsmaxime unmittelbar in die mögliche Verhaltensmissbilligung einzubeziehen. Denn der Schutz des Selbstbestimmungsrechts und der körperlichen Unversehrtheit ist keinesfalls alternativ zu verstehen: Die körperliche Unversehrtheit lässt sich generell nur unter Einbeziehung derartiger subjektiver Elemente definieren.³⁰¹ Dabei wird auch nur vordergründig die Selbstbestimmung als unabhängiges Gut geschützt, denn forscht man nach den entsprechenden Motiven der Disposition gelangt man wieder zu den dahinterstehenden körperlichen Interessen.³⁰² Dementsprechend ist zu betonen, dass es, um eigenmächtige ärztliche Heileingriffe als tatbestandsmäßiges Verhalten i. S. d. § 223 StGB zu erfassen, gerade nicht erforderlich ist, die Selbstbestimmung als eigenständiges Schutzgut innerhalb des Schutzes der Körperintegrität zu etablieren.³⁰³

(4) Missachtung des rechtsstaatlichen Systems der gesetzlichen Tatbestände durch die Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts in das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte?

Dennoch ist die unmittelbare Einbeziehung der körperbezogenen Selbstbestimmung in die Auslegung der Körperintegrität als Schutzgut des § 223 StGB der deutlichen Kritik ausgesetzt, dass die Körperverletzungsdelikte in Bezug auf die

²⁹⁹ Ähnlich die Argumentation, der Körperinteressentheorie von *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1 ff.; dargestellt bei *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 19.

³⁰⁰ *Arzt*, in: Arzt und Recht, S. 49, 53; *Voll*, Einwilligung, S. 30.

³⁰¹ *Bosch*, JA 2008, 70, 71; a. A. *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 127: Aus seiner Sicht kann der Wille des einzelnen Rechtsgutsträgers nicht als konstruktives Element des Rechtsguts erfasst werden. Stattdessen bedarf es einer weiteren Abstrahierung der Beziehungsstruktur auf das, was aus der Sicht der „Rechtsgesellschaft“ gut für den Betroffenen ist.

³⁰² *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 29.

³⁰³ *Grünwald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 13.

Erfassung des Selbstbestimmungsrechts als subsidiär gegenüber den Freiheitsdelikten anzusehen wären.³⁰⁴ Das Selbstbestimmungsrecht sei allein über die dafür vorgesehenen Delikte der §§ 239, 240 und 185 StGB zu erfassen.³⁰⁵ Sodass die Einbeziehung des Aspekts der Selbstbestimmung in den Schutzbereich der Körperverletzungsdelikte das rechtsstaatliche System der gesetzlichen Tatbestände in bedenklicher Weise beeinträchtige.³⁰⁶ Dieser Kritik gilt es sich im Folgenden zu stellen.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts abseits der Körperverletzungsdelikte grundsätzlich auch innerhalb dieser Deliktsgruppe gleichermaßen zu erfassen wäre.³⁰⁷ Nach Auffassung des BGH ist dem Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG zu entnehmen, dass die eigenmächtige Heilbehandlung einen rechtswidrigen Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit darstellt.³⁰⁸ Um dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten abseits der Körperverletzungsdelikte angemessen Rechnung zu tragen, rückt damit primär eine Erfassung des Verhaltensunrechts über die Freiheitsdelikte in den Blick. Allerdings sind die Freiheitsberaubung und die Nötigung nicht dazu geeignet, alle denkbaren Angriffe auf das Selbstbestimmungsrecht zu erfassen. Das lässt sich vor allem darauf zurückführen, dass der Schutzmfang der §§ 239, 240 StGB auf die potentielle Fortbewegungsfreiheit und die tatsächliche Willensbetätigung abgestimmt ist. Problematisch wird es insbesondere dann, wenn es um die (in der Praxis besonders häufige) Begehungsform der Behandlung bewusstloser Patienten geht,³⁰⁹ weil dann weder ein Angriff auf die Fortbewegungsfreiheit noch eine willensbeugende Drohung oder Gewaltanwendung feststellbar ist.³¹⁰ Ebenso wäre eine Berücksichtigung des Verhaltensunrechts unter dem Aspekt der Nötigung dann ausgeschlossen, wenn eine tatsächliche Zustimmung des Patienten vorliegt, auch wenn diese durch Täuschung erschlichen wurde.³¹¹ Denn die Täuschung

³⁰⁴ Schmidt, JR 1958, 226, 227; Niese, FS Schmidt, 1961, S. 364.

³⁰⁵ Schmidt, JR 1958, 226 f.

³⁰⁶ Niese, in: FS Schmidt, 1961, S. 364, 366.

³⁰⁷ So wird etwa in Polen eine eigenmächtige Heilbehandlung als Freiheitsberaubung nach Art. 165 § 1 polnStGB bzw. Nötigung nach Art. 167 § 1 polnStGB bestraft. Auch im spanischen Recht kommt im Falle des eigenmächtigen Handelns des Arztes eine Nötigung in Betracht; s. dazu Conde, in: Roxin/Schroth, S. 866, 870; Casabona, El médico y el derecho penal I, S. 288. Der bekannte Zahnektionsfall wird in Spanien in Auslegung des Art. 10 der spanischen Verfassung unter dem Aspekt der freien Entfaltung der Persönlichkeit diskutiert; Gomez Rivero, La responsabilidad penal del médico, S. 319 ff.

³⁰⁸ BGHSt 11, 111, 114; Schreiber, in: Roxin/Widmaier, BGH-FG IV, S. 503, 505.

³⁰⁹ Streitstand dazu bei Hilgendorf, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 9 Rn. 13 ff.

³¹⁰ Mitsch, Strafrechtlicher Schutz, S. 24.

³¹¹ Mitsch, Strafrechtlicher Schutz, S. 24.

oder das Überreden allein stellen kein taugliches Nötigungsmittel dar.³¹² Folglich entfällt für den praktisch wichtigsten Fall der Täuschung der Schutz durch die Freiheitsdelikte.³¹³ Selbst die Anwendung absoluter Gewalt um die ärztliche Handlung durchzuführen, ist nach e. A. nicht durch § 240 StGB zu erfassen.³¹⁴ Daneben wird vereinzelt auch die Anwendung der Beleidigungsdelikte auf den eigenmächtigen Heileingriff in Betracht gezogen.³¹⁵ Es dürfte allerdings schwer konstruierbar sein, dass ein eigenmächtiger Heileingriff so angelegt ist, dass er die Ehre des Patienten verletzt.³¹⁶ Mithin enthält die Erfassung des Unrechts über die Freiheitsdelikte deutliche Schutzlücken.³¹⁷

Die Tatsache, dass dennoch vor allem in älteren Stellungnahmen, trotz der doch offensichtlichen Schutzlücken, regelmäßig auf die Erfassung über die Freiheitsdelikte verwiesen wird, ist im Lichte der damaligen Rechtslage zu betrachten. Im damaligen Reichsgesetzbuch in der Fassung von 1935 beanspruchte § 2 mit folgendem Wortlaut Geltung:

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach dem gesunden Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke am besten auf sie zutrifft.“³¹⁸

Auf der Basis dessen konnte eine analoge Anwendung zu Lasten des Täters vorgenommen werden. Diese Ausgangssituation erklärt es, dass bspw. *Schmidt* anlässlich des ärztlichen Heileingriffs unter der Begründung, dass eine Willensbeeinträchtigung vorliegt, die vom Wortlaut nicht umfasst wird, zu einer analogen Anwendung des § 240 StGB kommen konnte.³¹⁹ Auf diesem Konzept beruht auch *Engischs* Auffassung maßgeblich.³²⁰ Vor dem Hintergrund des heutigen rechtsstaatlichen Verständnisses und dem Analogieverbot im Strafrecht ist ein derartiges Verständnis allerdings nicht mehr tragbar. Gem. § 1 StGB kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Wortlautgrenze der Auslegung darf also nicht überschritten werden. Das muss selbst dann gelten, wenn es vielleicht inhaltlich sach-

³¹² *Fischer*, StGB, § 240 Rn. 7; *Schröder*, NJW 1961, 951, 953; *Rengier*, BT/2, § 23 Rn. 23 ff.

³¹³ So auch *Kargl*, GA 2001, 538, 541.

³¹⁴ Vgl. *Hruschka*, NJW 1996, 162; ders., JZ 1995, 737, 738 f.; *Köhler*, FS Leferenz, 1983, S. 511 ff.; *Kargl*, FS Roxin, 2001, S. 905 ff.

³¹⁵ Dazu *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 32.

³¹⁶ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 53.

³¹⁷ So auch *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 103, 117 ff.; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 76.

³¹⁸ Dargestellt bei *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 160.

³¹⁹ *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 112.

³²⁰ *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1, 3 f.

gerecht erschiene, die in Rede stehende Norm auf diese Fallgestaltung anzuwenden.³²¹ Dieses Verbot analoger Rechtsanwendung gilt auch und insbesondere dann, wenn offenkundig eine Strafbarkeitslücke vorliegt.³²² Damit zeigt die vorangegangene Darstellung, dass nach heutigem Verständnis durch den Verweis auf die Freiheitsdelikte massive Schutzlücken bestehen und eben kein angemessenes Schutzniveau der Patientenautonomie zu erreichen ist.

Dennoch wird die Erfassung der Selbstbestimmung im Rahmen der Körperverletzungsdelikte weiter mit der Argumentation gerügt, dass das Einfügen des Selbstbestimmungsrechts in die Strafvorschriften über die körperliche Unverehrtheit eine „von außen an das Gesetz herangetragene Theorie“ sei,³²³ welche die historische Rechtsentwicklung verkenne und die Gefahr einer Umdeutung der Körperverletzungsdelikte in Freiheitsdelikte begründe.³²⁴ Parallel gäbe es eine Vielzahl von Tatbeständen, die mit der Disposition des Rechtsgutsinhabers in Zusammenhang stünden, ohne dass bisher jemand behauptet hätte, dass etwa die Sachbeschädigung die Autonomie des Eigentümers schütze.³²⁵ Schließlich wäre der Unterschied zum Freiheitsdelikt vollständig eingeebnet, wenn nicht mehr der Körper selbst, sondern der Wille als solcher zum geschützten Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte werde.³²⁶ Eine derartige Erfassung der Selbstbestimmung um ihrer selbst willen könnte höchstens Grundlage einer Strafnorm der eigenmächtigen Heilbehandlung de lege ferenda sein.³²⁷

Ein solches Verständnis ist allerdings nur dann zwingend, wenn man die Bedeutung des Rechtsguts im Strafrecht allein auf die Funktion als Auslegungsfaktor reduzieren will.³²⁸ Stattdessen bedarf es einer Differenzierung zwischen Tatobjekt und Rechtsgut. In Auslegung der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist zunächst auf Verhaltensnormebene zu bestimmen, ob die körperbezogene Selbstbestimmung in der Körperintegrität als wesentlicher Bestandteil enthalten ist. Dies konnte im Rahmen der vorliegenden Darstellung bereits bejaht werden. Dementsprechend ist die körperbezogene Selbstbestimmung bereits auf vorstrafrechtlicher Ebene als Wertungselement in die Verhaltensnormbildung einzubeziehen. Auf sekundärer Ebene kann sich davon ausgehend eine Pflicht des Staates ergeben, auf eine Verletzung der so gebildeten Verhaltensnorm strafrechtlich zu reagieren. Erst an dieser Stelle stellt sich damit die Frage, ob auch § 223 StGB

³²¹ Scheffer, Jura 1996, 505 ff.

³²² Freund/Rostalski, AT, § 1 Rn. 70.

³²³ Ameling, Irrtum und Täuschung, S. 29.

³²⁴ Ameling/Lorenz, FS Otto, 2007, S. 527, 531; Rönnau, JuS 2014, 882, 884; Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 158: „Für den Schutzzweck des Selbstbestimmungsrechts sind die Körperverletzungsdelikte nicht bestimmt.“

³²⁵ Hardtung, in: Münchener Kommentar, Vor § 223 Rn. 2.

³²⁶ Hirsch, in: GS Zipf, 1999, S. 353 f.

³²⁷ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 19.

³²⁸ Kargl, GA 2001, 538, 551.

als spezielle Strafvorschrift die Auslegung der Körperintegrität unter Einbeziehung der körperbezogenen Selbstbestimmung zulässt. Weder der Wortlaut noch die ratio des § 223 StGB hindern ein solches Verständnis. Es erscheint vielmehr im Sinne eines umfassenden Rechtsgüterschutzes als flankierende Maßnahme der Verhaltensnormebene geboten. Das durch die Autonomie der Person mitgeprägte Rechtsgut der Körperverletzung ist umfassend auszulegen, sodass die körperliche Unversehrtheit auch dann verletzt sein kann, wenn eigenmächtig ohne den Willen des Patienten auf dessen Körper eingewirkt wird.³²⁹ Denn gerade aus der Tatsache, dass der Körper potentiell verletzbar ist, resultiert die Notwendigkeit der Berücksichtigung eines grundlegenden Interesses daran, unter welchen Umständen er angetastet wird.³³⁰ Soweit dieses Interesse auf das Angriffsobjekt Körper bezogen bleibt, kann keine Rede vom Schutz des Willens um seiner selbst willen sein.³³¹ Die Einbeziehung einer Dispositionskomponente ist vielmehr den Tatbeständen, die ein gewisses Maß an Freiheitsausübung beinhalten, immanent. So sei etwa ein kurzer Seitenblick auf den Tatbestand des § 263 StGB erlaubt, der i.E. ebenfalls dem Schutz der *Verfügungsfreiheit* dient, auch wenn das für gewöhnlich nicht so dargestellt wird. Der Kritikpunkt der systemwidrigen Überfrachtung der Körperverletzungsdelikte mit dem Selbstbestimmungsrecht hat folglich keine Begründung. Vielmehr kommt in der Einbeziehung zum Ausdruck, dass die Verfügungsmacht des Rechtsgutsträgers mit seinem Körper und der Gesundheit in derart enger Verbindung steht, dass sie zwangsläufig vom Schutz der Körperintegrität mit zu erfassen ist.³³²

(5) Unmittelbare Drittirkung der Grundrechte

Schließlich wird eingewandt, die Berücksichtigung der Verfügungsfreiheit als Rechtsgut des Körperverletzungstatbestands bedeute eine unmittelbare Drittirkung der Grundrechte.³³³ Auch diese Argumentation erscheint kaum überzeugend. Vielmehr ist Folgendes zu betonen: Die verfassungsrechtliche Vorgabe, dass der einzelne Mensch das Recht besitzt, über seine Gesundheit und die Modalitäten der Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit selbst zu verfügen, kann nicht ernstlich bestritten werden.³³⁴ Unter Berücksichtigung der vom BVerfG besonders akzentuierten Menschenwürde und der damit einhergehenden Tatsache, dass jeder Mensch als Individuum zu begreifen ist und eine Einheit aus Leib, Seele und Persönlichkeit bildet, ist über die objektive Gesundheit hinaus der Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts als zwingend zu er-

³²⁹ So auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 144.

³³⁰ *Kargl*, GA 2001, 538, 553.

³³¹ *Kargl*, GA 2001, 538, 553.

³³² *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 525.

³³³ *Bockelmann*, in: *Ponsold* (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S. 3, 4.

³³⁴ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 25.

achten.³³⁵ Dieser Aspekt hat freilich nichts mit der Schaffung einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundrechte zu tun, sondern ist vielmehr Ausfluss des rechtsstaatlichen Schutzauftrags des Staates hinsichtlich der Gewährleistung verfassungsrechtlich garantierter Grundrechte des Einzelnen. Art 2 II GG gewährleistet schließlich nicht allein ein subjektives Abwehrrecht des Einzelnen gegenüber dem Staat, sondern verpflichtet darüber hinaus die staatlichen Organe, sich schützend vor diese Rechtsgüter zu stellen und deren rechtswidrige Beeinträchtigung durch Dritte auszuschließen.³³⁶ Damit ist unter der Prämisse der grundlegenden Rechtsvorstellung und Wertung der Verfassung die Patientenautonomie im Rahmen der ärztlichen Behandlung als schützenswert zu erachten.³³⁷ Dies bedeutet allerdings noch keine „automatische“ Anpassung des Straftatbestands an das Grundgesetz stattdessen werden lediglich die grundrechtlichen Aspekte zur Auslegung herangezogen.³³⁸

(6) Ergebnis

Nach dieser Analyse erscheint die Erkenntnis, dass das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht einen unabdingbaren Aspekt des Rechtsguts der Körperverletzungsdelikte bildet, unumgänglich. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Verständnis des Charakters des Strafrechts als sekundärer Schutz personaler Individualrechtsgüter³³⁹ erscheint eine dahingehende Auslegung des Rechtsguts als zwingend geboten. Allein auf der Basis dieses Verständnisses lässt sich eine sinnvolle Bestimmung des Schutzgehalts des „Körpers“ vornehmen. Denn der Schutz eines Individualinteresses ist mit dem Schutz des Rechts, über dieses Interesse zu verfügen, untrennbar verbunden, andernfalls unterstellt man die Selbstbestimmung unzulässiger Weise einer fremden Verunfthoheit.³⁴⁰ Das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht ist als zwingender Bestandteil der Körperintegrität in die Auslegung der Körperverletzungsstrafbarkeit einzubeziehen.

³³⁵ *Rixen*, in: Sachs GG, Art. 2 Rn. 148; BVerfGE 52, 170 ff.; BVerfGE 56, 54, 73; i. E. auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig GG, Art. 2 II Nr. 1 Rn. 69.

³³⁶ BVerfGE 56, 54, 73; BVerfGE 39, 1, 41; BVerfGE 46, 160, 164; insofern gilt es als umstritten, dass auch der Heileingriff in Art. 2 II GG eingreift; vgl. *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth GG*, Art. 2 Rn. 103, 108.

³³⁷ Vgl. *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 93; BVerfGE 52, 173 ff.

³³⁸ *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 116. Zur Problematik, ob der Straftatbestand verfassungskonform auf die Erfassung der ärztlichen Heilbehandlung zu beziehen ist, s. unter A. V. 1. b) bb).

³³⁹ *Joost*, in: *Roxin/Schroth*, S. 383, 404.

³⁴⁰ *Puppe*, ZIS 2016, 366; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68, 87; *Roxin/Greco*, Strafrecht AT, § 13 Rn. 12; vgl. *Schroth*, FS Volk, 2009, 719, 721 f.; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 88 ff.; vgl. *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 120.

bb) Vereinbarkeit der Erfassung ärztlichen Verhaltens
und seiner spezifischen Folgen als körperverletzungsspezifisches
Verhaltens- und Erfolgsunrecht mit Art. 103 II GG

Aufbauend auf dem Verständnis des zugrundeliegenden Rechtsguts gilt es nachfolgend zu erörtern, inwieweit es möglich ist, das (eigenmächtige) Handeln oder Unterlassen des Arztes und dessen spezifische Folgen als tatbestandsspezifisches Verhaltens- und Erfolgsunrecht in Form einer körperlichen Misshandlung bzw. Gesundheitsschädigung zu erfassen.

(1) Möglicher Verstoß gegen das Analogieverbot

Möglicherweise könnte die Erfassung des ärztlichen Handelns als KörpERVERLETZUNG mit den Vorgaben des Grundsatzes „*nulla poena sine lege certa*“ als Ausprägung des Gesetzlichkeitsgrundsatzes gem. Art. 103 II GG unvereinbar sein.³⁴¹ Vor diesem Hintergrund wird regelmäßig ein Verstoß gegen das Analogieverbot (gem. Art. 103 II GG, § 1 StGB, Art. 7 EMRK) moniert.³⁴² Eine KörpERVERLETZUNG i. S. d. § 223 StGB liegt dann vor, wenn die konkrete Verletzung mindestens unter einer der beiden Tatbestandsverwirklichungsformen der körperlichen Misshandlung oder der Gesundheitsschädigung zu subsumieren ist. Eine körperliche Misshandlung erfordert dabei grundsätzlich eine üble, unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.³⁴³ Unter einer Gesundheitsschädigung versteht man das Hervorrufen, Steigern oder Aufrechterhalten eines pathologischen, negativ von den körperlichen Normalfunktionen abweichenden, Zustands.³⁴⁴ Davon ausgehend wird vertreten, dass die ärztliche Maßnahme schon begrifflich nicht unter das „Misshandeln“ subsumierbar sei, weil sie den Gesundheitszustand nicht verschlechtere, sondern verbessere.³⁴⁵ Es wird also namentlich ein Widerspruch zwischen dem heilenden ärztlichen Handeln und dem Verletzen behauptet. Eine Erfassung unter dem Begriff der Misshandlung offenbare einen eklatanten „Widerspruch zum gewöhnlichen Sprachgebrauch“ und sei mit „dem Geist der deutschen Sprache“ schlicht unvereinbar.³⁴⁶ Ein bereits aus sich heraus als vernünftig und angemessen zu beurteilendes Verhalten, wie das des ärztlichen Heileingriffs, könne nicht unter einer Misshandlung oder Gesundheitsschädigung

³⁴¹ Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht, § 223 Rn. 20; Brügmann, NJW 1977, 1473, 1477.

³⁴² Bockelmann, Strafrecht des Arztes, S. 71; Schmidt, JR 1958, 225, 226; Katzenmeier, Arzthaftung, S. 117; Katzenmeier, ZRP 1997, 156, 158.

³⁴³ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, § 223 Rn. 4 m. w. N.

³⁴⁴ Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, § 223 Rn. 5 m. w. N.

³⁴⁵ Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 560.

³⁴⁶ Stooß, Chirurgische Operation, S. 20.

zu erfassen sein.³⁴⁷ Auch erschien es problematisch, etwa die Gabe von Morphinum gegenüber einem Sterbenden unter die Gesundheitsschädigung zu subsumieren.³⁴⁸

(2) Stellungnahme

Die Behauptung eines solchen Gegensatzes darf nicht den Ausgangspunkt der Betrachtung bilden, vielmehr gilt es gerade, einen solchen Gegensatz zu beweisen oder zu widerlegen. Dafür genügt jedoch nicht allein die Auseinandersetzung auf der Basis der grammatischen Auslegung, sondern es ist stattdessen eine umfassende Analyse des Normgehalts des § 223 StGB vorzunehmen. Hier rückt insbesondere eine historisch-genetisch geprägte Auseinandersetzung mit der Entstehungsgeschichte in den Blick. Die Tatalternativen der Körperverletzung – die körperliche Misshandlung und die Gesundheitsschädigung – gehen letztlich auf das von *Feuerbach* geschaffene bayerische StGB von 1813 zurück.³⁴⁹ Unter der Misshandlung verstand man zunächst ganz abstrakt die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens.³⁵⁰ Eine solche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens war relativ unproblematisch in den Fällen des (schmerzhaften) Substanzverlustes oder der (sonstigen) Zufügung von Schmerzen gegeben.³⁵¹ Problematischer erschien demgegenüber die Übertragbarkeit auf gesundheitsfördernde Amputationen³⁵² und schmerzlose Substanzentzugsfälle.³⁵³ In Anbetracht dessen wurde der Begriff der körperlichen Unversehrtheit als Schutzgut geprägt.³⁵⁴ Dieser setzte ebenfalls das Erleiden einer Substanzentzugsfälle voraus,³⁵⁵ auch wenn man auf das Merkmal der Schmerzzufügung inzwischen verzichtete.³⁵⁶ Im Anschluss daran sah man sich allerdings mit Fallgestaltungen konfrontiert, in denen zwar in Bezug auf die Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens keine Zweifel bestanden, gleichzeitig jedoch die nötige Substanz-

³⁴⁷ *Grinwald*, in: Arzt und Recht, S. 137; kritisch demgegenüber *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 57 und *Jahn*, JuS 2007, 1146.

³⁴⁸ *Eschelbach*, Beck OK, § 223 Rn. 52.

³⁴⁹ Vgl. *Kargl*, GA 2001, 538, 547.

³⁵⁰ RGSt 5, 132; *Feuerbach*, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, § 244.

³⁵¹ *Kargl*, GA 2001, 538, 547.

³⁵² RGSt 25, 375, 378.

³⁵³ RGSt 19, 61; dargestellt bei *Kargl*, GA 2001, 538, 547.

³⁵⁴ v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 474.

³⁵⁵ *Kargl*, GA 2001, 538, 547.

³⁵⁶ Dies wurde vor allem auch in Anbetracht möglicher Schmerzunempfindlichkeit mancher Patienten angepasst, sodass die Schmerzzufügung nur noch als ein typisches Symptom gesundheitswidriger Behandlungen, nicht aber als zwingende Voraussetzung aufgefasst wurde; v. *Liszt/Schmidt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 475; *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 43.

verletzung fehlt.³⁵⁷ Um dem gerecht zu werden, erweiterte die Rechtsprechung schließlich den Begriff des „Misshandelns“ um die Begehungsform der „übeln, unangemessenen Behandlung“.³⁵⁸ Ist dagegen in der Analyse des ärztlichen Handelns von einer Substanzverletzung oder einer Gesundheitsschädigung auszugehen, bedarf es dieser erweiterten Auslegung des Misshandelns erst gar nicht.³⁵⁹ Vielmehr ist es als unzulässiges *pars pro toto* zu begreifen, würde man diese, auf die äußersten Grenzbereiche zugeschnittene, Definitionserweiterung auch in eindeutigen Fällen der Substanzverletzung zu Grunde legen.³⁶⁰ Schließlich hat man nicht zuletzt deshalb auf die kasuistische Fassung des ursprünglichen § 187 des preußischen StGB zu Gunsten einer Formulierung verzichtet, die geeignet ist, alle unmittelbar physischen Einwirkungen auf den Organismus zu erfassen.³⁶¹

Eine wertbezogene Auslegung kann nicht bei der Deutung als reine Körpersubstanzverletzung stehen bleiben: Vielmehr ist anhand teleologischer Betrachtung, um die Relevanz der Substanzverletzung einordnen zu können, deren (Un-) Wertgehalt konkretisierungsbedürftig.³⁶² Der dahinterstehende Wert der körperlichen Integrität verdient gerade unabhängig von einer resultierenden Beeinträchtigung der körperlichen Leistungsfähigkeit oder Funktionsstörung Beachtung. Andernfalls würde sich eine nicht hinnehmbare Schutzlücke offenbaren, wenn jeder ärztliche Eingriff, der mittelbar Linderung oder Besserung des Leidens verschafft, mangels Erfolgs nicht zu erfassen wäre.³⁶³ Unter dem Gesichtspunkt des Erfolgsunrechts der Körperverletzung darf der spätere Heilerfolg daher keine Rolle spielen.³⁶⁴ Schon das Reichsgericht stellte zutreffend fest, dass dem zum Zwecke der Heilbehandlung vorgenommenen chirurgischen Eingriff der Charakter der Misshandlung i. S. d. § 223 StGB nicht abgesprochen werden könne, da man unter „misshandeln“ jede unmittelbar physisch dem Organismus zugefügte Verletzung fassen müsse.³⁶⁵ Man sollte sich vor Augen führen, dass auch jenes Handeln, das dazu dient, die Gesundheit zu fördern, durchaus in die Körperintegrität des Betroffenen eingreift, mit Substanzverlust einhergeht oder Schmerzen auslöst.³⁶⁶

³⁵⁷ *Kargl*, GA 2001, 538, 547.

³⁵⁸ *Kargl*, GA 2001, 538, 548.

³⁵⁹ *Kargl*, GA 2001, 538, 548.

³⁶⁰ *Kargl*, GA 2001, 538, 548; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 153.

³⁶¹ „Wer vorsätzlich einen Anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt, wird mit Gefängniß bis zu zwei Jahren bestraft“; § 187 preußisches StGB; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 8.

³⁶² *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 559.

³⁶³ Vgl. *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 560.

³⁶⁴ Vgl. *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 204.

³⁶⁵ RGSt 25, 375, 377.

³⁶⁶ *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 7.

Es bleibt festzuhalten, dass jede ärztliche Maßnahme, die die Körpersubstanz unmittelbar angreift oder die das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt, grundsätzlich dazu geeignet ist, das den Körperverletzungsdelikten zu Grunde liegende Rechtsgut zu verletzen.³⁶⁷ Über diese Feststellung kann auch eine Gesamtbetrachtung der Heilbehandlung unter Berücksichtigung des sozialen Sinngehalts nicht hinwegtäuschen. Eine andere, davon zu differenzierende, Frage ist freilich, ob dem Arzt als individuellen Normadressaten im konkreten bewertungsrelevanten Verhaltenszeitpunkt überhaupt der Vorwurf fehlerhaften Verhaltens gemacht werden kann. Genauer gesagt, ob er gegen eine individualisierend begründete tatbestandspezifische Verhaltensnorm verstoßen hat, zu deren Bildung und Befolgung er *ex ante* in der Lage war.³⁶⁸

Insofern ist es selbst auf der Basis eines anzunehmenden Verhaltensnormverstoßes denkbar, dass es bei einem zu geringen Fehlverhalten am strafrechtlich relevanten Schwellenwert fehlt, um dieses unter dem Aspekt der Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikte zu erfassen.³⁶⁹ Dabei sieht man sich freilich mit der allgemeinen Problematik der Untergrenze des Strafrechts konfrontiert, die keine spezifisch medizinstrafrechtliche ist. Dieser Aspekt ist an späterer Stelle zu vertiefen.³⁷⁰

cc) Zum tatbestandspezifischen Verhaltensunrecht der Körperverletzung

Eine strafrechtliche Sanktionierung des Verhaltens unter dem Aspekt der Körperverletzungsdelikte ist nur dann möglich, wenn eine Verhaltensnorm übertreten wurde, die – bei gegebener Sonderverantwortlichkeit – gerade im Interesse des Schutzes der Körperintegrität anderer legitimiert werden kann.³⁷¹ Die Anerkennung eines konkreten Verletzungserfolgs als Erfolgsunrecht ist damit daran geknüpft, dass der Täter über die rein kausale Schutzwertverletzung hinaus in rech-

³⁶⁷ Vgl. Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 559.

³⁶⁸ S. vertiefend zu diesen Anforderungen *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 8 ff.

³⁶⁹ Vgl. *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 476; in diesem Zusammenhang werden etwa das Fühlen des Pulses, Blutdruckmessen oder andere schmerz- und folgenlose Diagnosemethoden diskutiert; *Hardtung*, in: Münchener Kommentar, § 223 Rn. 44; die allgemeine Untergrenzenproblematik ist freilich auf solche Konstellationen nicht beschränkt; sie betrifft etwa auch das weite Feld der zu geringfügigen Fahrlässigkeit, die selbst bei gravierenden Folgen für eine Straftat nicht ausreicht; weiterführend dazu *Freund*, in: MünchKommStGB, Vor § 13 Rn. 207 ff.; zur Problematik der Untergrenze des Strafrechts s. auch *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69 ff.; *Paeffgen/Böse*, in: NK-StGB, § 223 Rn. 8, 12, 16. Ungeachtet der grundsätzlichen Anerkennung des Unrechts der aufgedrängten Behandlung kann man der Auffassung sein, dass angesichts einer ohne Gewalt oder Drohung erfolgten Behandlung, die keine wesentliche nachteilige Veränderung der Körperintegrität bedeutet, kein Strafbedürfnis besteht; vgl. *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften, S. 31; *Kargl*, GA 2001, 538, 545.

³⁷⁰ S. dazu D.I.2.c).

³⁷¹ *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 12.

lich missbilligter Weise eine Gefahr im Hinblick auf die Körperintegrität geschaffen oder nicht abgewendet haben muss.³⁷² Von einer solchen missbilligten Schaffung oder Nichtabwendung einer Körperverletzungsgefahr ist auszugehen, wenn das entsprechende Verhalten wegen der ihm verbundenen Schädigungsmöglichkeit nach den Wertungen der Rechtsordnung, insbesondere unter Abwägung mit der allgemeinen Handlungsfreiheit prinzipiell zu unterbleiben hat.³⁷³ Die Verletzung der so erfassten und individuell konkretisierten Verhaltenspflicht besteht dabei in der Verwirklichung des rechtlich zu missbilligenden Verhaltens (Handlung oder Unterlassung).³⁷⁴ Das abstrakte Werturteil der intendierten Rechtsgutsverletzung konkretisiert sich damit im Werturteil über den individuellen Verhaltensunwert, der im konkreten Verhalten des Täters zum Ausdruck kommt.³⁷⁵

Aktuell ist es immer noch überaus umstritten, ob das ärztliche Handeln überhaupt unter eine solche rechtlich missbilligte Risikoschaffung (oder Risikonichtabwendung) zu subsumieren ist. Es haben sich verschiedene Theorien entwickelt, die auf der Basis verschiedenster Ansätze den ärztlichen (Heil)eingriff aus der Bewertung als von der Rechtsordnung missbilligtes Verhalten i. S. d. Körperverletzungsdelikte auszunehmen suchen.³⁷⁶ Um in dieser Frage zu einer differenzierten Stellungnahme zu gelangen, lohnt es sich, sich zunächst mit deren Anknüpfungspunkten und Bewertungsmaximen auseinanderzusetzen.

(1) Objektive Kompensationstheorien

Zunächst sind die Theorien in den Blick zu nehmen, die ihre Bewertungsbasis des ärztlichen Verhaltens aus objektiven Gesichtspunkten bilden.

(a) Die objektive Erfolgstheorie

Als klassische Vertreterin dieses Bewertungsspektrums ist die objektive Erfolgstheorie zu nennen. Nach dieser Theorie soll der *ex post* festzustellende objektive (Heil-)erfolg der Therapie der ausschlaggebende Gesichtspunkt für die Verhaltensbewertung sein.³⁷⁷ Konkret bedeutet dies, dass die strafrechtliche Erfassung des ärztlichen Verhaltens unter dem Aspekt der Körperverletzungsdelikte unabhängig von der Durchführung *lege artis* oder einer möglichen Einwilligung,

³⁷² Vgl. *Frisch*, JuS 2011, 205, 208; *ders.*, JuS 2011, 116.

³⁷³ *Frisch*, JuS 2011, 116.

³⁷⁴ *Kaufmann*, Normentheorie, S. 144.

³⁷⁵ *Kaufmann*, Normentheorie, S. 145.

³⁷⁶ Aufführlicher Überblick über den Meinungsstand etwa bei *Hardtung*, in: Münchener Kommentar, § 223 Rn. 73 ff.

³⁷⁷ *Beling*, ZStW 44 (1923), 220, 228 f.; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 66 ff.; *Hirsch*, in: LK-StGB 10. Auflage, Vor § 223 Rn. 3.

allein vom Erfolg der Behandlung abhängen soll.³⁷⁸ Der im Ergebnis erfolgreiche Heileingriff soll (nachträglich) aus dem Tatbestand ausgenommen werden.³⁷⁹ Eine erfolglos gebliebene Heilbehandlung ist demgegenüber zunächst grundsätzlich als tatbestandsmäßiges Körperverletzungsverhalten i. e. S. zu missbilligen, kann aber möglicherweise auf Rechtfertigungsebene durch die Einwilligung des Patienten legitimiert werden.³⁸⁰ Der Unwert des Verhaltens soll entsprechend unmittelbar vom medizinischen Erfolg des Gelingens der Maßnahme bzw. der finalen Heilung abhängen.

(b) Modifizierte Erfolgstheorie

Nach einer modifizierten Fassung der Erfolgstheorie soll jede ärztliche Maßnahme, die gelingt oder ohne wesentlichen Substanzverlust auskommt, nicht als tatbestandliches Körperverletzungsverhalten zu erfassen sein.³⁸¹ In einem solchen Fall läge eine Körper(interessen)verletzung fern und es sei überzogen, die Verletzung der Selbstbestimmung unter dieser Prämisse als körperverletzungsspezifisch zu bewerten.³⁸²

(c) Stellungnahme

Legt man eine allein erfolgsbezogene Auffassung zu Grunde, bedeutet dies nichts anderes, als dass der „Enderfolg“ der ärztlichen Behandlung in einer Gesamtbetrachtung des Geschehens zum entscheidenden Element der tatbestandlichen Missbilligung wird.³⁸³ Ein solches Verständnis verkennt die wesentlichen Gesichtspunkte, die der strafrechtlichen Verhaltensbewertung zugrunde liegen. Die Bestimmung des verhaltensnormwidrigen Verhaltens ist aus der Perspektive des Normadressaten – unabhängig vom Prozess der Heilung – im Zeitpunkt des tatbestandsrelevanten Verhaltens *ex ante* vorzunehmen. Die erfolgsbezogene Auffassung verknüpft sachwidrig die Ablehnung eines vorwerfbaren Fehlverhaltens der Übertretung einer legitimierten Verhaltensnorm mit dem zufälligen Ausblei-

³⁷⁸ Diesen Ansatz verfolgt auch die h. M. in Finnland und Dänemark, wonach ein eigenmächtiger Heileingriff dann nicht als Körperverletzung bewertet werden soll, wenn dieser erfolgreich ist und die Gesundheit fördert. Denn in diesem Fall sei die Annahme einer Körperverletzung mit der Grundvorstellung des ärztlichen Handelns unvereinbar; dargestellt bei *Eser, FS Hirsch, 1999, S. 465, 473* unter Verweis auf *Lahti*, in: *Westerbäll/Phillips (Hrsg.), Patient's Rights, 1994, S. 207, 213*.

³⁷⁹ *Gössel/Dölling, Strafrecht BT, § 12 Rn. 74.*

³⁸⁰ *Schreiber, FS Hirsch, 1999, S. 713, 715.*

³⁸¹ *Eser, ZStW 97 (1985), 1, 22f.; Eser, in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 32; übernommen von Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder, § 223 Rn. 32.*

³⁸² *Eser, ZStW 97 (1985), 1, 18f.*

³⁸³ Vgl. *Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 561 f.*

ben einer entsprechenden Fehlverhaltensfolge. Außerdem ist das Abstellen auf den reinen Heilerfolg strafrechtlich bedenklich, weil der Erfolgsbegriff als höchst unbestimmt zu charakterisieren ist.³⁸⁴ Neben daraus resultierenden Nebenfragen, ob etwa eine reine Nichtverschlechterung der Gesundheit als ausreichend erachtet werden kann oder nach welchen Maßstäben überhaupt ein objektiver Gesundheitsbegriff als biologisches Ideal zu konstruieren sein soll,³⁸⁵ bildet den entscheidenden Einwand gegen die Erfolgstheorie die Ungewissheit über die strafrechtliche Bewertung im Verhaltenszeitpunkt.³⁸⁶ Im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Maßnahme, ist eine strafrechtliche Verhaltensbewertung unmöglich, bis sich nach Tagen, Monaten oder Jahren endgültig herausstellt, ob der vorliegenden Eingriff gelungen ist.³⁸⁷ Infolge dessen entsteht ein unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unerträglicher Schwebezustand der Verhaltensbewertung, der mit Blick auf die Rechtssicherheit nicht akzeptabel ist.³⁸⁸ Darüber hinaus, ist es durchaus nicht fernliegend, dass der Erfolg der Heilbehandlung aus Gründen, die der Arzt nicht zu vertreten hat, nicht erreicht wird.³⁸⁹ Angesichts der Unwägbarkeiten des menschlichen Körpers vermag der Arzt bei der Vornahme der medizinischen Maßnahmen regelmäßig kaum einen Erfolg zu garantieren; standesrechtlich darf er dies nicht einmal.³⁹⁰ Sieht man den „medizinischen Erfolg“ als allein ausschlaggebendes Kriterium der Verhaltensbewertung an, bürdet man dem Arzt damit ein erhebliches Erfolgsrisiko auf und setzt vor allem spezialisierte Ärzte, die in medizinisch besonders riskanten Grenzbereichen tätig sind, in nicht legitimierbarer Weise unter Erfolgsdruck.³⁹¹ Als nachvollziehbare Folge wäre es naheliegend, dass sich gewissenhafte Ärzte aus Angst vor strafrechtlicher Ahndung dem Risiko einer dringend indizierten, aber gleichzeitig hochriskanten Operation erst gar nicht mehr aussetzen. Dadurch würde letztlich die angemessene medizinische Versorgung erheblichen Schaden nehmen.³⁹² Wenn im Falle des Ausbleibens des Behandlungserfolgs Vertreter derartiger Theorien die Problematik des vom Arzt nicht zu vertretenden Misserfolgs durch einen Wechsel des

³⁸⁴ *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 40; *Behr*, Gers 62 (1903), 401 f.

³⁸⁵ *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 40; *Behr*, Gers 62 (1903), 401 f.; *Kargl*, GA 2001, 538, 549; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 41.

³⁸⁶ *Gropp*, GA 2015, 5, 17.

³⁸⁷ *Gropp*, GA 2015, 5, 17.

³⁸⁸ *Dietrich*, Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, S. 54; *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 40; *Behr*, Gers 62 (1903), 401 f.; *Kargl*, GA 2001, 538, 549.

³⁸⁹ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 23.

³⁹⁰ Vgl. § 11 II 2 MBO-Ä; *Kraatz*, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 11.

³⁹¹ S. dazu zudem *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 30.

³⁹² Gefahr der sogenannten Defensivmedizin: *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 158; in diesem Zusammenhang ist etwa die frühe Empfehlung von *Celsus* vor Augen zu führen, einenrettungslos Verwundeten nicht in Behandlung zu nehmen, um sich nicht dem Verdacht auszusetzen, an dessen Tod Schuld zu tragen; *Mikorey*, Med. Klin., 954, 955.

Anknüpfungspunkts überspielen wollen und der Eingriff in diesem Fall trotz Misslingens einer rechtfertigenden Einwilligung zugänglich sein soll,³⁹³ ist diese Inkonsistenz vorzuwerfen.³⁹⁴

Soweit der ärztliche Heileingriff ferner unabhängig von einer Einwilligung, allein aufgrund des objektiven Erfolgs, als rechtmäßig anerkannt wird, ist dem unter besonderer Betonung des Selbstbestimmungsrechts im Hinblick auf die daraus resultierenden Strafbarkeitslücken entschieden zu widersprechen.³⁹⁵ Vielmehr ist jede medizinische Behandlung als „Spagat zwischen Heilauftrag und Selbstbestimmung“ zu begreifen:³⁹⁶ Auch eine erfolgreiche Heilbehandlung ist kein Indiz dafür, dass der Patient den damit einhergehenden Erfolg überhaupt erzielen wollte. Patientenautonomie beinhaltet nämlich auch das Recht zur Ablehnung einer möglicherweise erfolgreichen ärztlichen Maßnahme.³⁹⁷ Auch ein kranker oder verletzter Mensch kann autonom darüber befinden, ob ihm geholfen werden soll oder nicht.³⁹⁸ Weder darf der Mensch zum Objekt ärztlichen Paternalismus noch eines Kollektivinteresses der Gesunderhaltung der Bevölkerung gemacht werden.³⁹⁹ Unabhängig vom reinen Erfolg können für den individuellen Patienten auch kulturelle, theologische oder soziologische Aspekte in seiner Abwägungsentscheidung eine Rolle spielen, was als Ausdruck der Persönlichkeit zu respektieren ist.⁴⁰⁰

Neben der bereits geäußerten Kritik hinsichtlich der Erfolgsbezogenheit stellt sich hinsichtlich der modifizierten Erfolgstheorie darüber hinaus die Frage, inwieweit das Ausmaß der Verletzung für die Missbilligung des ärztlichen Handelns als tatbestandliche Körperverletzung Relevanz beanspruchen soll.⁴⁰¹ Es erscheint insoweit widersprüchlich, die Verletzung der Autonomie nur dann zu berücksichtigen, wenn sie mit materiellen Substanzeinbußen einhergeht.⁴⁰²

³⁹³ *Hirsch*, in: LK-StGB 10. Auflage, Vor § 223 Rn. 5.

³⁹⁴ So auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 158.

³⁹⁵ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 23. An dieser Stelle ist zu ergänzen, dass Vertreter der objektiven Erfolgstheorien zumeist parallel dazu die Etablierung eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung fordern. Zu einer Auseinandersetzung, insbesondere mit den Schwächen dieser Konzeption s. unter A.V.2.

³⁹⁶ *Geilen*, FS Schwind, 2006, S. 289 ff.

³⁹⁷ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 25 ff.; *Kargl*, GA 2001, 538, 540; vgl. dazu auch BGHSt 55, 191: Der Patient ist selbst dann zur Ablehnung eines medizinischen Eingriffs berechtigt, wenn diese Ablehnung seinen sicheren Tod zur Folge hat.

³⁹⁸ So auch *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 9.

³⁹⁹ *Kargl*, GA 2001, 538, 540.

⁴⁰⁰ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 24, 27f.; *Magnus*, in: *Lindner*, Selbst und bestimmt?, S. 107, 119.

⁴⁰¹ *Lilie*, in: LK-StGB, 2011, Vor § 223 Rn. 4.

⁴⁰² *Lilie*, in: LK-StGB, 2011, Vor § 223 Rn. 4.

(2) Zweck- bzw. Absichtstheorien

(a) Intention des Arztes als Tatbestandsausschlussgrund

Über den Bewertungsaspekt der „rein objektiven“ Gesundheit hinaus, versuchen andere Vertreter der Literatur die Intention des Arztes miteinzubeziehen und auf den Sinn der Handlung abzustellen. Allein die medizinische Indikation und die Heilabsicht als Zweck rechtfertigen nach dieser Auffassung, dass es medizinisch (und somit auch rechtlich) richtig sei, die Maßnahme durchzuführen.⁴⁰³ Die Intention der Heilung soll dazu genügen, die ärztliche Maßnahme der tatbestandsspezifischen Verhaltensmissbilligung i. S. der Körperverletzung zu entziehen.⁴⁰⁴ Demnach seien Heileingriffe, die von der Intention der Erhaltung, Sicherung oder Wiederherstellung der Gesundheit geleitet sind, nicht als Verletzungsverhalten zu missbilligen.⁴⁰⁵ Innerhalb dieser Ansicht wird angesichts des Zwecks entweder subjektiv auf die Sicht des konkret handelnden Arztes⁴⁰⁶ oder auf objektive Gesichtspunkte⁴⁰⁷ abgestellt.

(b) Stellungnahme

Für die Annahme des Verhaltensunrechts ist es entscheidend, dass der Arzt eine pflichtwidrige Gefahrenschaffung (oder Nichtabwendung) im Hinblick auf ein geschütztes Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte begründet, obwohl er die Sachlage subjektiv zutreffend erfasst hat oder zumindest erfassen konnte und musste. Dementsprechend müssen auch Vertreter der Intentionstheorie im Hinblick auf den konkreten *Eingriffsakt*, nämlich den ärztlichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit, ein unmittelbares Körperverletzungsverhalten bejahen.⁴⁰⁸ Als Schutzgutverletzung i. S. d. § 223 StGB ist nämlich bereits die Verletzung der Körperintegrität durch den ärztlichen Heileingriff und nicht erst sein Misslingen zu bewerten.⁴⁰⁹ Schon das Reichsgericht bewertete es als „absurd“, dass der Zweck oder Erfolg der Heilbehandlung deren rechtliche Bewertung im Verhaltenszeitpunkt beeinflussen solle.⁴¹⁰ Dem betroffenen Gut der körperlichen Unversehrtheit ist mit dem guten Willen (des Arztes) allein keineswegs gedient.⁴¹¹

⁴⁰³ *Grünwald*, Arzt und Recht, S. 138 f.; *Stoob*, Chirurgische Operation, S. 10 ff.

⁴⁰⁴ Vgl. *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 69 f.; *Gallas*, ZStW 67 (1955), 1, 21 f.; *Niese*, FS Schmidt, 1961, S. 364, 367.

⁴⁰⁵ *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 69 f.; *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1, 5.

⁴⁰⁶ Die Rede ist hier von einer Art Absicht zu heilen, die neben den Vorsatz treten soll; *Hamm*, DJZ, 1907, 450; *Stoob*, Chirurgische Operation, S. 10 ff.; *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 66 ff.; vgl. *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 44 f. m.w.N.

⁴⁰⁷ *Grünwald*, Arzt und Recht, S. 138.

⁴⁰⁸ Vgl. *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 49.

⁴⁰⁹ *Gropp*, GA 2015, 5, 14.

⁴¹⁰ Vgl. *Kargl*, GA 2001, 538, 540; RGSt 25, 375, 378 f.

⁴¹¹ Vgl. *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 46 f.

Damit ist die Intentionstheorie sogar objektiv gesetzeswidrig, weil der gute Wille allein, auch nicht der eines Arztes, es nicht vermag, das feststellbare Verhaltensunrecht auszuschließen.⁴¹² „Gut gemeint ist oft das Gegenteil von gut gemacht.“⁴¹³ Um das Verhalten des Arztes von der negativen Verhaltensbewertung auszunehmen, reicht dies keinesfalls aus.⁴¹⁴ Andernfalls wäre eine Verwirklichung von Fahrlässigkeitsstrafbarkeiten schon begrifflich nicht möglich.⁴¹⁵ Im Übrigen ist angesichts der Nichtbeachtung des Willens des Rechtsgutsinhabers innerhalb der rechtlichen Bewertung des Verhaltens – in Anwendung des zuvor vorgestellten Ansatzes – auf die vorangegangen Ausführungen in Bezug auf die Erfolgstheorien sinngemäß zu verweisen.

(3) Saldotheorien

(a) Die „klassische Gesamtbetrachtungslehre“

Die Vertreter der Gesamtbetrachtungslehren weigern sich, den verletzenden Einzelakt unabhängig von einem folgenden Verhalten zu beurteilen. Sie rügen, dass eine Betrachtung des jeweiligen Einzelaktes willkürlich und naturfern erfolge.⁴¹⁶ Man durchbreche den naturalistischen Zusammenhang, indem die strafrechtliche Würdigung des Verhaltens auf die isolierten Teilakte des Behandlungsprozesses – wie den Schnitt mit dem Skalpell oder dem Stich mit der Nadel – beschränkt werde; nur diese Teilakte wiesen körperverletzenden Charakter auf.⁴¹⁷ Der potentiell geeignete Schnitt soll demnach dann aus der negativen Verhaltensbewertung als KörpERVERLETZUNGSverhalten auszunehmen sein, wenn er innerhalb eines größeren Zusammenhangs durch rechtsgutsbewahrende Faktoren kompensiert werden kann.⁴¹⁸ Anders als bei den Erfolgstheorien soll also eine Saldierung des Geschehens unter Einbeziehung aller Aspekte der Behandlung erfolgen, bei der der körperverletzende Teil durch den Aspekt der Heilung kompensiert wird und der Verhaltensunwert mit Blick auf das später vorgenommene bzw. vorzunehmende Verhalten entfällt. Im Ergebnis läuft die Abwägung auf eine Saldierung der Gesundheit des Patienten mit und ohne den vorgenommenen Heil-

⁴¹² Freund, ZStW 109 (1997), 455, 477; Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 155; Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff, S. 45; Eser, ZStW 97 (1985), 1, 5.

⁴¹³ Freund, ZStW 109 (1997), 455, 477 unter anschaulichem Verweis darauf, dass im Falle eines an sich wohlmeinenden – zur Hilfeleistung verpflichteten – Helfers, der bei einem ausgebrochenen Brand in für ihn vermeidbarer Weise Benzin ins Feuer gießt, auch niemand auf die Idee käme, ihn aufgrund seines guten Willens aus einer Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auszunehmen; Meyer, GA 1998, 415, 424: „Der Wille allein heiligt die Mittel eben nicht.“

⁴¹⁴ Eser, ZStW 97 (1985), 1, 5.

⁴¹⁵ Mitsch, Strafrechtlicher Schutz, S. 18.

⁴¹⁶ Engisch, Einführung, S. 6.

⁴¹⁷ Vgl. Mitsch, Strafrechtlicher Schutz, S. 19.

⁴¹⁸ Vgl. Mitsch, Strafrechtlicher Schutz, S. 19.

eingriff hinaus.⁴¹⁹ Erste Anknüpfungspunkte dessen wurzeln schon in frühesten Stellungnahmen, was etwa die Aussage von *Binding* zeigt. Seiner Meinung nach „ward die Heilbehandlung stets als Ganzes betrachtet und der fatale Teil einfach von der heilenden Tendenz kompensiert“.⁴²⁰

(b) Saldierung auf der Basis einer Gefahrbeurteilung

Daneben werden auch erfolgsunabhängige Ansätze vertreten, die das Verhalten selbst in den Blick nehmen, ohne dabei die konkret materiellen Auswirkungen zu berücksichtigen. Die Rede ist von den sogenannten Gefahrmindeungs⁴²¹ – oder Körperinteressentheorien⁴²², die eine Saldierung des Zustandes nach der Behandlung mit den möglichen Nachteilen, die aus der Nichtvornahme ebendieser resultiert wären, vornehmen. Nach diesem Verständnis ist nur dann von einer Rechts-gutsverletzung auszugehen, wenn der Eingriff im Vergleich zu den zu erwartenden Nachteilen ohne Behandlung keine Gefahrverringerung darstellt.⁴²³ Das bedeutet, sobald der Gesundheitszustand durch die konkrete ärztliche Maßnahme auch nur eine geringfügige Verbesserung erfährt oder aber sich die Gefahr eines gesundheitlichen Nachteils verringert, soll das Handeln des Arztes aus sich heraus legitimiert sein, indem es am notwendigen Verhaltensunwert fehle. Der entgegenstehende Patientenwille findet nach dieser Auffassung keine Berücksichtigung.

(c) Stellungnahme

Grundsätzlich ist der Grundgedanke der Saldierung dem Strafrecht nicht völlig fremd und findet in anderen Bereichen durchaus Anwendung.⁴²⁴ In diesem Zusammenhang ist etwa auf die Anwendung auf den Vermögensschaden beim Betrug, die Sachbeschädigung im Rahmen der Reparatur oder die Ermittlung einer ehrverletzenden Äußerung gem. § 185 StGB zu verweisen:⁴²⁵ Ein Vermögensschaden im Rahmen der Betrugsstrafbarkeit kann nur dann festgestellt werden, wenn nach einer Gesamtsaldierung unter Einbeziehung jedes Aspekts, welcher der unmittelbaren Schadenskompensation dienen könnte, eine nachteilige Vermögensdifferenz feststellbar bleibt.⁴²⁶ Die Reparatur einer Sache wird ebenfalls

⁴¹⁹ *Gössel/Dölling*, BT 1, § 12 Rn. 76.

⁴²⁰ *Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, S. 56.

⁴²¹ Maßgeblich geprägt durch *Schmidhäuser*, AT 5/103.

⁴²² Geprägt durch *Beling*, ZStW 44 (1924), 220, 225 f.; *Engisch*, ZStW 58 (1939), 1, 5 f.

⁴²³ Vgl. *Meyer*, GA 1998, 415, 419.

⁴²⁴ Vgl. *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 19 f.

⁴²⁵ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 20; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 54 ff.

⁴²⁶ *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT II, Rn. 538.

nach herrschender Meinung, trotz unmittelbar vorhergehender Zerlegungsmaßnahmen, nicht als tatbestandsmäßiges Sachbeschädigungsverhalten gewertet.⁴²⁷ Schließlich liefert auch das Umweltstrafrecht Anknüpfungspunkte einer Gesamtsaldierung.⁴²⁸ In all diesen Bereichen resultiert die endgültige Wertung aus einer Gesamtbetrachtung des Verhaltens. Auf diese Gesichtspunkte nimmt u. a. *Bockelmann* konkret Bezug, indem er den Saldierungsansatz bezüglich der Reparatur einer Sache auf den ärztlichen Heileingriff überträgt:

„So wenig die Ausbesserung einer Sache Sachbeschädigung ist, so wenig ist die Heilung des Patienten Körperverletzung, mag der Patient auch um – im Rahmen des Möglichen – gesund zu werden [...] Schweres erdulden und aufzunehmen müssen.“⁴²⁹

Auf den ersten Blick weisen die Körperverletzungsdelikte und die Sachbeschädigung tatsächlich Parallelen auf.⁴³⁰ Beiden ist es immanent, dass ggf. eine normalerweise strafbewehrte Verhaltensweise, wie das Verletzen oder das Beschädigen, einem größeren Sinnzusammenhang: der Reparatur oder der Heilung dienen soll. Genauer differenziert beruht dies allerdings primär nicht auf einer reinen Saldierung des Geschehens, sondern vielmehr darauf, dass nach zutreffender Verhaltenskonkretisierung im Falle der Reparatur im Endergebnis regelmäßig deshalb kein Missbilligungsurteil über das Verhalten gefällt werden kann, weil der berechtigte Eigentümer mit dem Vorgehen einverstanden ist. Diese Überlegung ist zwar auch auf den ärztlichen Heileingriff übertragbar. Jedoch ist die Bestimmung des Verhaltensunrechts – schon allein wegen der notwendigen Berücksichtigung der körperbezogenen Selbstbestimmung innerhalb der Auslegung der Körperintegrität – nicht auf die reine Saldierung eines „objektiv“ betrachteten Gesundheitszustands zu verkürzen.⁴³¹ Selbst in den zuvor dargestellten Vergleichsbereichen, in denen aufgrund des objektiv nach Wert bestimmbaren Charakters der Güter, die Saldobetrachtung weniger problematisch scheint, wird durchaus der Wille des Rechtsgutsinhabers in die strafrechtliche Verhaltensbewertung einbezogen. Die Reparatur einer Sache kann z. B. dann doch als Sachbeschädigung zu bewerten sein, wenn der Eigentümer ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung des defekten Zustands hat.⁴³² Auch der Gesamtsaldierung im Rahmen des Vermögensschadens sind unter Berücksichtigung des personalen

⁴²⁷ *Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, § 303 Rn. 13; *Zacyk*, in: *NK-StGB*, § 303 Rn. 13.

⁴²⁸ Vgl. *Bloy*, JuS 1997, 577, 583.

⁴²⁹ *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 66 Anm. 83.

⁴³⁰ So auch *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 59; *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT § 6 Rn. 99.

⁴³¹ Dieser Gedanke wird oftmals mit der etwas ungenauen Formulierung, „Gesundheit sei schließlich kein Saldobegriff“ angesprochen; s. *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, BT, § 6 Rn. 100; *Lenckner*, in: Praxis der Rechtsmedizin, S. 592 f.

⁴³² Was etwa bei einem Unfallwagen aufgrund versicherungsrechtlicher Aspekte der Fall sein kann; a. A. *Hecker*, in: *Schönke/Schröder*, § 303 Rn. 13; *Hoyer*, in: *SK*, § 303, Rn. 12; vgl. auch den sogenannten „Dielenfall“ RGSt 33, 177.

Vermögensbegriffs und den Aspekten des individuellen Schadenseinschlags,⁴³³ Einzelbetrachtungen des Vorgangs der Vermögensverfügung nicht wesensfremd.⁴³⁴

Vor diesem Hintergrund muss sich für die stark persönlichkeitsgeprägten Körperverletzungsdelikte als Ausprägung der individuellen Freiheitsentfaltung erst recht die Ablehnung eines Saldierungsgedankens ergeben, der den individuellen Willen nicht berücksichtigt. Es ist nämlich nicht nach objektiven Maßstäben bestimmbar, was für den individuellen Patienten per Saldo vorzugswürdig ist. Jede Saldierung von Vor- und Nachteilen bedeutet letztlich, dass man dem Rechtsguts träger fremde Maßstäbe aufzwingt.⁴³⁵ Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten findet keine Berücksichtigung mehr. Die auf die Gesamtbilanz abstellende Saldierung des Geschehens macht den Patienten somit zu einem Objekt „ärztlicher Vernunfthoheit“ und legitimiert die Behandlung unabhängig vom Willen des Rechtsgutsinhabers als potentiell entgegenstehendes Interesse.⁴³⁶ Weiterhin erscheint es grundsätzlich systemfremd, die negative Verhaltensbewertung im bewertungsrelevanten *ex ante* Zeitpunkt allein deshalb nachträglich zu negieren, weil das enthaltene Unrechtsquantum durch einen anschließenden tendenziell unrechtsmindernden Faktor (auf den der Arzt unter Umständen gar keinen direkten Einfluss hat) *ex tunc* neutralisiert wurde.⁴³⁷ Vielmehr bleibt es dabei: Jede ärztliche Maßnahme, die für sich genommen in die Körperintegrität eingreift und nicht vom Rechtsgutsinhaber autorisiert ist, beeinträchtigt ohne weiteres und nicht nur ausnahmsweise das Rechtsgut der Körperintegrität.⁴³⁸

Ebenso verhält es sich bei der Saldierung auf der Basis einer Gefahreneinschätzung. Differenziert man allein nach dem Grad der Gefahr im Falle der unterbliebenen Heilbehandlung, so darf man nicht übersehen, dass aus Sicht des Patienten der Chance auf Heilung oder Besserung seines Leidens immer ein gewisses Risiko einer potentiellen Verschlechterung gegenübersteht, in manchen Fällen sogar der mögliche Tod.⁴³⁹ Niemals kann eine Pflicht existieren, sich der Behandlung zu unterziehen. Gleich wie minimal ein solches Verschlechterungsrisiko im Verhältnis zur möglichen Heilung erscheinen mag, kann es für den individuellen Patienten gewichtige Gründe geben, sich dieser Behandlung nicht zu

⁴³³ Beispielausführlich sei hier auf den individuellen Schadenseinschlag im „Melkmaschinenfall“ verwiesen, BGHSt 16, 321.

⁴³⁴ *Bottke*, Suizid und Strafrecht, S. 150; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 58.

⁴³⁵ *Puppe*, GA 2003, 764, 765; *Puppe*, in: NK-StGB, Vor § 13 ff. Rn. 78.

⁴³⁶ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 31.

⁴³⁷ *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 21; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 63.

⁴³⁸ *Lenckner*, in: Praxis der Rechtsmedizin, S. 593; *Cramer*, FS Lenckner, 1998, S. 761, 773; *Mitsch*, Strafrechtlicher Schutz, S. 21.

⁴³⁹ Vgl. *Puppe*, GA 2003, 764, 765.

unterziehen. Nimmt man die Patientenautonomie ernst, kann die Verhaltensmissbilligung eines Eingriffs in die Körperintegrität nicht von der reinen Wahrscheinlichkeit einer Risikoverringerung abhängig gemacht werden. Schließlich kann eine lebenserleichternde Maßnahme im Hinblick auf ihre Folgen genauso gefährlich sein, wie eine lebenserhaltende, sodass auch dahingehende Differenzierungen nicht überzeugen.⁴⁴⁰ Darüber hinaus erscheint auch die konkrete Bestimmung der Anknüpfungspunkte einer Saldierung angesichts eines möglicherweise umfassenden und langwierigen Heilungsprozesses höchst unbestimmt.⁴⁴¹

Auf der Basis solcher Saldierungen wäre man letztlich strafrechtlich gezwungen, Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit des Patienten zu gestatten, die dieser nicht autonom gebilligt hat. Derartiges ist vor dem Hintergrund der wesentlichen Bedeutung der Patientenautonomie nicht hinzunehmen. Nicht zuletzt sollte man sich schließlich die drohende Auswirkung der Etablierung eines Spezialstrafrechts zu Gunsten der Ärzteschaft vor Augen führen, die in derartigen Saldierungsansätzen zum Ausdruck kommt.⁴⁴²

(4) Wegen ihres Nutzens tolerierte Risikoschaffungen

Eine andere Frage ist es freilich, ob die Verhaltensmissbilligung der ärztlichen Behandlung durch die Sozialadäquanz des ärztlichen Berufes beeinflusst werden kann. Insbesondere erscheinen uns viele Tätigkeiten wegen ihres sozialen Nutzens und ihrer gesellschaftlichen Notwendigkeit derart wichtig, dass sie trotz ihrer potentiell erhöhten Gefährlichkeit für bedeutende Rechtsgüter unter der Einhaltung bestimmter risikominimierender Bedingungen als erlaubtes Risiko eingeordnet werden.⁴⁴³ Demnach verletzt derjenige, der sich bei seinem Handeln im Rahmen dieser etablierten Regelungen der Gefahrminimierung für die potentiell beeinträchtigten Schutzgutinteressen bewegt, nicht die gebotene Sorgfalt.⁴⁴⁴

Der ärztliche Heileingriff unterscheidet sich vom übrigen ärztlichen Handeln durch die medizinische Indikation als charakteristisches Merkmal. Dabei handelt es sich um eine *ex ante* auf medizinisch-fachlicher Ebene angestellte, immer auf den konkret individuellen Patienten bezogene Nutzen-Risiko-Entscheidung.⁴⁴⁵ Vor diesem Ausgangspunkt ließen sich möglicherweise speziell für die Verhaltensmissbilligung im Rahmen des ärztlichen *Heileingriffs* Bedingungen etablieren.

⁴⁴⁰ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 37.

⁴⁴¹ Insoweit sind gewisse Parallelen zur abzulehnenden Gesamtbetrachtungslehre bei der Bewertung des Fehlschlags eines Versuchs vor dem Hintergrund der Rücktrittsproblematik zu ziehen; vgl. dazu *Freund*, *NStZ* 2004, 326, 327.

⁴⁴² *Voll*, Einwilligung, S. 28.

⁴⁴³ *Frisch*, *JuS* 2011, 116, 118.

⁴⁴⁴ Vgl. *Frisch*, *JuS* 2011, 116, 119.

⁴⁴⁵ *Lipp*, *MedR* 2015, 762, 766; *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 42; *Neitzke*, in: *Dörries/Lipp*, Medizinische Indikation, S. 83, 92.

ren, bei deren Einhaltung das ärztliche Handeln als ein sozialverträgliches „erlaubtes Risiko“ charakterisiert werden kann. Ein solches von der Rechtsordnung im Hinblick auf die Schaffung spezifischer Gefahren erlaubtes Verhalten, kann in einem zweckrational legitimierten Strafrechtssystem legitimerweise keine strafrechtliche Sanktionierung nach sich ziehen.⁴⁴⁶ Dementsprechend ist es allerdings entscheidend, welche Kriterien bezüglich der Erlaubtheit des Verhaltens genau erfüllt sein müssen. Angesichts dessen gibt es unterschiedliche Konzepte.

(a) Bedingung der Durchführung des Eingriffs nach der *lex artis*
(einwilligungsunabhängiges Verständnis)

Ein erster Anknüpfungspunkt wäre es grundsätzlich, die Durchführung *lege artis* in den Mittelpunkt zu stellen. Eine Heilbehandlung, die der *lex artis* entspricht, also nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt wird, basiert nach heutigem Verständnis auf einer nach medizinischen Kenntnissen und Erfahrungen medizinisch vertretbaren Entscheidung über diagnostische und therapeutische Maßnahmen und genügt ihrerseits der sorgfältigen kunstgerechten Durchführung.⁴⁴⁷ Aus medizinethischer Sicht wird die medizinische Indikation als begründeter Entschluss der ärztlichen Handlungsnotwendigkeit in Bezug auf einen individuellen Patienten eingeordnet.⁴⁴⁸ Inzwischen wurde die *lex artis* auch in § 630a II BGB kodifiziert, indem die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. Dieser Standard gibt Auskunft darüber, welches Verhalten von einem gewissenhaften, fachlich qualifizierten und aufmerksamen Arzt erwartet werden kann.⁴⁴⁹ Unter Zugrundelegung dessen soll die Vornahme der Behandlung nach partiell innerhalb der Literatur vertretenen Ansichten für den Fall, dass die medizinische Indikation und die Einhaltung der *lex artis* vorliegen, unter dem Aspekt der Körperverletzungsstrafbarkeit nicht zu missbilligen sein.⁴⁵⁰ Der Arzt verhalte sich, sofern er den Patienten *lege artis* behandelt, nicht sorgfaltswidrig.⁴⁵¹ Solange die Regeln der ärztlichen Kunst beachtet werden, soll also keine Körperverletzungsspezifische Verhaltensmissbilligung vorgenommen werden, auch dann nicht, wenn der Arzt eigenmächtig handelt.⁴⁵² Die Wurzeln dieses Gedanken reichen weit zurück: So formulierte

⁴⁴⁶ Siehe dazu *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 27, 51 f.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, S. 347 f.

⁴⁴⁷ BGH NJW 1987, 2291; vgl. *Huber*, Medizinische Indikation, S. 28 f.

⁴⁴⁸ *Neitzke*, in: *Charbonnier/Dörner/Simon*, Medizinische Indikation und Patientenwille, S. 53.

⁴⁴⁹ BGH NJW-RR 2014, 1053.

⁴⁵⁰ Vgl. *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 40.

⁴⁵¹ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 32.

⁴⁵² *Zipf*, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 582; *Tröndle*, MDR 1983, 881.

von *Liszt* bereits 1904, dass ärztliches Handeln regelmäßig dann gerechtfertigt sei, wenn es zum Erreichen des Heilzwecks nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt werde.⁴⁵³

(b) Stellungnahme

Das Abstellen auf den Gesichtspunkt der Durchführung *lege artis* als ausschlaggebenden Aspekt bedeutet letztlich eine Wertungskongruenz mit dem aus medizinischer Sicht Richtigen. Allerdings darf man nicht aus den Augen verlieren, dass der alleinige Verweis auf die ärztliche Kunst letztlich nichts Anderes darstellt, als ein Synonym des Heilzwecks, nämlich diesmal für einen Zweck, der aus ärztlicher Sicht vernünftig und aus wissenschaftlicher Sicht vertretbar ist.⁴⁵⁴ Bei allem therapeutischen und diagnostischen Perfektionismus sollte man daher nicht vergessen, dass es sich in erster Linie nicht um den wissenschaftlich interessanten Fall einer Krankheit, sondern um einen leidenden Menschen handelt, für den die Nichtbehandlung u. U. wertvoller wäre als eine technisch hervorragend gelungene aber unwirksame Operation.⁴⁵⁵ Die Wahrung der persönlichen Entscheidungsfreiheit des Betroffenen darf gerade nicht beschränkt werden auf das, was aus ärztlicher Sicht erforderlich und sinnvoll ist.⁴⁵⁶ Andererseits ist zu beachten, dass zahlreiche ärztliche Maßnahmen, deren medizinische Indikation zumindest zweifelhaft ist, von der Rechtsordnung unter bestimmten Umständen keineswegs missbilligt werden.⁴⁵⁷ Eine ausschließliche Orientierung an ärztlicher Indikation und fachgerechter Durchführung der Behandlung brächte auch nicht etwa Rechtssicherheit, sondern im Gegenteil die Gefahr, dass letztlich selbstgesetzte Standards der Ärzteschaft den alleinigen Ausschlag bezüglich der Strafbarkeit gäben.⁴⁵⁸

Entscheidend ist freilich: Auch bei ärztlicher Indikation und Einhaltung der *lex artis* bleibt die rechtliche Missbilligung des Verhaltens in Bezug auf das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht – als einem unmittelbaren Bestandteil der zu schützenden Körperintegrität – bestehen. Die *lex artis* allein ohne konkreten Bezug zum Selbstbestimmungsrecht vermag es daher nicht, den Eingriff zu legitimieren. Es ist nämlich gerade die kruziale Frage, ob ein sorgfaltsgemäßer Eingriff *lege artis* erfolgt, wenn nicht zuvor die gebotene Aufklärung stattgefunden und diese zu einer entsprechenden Einwilligung des (einwilligungsfähigen)

⁴⁵³ v. *Liszt*, in: Zeitschrift für ärztliche Fortbildung, 1904, Sonderdruck, S. 32.

⁴⁵⁴ *Kargl*, GA 2001, 538, 550.

⁴⁵⁵ *Schulzen*, Der Arzt, S. 123 f.

⁴⁵⁶ BGH NJW 2003, 1862; in diesem Sinne auch *Baumann*, NJW 1958, 2092, 2094; *Hilgendorf*, in: Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 6 Rn. 99; *Rengier*, BT/2, § 13 Rn. 27.

⁴⁵⁷ *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 242.

⁴⁵⁸ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 194; *Magnus*, Patientenautonomie, S. 150.

Rechtsgutsträgers geführt hat. Eine Behandlung ohne Rücksicht auf deren Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten erscheint dementsprechend nicht als *lege artis*, möge auch den medizinisch-technischen Bedingungen im Übrigen genügt worden sein.⁴⁵⁹

(c) *Lex artis* unter Einbeziehung der Einwilligung des Patienten
als informed consent

Nach dem Gesagten erscheint ein erweitertes Verständnis der *lex artis* unter Einbeziehung des Willens des Betroffenen als einem wesentlichen Legitimationskriterium des Verhaltens vorzugswürdig. Versteht man die Achtung der Patientenautonomie als einen entscheidenden Aspekt der ärztlichen Kunst, bietet es sich an, den Willen des Patienten unmittelbar in die *lex artis* aufzunehmen, sodass eine fachgerecht vorgenommene, dem Willen des Patienten entsprechende Heilbehandlung einer Verhaltensmissbilligung entgegenstünde.⁴⁶⁰ Denn begreift man den Willen als konstituierenden Faktor des Rechtsguts der körperlichen Unverletztheit, ist es geradezu zwingend, den Gestaltungswillen des Subjekts bereits im Augenblick der Rechtsgutsgefährdung einzubeziehen.⁴⁶¹ Aufgrund dieses Zusammenhangs zwischen der *lex artis* und des durch Einwilligung gedeckten Handelns bietet es sich an, im Falle der entsprechend vom Patienten konsentierten Behandlung bereits einen Tatbestandsausschluss anzunehmen.⁴⁶² Der sogenannte *informed consent* dient im Arzt-Patienten-Verhältnis dem Zweck, die medizinische Behandlung durch Zustimmung des Patienten, die sich sowohl auf die Körpersphäre als auch die Verfügungsbefugnis bezieht, zu legitimieren.⁴⁶³ Ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Patienten kann nicht von einer Vornahme der Behandlung *lege artis* ausgegangen werden.⁴⁶⁴ Der Autonomie des Patienten als Ausdruck seiner grundgesetzlich geschützten selbstbestimmten Persönlichkeit gebührt hier der Vorrang.⁴⁶⁵ Dies gilt umso mehr unter Berücksichtigung dessen, dass die Achtung der Patientenautonomie auch zu den Behandlungsgrundsätzen des Arztes zählt.⁴⁶⁶ Eine eigenmächtige Behandlung ist demnach bereits auf Grundlage dessen als Verstoß gegen die *lex artis* zu charakterisieren.⁴⁶⁷ Die für den informed consent erforderliche vorherige Aufklärung stellt damit eine normative Bedingung ärztlicher Sorgfaltspflicht dar, die unmittelbar den Schutz der

⁴⁵⁹ Schröder, NJW 1961, 951, 952 ff.; Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 572.

⁴⁶⁰ Schröder, NJW 1961, 951, 953.

⁴⁶¹ Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 565.

⁴⁶² Freund, ZStW 109 (1997), 455, 475.

⁴⁶³ Magnus, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 109, 111.

⁴⁶⁴ Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 572.

⁴⁶⁵ Magnus, in: Lindner, *Selbst und bestimmt?*, S. 107, 109.

⁴⁶⁶ Vgl. § 7 I Muster-BO.

⁴⁶⁷ Duttge, MedR 2005, 706, 709.

Körperintegrität bezweckt.⁴⁶⁸ Vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses ist die Zustimmung des Patienten nicht – wie nach dem klassischen Verständnis – als Rechtfertigungsgrund des Verhaltens heranzuziehen, sondern erlangt bereits für die Bestimmung der tatbestandsspezifischen grundsätzlichen Verhaltensmissbilligung Relevanz. Weitergedacht resultiert aus dieser Überlegung die Möglichkeit, die ärztliche Heilbehandlung aus der negativen Verhaltensbewertung i. S. d. Körperverletzung auszunehmen, sofern sie in ihrer fachgerechten Durchführung unmittelbar dem Willen des Patienten entspricht. Denn dann schließt der Patient mittels Artikulation des informed consent bereits die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit aus.⁴⁶⁹ Dahinter steht die Überlegung, dass bei einem Rechtsgut, das der freien Entfaltung des Einzelnen dient, dann keine Rechtsgutsverletzung vorliegen kann, wenn die in Rede stehende Handlung auf der freien Disposition des Betroffenen beruht. Denn diese beeinträchtigt seine freie Entfaltung nicht, sondern ist vielmehr unmittelbar deren Ausdruck.⁴⁷⁰ Insofern entscheidet die autonome Disposition des Rechtsgutsinhabers über die zu dessen Schutz legitimierbaren Verhaltensnormen. Steht ein autorisierter Heileingriff in Rede, hat der Patient ja gerade ein massives Interesse an der Vornahme der Behandlung offenbart. Angesichts dessen fällt es schwer, ein materielles Rechtsgüterschutzinteresse anzunehmen, dem die Verhaltensreglementierung dienen könnte, sodass es in derartigen Fällen bereits am Verhaltensnormverstoß als Grundvoraussetzung jeder Bestrafung mangelt.⁴⁷¹ Dienen die gewünschten Handlungen der Verfol-

⁴⁶⁸ Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 572. Der mögliche Einwand, das Selbstbestimmungsrecht zähle nicht zum Rechtsgut des § 223 StGB, so dass sich eine solche Betrachtungsweise verbiete (vgl. Edlbauer, Hypothetische Einwilligung, S. 24 f.), wurde bereits widerlegt; s. dazu unter A.V. 1. b) aa).

⁴⁶⁹ Sachlich übereinstimmend Roxin/Greco, Strafrecht AT, § 13 Rn. 12 ff.; Tag, Der Körperverletzungstatbestand, S. 179; für Roxin und Tag tritt allerdings die Einwilligung als Voraussetzung neben die lex artis und ist nicht als deren Teil zu verstehen. I.E. ebenfalls ähnlich Krüger, FS Beulke, 2015, S. 137, 141. Ähnlich auch Jäger, der die Willensgemäßheit des Rechtsgutsträgers allerdingen davon ausgehend als Aspekt der Zurechnung begreift; Jäger, Zurechnung, S. 22 f. Dieser zurechnungsbasierte Ansatz setzt jedoch zu spät an. Bei Vorliegen des informed consent existiert im Zeitpunkt der willensgemäßen Durchführung ex ante kein rechtlich zu missbilligendes gefahrschaffendes Verhalten. Ein (Erfolgs-)Zurechnungsproblem stellt sich mithin nicht. Ein solches Verständnis erscheint auch unter dem Aspekt einer möglichen Versuchsstrafbarkeit vorzugs würdig. Würde man nämlich den Tatbestand allein aufgrund der mangelnden Erfolgzurechnung verneinen können, stünde diese Annahme einer selbstständigen Versuchsstrafbarkeit nicht entgegen; diese ist in derartigen Fällen nicht tatbestandsspezifischen Fehlverhaltens jedoch ebenfalls abzulehnen; vgl. dazu Freund/Rostalski, AT, § 2 Rn. 15.

⁴⁷⁰ Roxin/Greco, Strafrecht AT, § 13 Rn. 12; Schroth, in: Roxin/Schroth, S. 23, 32. An dieser Stelle zeigt der rechtsvergleichende Blick, dass sowohl im portugiesischen als auch im spanischen Strafrecht im Falle eines einvernehmlichen, vom Rechtsgutsinhaber autorisierten Heileingriffs bereits die Tatbestandsmäßigkeit der Körperverletzung verneint wird; vgl. Eser, FS Hirsch, 1999, S. 465, 473 m.w.N.

⁴⁷¹ S. dazu Freund/Rostalski, AT, § 3 Rn. 9; i. E. ebenfalls Kühl, AT, § 9 Rn. 21; Holznagel, Zustimmung als negatives Tatbestandsmerkmal, S. 70, 102; a. A. Jescheck/

gung wertbezogener Patienteninteressen in Bezug auf dessen eigene Körperintegrität kann keine Rede von deren Verletzung sein.⁴⁷² Vor diesem Hintergrund wäre es unangemessen, eine medizinisch indizierte ärztliche Heilbehandlung, die vom Rechtsgutsinhaber autorisiert ist (!), zunächst im Grundsatz als Körperverletzungsunrecht zu missbilligen, um sie im Anschluss als durch die Einwilligung gerechtfertigt anzusehen.

Angesichts eines solchen Verständnisses stellt sich jedoch in Anknüpfung an die dogmatische Verortung des Willens des Patienten die Frage, ob dessen geäußerte Willensübereinstimmung in Bezug auf die ärztliche Maßnahme tatsächlich bereits in die tatbestandsspezifische grundsätzliche Verhaltensmissbilligung einzubeziehen ist. Denkbar wäre es auch, diese Autorisierung erst bei der Verhaltensbewertung i. S. eines Ausschlusses der endgültigen Missbilligung auf der Ebene der Rechtfertigung zu berücksichtigen. Namentlich geht es dabei um das Verhältnis zwischen Einwilligung und Einverständnis. Dementsprechend soll die folgende Darstellung dazu dienen, mögliche Zweifel an der dogmatischen Verortbarkeit des informed consent innerhalb der *lex artis* auszuräumen und die Tatbestandslösung weiter abzusichern.

Gerade im Bereich der Körperverletzungsdelikte wird gegenüber der Einordnung der Willensgemäßheit als Tatbestandsausschluss zumeist die Kritik geäußert, dass dies dem Verständnis des § 228 StGB und damit der gesetzlichen Grundordnung widerspreche.⁴⁷³ Der behauptete Konflikt mit § 228 StGB soll sich dabei unmittelbar aus dem entgegenstehenden Wortlaut ergeben, weil die Verwendung der Formulierung „rechtswidrig“ eine Einordnung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund impliziere. Ein solches Verständnis ist allerdings keinesfalls zwingend. Gem. § 11 I Nr. 5 StGB erfordert eine „rechtswidrige Tat“ aus Sicht des Gesetzgebers lediglich, dass sie „den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. Damit bezieht sich der Gesetzgeber in seiner Formulierung der rechtswidrigen Tat auf das Gesamtunrecht und nimmt keine konkrete Einordnung im strafrechtlichen Deliktsaufbau vor.⁴⁷⁴ Der Täter mag nicht tatbestandsmäßig handeln, ob er deshalb aber rechtmäßig handelt, ist von dieser Einordnung zu differenzieren.⁴⁷⁵

Angesichts dessen ist zu betonen, dass die Einordnung der Einwilligung im Deliktsaufbau auf einer Wertentscheidung der Verhaltenseinordnung und gerade

Weigend, AT, § 34, I 1c, der selbst im Falle der Einwilligung trotz des übereinstimmenden Willens des Rechtsgutsträgers das Rechtsgut als „objektiv“ verletzt ansieht.

⁴⁷² Schroth, in: Roxin/Schroth, S. 23, 33.

⁴⁷³ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Vor § 32 ff. Rn. 33a; Dreher, in: FS Heinitz, 1972, S. 207, 220.

⁴⁷⁴ So auch Roxin/Greco, AT, § 13 Rn. 27, 29; Jäger, Zurechnung, S. 15; a. A. Jeschke/Weigend, AT, § 34 I 3; Dreher, FS Heinitz, 1972, S. 207, 220.

⁴⁷⁵ Vgl. Otto, FS Geerds, 1995, S. 603, 605 f.

nicht auf einem vermeintlichen dogmatischen Zwang der Verortung der Willensgemäßheit des Patienten basiert. Verwendet man einen präziseren Tatbestandsbegriff – als dies im Schrifttum aktuell speziell im strafrechtlichen Kontext meistens der Fall ist – wird deutlich, dass die Erfüllung des Tatbestands (im weiteren Sinne), über die Erfüllung der reinen Tatbestandsvoraussetzungen i. e. S. hinaus, sämtliche Voraussetzungen einer endgültigen Verhaltensmissbilligung (insbesondere auch die Voraussetzungen fehlender Rechtfertigung) beinhaltet.⁴⁷⁶ Aus diesem Verständnis ergibt sich, dass der zustimmende Wille des Rechtsgutsinhabers die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens zumindest dann ausschließt, wenn diese den entgegenstehenden Willen des Rechtsgutsinhabers ausdrücklich oder stillschweigend voraussetzt.⁴⁷⁷ Dann lässt sich im Falle der Willensgemäßheit schon kein tatbestandsspezifisches grundsätzliches Missbilligungsurteil in Bezug auf das Verhalten des Täters begründen. Damit stellt sich die Frage einer Rechtfertigung nicht mehr.

Doch selbst dann, wenn man diese vorzugswürdige Sicht tatbestandsspezifischen personalen Verhaltensrechts nicht teilt, muss der Wille des Rechtsgutsinhabers spätestens auf der Ebene der Verhaltensrechtfertigung zwingend beachtet werden. Für das strafrechtlich bedeutsame Ergebnis der letztlich fehlenden Verhaltensmissbilligung für den Fall, dass das Verhalten dem mangelfreien Willen des Betroffenen entspricht, spielt es keine Rolle, wo dieser Aspekt im Straftataufbau dogmatisch verortet wird.

(5) Exkurs: Etablierung des Kriteriums der besonderen Verwerflichkeit im Tatbestand des § 223 StGB?

Um die potentielle Strafbarkeit des eigenmächtigen Heileingriffs einzuschränken, ist der Vorschlag gemacht worden, eine zusätzliche Verwerflichkeitsklausel in den Tatbestand des § 223 StGB aufzunehmen.⁴⁷⁸ Dazu biete sich die (richterliche) Einführung einer speziellen Verwerflichkeitsprüfung nach dem Vorbild des § 240 StGB an.⁴⁷⁹ Ein eigenmächtig vorgenommener, aber *lege artis* durchgeführter Heileingriff soll demnach nur dann als strafbare Körperverletzung anzu-

⁴⁷⁶ Vgl. dazu im Grundsatz die Lehre von den „negativen Tatbestandsmerkmalen“, die den Tatbestand (i. w. S.) als einen „Gesamtunrechtstatbestand“ auffasst; begründet von *Merkel*, Strafrecht, S. 82; fortgeführt von *Engisch*, ZStW 70 (1958), 567, 583 ff.; *Kaufmann*, Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, S. 66 f., 170, 178; *Kaufmann*, JZ 1954, 653 ff.; *Kaufmann*, JZ 1956, 353 ff.; *Lange*, JZ 1953, 9; *Puppe*, FS Otto, 2007, S. 389 ff. Wider den dreistufigen und für einen zweistufigen Deliktaufbau plädiert im jüngeren Schrifttum etwa auch *Schladitz*, Normtheoretische Grundlagen, S. 601 f. – Weiterführend zu den verschiedenen Tatbestandsbegriffen *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 7 ff., 54, 107 ff., § 2 Rn. 5 ff., § 8 Rn. 158 ff.

⁴⁷⁷ *Rönnau*, Willensmängel, S. 12; *Roxin/Greco*, AT, § 13 Rn. 12 ff. m. w. N.

⁴⁷⁸ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 30.

⁴⁷⁹ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 31.

sehen sein, wenn die Missachtung des Selbstbestimmungsrechts im konkreten Einzelfall als verwerflich anzusehen ist.⁴⁸⁰ Die Vornahme einer solchen Verwerflichkeitsprüfung soll es ermöglichen, all jene Fälle aus der strafrechtlichen Erfassung unter dem Tatbestand der Körperverletzungsdelikte auszunehmen, in denen die Aufklärungspflichtverletzung des Arztes auf eine Bagatelle zu reduzieren ist oder die Berufung des Patienten auf den Aufklärungsmangel als missbräuchlich erscheint.⁴⁸¹ Dabei sollen das Vorhandensein einer Grundaufklärung, die Wahrscheinlichkeit der Einstellung nach § 153 ff StPO, das Vorliegen eines Bagatelleingriffs sowie glaubhafte Indizien dafür, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung der Behandlung zugestimmt hätte, als Kriterien in die Verwerflichkeitsprüfung einbezogen werden.⁴⁸²

Einer solche zusätzliche Verwerflichkeitsprüfung im Tatbestand des § 223 StGB erscheint allerdings unter mehreren Gesichtspunkten als problematisch. Zwar verstieße eine solche Ergänzung nicht gegen Art. 103 II GG, da sie sich aus Sicht des Täters begünstigend auswirkt.⁴⁸³ Jedoch hat sich der Gesetzgeber im Rahmen des § 223 StGB gegen ein zusätzliches Erfordernis der Verwerflichkeit entschieden.⁴⁸⁴ Auch im Hinblick auf den ärztlichen Heileingriff stellt § 223 StGB gerade keinen etwa mit der Nötigung vergleichbaren Tatbestand dar, der zu seiner Korrektur eine Verwerflichkeitsklausel benötigte.⁴⁸⁵ Diese Entscheidung des unmittelbar demokratisch legitimierten Gesetzgebers gilt es zu akzeptieren.

In diesem Zusammenhang mutet es widersprüchlich an, dass *Swoboda* selbst die körperbezogene Selbstbestimmung als untrennbaren Bestandteil der Körperintegrität erkennt und dementsprechend die eigenmächtige Heilbehandlung von § 223 StGB zunächst als erfasst ansieht, diese Erfassung mittels der Verwerflichkeitsklausel aber wieder zu revidieren sucht.⁴⁸⁶ Eine solche Vorgehensweise erscheint inkonsistent.⁴⁸⁷

Nicht zuletzt bleibt die Verwerflichkeitsprüfung in ihrer materiellen Ausgestaltung auch äußerst unbestimmt. Eine einheitliche Einschätzung, wann das Kriterium der Verwerflichkeit zu bejahen ist, erscheint aufgrund der Individualität und Vielschichtigkeit der ärztlichen Aufklärung kaum möglich.⁴⁸⁸ Im Ergebnis wird die Verwerflichkeitsprüfung aufgrund ihrer Unbestimmtheit letztlich auf eine Ab-

⁴⁸⁰ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 31.

⁴⁸¹ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 31.

⁴⁸² *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 31.

⁴⁸³ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 59.

⁴⁸⁴ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 59.

⁴⁸⁵ *Saliger*, FS Beulke, 2015, S. 257, 269.

⁴⁸⁶ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 30.

⁴⁸⁷ Diesen Widerspruch ebenfalls aufzeigend *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 59.

⁴⁸⁸ *Iversen*, HRRS 2018, 475, 480.

grenzung zwischen leichten und schweren Aufklärungsmängeln hinauslaufen.⁴⁸⁹ Diese Handhabung erscheint aufgrund der individuellen Ausprägung der Aufklärungspflichten kaum zielführend. Zwar gibt die Verwerflichkeitsklausel, wie *Swoboda* betont, dem Gericht die Möglichkeit zu berücksichtigen, aus welchen Motiven das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verletzt worden ist.⁴⁹⁰ Solche Kriterien sind allerdings besser innerhalb der Strafzumessung zur Ermittelung der persönlichen Verantwortlichkeit des Täters aufgehoben. Hat man eine missbilligte Gefahrschaffung durch den Täter im Hinblick auf die Körperintegrität bereits bejaht, erlangen darüberhinausgehende Motive für die Erfüllung des Tatbestands im engeren Sinne keine Relevanz.

Schließlich müsste hinterfragt werden, wie die Verwerflichkeitsprüfung innerhalb des § 223 StGB verfassungskonform auf einzelne Verhaltensformen der Tatbegehung einzuschränken wäre: Wie sollte es sich legitimieren lassen, sie nur im Falle der ärztlichen Heilbehandlung in Anwendung zu bringen?⁴⁹¹ Durchaus ähnliche Problemstellungen ergeben sich mit Blick auf die Wunschmedizin oder die medizinische Forschung.⁴⁹² Die vorgeschlagene Einführung einer Verwerflichkeitsklausel in den Tatbestand des § 223 StGB vermag demnach nicht zu überzeugen.

dd) Hinzutreten einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge
 i. S. d. § 223 StGB

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen auch der für die Strafbarkeit wegen Vollendungstat erforderliche Erfolgsunwert einer Körperverletzung zu bejahen ist. Zwischen den beiden Stufen des Verhaltens- und des Erfolgsunwerts existiert eine Art „Fundierungszusammenhang“, indem sich eine spezifisch missbilligte Handlung oder Unterlassung aus einer vorangegangenen Einschätzung der Sachlage ergibt, deren individuelle Bewertung wiederum auf der vorangegangenen Anerkennung der Rechtsgüter beruht.⁴⁹³ Daraus lässt sich im Hinblick auf die vollendeten Körperverletzungsdelikte ableiten, dass die Erfüllung des spezifischen Erfolgsunwerts zumindest einer konkret eingetretenen Verletzung der Körperintegrität bedarf. Allein aus der Tatsache, dass das ärztliche Handeln potentiell zu einem Erfolg i. S. d. § 223 StGB führen kann, lässt sich noch kein entsprechender Erfolgsunwert ableiten. Damit im eingetretenen Erfolg gerade eine tatbestandsspezifische Fehlverhaltensfolge der Körperverletzung erblickt werden

⁴⁸⁹ *Roxin*, medstra 2017, 129, 135.

⁴⁹⁰ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 32.

⁴⁹¹ *Krüger*, FS Beulke, 2015, S. 137, 140.

⁴⁹² *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 60.

⁴⁹³ *Kaufmann*, Normentheorie, S. 69 ff.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 128, 154; *Mylonopoulos*, Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, S. 31.

kann, muss ihm eine rechtlich missbilligte Gefahrschaffung oder Gefahrnicht-abwendung durch das Verhalten des Täters zu Grunde liegen, die sich gerade im Körperverletzungserfolg realisiert hat.⁴⁹⁴

Hinsichtlich der grundsätzlichen Missbilligung des ärztlichen Verhaltens als tatbestandsspezifisches Fehlverhalten i. S. einer Körperverletzung ist auf die vorangegangenen Ausführungen zu verweisen. Bezogen auf das Erfolgsunrecht ist darüber hinaus konkretisierend zu bestimmen, ob das Fehlverhalten gerade um des nun tatsächlich eingetretenen Erfolgseintritts willens zu missbilligen war. Genauer: Es muss sich gerade ein solcher schadensträchtiger Verlauf ereignet haben, dessen Vermeidung *ex ante* Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war. Zu klären ist dementsprechend auf rein tatsächlicher Ebene, ob der konkrete Verlauf, der sich ereignet hat, durch Normeinhaltung von Rechts wegen vermieden werden musste.⁴⁹⁵

Legitimationsgrund der Verhaltensnorm bildet im Falle der Körperverletzung der Schutz der Körperintegrität unter Einbeziehung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts als integraler Bestandteil. Was als tatbestandsspezifischer Erfolg zu erfassen ist, orientiert sich damit maßgeblich an der individuellen Disposition des Rechtsgutsinhabers über seinen eigenen Körper. Die „rein objektive“ biologisch greifbare Verletzung des Körpers ist damit noch nicht als Erfolgsunrecht zu begreifen, solange die Durchführung der ärztlichen Maßnahme von der Disposition des Patienten getragen ist. Denn eine aus rechtmäßigem Handeln resultierende Verletzung kann niemals eine tatbestandspezifische Fehlverhaltensfolge i. S. d. Körperverletzungsdelikte darstellen.⁴⁹⁶ Andererseits ist die Bejahung des Erfolgsunrechts jedoch ebenso wenig von der abstrakten Bewertung als medizinische Heilung abhängig: Auch das Gelingen einer Operation kann als Erfolgsunrecht zu erfassen sein, wenn es sich um eine Durchführung der Behandlung gegen den Willen des Patienten handelt.⁴⁹⁷

Im Idealfall ist bezüglich der Bejahung des Erfolgsunrechts allerdings überhaupt keine neue normative Zurechnungsebene im Prüfungsaufbau zu eröffnen,

⁴⁹⁴ Vgl. *Frisch*, JuS 2011, 205; *Krauß*, Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand, S. 94 ff.; *Zielinski*, Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff, S. 213; *Schmoller*, FS *Frisch*, 2013, S. 237, 243; *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 13.

⁴⁹⁵ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 62.

⁴⁹⁶ Dabei geht es nicht erst um das nicht erfüllte Erfordernis der Zurechnung, sondern es liegt bereits kein tatbestandspezifisch missbilligtes Verhalten vor, das Voraussetzung einer Auseinandersetzung mit der Erfolgszurechnung wäre; s. *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 33 ff., 45, 59 f.; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger*, § 15 Rn. 41 ff. m. w. N.; *Schmoller*, FS *Frisch*, 2013, S. 237, 249; *Burgstaller*, JAP 1992/93, 136, 138 f.; *Frisch*, FS *Roxin*, 2001, S. 213, 234.

⁴⁹⁷ Dabei ist besonders zu betonen, dass es sich nicht um eine „bloße“ Verletzung der Selbstbestimmung handelt, sondern eine Verletzung der Selbstbestimmung, die untrennabaren Körperbezug aufweist und gerade durch die konkrete physische Einwirkung auf den Körper als solchen zum Ausdruck gelangt.

sofern man bereits zuvor das Missbilligungsurteil hinsichtlich des tatbestandsspezifischen Fehlverhaltens individuell adressatenspezifisch und konkretisierend im Hinblick auf den hinter der Verhaltensnorm stehenden Legitimationsgrund gefällt hat: Denn dann ist an dieser Stelle nur noch rein tatsächlich festzustellen, ob sich der beschriebene schadensträchtige Verlauf realisiert hat oder eben nicht.⁴⁹⁸ Kann diese Realisierung tatsächlich festgestellt werden, ist von einem vollendeten Delikt auszugehen.

ee) Ergebnis

Die vorangegangene Analyse hat gezeigt, dass angesichts eines ärztlichen Heileingriffs durchaus die strafrechtliche Reaktion der Sanktionierung nach den §§ 223 ff. StGB eröffnet sein kann.

Auch das ärztliche Verhalten im Rahmen der Heilbehandlung ist zunächst grundsätzlich strafrechtlich unter dem Aspekt der Körperverletzungsdelikte zu erfassen. Angesichts des (eigenmächtigen) ärztlichen Heileingriffs steht dabei die Verwirklichung einer grundsätzlich missbilligten Gefahrschaffung oder Gefahrennichtabwendung im Hinblick auf die Körperintegrität des Patienten in Frage. Im Rahmen einer Abwägung der kollidierenden Güter- und Interessen kommt es darauf an, eine konkretisierte Verhaltensnorm herauszuarbeiten, deren Übertretung (im Vorsatzfall) als Missachtung oder (im Fahrlässigkeitsfall) zumindest als Nichtbeachtung der maßgeblichen rechtlichen Verhaltensregeln zu bewerten ist. Im Falle des ärztlichen Heileingriffs, der dem Willen des Patienten entspricht, gelingt es nach vorzugswürdiger Auffassung bereits nicht, ein grundsätzliches Missbilligungsurteil i.S. eines Körperverletzungsverhaltens über das Verhalten des Arztes zu fällen: Es fehlt gerade an dem für das Verhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit charakteristischen Regel-Ausnahme-Verhältnis.⁴⁹⁹ Zwar ist das Vorliegen eines Eingriffs in die Substanz des von § 223 StGB geschützten Tatobjektes nicht zu leugnen, jedoch liegt im Falle der Willensgemäßheit des Verhaltens gerade keine Beeinträchtigung der Körperintegrität als dem tatbestandlichen Schutzgut vor.⁵⁰⁰ Vielmehr handelt es sich um ein Verhalten, das vom Rechtsgutinhaber konkret in rechtlich zu beachtender Weise gewünscht wird. Insofern muss das Einverständnis des Betroffenen selbstverständlich den normativen Kriterien entsprechen, die an eine willensmangefreie Entscheidung – an einen entsprechenden informed consent – zu stellen sind. Sachlich geht es dabei um dieselben Überlegungen, die auch im Rahmen der Ermittlung der Wirksamkeit einer (mutmaßlichen) Einwilligung anzustellen sind. Eine rein

⁴⁹⁸ S. vertiefend dazu *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 65 ff.

⁴⁹⁹ Dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 7.

⁵⁰⁰ *Roxin/Greco*, AT, § 13 Rn. 14; vgl. *Schmidhäuser*, FS Geerds, 1995, S. 593, 601 f.

„äußerliche“ Willensübereinstimmung ist dafür selbstverständlich nicht ausreichend.⁵⁰¹

Rechtlich zu missbilligen ist das ärztliche Verhalten demnach, wenn der Arzt erkennen kann und muss, dass er in die Körpersphäre seines Patienten eingreift, ohne dass der dafür erforderliche informed consent vorliegt. Ist dies der Fall, ist die Verwirklichung des Verhaltensunwerts einer Körperverletzung durch das ärztliche Verhalten gegeben. Dieser mindestens fahrlässige Verhaltensunwert wird dadurch begründet, dass der Arzt die Behandlung ohne die erforderliche Einwilligung des Patienten vornimmt. Darf er dagegen im Zeitpunkt seines Verhaltens davon ausgehen, dass der Patient die Vornahme der ärztlichen Maßnahme kraft seiner Patientenautonomie autorisiert hat und basiert sein Handeln dementsprechend auf einvernehmlicher Grundlage, kann bereits nicht von der Verwirklichung tatbestandsspezifisch missbilligten Verhaltens ausgegangen werden. Die ärztliche Behandlung dient dann der Freiheitsentfaltung des Grundrechtsträgers, sodass bei ihrer Durchführung seitens des Arztes schon grundsätzlich kein entsprechender Verhaltensunwert bejaht werden kann. Eines speziellen Rechtfertigungsgrundes für das Verhalten des Arztes bedarf es dann nicht mehr.

Auf dieser Basis fehlt es auch an einem eingetretenen Unrechts-Erfolg i.S. einer Körperverletzung. Konsequenzen rechtmäßigen Verhaltens können kein entsprechendes Erfolgsunrecht begründen. Eine spezifische Fehlverhaltensfolge ist nur dann gegeben, wenn sich genau eine Schädigungsmöglichkeit realisiert, deren Vermeidung Grund für eine entsprechende Verhaltensmissbilligung war.

c) Vorsätzliche Verwirklichung von Körperverletzungsrecht

Ein weiterer, vom bisher Gesagten zu differenzierender, Aspekt betrifft die Frage vorsätzlichen Verhaltens in Bezug auf die Verwirklichung von Körperverletzungsrecht. Insofern wird im Rahmen der ärztlichen Behandlung regelmäßig vertreten, dass die soziale Zweckrichtung der Heilung den Vorsatz der Körperverletzung verdränge und dadurch die vorsätzliche Verwirklichung von Körperverletzungsrecht ausschließe.⁵⁰² Der Arzt handle aufgrund seines Heilungswillens nicht mit Körperverletzungsvorsatz und verhalte sich, sofern er den Patienten *lege artis* behandelt, auch nicht fahrlässig.⁵⁰³ In dem Fall, in dem eine Handlung grundsätzlich zur Heilung geeignet und vom entsprechenden Willen getragen sei, fehle es am rechtsgutsverletzenden Willensverhalten.⁵⁰⁴ Denn die Vorstellung,

⁵⁰¹ S. dazu in Bezug auf § 266 StGB auch *Beulke*, FS Eisenberg, 2009, S. 245, S. 256.

⁵⁰² Vgl. etwa *Hamm*, DJZ 1907, 447, 450.

⁵⁰³ Vgl. i. E. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 32.

⁵⁰⁴ *Meyer*, GA 1998, 415, 419 f.

den Patienten zu heilen, sei sogar zwingend mit der mittelbaren Verletzung als Zwischenstadium verbunden.⁵⁰⁵ Auch der BGH selbst betont insofern stets, dass ärztlicher Körperverletzungsvorsatz nur unter besonderen Umständen anzunehmen sei, da die Vermutung, dass die Behandlung nicht am Wohl des Patienten orientiert war, auch bei aus medizinischer Sicht grob fehlerhaftem Verhalten des Arztes regelmäßig fernliege.⁵⁰⁶ Es bedürfe dementsprechend einer gewissenhaften Gesamtwürdigung aller Umstände unter Einbeziehung der Ziele und Motivation des Arztes.⁵⁰⁷

Derartige Überlegungen lassen allerdings die notwendige Differenzierung zwischen dem übergeordneten Zweck und dem bewussten „Willen“ gegenüber der konkreten Rechtsgutsverletzung vermissen.⁵⁰⁸ „Gut gemeint“ reicht angesichts dessen nicht aus.⁵⁰⁹ Im Falle einer (eigenmächtigen) ärztlichen Behandlung ist dem Arzt im Handlungszeitpunkt bewusst, dass er einen Menschen invasiv behandelt und dabei seine Körpersphäre beeinträchtigt; gerade in Bezug darauf handelt er durchaus willentlich.⁵¹⁰ Im Verhalten des Mediziners sind damit sowohl kognitive als auch voluntative Elemente in Bezug auf die Risikoschaffung gegenüber der Körperintegrität des Patienten enthalten. Ein darüberhinausgehender zielgerichteter Verletzungswille gegenüber dem Patienten ist zur Annahme vorsätzlichen Verhaltens nicht erforderlich. Ist sich der Arzt jedoch des fehlenden wirksamen Konsenses des Patienten nicht bewusst – z.B. weil er davon ausgeht, ordnungsgemäß aufgeklärt zu haben⁵¹¹ –, ist das Vorsatzerfordernis nicht erfüllt. Er irrt dann über einen für die Bewertung als spezifisches Körperverletzungsrecht bedeutsamen Tatumstand. Bei einer „Verortung“ des Konsenses erst auf Rechtfertigungsebene sind die Regeln des Erlaubnistaatbestandsirrtums heranzuziehen, die ihrerseits nach zutreffender Auffassung jedenfalls zum Ausschluss der Vorsatzstrafe führen. Eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tatbegehung bleibt davon selbstverständlich unberührt.

⁵⁰⁵ *Bockelmann*, ZStW 93 (1981), 105, 116.

⁵⁰⁶ BGH NStZ 2004, 35, 36; BGH MedR 2014, 812.

⁵⁰⁷ Vgl. BayOblG MedR 2003, 577, 578 f.

⁵⁰⁸ *Finger*, ZStW 20 (1900), 12, 17.

⁵⁰⁹ Vgl. *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 46 f.; *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 477.

⁵¹⁰ *Joost*, in: *Roxin/Schroth*, S. 383, 424.

⁵¹¹ Genau genommen muss nach traditionellem Konzept insofern noch weiter nach dem genauen Grund der Annahme ordnungsgemäßer Aufklärung differenziert werden: Die Fehlannahme kann zum einen darauf beruhen, dass sich der Arzt irrig Tatsachen vorstellt, die eine wirksame Einwilligung begründen würden. Sie kann aber zum anderen auch darauf beruhen, dass der Arzt die erkannten Tatsachen falsch bewertet. Nach zutreffender Auffassung sind die beiden Einschätzungsfehler aber gleichermaßen geeignet, vorsätzliches Körperverletzungsverhalten auszuschließen. – Weiterführend dazu *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 106 ff., 144 ff.

d) Verwirklichung von Qualifikationstatbeständen durch den Arzt

Schließlich ist noch in der gebotenen Kürze auf die Möglichkeit der Verwirklichung der Qualifikationstatbestände im Rahmen des ärztlichen Heileingriffs einzugehen. Da nach unserer Rechtsordnung kein Sonderstrafrecht für Ärzte existiert, ist es grundsätzlich denkbar, dass der Arzt durch sein Handeln eine qualifizierte Form der Körperverletzung verwirklichen kann.⁵¹² Auf der Basis der vorherigen Darstellung rückt dazu insbesondere das eigenmächtige ärztliche Handeln als Anknüpfungspunkt der Qualifikation in den Blick. Vor diesem Hintergrund sollte man sich zunächst den im Vergleich gesteigerten Unwertgehalt etwa der gefährlichen Körperverletzung sowie die Hochstufung zum Offizialdelikt vor Augen führen.⁵¹³ Der dafür vorgesehene Strafrahmen steht regelmäßig außer Verhältnis zum Unrechtsgehalt des ärztlichen Verhaltens.⁵¹⁴ Davon ausgehend wird in der Literatur vereinzelt die Meinung vertreten, dass die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts im Falle der eigenmächtigen Heilbehandlung grundsätzlich als einfache Körperverletzung zu ahnden sei.⁵¹⁵ Die Qualifikationsmerkmale des § 224 StGB sind jedoch keine Regelbeispiele, sondern im Falle ihrer Verwirklichung zwingend abschließende Regelungen. Die Rechtsprechung selbst verhält sich in diesem Zusammenhang nicht besonders konsequent, wenn sie angesichts der Qualifikationsmerkmale einen erstaunlichen Rückzieher⁵¹⁶ macht und beispielsweise das Skalpell des Chirurgen oder die zahnärztliche Zange pauschal vom Anwendungsbereich des gefährlichen Werkzeugs ausnimmt.⁵¹⁷ Ein derart restriktives Konzept findet im Gesetzeswortlaut keinerlei Anhaltspunkt.⁵¹⁸ Letztlich erweist es sich als ebenso inkonsequent wie die Ablehnung der Qualifikationsmerkmale im Fall der eigenmächtigen Heilbehandlung mit dem lapidaren Verweis, das Selbstbestimmungsrecht sei nicht quantifizierbar⁵¹⁹. Zur Ablehnung der Qualifikationen der Körperverletzung passt auch nicht die zugleich für möglich gehaltene Anwendung der Tötungstatbestände.⁵²⁰ Allerdings ist noch einmal zu betonen, dass eine Qualifikation grundsätzlich eine besonders gefährliche Begehungskategorie voraussetzt und eben daraus der gesteigerte Unwertgehalt resultiert.⁵²¹ Daran anknüpfend erscheint für das ärztliche Handeln

⁵¹² Vgl. *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, Kap. 1 Rn. 131; *Hardtung*, Münchener Kommentar, § 224 Rn. 50.

⁵¹³ *Rengier*, ZStW 111 (1999), 1, 12 f.; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 422.

⁵¹⁴ *Bockelmann*, Strafrecht des Arztes, S. 52; *Ebermayer*, Der Arzt im Recht, S. 151; *Lenckner*, in: Praxis der Rechtsmedizin, S. 592.

⁵¹⁵ Vgl. *Wolters*, in: SK-StGB, § 223 Rn. 57.

⁵¹⁶ *Rosenau*, in: *Rosenau/Hakeri*, S. 215, 216.

⁵¹⁷ BGH NJW 1978, 1206.

⁵¹⁸ Vgl. *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 69.

⁵¹⁹ *Wolters*, in: SK-StGB, § 223 Rn. 57.

⁵²⁰ Diese Unstimmigkeit moniert etwa auch *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 475 f.

⁵²¹ *Kraatz*, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 86.

vor dem Hintergrund des Grundgedankens der Qualifikation immerhin teilweise eine einschränkende Auslegung geboten.⁵²²

aa) § 224 I Nr. 1 StGB

Im Falle der ärztlichen Behandlung kommt zunächst die Begehungsweise des § 224 I Nr. 1 StGB, die Beibringung von Gift in Betracht. Gifte sind organische oder anorganische Stoffe, die chemisch oder chemisch-physikalisch wirken.⁵²³ Nach der Rechtsprechung ist hinsichtlich der Bestimmung, ob ein Gift vorliegt, darauf abzustellen, ob ein ggf. alltäglicher Stoff nach den Umständen des Einzelfalls geeignet ist, ernsthafte gesundheitliche Schäden zu verursachen.⁵²⁴ Nach diesem Verständnis ist im ärztlichen Bereich auch eine zu hohe oder kontraindizierte Medikation zu erfassen.⁵²⁵ Ist die Gabe des Mittels dagegen qualitativ und quantitativ medizinisch indiziert, kann das Medikament schon dem Wortlaut nach nicht als Gift erfasst werden.⁵²⁶ Demnach ist, sofern die Verabreichung des jeweiligen Medikaments als medizinisch indiziert anzusehen ist, auch im Falle der eigenmächtigen Verabreichung nicht von einer Qualifikation nach § 224 I Nr. 1 StGB auszugehen.⁵²⁷

bb) § 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB

Weiterhin ist § 224 I Nr. 2 Fall 2 StGB in Betracht zu ziehen. Jeder Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und der Art seiner Benutzung im konkreten Fall als Angriffs- oder Verteidigungsmittel geeignet ist, erhebliche körperliche Verletzungen hervorzurufen, ist als gefährliches Werkzeug in diesem Sinne zu charakterisieren.⁵²⁸ Unbestreitbar ist auch das Skalpell nach der konkreten Art der Benutzung dazu geeignet, erhebliche Verletzungen hervorzurufen und erscheint keinesfalls als nur abstrakt gefährlich.⁵²⁹ Demnach wäre grundsätzlich jede operative Maßnahme, die sich notwendigerweise eines Skalpells bedient als

⁵²² Vgl. *Frister/Lindemann/Peters*, Kap. 1 Rn. 7; *Bernsmann/Geilen*, in: Handbuch des Fachanwalts, Kap. 4 Rn. 485 ff.

⁵²³ *Maurach/Schroeder/Maiwald/Hoyer/Momsen*, Strafrecht BT 1, § 9 Rn. 13.

⁵²⁴ BGHSt 51, 18, 22; dagegen Forderung nach einer Einschränkung dieser Auffassung bei *Jäger*, JuS 2000, 31, 35.

⁵²⁵ *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, Kap. 1 Rn. 134.

⁵²⁶ *Eschelbach*, Beck OK-StGB, § 224 Rn. 17 Stand: 01.05.2017; *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, Kap. 1 Rn. 135.

⁵²⁷ So auch *Frister/Lindemann/Peters*, Kap. 1 Rn. 10; *Gercke/Leimenstoll/Stirner*, Kap. 1 Rn. 135.

⁵²⁸ BGH NStZ 1987, 174.

⁵²⁹ *Rosenau*, in: *Rosenau/Hakeri*, S. 215, 216; ebenso kritisch gegenüber der pauschalen Ablehnung der Qualität des Skalpells als gefährliches Werkzeug *Hardtung*, in: *Münchener Kommentar*, § 224 Rn. 50; *Fischer*, StGB, § 224 Rn. 20.

qualifizierte Körperverletzung zu erfassen. Andererseits würde ein vollständiger Ausschluss des ärztlichen Bestecks bei Verwendung durch einen Heilkundigen aus der Verwirklichbarkeit dieses Qualifikationsmerkmals letztlich einem Tatbestandsausschluss auf Qualifikationsebene aufgrund der intendierten Heilung gleichkommen.⁵³⁰ Vorzugswürdig erscheint es statt einer allgemeinen Lösung, den jeweils konkreten Einzelfall in den Blick zu nehmen und zu fragen, ob die Verwendung des ärztlichen Instruments zu einer wesentlichen Erhöhung der Gefährlichkeit gegenüber § 223 StGB – wie sie für eine Strafbarkeit nach § 224 StGB erforderlich ist – führt.⁵³¹ Denn auch bei der Verwendung eines medizinischen Instruments durch einen Nichtheilkundigen muss sich die vorhandene Gefahr für die körperliche Unversehrtheit des Opfers nicht zwangsläufig erhöhen: Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an eine Mutter, die ihrem Kind regelmäßig Insulin spritzt oder an die Entfernung eines äußerlichen Fremdkörpers mittels einer desinfizierten Pinzette durch einen Laien.⁵³² Der bestimmungsgemäße Einsatz des medizinischen Werkzeugs muss daher im Gesamtzusammenhang gewürdigt werden. Die Verwendung des medizinischen Bestecks dient nämlich normalerweise gerade nicht dazu, die Gefährlichkeit der Körperverletzung zu erhöhen, sondern ist im Falle der Durchführung durch einen (medizinisch) Sachkundigen gerade das Mittel, um den Eingriff überhaupt zu ermöglichen. Oftmals ist die Verwendung eines geeigneten ärztlichen Instruments zwingende Voraussetzung der Ermöglichung und Ausführung der ärztlichen Maßnahme. Demnach wäre es verfehlt, im Fall der eigenmächtigen Heilbehandlung grundsätzlich eine qualifizierte Form der Körperverletzung nach diesem Qualifikationsmerkmal zu sehen. Eine solche Betrachtungsweise würde dem Sinngehalt des § 224 StGB gerade nicht gerecht. Allerdings sind durchaus Fälle der bewussten Gefahrerhöhung oder Zweckentfremdung des medizinischen Bestecks auch durch einen Fachkundigen denkbar, die dann jedenfalls über § 224 StGB zu erfassen sind.

cc) § 224 I Nr. 4 StGB

Auch an § 224 I Nr. 4 StGB, das Qualifikationsmerkmal der gemeinschaftlichen Begehung, ist zu denken, sofern mehrere Ärzte in einem Operationsteam handeln. Dieser Gedanke ist jedoch schnell wieder zu verwerfen, weil aus dem gemeinschaftlichen Handeln der Ärzte weder eine Einschüchterung noch eine Herabsetzung der Verteidigungsmöglichkeiten des Patienten folgt.⁵³³

⁵³⁰ *Kraatz*, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 91.

⁵³¹ In diesem Sinne auch *Kraatz*, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 91.

⁵³² Beispiele nach *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 425.

⁵³³ So auch *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 69; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 428 f.; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* § 224 Rn. 11b; *Ulsenheimer/Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I Rn. 627.

dd) § 224 I Nr. 5 StGB

§ 224 I Nr. 5 StGB verlangt eine lebensgefährdende Behandlung. Ausreichend ist dabei die objektive Eignung der Handlung zur Lebensgefährdung, und zwar unter Berücksichtigung der konkreten Umstände im Einzelfall.⁵³⁴ Die Anforderungen sind insofern höher als bei einem rein abstrakten Gefährdungsdelikt. Denn nach den konkreten Umständen des Einzelfalls darf eine Lebensgefahr nicht ausgeschlossen sein.⁵³⁵ Zu bejahen ist diese Tatbestandsverwirklichungsform etwa bei einer erheblichen Überdosierung von Medikamenten, beim Einspritzen unsteriler Seifenlösung beim Schwangerschaftsabbruch oder bei einer exzessiven Röntgenbehandlung.⁵³⁶

ee) §§ 226, 227 StGB

Hinsichtlich der Verwirklichung der §§ 226 und 227 StGB ist es entscheidend, dass der jeweils beschriebene Erfolg als spezifische Folge des rechtlich missbilligten Körperverletzungsverhaltens eingetreten ist – traditionell formuliert: „zugegerechnet“ werden kann. Dabei handelt es sich allerdings nicht um ein spezifisch arztstrafrechtliches Problem, sondern vielmehr um eine allgemeine Frage der Bewertung des Verhaltens, sobald eine benannte Folge festgestellt werden kann. Gewöhnlich wird beispielhaft für eine Zurechnung der Folge im Rahmen des § 227 StGB allgemein gefordert, dass sich im tödlichen Ausgang gerade die, der Körperverletzung anhaftende, ihr eigentümliche Gefahr, verwirklicht haben muss.⁵³⁷ Folgt man insoweit einer innerhalb der Literatur vertretenen Lehre, dann muss die schwere Folge des Todes aus dem (u. U. als letal einzustufenden) Körperverletzungserfolg resultieren.⁵³⁸ Dieser tatbestandsspezifische Gefahrzusammenhang ist für den Fall des eigenmächtigen ärztlichen Heileingriffs allerdings nicht bereits deshalb zu bejahen, indem sich eine Todes- bzw. Verletzungsgefahr verwirklicht hat, die typisch für Eingriffe dieser Art ist. Aus Sicht der Rechtsprechung bedarf es einer hinreichenden Verbindung zwischen Körperverletzungshandlung und Todeserfolg.⁵³⁹ Allerdings ist die Rechtsprechung des BGH schon seit geraumer Zeit von einer wirklich restriktiven Linie weit entfernt: Das ist insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Strafandrohung des Delikts kaum zu rechtfertigen.⁵⁴⁰ Im Grunde kommt nach der Rechtsprechung § 227 StGB bereits

⁵³⁴ So BT-Drucks. 13/8587, S. 83.

⁵³⁵ Vgl. Kraatz, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 95; Hardtung, in: Münchener Kommentar, § 224 Rn. 42.

⁵³⁶ Fischer, StGB, § 224 Rn. 30; BGHSt 28, 11, 17; BGHSt 43, 346, 356.

⁵³⁷ BGHSt 32, 25, 28; ähnlich BGHSt 31, 96, 98.

⁵³⁸ Hirsch, FS Oehler, 1985, S. 111, 130; Küpper, FS Hirsch, 1999, S. 615, 619; Kühl, Jura 2002, 810, 813.

⁵³⁹ BGHSt 14, 110.

⁵⁴⁰ Freund/Rostalski, JZ 2020, 241, 246; sowie bereits zuvor auf diese Fehlentwicklung hinweisend Freund, FS Frisch, 2013, S. 677, 690 f.

dann zum Zuge, wenn eine tateinheitliche Verwirklichung von § 223 StGB und § 222 StGB festgestellt werden kann.⁵⁴¹ In Anbetracht dessen ist es besonders wichtig, statt dieser vagen Umschreibung eine normativ angemessene Bewertung vorzunehmen.

Ohne an dieser Stelle eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Streitstand⁵⁴² bieten zu können, ist jedenfalls zu betonen, dass sich die strengere Bestrafung der Körperverletzung mit Todesfolge bei richtigem Verständnis tatsächlich legitimieren lässt, wenn die konkrete Art und Weise der Todesherbeiführung auf einer gesteigerten Form der Fahrlässigkeit beruht.⁵⁴³ Dementsprechend bietet es sich an, den nötigen spezifischen Gefahrrealisierungszusammenhang so zu konzipieren, dass der Täter in einer besonders qualifizierten Form der Fahrlässigkeit für den Tod verantwortlich sein muss.⁵⁴⁴ Speziell im Falle der eigenmächtigen Heilbehandlung sollte man zudem bei der Bewertung des Verhaltens berücksichtigen, dass man es mit einer besonderen Form der Körperverletzung zu tun hat, bei der sich die gesteigerte spezifische Gefährlichkeit nicht bereits aus der potentiellen Grundgefährlichkeit der Behandlung ergeben kann.⁵⁴⁵ Um insofern zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen, bedarf es jedenfalls nicht des Rückgriffs auf den Gedanken einer hypothetischen Einwilligung.⁵⁴⁶ Entscheidend kann nur sein, ob die Voraussetzungen qualifizierter Fahrlässigkeit in Bezug auf die Todesherbeiführung vorliegen. Ist das der Fall, besteht kein Grund dafür, das eigenmächtige ärztliche Handeln aus diesem Anwendungsbereich des § 227 StGB auszuschließen.

ff) § 340 StGB

Für einen verbeamteten Klinikarzt fällt zudem der Blick auf § 340 StGB, die Körperverletzung im Amt. Aber sowohl für einen in einer Universitäts- oder Kreisklinik angestellten (§ 11 I Nr. 2b StGB) als auch für den verbeamteten (§ 11 I Nr. 2a StGB) Arzt scheidet eine Strafbarkeit auf dieser Grundlage aus.⁵⁴⁷ Eine streng am Schutzzweck orientierte Auslegung gebietet es, den Missbrauch der Amtsgewalt als unwertsteigerndes Element vorauszusetzen: Der Unwert muss ge-

⁵⁴¹ Freund/Rostalski, JZ 2020, 241, 246; insofern sei beispielhaft auf den sogenannten Hochsitzfall (BGH 31, 96 ff.) und den Reflextodfall (BGH StV 2008, 406 f.) verwiesen, in denen die Rechtsprechung jeweils eine tragfähige Begründung für die strengere Bestrafung vermissen lässt.

⁵⁴² Ausführliche Darstellung des Streitstandes bei Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder § 227 Rn. 5 m.w.N.

⁵⁴³ Freund/Rostalski, JZ 2020, 241, 246.

⁵⁴⁴ S. zu diesem Vorschlag Freund, FS Frisch, 2013, S. 677, 685 ff.; sowie bereits zuvor Paeffgen, JZ 1989, 220, 224 f.; Wolter, JuS 1981, 168 ff.; Frisch, GA 1972, 321 ff.

⁵⁴⁵ Widmaier, FS Roxin, 2011, S. 439, 447.

⁵⁴⁶ So auch Jäger, JA 2012, 70, 72, der insbesondere auf die Anwendung des § 227 II StGB verweist.

⁵⁴⁷ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352, 353; Kraatz, Arztsstrafrecht, § 3 Rn. 112.

rade durch den Missbrauch von Amtsgewalt geprägt sein.⁵⁴⁸ Ein Klinikarzt, dessen Pflichten sich nicht anders als bei einem frei praktizierende Arzt an den Regeln der ärztlichen Kunst orientieren, ist demnach mittels teleologischer Betrachtung aus dem Tatbestand auszunehmen.⁵⁴⁹

e) Ergebnis

Für die strafrechtliche Erfassung auf der Ebene des Tatbestands i. e. S. muss ein tatbestandspezifisches Verhalten schon vorstrafrechtlich jedenfalls grundsätzlich rechtlich zu missbilligen sein. Im Falle des durch den Patienten autorisierten Heileingriffs, fällt bereits eine solche grundsätzliche negative Verhaltensbewertung im Wege der Schaffung eines im Grundsatz rechtlich missbilligten Risikos schwer. Vielmehr ist insofern treffender von einem in jeder Hinsicht einwandfreien Verhalten auszugehen, das durch den Rechtsgutsinhaber zur Verbesserung seines Gesundheitszustands in Kauf genommen wird. Es obliegt allein dem Betroffenen, autonom über die Vornahme der ärztlichen Behandlung zu befinden, denn eben dies ist Ausdruck von Selbstbestimmung. Macht der Patient folglich mittels seines informed consent von seiner Patientenautonomie Gebrauch, kann sinnvollerweise schon gar keine Verletzung seiner Körperintegrität vorliegen. Infolgedessen ist im Fall des informed consent kein materielles Rechtsgüterschutzinteresse erkennbar, dem die Verhaltensmissbilligung Rechnung tragen könnte.⁵⁵⁰ Denn die Trias aus medizinischer Indikation, Willensgemäßheit und Ausführung lege artis legitimiert das Verhalten auch und gerade im Interesse des Patienten.⁵⁵¹ Der handelnde Arzt missachtet schon im Grundsatz nicht die Maximen des Rechts, sodass es an einem grundsätzlich rechtlich zu beanstandenden Verhalten fehlt.⁵⁵² Darüber kann auch ein vermeintlich tatbestandlicher Erfolg im Sinne einer Verletzung des Körpers nicht hinwegtäuschen. Denn bei exakter Verhaltensnormkonkretisierung zeigt sich, dass ein durch die Disposition des Betroffenen getragener physischer Eingriff in den Körper der Patienten von vornherein gegen keine legitimierbare Verhaltensnorm verstößt. Dementsprechend fungiert ein Vorgehen nach den Regeln der ärztlichen Kunst, die richtigerweise gegenüber dem allgemeinen Verständnis um das Erfordernis des informed consent zu ergänzen sind, als Tatbestandsausschluss in Bezug auf die Verwirklichung von Körperverletzungsrecht.

⁵⁴⁸ Fischer, StGB § 340 Rn. 2; Gercke/Leimenstoll/Stirner, Kap. 1 Rn. 173.

⁵⁴⁹ OLG Karlsruhe NJW 1983, 352, 353; KG Berlin NStZ 2008, 460.

⁵⁵⁰ Vgl. Freund/Rostalski, AT, § 3 Rn. 9.

⁵⁵¹ Lindenberg, MedR 2019, 208, 209; Katzenmeier, MedR 2018, 367; Laufs/Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Teil I Rn. 40.

⁵⁵² Vgl. Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 83, 88; Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft, S. 109 ff.; Rostalski, GA 2016, 73, 74 f.

Auch mit Blick auf die Qualifikationen lassen sich auf dieser Basis sinnvolle Ergebnisse erzielen. Weder bedarf es einer sonderstrafrechtsartig anmutenden Reduktion der Qualifikationsanforderungen des § 224 StGB noch gerät man in die Verlegenheit darzulegen, warum die Tötungsdelikte trotz Herausnahme der Qualifikationstatbestände der Körperverletzung nach wie vor auf das ärztliche Handeln passen sollen.⁵⁵³ Die Qualifikationstatbestände sind – vor allem im Bereich des eigenmächtigen Handelns – nicht etwa schon grundsätzlich ausgeschlossen. Notwendig ist lediglich deren angemessene Konkretisierung.

2. Exkurs: Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung

Als mögliche Alternative zur Erfassung der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung über die Körperverletzungsdelikte wird bereits seit langem eine Abkopplung des Schutzes der Selbstbestimmung von der Strafbarkeit einer Verletzung der Körperintegrität angeregt. Die Rede ist von der Einführung eines Tatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung. Die Etablierung eines solchen Sondertatbestands wird vielfach als Lösung sämtlicher Probleme hinsichtlich der eigenmächtigen ärztlichen Behandlung propagiert.⁵⁵⁴ Allein von 1911 bis heute wurden 12 Entwürfe zur Einführung eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung vorgelegt, von denen keiner je Gesetz geworden ist.⁵⁵⁵ Der jüngste derartige Gesetzentwurf stammt vom Kriminalpolitischen Kreis aus dem Jahr 2021.⁵⁵⁶ Insbesondere wird dessen Einführung als vorzugswürdige Lösungsmöglichkeit gegenüber der Anwendung der hypothetischen Einwilligung erachtet.⁵⁵⁷ Ob die Etablierung eines Tatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung jedoch tatsächlich derartigen Erwartungen gerecht würde und dementsprechend de lege ferenda erstrebenswert ist, soll die folgende Auseinandersetzung zeigen.

Aufgrund dessen, dass sich die einzelnen Gesetzesentwürfe innerhalb ihrer Ausgestaltung im Grundsatz nicht wesentlich unterscheiden, ist im Folgenden auf den jüngsten Gesetzentwurf des Kriminalpolitischen Kreises, stellvertretend

⁵⁵³ Vgl. *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 475.

⁵⁵⁴ *Kaufmann*, ZStW 73 (1961), 341, 347, nach dessen Auffassung dieser Tatbestand längst ins Strafgesetzbuch aufgenommen worden wäre, wenn die Rechtsprechung der Versuchung widerstanden hätte, den Körperverletzungstatbestand auf die Selbstbestimmung auszuweiten. Ebenfalls für den Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung plädierend u. a. *Hirsch*, GS *Zipf*, 1999, S. 353, 355 ff.; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 245; *Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 180; *Janzen*, ZJS 2011, 482, 495; *Beulke*, medstra 2015, 67, 72; i. E. positiv demgegenüber auch *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 546f.

⁵⁵⁵ Eine Übersicht zu diesen Entwürfen findet sich bei *Huber*, Medizinische Indikation, S. 257ff.

⁵⁵⁶ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 70.

⁵⁵⁷ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 67; *Böcker*, JZ 2005, 925, 931; *Mitsch*, JZ 2005, 279, 285; *Duttge*, FS *Schroeder*, 2006, S. 179, 195.

für alle übrigen Reformbemühungen abzustellen. Dieser bietet folgenden Gesetzentwurf an:

§ 241b StGB [eigenmächtige medizinische Eingriffe]

(1) Wer im Rahmen einer medizinischen Behandlung einen körperlichen Eingriff an einer anderen Person vornimmt, ohne dass die Person zuvor über die wesentlichen Bedingungen des Eingriffs, insbesondere den zu erwartenden Nutzen, die gesundheitlichen Risiken sowie in Betracht kommende Alternativen aufgeklärt wurde und ihre Einwilligung in den Eingriff erklärt hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Verursacht der Eingriff den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(3) Hat der Täter leichtfertig nicht erkannt, dass die andere Person nicht hinreichend aufgeklärt wurde oder dass sie nicht eingewilligt hat, wird er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) In den Fällen des Abs. 1 und 3 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Stirbt die verletzte Person, so geht das Antragsrecht nach § 77 II auf die Angehörigen über.

§ 223 StGB [Körperverletzung]

(3) Die Vorschrift ist auf medizinische Eingriffe, die nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards vorgenommen werden, nicht anwendbar. § 241b bleibt unberührt.

*a) Rechtsvergleichender Blick auf die Strafbarkeit
wegen eigenmächtiger Heilbehandlung in Österreich*

Vor der kritischen Auseinandersetzung mit dem deutschen Entwurf bietet sich an dieser Stelle ein kurzer Seitenblick auf die österreichische Rechtslage an. Zwar handelt es sich bei der Strafbarkeit wegen eigenmächtigen ärztlichen Handelns nicht um eine Problematik, die sich in allen Rechtsordnungen gleichermaßen stellt und dementsprechend praktisch auf dieselbe Weise zu lösen wäre. Vielmehr sind die sich ergebenen Rechtsprobleme abhängig von der nationalen strafrechtlichen Einordnung medizinischer Behandlungen sowie den Konstruktionsbedingungen der jeweiligen spezifischen Rechts- und Verfassungsordnungen.⁵⁵⁸ Die diesbezüglich geltende Rechtslage in Österreich ist der deutschen Rechtslage allerdings in ihrer Auslegung und historischen Herkunft näher als diejenige anderer europäischer Länder. Insbesondere wurde ein, dem neuen Entwurf

⁵⁵⁸ Vgl. *Fateh-Moghadam*, in: Roxin/Schroth, S. 888, 894.

im Grundsatz vergleichbarer, Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung in Österreich bereits 1975 eingeführt. Demnach erscheint es durchaus lohnenswert, sich vorab mit den bestehenden Erfahrungen im Hinblick auf die Ausgestaltung und Anwendung dieser Vorschrift auseinanderzusetzen.

aa) Zur Rechtslage hinsichtlich der eigenmächtigen Heilbehandlung
in Österreich

Im österreichischen Recht wird eine Verletzung der Körperintegrität nach § 83 öStGB sanktioniert. Abgesehen von der Strafandrohung ist der Grundtatbestand im Hinblick auf das nötige Verhaltensunrecht weitestgehend mit der deutschen Regelung deckungsgleich. Darüber hinaus findet sich in Absatz 3 eine Strafschärfung, die im deutschen Recht vergleichbar im Rahmen der Verkehrs- bzw. Widerstandsdelikte anzutreffen ist. Ein – im Hinblick auf die Zielsetzung dieser Arbeit besonders relevanter – Unterschied liegt allerdings darin, dass ein medizinisch indizierter *lege artis* durchgeführter Eingriff nach österreichischem Recht grundsätzlich als gerechtfertigter Eingriff in die körperliche Unversehrtheit anzusehen ist und dementsprechend nicht von der Körperverletzungsstrafbarkeit erfasst wird.⁵⁵⁹ Eine Missachtung des Selbstbestimmungsrechts soll allein über § 110 öStGB erfasst werden. Dieser Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung dient explizit dem Schutz der individuellen Verfügungs freiheit des Patienten innerhalb der medizinischen Behandlung.⁵⁶⁰

(1) *Abgrenzung zur Körperverletzungsstrafbarkeit und Konkurrenzverhältnis*

Als wesentliches Abgrenzungskriterium der beiden Tatbestände soll nach h. M. das Vorliegen einer medizinischen Indikation fruchtbar gemacht werden. Zwar möchte ein kleiner Teil der Lehre § 110 öStGB auch auf medizinisch nicht indizierte Behandlungen wie beispielsweise kosmetische Operationen, die Organ spende oder die in-vitro Fertilisation anwenden;⁵⁶¹ der oberste Gerichtshof sieht jedoch die Anwendung auf Heilbehandlungen beschränkt.⁵⁶² Vor allem deshalb,

⁵⁵⁹ *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht BT I, S. 52, 104; *Soyer/Schumann*, in: WK-StGB, § 110 öStGB; a. A. *Lotheissen*, ÖRiZ 1975, 2 ff., was unter anderem daran liegt, dass abzuwägen ist, inwieweit über die Bestrafung der eigenmächtigen Heilbehandlung nach § 110 öStGB hinaus das Bedürfnis besteht, den Unwert der Körperverletzung zu erfassen; s. dazu *Zipf*, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 579.

⁵⁶⁰ *Piegler*, VersR 1962, 921, 923; vgl. zudem § 499a StG von 1937.

⁵⁶¹ *Soyer/Schumann*, in: WK-StGB, § 110 Rn. 6 ff. m.w.N.; *Bertel/Schwaighofer*, BT I, § 110 Rn. 2; *Schmoller*, in: SbgK, § 110 Rn. 30 f., auch unkonventionelle Methoden von Laien oder Ärzten sollen von § 110 StGB erfasst werden; *Kienapfel/Schroll*, BT I, § 110 Rn. 9.

⁵⁶² SS 55/59 = JBl 1985, 304, 306; dazu *Schmoller*, JBl 1989, 10, 22; *Schmoller*, in: SbgK StGB § 110 Rn. 23 ff., wobei die Praxis allerdings mit der Annahme einer medizinischen Indikation deutlich großzügig zu verfahren scheint.

weil explizit von „Heilbehandlungen“ die Rede ist, wird die medizinische Indikation für die Anwendung des § 110 öStGB überwiegend als zwingend erforderlich angesehen;⁵⁶³ die Folge ist, dass fremdnützige Eingriffe wie Forschung oder Organspende aus der Anwendung auszuschließen sind.⁵⁶⁴ Eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung soll im Falle einer eigenmächtigen ärztlichen Maßnahme weiterhin dort möglich sein, wo noch keine medizinisch gesicherten Erkenntnisse existieren oder Fremdnützigkeit das Eingriffsziel prägt.⁵⁶⁵ Besonders in Bezug auf den in der Praxis besonders relevanten Fall der Lebendorganspende mit der unterschiedlichen Wertung aus Spender- und Empfängersicht erscheint eine Abgrenzung anhand der medizinischen Indikation problematisch.⁵⁶⁶ Dies gilt darüber hinaus auch für sämtliche Konstellationen der Wunschmedizin.

Sowohl § 110 als auch § 88 III öStGB enthalten eine Privilegierung zu Gunsten des Berufsrisikos der Ärzte.⁵⁶⁷ Es handelt sich jedoch nicht um ein Sonderstrafrecht für Ärzte, vielmehr kann grundsätzlich jedermann den Tatbestand verwirklichen.⁵⁶⁸ Dem Grunde nach stehen die Körperverletzungsstrafbarkeit und die Strafbarkeit wegen eigenmächtiger Heilbehandlung demnach in Idealkonkurrenz. Umstritten ist aber vor allem, ob im Falle einer medizinisch nicht indizierten Behandlung § 110 öStGB dennoch Anwendung findet. Hinsichtlich dessen wird sowohl die Annahme einer echten Gesetzeskonkurrenz⁵⁶⁹ als auch ein subsidiäres Zurücktreten hinter der vorsätzlichen Körperverletzung⁵⁷⁰ vertreten. Erkennt man die Verschiedenheit der den Tatbeständen zu Grunde liegenden Rechtsgüter jedoch an, dürfte bezüglich echter Gesetzeskonkurrenz kein Zweifel bestehen.⁵⁷¹ Fehlt es an der medizinischen Indikation und liegt zusätzlich eine fehlerhafte Durchführung vor, kommt wegen der Verschiedenheit der Rechtsgüter § 110 öStGB neben der Körperverletzungsstrafbarkeit zur Anwendung.⁵⁷²

⁵⁶³ Schmoller, in: SbgK, § 110 Rn. 25; Soyer/Schumann, in: WK-StGB, § 110 Rn. 6, 10; Schmoller, in: Mayer-Maly/Prat (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung (1998), S. 75, 95; a. A. s. Zipf, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 580, der darauf abstellt, dass die ursprüngliche Formulierung des § 499a StG „zu Heilzwecken“ in die aktuelle Fassung des § 110 nicht übernommen wurde.

⁵⁶⁴ OHG JBl 1985, 304 ff.; näher dazu Schmoller, JBl 1989, 10, 22.

⁵⁶⁵ Zipf, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 583.

⁵⁶⁶ Dazu Bruckmüller/Schumann, in: Roxin/Schroth, S. 813, 845.

⁵⁶⁷ Zipf, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 578.

⁵⁶⁸ Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht BT I, S. 105; Bertel/Schwaighofer, BT I, § 110 Rn. 1; für einen Nichtarzt würden mögliche entstehende Strafbarkeitslücken aufgrund der zusätzlich bestehenden Strafbarkeit wegen Kurpfuscherei gem. § 184 öStGB geschlossen; s. Bruckmüller/Schumann, in: Roxin/Schroth, S. 813, 819; das erscheint jedoch bereits deshalb als zweifelhaft, weil der Tatbestand Gewerbsmäßigkeit voraussetzt.

⁵⁶⁹ Kienapfel/Schroll, BT I, § 110 Rn. 7, 41.

⁵⁷⁰ Schmoller, in: SbgK, § 110 Rn. 197.

⁵⁷¹ Bruckmüller/Schumann, in: Roxin/Schroth, S. 813, 823.

⁵⁷² Kienapfel/Schroll, BT I, § 110 Rn. 7, 41; a. A. Schmoller, in: SbgK, § 110 Rn. 197.

(2) Inhaltliche Ausgestaltung des § 110 öStGB

Der Tatbestand ist als vorsätzliches Erfolgsdelikt ausgestaltet. § 110 öStGB enthält demnach keine fahrlässige Begehungswweise. Das hat zur Folge, dass der in der Praxis deutlich überrepräsentierte Teil der fahrlässigen Aufklärungspflichtverletzung nicht über die eigenmächtige Heilbehandlung zu erfassen ist. Unter Berücksichtigung dessen, dass der Straftatbestand der fahrlässigen Körperverletzung im österreichischen Strafrecht in Abs. 2 einen Strafbarkeitsausschluss für Angehörige gesetzlich geregelter Gesundheitsberufe beinhaltet, sofern die Körperverletzung in Ausübung des Berufes eintritt und der Täter nicht grob fahrlässig gehandelt hat;⁵⁷³ offenbart sich an dieser Stelle eine deutliche Strafbarkeitslücke.

Weiterhin beinhaltet § 110 II öStGB eine Erweiterung um Aspekte des spezifischen Rechtfertigungsgrundes der mutmaßlichen Einwilligung.⁵⁷⁴ Dieser Absatz wird dabei gegenüber der mutmaßlichen Einwilligung als *lex specialis* verstanden, mit der Folge, dass ein Rückgriff auf die allgemeine Regelung gesperrt ist.⁵⁷⁵ Genauer gesagt handelt es sich um eine Verknüpfung von Aspekten des rechtfertigenden Notstands und der mutmaßlichen Einwilligung.⁵⁷⁶ Die dadurch erreichte Sanktionierung der fahrlässigen Begehungswweise erscheint allerdings innerhalb des geltenden strafrechtlichen Systems als widersprüchlich. Denn sie führt unter anderem zu einer Durchbrechung der allgemeinen Regelungen des § 8 öStGB:⁵⁷⁷ Dieser übernimmt sozusagen die Funktion der Kodifizierung des im deutschen Strafrecht bekannten Erlaubnistaatbestandsirrtums. Demnach ist der Täter wegen fahrlässiger Begehung zu bestrafen, wenn der Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht und die fahrlässige Begehung mit Strafe bedroht ist. § 110 öStGB kennt jedoch – wie bereits dargestellt – keine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit. Der sich materiell im Erlaubnistaatbestandsirrtum befindende Täter soll dennoch nach Abs. 2 sogar wegen vorsätzlicher (!) Begehung strafbar sein, sofern sein Irrtum auf Fahrlässigkeit beruht. Diese Annahme wirkt widersprüchlich und dogmatisch inkonsistent. Darüber hinaus ist es nicht nachvollziehbar, die Fahrlässigkeit grundsätzlich nicht zu sanktionieren, andererseits aber für den Fall, dass ein Arzt irrtümlich von einer Notsituation ausgeht, eine Vorsatzstrafbarkeit zu fingieren.

Im möglichen Strafmaß von 6 Monaten oder Geldstrafe in Höhe von bis zu 360 Tagessätzen kommt schließlich wiederum eine Privilegierung der Verletzung

⁵⁷³ § 88 II öStGB.

⁵⁷⁴ Vgl. *Marek/Tipold*, in: Kommentar zum Gesundheitsrecht, § 110 Rn. 9; *Soyer-Schumann*, in: *WK-StGB*, § 110 Rn. 31.

⁵⁷⁵ *Schmoller*, in: *SbgK-StGB* § 110 Rn. 78, 96; a. A. *Brandstetter/Zahrl*, *RdM* 1994, 17, 24; *Maleczky*, *ÖJZ* 1994, 681, 683.

⁵⁷⁶ *Bruckmüller/Schumann*, in: *Roxin/Schroth*, S. 813, 829.

⁵⁷⁷ *Bruckmüller/Schumann*, in: *Roxin/Schroth*, S. 813, 837 m.w.N.

des Selbstbestimmungsrechts gegenüber der Verletzung des Körpers zum Ausdruck.⁵⁷⁸ Ungeachtet der vorausgehenden Weichenstellung, ob man eine Verletzung der körperbezogenen Selbstbestimmung überhaupt unabhängig von der Körperintegrität bewerten kann und sollte; stellt sich an dieser Stelle die Frage, ob die eigenmächtige Heilbehandlung pauschal auf einen geringeren Unwertgehalt als die Verletzung des Körpers zu reduzieren ist.⁵⁷⁹

Weiterhin bleibt unklar, ab welcher Intensität eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts überhaupt zu erfassen ist.⁵⁸⁰ Im Zuge dessen ist es ebenfalls klärungsbedürftig, ob jegliche Verletzung der Selbstbestimmung ungeachtet ihrer Zielrichtung zu erfassen ist. Insofern wird eine Wertungskohärenz zu § 83 öStGB gefordert, sodass die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts nur dann erfasst ist, wenn es dem Niveau der Körperverletzung entspricht.⁵⁸¹ Was hier zur Einschränkung sicher dienlich sein kann, mutet aber jedenfalls in Bezug auf das allein schützenswerte Rechtsgut der Selbstbestimmung schwer verständlich an.

(3) Strafprozessuale

Gem. § 110 III öStGB ist der Tatbestand als Antragsdelikt bzw. genauer als Privatklagedelikt ausgestaltet. Das bedeutet, der Privatkläger ist nicht nur selbst für die Beweisermittlung zuständig,⁵⁸² sondern er trägt auch das volle Kostenrisiko.⁵⁸³ Ferner erlischt das Recht auf Privatklage durch Verzicht und Verzeihung.⁵⁸⁴ Schließlich „hat der Täter Glück, wenn das Opfer verstirbt“.⁵⁸⁵ Denn im Falle des Todes des Opfers erlischt ebenfalls das Klagerecht; die Angehörigen können die Klage nicht weiter betreiben.⁵⁸⁶ Hinzukommt, dass gem. § 46 I öStGB bis 2008 lediglich eine 6-wöchige Frist zur Stellung des Verfolgungsantrags bestand. Inzwischen sieht § 57 III öStGB immerhin ein einjähriges Verfahren vor.

⁵⁷⁸ Das Strafmaß wegen Körperverletzung beträgt Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen (§ 83 öStGB).

⁵⁷⁹ Kritisch zur Höhe der Strafandrohung *Schmoller*, in: SbgK, § 110 Rn. 18.

⁵⁸⁰ *Bruckmüller/Schumann*, in: Roxin/Schroth, S. 813, 822; insbesondere auch zu Fragen der psychischen Einwirkung vgl. *Soyer-Schumann*, in: WK-StGB, § 110 Rn. 11; *Stellamor/Steiner*, Handbuch Arztrecht I, 1999, S. 336.

⁵⁸¹ *Schmoller*, in: SbgK-Kommentar, § 110 Rn. 26f.; a. A. *Lewisch*, Strafrecht BT I, S. 117.

⁵⁸² § 71 I 2 öStGB.

⁵⁸³ § 72 II 2 öStGB.

⁵⁸⁴ § 72 II 2 öStGB.

⁵⁸⁵ *Lewisch*, Strafrecht BT I, S. 113.

⁵⁸⁶ *Bruckmüller/Schumann*, in: Roxin/Schroth, S. 813, 837; *Ebert*, Die eigenmächtige Heilbehandlung, S. 16.

Zwar erscheint es durchaus sinnvoll, dass die Möglichkeit der Klage davon abhängen soll, ob der Betroffene selbst das Handeln als sanktionswürdig ansieht und damit die Strafverfolgung der Disposition des Betroffenen untersteht.⁵⁸⁷ Dennoch wirkt besonders das hohe private Kostenrisiko und die erforderliche hohe Eigeninitiative im Zuge der Strafverfolgung für den Betroffenen abschreckend. Selbst dann, wenn zusätzlich eine Verurteilung wegen Körperverletzung (Offizialdelikt) im Raum steht, würde die eigenmächtige Heilbehandlung als Privatklagedelikt getrennt davon verhandelt: Auch wenn es sich verfahrensrechtlich um dieselbe Tat handelt, findet keine Miterledigung statt.⁵⁸⁸ Ferner trägt auch die mangelnde Vererbarkeit des Klagerechts zur Hemmung der Strafverfolgung bei.⁵⁸⁹ Die Ausgestaltung als Privatklagedelikt hat damit im Ergebnis zur Folge, dass die strafrechtliche Verfolgung der ärztlichen Eigenmacht ganz erheblich zurückgeht bzw. zur Ausnahme wird.⁵⁹⁰ Diesen Eindruck belegen auch die statistischen Erhebungen. In der österreichischen Verurteilungsstatistik hat die eigenmächtige Heilbehandlung praktisch keine Relevanz: Die Verurteilungsstatistik weist für das Jahr 2021 wie auch für die Vergangenheit seit Einführung des Tatbestands keine einzige Verurteilung auf.⁵⁹¹

bb) Zusammenfassende Stellungnahme

Anhand der vorangegangenen Darstellung lässt sich Folgendes resümieren: Richtig ist zunächst, dass im österreichischen Strafrecht bereits seit langem ein Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung existiert. Davon ausgehend von „guten Erfahrungen“ in der Anwendung zu sprechen, erscheint jedoch aufgrund der fehlenden praktischen Relevanz des Delikts kaum überzeugend. Bis heute existiert keine einzige Verurteilung nach dem Strafgesetz, was dafürspricht, dass aufgrund der strafprozessualen Hürden kein zusätzlicher Schutz vor ärztlicher Eigenmacht geschaffen wurde; sondern ganz im Gegenteil durch die Etablierung der speziellen Strafvorschrift der Schutz vor eigenmächtigen Heilbehandlungen deutlich beschränkt, wenn nicht nahezu gänzlich aufgehoben wurde. Was strafrechtsdogmatisch möglich erscheint, verbleibt aufgrund der konkreten Ausgestaltung eher auf theoretischer Ebene. Daneben offenbart die Strafvorschrift in ihrer Ausgestaltung einige Schwächen, die es vor dem Hintergrund einer ähnlichen tatbestandlichen Ausgestaltung im deutschen Recht zu berücksichtigen gilt.

⁵⁸⁷ *Bruckmüller/Schumann*, in: Roxin/Schroth, S. 813, 836.

⁵⁸⁸ *Zipf*, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 589.

⁵⁸⁹ S. zu den beiden letztgenannten Kritikpunkten auch *Bruckmüller/Schumann*, in: Roxin/Schroth, S. 813, 837.

⁵⁹⁰ Vgl. *Hirsch*, FS Lange, 1976, S. 816 ff.

⁵⁹¹ <https://statcube.at/statistik.at/ext/statcube/jsf/tableView/tableView.xhtml>.

b) Kritik am deutschen Reformentwurf aus dem Jahr 2021

Einige der in der rechtsvergleichenden Analyse deutlich gewordene Kritikpunkte sind im Wesentlichen auf die deutsche Rechtslage übertragbar. Zudem ist bereits eingangs zu betonen, dass es der Etablierung eines solchen Tatbestands, um das offenkundig beabsichtigte Ziel der Herausnahme der eigenmächtigen Heilbehandlung aus dem Erfassungsbereich der Vorsatzdelikte zu erreichen, bei sachgerechter Anwendung der allgemeinen Irrtumsreglungen gar nicht bedarf.⁵⁹² Daneben offenbaren sich in der konkreten Ausgestaltung weitere Problemfelder, die es zu berücksichtigen gilt.

aa) Fehlende Beschränkung auf Heilbehandlungen/Vornahme durch einen Arzt

Auffällig ist zunächst, dass der vorgelegte Gesetzentwurf keinen unmittelbaren Bezug auf die Durchführung einer *Heilbehandlung* bzw. die Vornahme durch einen approbierten Arzt nimmt. Auf den ersten Blick erscheint dies insofern vorzugswürdig, als man in dieser Ausgestaltung den schwierigen und mitunter kaum überzeugend lösbar den Abgrenzungsfragen zwischen der Heilbehandlung und dem medizinischen Enhancement entgeht.⁵⁹³ Darüber hinaus könnten mit diesem Entwurf, anders als mit dem vorhergehenden Reformentwurf, die massiven Gefahren für das Selbstbestimmungsrecht, die von eigenmächtigen Forschungsmaßnahmen ausgehen, erfasst werden.⁵⁹⁴ Sieht man allerdings diese Ausgestaltung im Zusammenhang damit, dass der Entwurf überdies nicht einmal auf die Einhaltung der ärztlichen Kunst⁵⁹⁵ abstellt, indem abstrakt von einer „medizinischen Behandlung“ die Rede ist, würde dies u. U. das grob unverständige Handeln eines Laien genügen lassen. Nimmt man hier keine weitere Spezifizierung vor, entsteht ein Paradoxon: Während die Ärzte nun nicht mehr „mit Messerstechern gleichgestellt werden“ finden sie sich nun auf einer Ebene mit Kurpfuschern und Laien, die – zwar vielleicht mit gutem Willen aber – ohne medizinische Kenntnisse ihre „Behandlung“ durchführen.⁵⁹⁶ Die Privilegierungswirkung des Tatbestands – insbesondere der Ausschluss der Vorsatzstrafbarkeit – lässt sich überdies ohne die Beschränkung auf einen Arzt, der nicht nur heilen möchte, sondern potentiell auch heilen *kann* bzw. das Charakteristikum einer Heilbehandlung, kaum legiti-

⁵⁹² S. dazu für den vorherigen Entwurf *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 457; s. auch A.VI.1.d)dd).

⁵⁹³ S. auch die Begründung des Entwurfs *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 71.

⁵⁹⁴ Diese Strafbarkeitslücke im vorherigen Entwurf rügend *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 478.

⁵⁹⁵ Hier unter Ausnahme des informed consent ausschließlich auf die „handwerklich“ kunstgerechte Vornahme bezogen.

⁵⁹⁶ *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften, S. 36.

mieren.⁵⁹⁷ Abstrakt betrachtet stellt der Begriff der medizinischen Behandlung ohne diese Spezifizierungen nur eine Ausgestaltung einer Körperverletzung dar. Es erscheint kaum begründbar, weshalb die Verhaltensanforderungen an den Verhaltensnormadressaten gegenüber einer anderen Verletzung der Körperintegrität derart herabgesetzt sein sollen – nur, weil eine medizinische Ausprägung der Verletzungshandlung hinzutritt. Die normativen Bewertungsgesichtspunkte einer möglichen Privilegierung ergeben sich ja gerade aus den potentiellen Heilungschancen, der Durchführung *lege artis* und der Sozialadäquanz anerkannter ärztlicher Maßnahmen (sofern sie der Disposition des Betroffenen entsprechen). Allein die Bezugnahme auf eine irgendwie geartete medizinische Behandlung erscheint dahingehend viel zu unbestimmt.

bb) Gefahr der Ausdehnung der Strafbarkeit über den Anwendungsbereich der körperbezogenen Selbstbestimmung hinaus

Ferner bestünde die Gefahr einer Ausdehnung der Strafbarkeit über den bisherigen Bereich der Körperverletzungsstrafbarkeit hinaus, wenn unabhängig von einer Körperverletzung jegliche Verletzung des Selbstbestimmungsrechts geschützt werden soll.⁵⁹⁸ Zwar nimmt der aktuelle Entwurf, anders als sein Vorgänger, eine Eingrenzung auf einen körperlichen Eingriff vor. Die genaue Auslegung dessen bleibt allerdings weiterhin eine Frage der Bestimmung der Erheblichkeitschwelle eines körperlichen Eingriffs. Legt man als primäres Schutzobjekt des § 241b des Entwurfs die Selbstbestimmung zu Grunde, erscheint es nicht per se ausgeschlossen, den „körperlichen Eingriff“ hier anders auszulegen als eine körperliche Misshandlung im Rahmen des § 223 StGB. Das könnte dazu führen, dass die eigenmächtige Vornahme von Maßnahmen, die gegenwärtig nach der Erheblichkeitsschwelle des § 223 StGB nicht strafbar sind, da sie nicht unter das Tatbestandsmerkmal der körperlichen Misshandlung fallen, in den Anwendungsbereich der neuen Strafvorschrift fallen würden.⁵⁹⁹ Dies erscheint kaum intentionsgerecht. Denn es ist fraglich, ob jenseits von invasiven (die Körperintegrität verletzenden Eingriffen) überhaupt ein Strafbedürfnis besteht.⁶⁰⁰ Im Ergebnis läuft diese Fragestellung wieder maßgeblich auf das Verständnis der Körperintegrität hinaus. Unter der Prämisse der vorzugswürdigen Einbeziehung der körperbezogenen Selbstbestimmung unmittelbar in die Auslegung der Körperintegrität, ließ sich diese Problematik auf sachnäherer Ebene bereits nach geltender Rechtslage im Rahmen des § 223 StGB lösen.

⁵⁹⁷ I. E. wohl auch *Hartmann*, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 184.

⁵⁹⁸ *Freund*, ZStW 109 (1997), 455, 478; *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften, S. 30.

⁵⁹⁹ Vgl. dazu *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften, S. 25.

⁶⁰⁰ Insofern zweifelnd *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften, S. 31. – Bedenken hinsichtlich der Unwesentlichkeit einer nicht invasiven Behandlung *Cramer*, FS Lenckner, 1998, S. 761, 767; *Schreiber*, FS Hirsch, 1999, S. 713, 720.

cc) Unklare Konkurrenzverhältnisse

Um eine klare Aussage innerhalb der Konkurrenzen zu anderen Delikten treffen zu können, ist zunächst klärungsbedürftig, welches Schutzbereich überhaupt dem Gesetzentwurf zu Grunde liegen soll: An dieser Stelle kommen potentiell die Freiheit bzw. Selbstbestimmung der Person, die körperbezogene Freiheit, über den eigenen Körper zu verfügen, der Schutz der körperlichen Integrität oder aber deren Verbindungen bzw. doppelte Schutzbereiche in Betracht.⁶⁰¹ Systematisch nimmt man mit dem neuen Entwurf zunächst eine deliktspezifische Einordnung bei den „Willensdelikten“ vor. Dies lässt sich als erstes Indiz im Sinne eines Schutzes der Selbstbestimmung als einziges Schutzbereich deuten. In diesem Sinne äußert sich zunächst auch die Entwurfsbegründung des Kriminalpolitischen Kreises, wenn als Schutzbereich vom Selbstbestimmungsrecht in der Ausprägung der Patientenautonomie als „persönlichkeitsrechtliche Dimension des Menschen“ die Rede ist.⁶⁰² Im Folgenden wird dieses Schutzbereich aber dahingehend eingeschränkt, dass es zusätzlich eines Eingriffscharakters im Hinblick auf die körperliche Integrität bedürfe, was insofern nicht inkonsequent anmuten solle, als der Fokus auf die körperlichen Eingriffe im Rahmen des eigentlich freiheitsorientierten Schutzbereichs lediglich als angemessene Eingrenzung der Strafbarkeit diene.⁶⁰³

Nicht nur, dass damit die missliche Situation entsteht, dass zur konkreten Bestimmung des Verhaltensunrechts ein anderer Tatbestand (§ 223 StGB) herangezogen werden muss,⁶⁰⁴ die Annahme des Körperintegritätsbezugs macht auch eine konkurrenzrechtliche Abgrenzung zu § 223 ff. StGB unausweichlich. Dies geschieht innerhalb des neuen Entwurfs zunächst ausdrücklich im Rahmen einer Ergänzung des § 223 StGB, indem „medizinische Eingriffe, die nach den allgemein anerkannten fachlichen Standards vorgenommen werden“, nicht mehr in den Anwendungsbereich der Körperverletzungsdelikte fallen sollen.⁶⁰⁵ Dahingehend versteht sich der Entwurf als „Privilegierung“ medizinischer Behandlungen gegenüber schlichtem körperverletzenden Verhalten mit der Konsequenz der Unanwendbarkeit der Körperverletzungsqualifikationen.⁶⁰⁶ Voraussetzung der Annahme einer solchen Privilegierung wäre es jedoch grundsätzlich, dass § 223 StGB als Grundtatbestand angenommen wird,⁶⁰⁷ was aufgrund des „anderen“ Schutzbereichs der Selbstbestimmung gerade nicht der Fall sein soll. Im Ergebnis

⁶⁰¹ Vgl. Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 91.

⁶⁰² Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 71.

⁶⁰³ Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 71 f.

⁶⁰⁴ Vgl. zu dieser Kritik auch bereits Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 181, allerdings noch unter Bezugnahme auf das Merkmal der „Heilabsicht“ in § 229 E.

⁶⁰⁵ Siehe Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 71.

⁶⁰⁶ Siehe Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 71.

⁶⁰⁷ Vgl. Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 186.

mündet diese Wertung letztlich wieder in der – bereits bekannten – Problematik, ob ein Eingriff in das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht überhaupt von einem Eingriff in die Körperintegrität zu trennen ist.⁶⁰⁸ Wenn man dies tatsächlich entgegen der hier vertretenen Auffassung bejahren möchte, schließt sich zudem die weitere Frage an, ob ein solcher isolierter Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht weniger gewichtig erschiene? Das ist wiederum auf den ersten Blick aufgrund des äquivalenten Strafrahmens des § 241 b E im Verhältnis zu § 223 StGB nicht der Fall. Es wird sogar ausdrücklich betont, dass die Privilegierung aufgrund des identischen Strafrahmens limitiert sei, um eine „angemessene“ Sanktionierung bestimmter gravierender eigenmächtiger Eingriffe im Bedarfsfall nicht zu hindern.⁶⁰⁹ Unter dieser Prämisse bleibt es unklar, welche Vorteile die Abspaltung eines als untrennbar zu bewertenden Schutzzguts durch einen zusätzlichen Tatbestand bietet, nur um dann im nächsten Schritt wieder auf den sogar selbst als angemessen (!) bezeichneten Strafrahmen zu rekurrieren. Unter dieser Annahme wäre der einzige Vorteil der Etablierung des neuen Tatbestands in der Möglichkeit der Ausnahme (zu) geringfügig fahrlässiger Begehungsweisen zu sehen, was sich aber auf anderem Wege deutlich zielführender erreichen ließe.⁶¹⁰ Schließlich soll im Falle der Verletzung der ärztlichen Kunst und des Selbstbestimmungsrechts Tateinheit zwischen beiden Delikten anzunehmen sein.⁶¹¹ Abgesehen von der weichenstellenden Frage, ob überhaupt eine kumulative Verwirklichung dieser beiden Merkmale möglich ist oder nicht vielmehr die Missachtung des Selbstbestimmungsrechts bereits einen Verstoß gegen die *lex artis* bedeutet; löst ein solches Verständnis die bisher angesichts der Heilbehandlung bestehenden Probleme gerade nicht.

Schließlich sollte in diesem Zusammenhang ein weiterer Aspekt des § 241 b E nicht vernachlässigt werden: § 241 b II beinhaltet im Falle der Verursachung des Todes des Opfers eine Strafschärfung von einem bis zu zehn Jahren. Während zunächst grundsätzlich positiv zu bewerten ist, dass anders als im vorangegangenen Entwurf eine mögliche zusätzliche Privilegierung im Hinblick auf die Tötungsdelikte überhaupt in den Blick gerät, erscheint es in der Auslegung des Schutzzguts problematisch, dass der Eintritt des Todes eine Strafschärfung bewirken soll, obwohl doch an dieser Stelle primär das freiheitsrechtliche Schutzzgut der Selbstbestimmung Grundlage der Verhaltensanforderungen ist. Inwieweit hier der Eintritt des Todes die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts vertieft, ist normativ kaum begründbar und wirkt damit inkonsistent. Überdies fehlt es in diesem Verhältnis schließlich an einer direkten Konkurrenzregelung im Verhältnis zu den § 212 ff. StGB.

⁶⁰⁸ S. dazu A.V.1.b).

⁶⁰⁹ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 72.

⁶¹⁰ S. dazu D.I.2.c).

⁶¹¹ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 72.

dd) Einbeziehung der Wirksamkeitsanforderungen der Einwilligung
unmittelbar in den Tatbestand

Als besonders vorzugswürdiger Aspekt des neuen Tatbestands wird hervorgehoben, dass er den Einwilligungsbezug durch positive Nennung der Erfordernisse der ärztlichen Aufklärungspflicht unmittelbar selbst benennt und gleichzeitig kriminalpolitisch angemessen eingrenzt.⁶¹² Dies ermöglichte in Anwendung des Tatbestands eine Reduktion der strafrechtlichen Relevanz von Aufklärungsfehlern zugunsten eines limitiert akzessorischen Medizinstrafrechts.⁶¹³ Dieser inhaltliche Ansatz verdient zwar im Ergebnis uneingeschränkte Zustimmung. Es erscheint allerdings in der Umsetzung überaus fraglich, ob sich die komplexen individuellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung überhaupt expressis verbis umfassend innerhalb dieses Tatbestands regeln lassen.⁶¹⁴ Vor allem angesichts des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflicht verbieten sich hier pauschale Annahmen. Denn welchen Inhalt die Aufklärung haben muss, folgt individuellen Maßstäben und kann kaum abstrakt-generell in Gesetzesform festgelegt werden. Diese Erwägungen verdeutlichen wiederum, dass die eigentliche Problematik nicht in der Etablierung eines neuen Tatbestands, sondern vielmehr in der Ausgestaltung der Aufklärungspflichten und der konkretisierten Verhaltensmissbilligung liegt.

c) *Ergebnis*

Anhand der bereits dargestellten Kritikpunkte lässt sich gut verfolgen, dass die Herausnahme der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts aus den Körperverletzungsstrafbarkeiten in weiten Teilen lediglich auf eine „Umetikettierung“ der Strafbarkeit hinausläuft.⁶¹⁵ Im Hinblick auf die bestehenden Sachprobleme im Kontext der medizinischen Behandlung ist damit nichts gewonnen. Die Auseinandersetzung mit dem Inhalt und dem genauen Verständnis der Körperintegrität, eine sachgerechte Handhabung im Bereich der Wissens- und Willensmängel sowie eine Auseinandersetzung mit dem Umfang und der Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht bleiben weiterhin unentbehrlich. Denn mit dem Merkmal der unwirksamen Einwilligung des Patienten als Ausgangspunkt wird die gesamte Problematik der Aufklärungspflicht sowie die normative Bewertung der Heilbehandlung unmittelbar auf einen derartigen Sondertatbestand übertragen.⁶¹⁶ Noch

⁶¹² *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 72.

⁶¹³ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 72 m.w.N., insbesondere Fn. 95.

⁶¹⁴ Zweifelnd dahingehend ebenfalls *Zipf*, FS Bockelmann, 1979, S. 577, 580, 585; kritisch gegenüber solchen Definitionen der Aufklärung auch *Hartmann*, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 155; s. auch *Hagedorn*, Einwilligung und Aufklärung, S. 63.

⁶¹⁵ *Schroeder*, Besondere Strafvorschriften, S. 41; i.E. auch *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 153.

⁶¹⁶ Treffend *Schreiber*, FS Hirsch, 1999, S. 713, 720 f.; *Hartmann*, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 186.

dazu erscheint die Herausnahme des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts aus dem Schutzbereich der Körperintegrität in hohem Maße problematisch. Denn der Schutz der Patientenautonomie gegen ärztliche Eigenmacht kann nicht losgelöst von der körperlichen Unversehrtheit betrachtet und strafrechtlich abgesichert werden.⁶¹⁷

3. Übertragung der Überlegungen auf die strafrechtliche Einordnung der eigenmächtigen Heilbehandlung

In Bezug auf die „bloß“ eigenmächtige Heilbehandlung wird eine körperverletzungsbezogene Graduierung des Unrechts teilweise als „evident“ unpassend beurteilt.⁶¹⁸ Eine solche Sichtweise kann aber bei einer normativen Bewertung des Unrechts verbunden mit dem nötigen Rechtsgutsbezug kaum überzeugen. In den meisten Fällen ist zwar zuzustehen, dass der Arzt immerhin versucht, zum Besten des Patienten zu handeln und jedenfalls eine objektive Verbesserung der Gesundheit intendiert. Dennoch stellt die Gesundheitsfürsorge des Einzelnen in erster Linie eine höchstpersönliche Angelegenheit dar: Täglich treffen wir Entscheidungen, die nicht Ausdruck irgendeiner personalen Selbstbestimmung sind, sondern gezielte Körperfürsorge; sodass es kaum einleuchtet, dass der Patient als Rechtsgutsträger in dem Moment, in dem er sich in ärztliche Behandlung begibt, seinen Gestaltungswillen zugunsten einer objektiv richtigen Gesundheitsfürsorge verlieren soll.⁶¹⁹ Das zentrale Gut der Patientenautonomie bedarf zwingend einer strafrechtlichen Absicherung: Die körperbezogene Selbstbestimmung des Individuums ist in diesem Zusammenhang als konstituierender Bestandteil des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit zu begreifen, sodass die unmittelbare Zuordnung zu den Körperverletzungsdelikten am nächsten liegt.⁶²⁰

Im Falle der eigenmächtigen Heilbehandlung schafft der Arzt dadurch, dass der Patient in einem wesentlichen Aspekt seiner individuellen Rechtsgutsentfaltung gehindert wird, unbestreitbar eine rechtlich missbilligte Gefahr in Bezug auf die Verletzung der Körperintegrität seines Patienten.⁶²¹ Geht man zudem richtigerweise davon aus, dass die körperbezogene Selbstbestimmung vom Schutzgut des § 223 StGB mitumfasst ist, begründet ein entsprechender schadensträchtiger

⁶¹⁷ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 30; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 29, 454 f.; *Hartmann*, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 91; *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 568.

⁶¹⁸ So bereits *Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, S. 71; *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 66.

⁶¹⁹ *Krauß*, FS Bockelmann 1979, S. 557, 569.

⁶²⁰ In diesem Sinne auch *Schroth*, in: *Roxin/Schroth*, S. 23, 27.

⁶²¹ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 307; *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 563 ff.

Verlauf, der aufgrund des Verhaltensnormverstoßes eintritt, auch körperverletzungsspezifisches Erfolgsunrecht.⁶²²

*a) Verwirklichung des Verhaltensunrechts einer Körperverletzung
durch die Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs*

Der Arzt verstößt dadurch, dass er das Einverständnis zur Vornahme der Heilmaßnahme nicht einholt, gegen einen allgemeinen zum Schutz der Körperintegrität normierten Gesichtspunkt ärztlicher Sorgfalt.⁶²³ Dabei birgt das Handeln des Arztes das unerlaubte Schädigungspotential, den wahren Willen des Betroffenen – der gerade durch das Erfordernis des informed consent besonderen Schutz erfährt – zu verfehlten.⁶²⁴ Zwar erfolgt der Heileingriff nicht allein deshalb, *weil* der Patient es will, sondern auch weil er medizinisch indiziert ist – jedoch stets nur dann, *wenn* der Patient es will.⁶²⁵ Aus seiner Handlungsperspektive missachtet der Arzt, unter Vernachlässigung der Autorisierung seines Handelns durch den Patientenwillen, normative Gesichtspunkte, die einer sorgfaltswidrigen Gefährdung des Rechtsguts entgegenwirken sollen, und erhöht damit in sozial inadäquater Weise das Risiko für das zu Grunde liegende Schutzobjekt.⁶²⁶ Denn der Patient besitzt ein verfassungsrechtlich geschütztes Interesse daran, über die Vornahme eines Eingriffs selbst zu entscheiden.⁶²⁷ Eingriffe in den Körper können folglich nur dann legitimiert sein, wenn sich diejenige Person, die auch selbst das Risiko trägt, selbstverantwortlich dazu entscheidet.⁶²⁸

Konkret bedeutet das, dass der Arzt im Falle seines Handelns ohne Vorliegen des informed consent regelmäßig das Verhaltensunrecht eines nicht autorisierten Eingriffs in die Körperintegrität des Patienten verwirklicht. Innerhalb des so festgestellten Verhaltensunrechts ist zwischen einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung zu unterscheiden. Von einer vorsätzlichen Missachtung des Patientenwillens ist auszugehen, wenn sich der Arzt unter Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten im verhaltensrelevanten Zeitpunkt des Fehlens der als

⁶²² Vgl. Jäger, FS Jung, 2007, S. 345, 349 (nach seiner Auffassung ist allerdings allein die körperliche Unversehrtheit als Schutzgut des § 223 anzusehen); a. A. Beulke, medstra 2015, 67, 69: nach seiner Auffassung besteht der Erfolgsunwert des ärztlichen Heileingriffes allein in der unmittelbar durch die Behandlung bewirkten körperlichen Substanzverletzung. Die Konsequenz ist, dass sich das eigenmächtige Handeln des Arztes allein als unvererhöhender Faktor im Handlungsunrecht niederschlagen kann und allenfalls mittelbar Ausdruck des tatbestandlichen Erfolgs ist.

⁶²³ Vgl. Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557.

⁶²⁴ Freund/Rostalski, AT, § 3 Rn. 47.

⁶²⁵ Geilen, FS Schwind, 2006, S. 289, 301.

⁶²⁶ Vgl. Krauß, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 565.

⁶²⁷ S. A. II.3.; Schroth, in: Roxin/Schroth, S. 23, 27; ausführlich dazu zudem Fateh-Moghadam, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 74 ff.

⁶²⁸ Schroth, in: Roxin/Schroth, S. 23, 27.

erforderlich erkannten Einwilligung bewusst ist, er aber dennoch handelt.⁶²⁹ Daneben kommt eine fahrlässige Verwirklichung des Verhaltensunrechts für den Fall in Betracht, dass der Arzt irrtümlich vom Vorliegen einer wirksamen Einwilligung ausgeht.⁶³⁰ Je nach Qualität des Verhaltensunrechts (vorsätzliche oder fahrlässige Begehungswweise) ist auch eine Versuchsstrafbarkeit möglich.

b) Verwirklichung des Erfolgsunrechts einer Körperverletzung durch die Vornahme eines eigenmächtigen Heileingriffs

Neben dem Verhaltensunrecht kommt zudem die Verwirklichung des Erfolgsunrechts der Körperverletzung infolge der eigenmächtigen Behandlung in Betracht. Zur konkreten Bestimmung dessen, wann sich ein schadensträchtiger Verlauf, der durch richtiges Verhalten von Rechts wegen hätte vermieden werden müssen, im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert, ist angesichts der eigenmächtigen Heilbehandlung zunächst danach zu differenzieren, ob es sich um das gänzliche Fehlen einer Einwilligung handelt oder die fehlende Legitimation aus der Unwirksamkeit einer (in bestimmter Hinsicht) grundsätzlich vorhandenen Einwilligung resultiert.⁶³¹ Denn im Falle des grundsätzlichen Vorliegens einer Einwilligung ist eine andere Wertung angebracht.⁶³²

Geht man zunächst einmal vom tatsächlichen Vorliegen einer anknüpfungsfähigen Willensäußerung seitens des Patienten aus, ist innerhalb des Umfangs der Einwilligung zwischen der grundsätzlichen Zustimmung zur Vornahme des Eingriffs und der umfassenden Verantwortungsübernahme unter Berücksichtigung und Kenntnis aller potentiell relevanten Folgen zu differenzieren. Erstere bezieht sich dabei auf die Vornahme der abstrakten Verletzungshandlung zur Ermöglichung des Eingriffs, hinsichtlich deren regelmäßig – unabhängig von denkbaren Aufklärungsdefiziten – hinreichende Kenntnis anzunehmen ist. Konkret bedeutet das: dem Patienten ist bewusst, dass die Durchführung der Operation die physische Durchbrechung der Körperoberfläche – des klassischen Schnitts mit dem Skalpell – bedarf. Liegt also eine Einwilligung zur Vornahme der ärztlichen Handlung seitens des Patienten vor, ist die „grundsätzliche Durchführungshandlung“ als solche – trotz *partieller* Unwirksamkeit der Einwilligung aufgrund relevanter Wissensdefizite in Bezug auf die Folgen oder Risiken der Behandlung – weiterhin durch die Übereinstimmung mit dem Willen des Patien-

⁶²⁹ Nach umstrittener, aber zutreffender Auffassung, schließt auch die falsche rechtliche Wertung, einer Einwilligung nicht zu bedürfen, den Vorsatz aus. S. dazu die folgende Fn.

⁶³⁰ S. dazu, dass insofern nach traditionellem Konzept zwischen Tatsachenirrtümern und Rechtsirrtümern zu differenzieren ist, bereits oben Fn. 511.

⁶³¹ Zu den Voraussetzungen einer Unwirksamkeit der Einwilligung des Patienten – sodass von ärztlicher Eigenmacht die Rede ist – s. näher unter A.VI. 1. d).

⁶³² In diesem Sinne ebenfalls Rönnau, JuS 2014, 882, 884.

ten legitimiert. Die ärztliche Maßnahme ist in diesem Fall nicht als selbständige relevante *spezifische* Folge des Fehlverhaltens aufzufassen, das in der Durchführung der Maßnahme trotz des vorhandenen *Einwilligungsmanags in anderer Hinsicht* vorliegt. Insofern erschöpft sich der Unwertgehalt (zunächst) im entsprechenden Verhaltensunrecht. In Bezug auf die Verwirklichung des Erfolgsunrechts bedeutet dies Folgendes: Gelingt der Eingriff im Sinne eines normalen Heilprozesses, ohne dass eine zusätzliche, darüber hinaus relevante Folge oder Beeinträchtigung der Gesundheit eintritt, bleibt es für den Arzt bei der Verwirklichung des Verhaltensunrechts im Hinblick auf die Schädigungsmöglichkeiten, über die pflichtwidrig nicht aufgeklärt wurde, die sich aber nicht realisiert haben.

Tritt demgegenüber infolge der Operation gerade eine solche Folge ein, über die der Arzt pflichtwidrig nicht aufgeklärt hat, war es dem Patienten nicht möglich, diese Folge in seine Willensbildung bei der Erteilung seiner Einwilligung miteinzubeziehen. Die dann vorliegende Einwilligung vermag es demnach nicht, den (möglichen) Eintritt der Folge zu legitimieren. Sie ist vielmehr im Hinblick darauf normativ als unwirksam zu bewerten. Das hat die Konsequenz, dass mit dem tatsächlichen Eintritt dieser Folge – genauer: mit der Realisierung der entsprechenden Schädigungsmöglichkeit im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen – das Vorliegen einer Gesundheitsschädigung festgestellt werden kann, um deretwegen die Verhaltensmissbilligung des eigenmächtigen ärztlichen Handelns legitimiert werden kann. Der Arzt schafft durch die Vornahme der Operation trotz individuell pflichtwidriger Aufklärung genau im Hinblick auf den konkreten schadensträchtigen Verlauf, der sich ereignet hat, die entsprechend rechtlich zu missbilligende Schädigungsmöglichkeit für die Körperintegrität des Patienten. Demnach ist in diesem Fall über die Verwirklichung des Verhaltensunrechts hinaus vom Vorliegen einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge auszugehen. Dementsprechend ist das für eine Vollendungsstrafbarkeit erforderliche Erfolgsunrecht gegeben.

Anders ist dies zu bewerten, sofern der partiellen Unwirksamkeit der Einwilligung zwar die pflichtwidrig unvollständige Aufklärung des Arztes zu Grunde liegt, sich aber eine Folge ereignet, über die der Arzt sehr wohl aufgeklärt hat. In diesem Fall war die Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufklärung des Patienten im Hinblick auf diese konkret eingetretene Folge nicht zu legitimieren. Dann hat sich gerade kein schadensträchtiger Verlauf ereignet, der als spezifische *Fehlverhaltensfolge* zu begreifen ist. Allein das Vorliegen einer gesundheitlich nachteiligen Folge vermag es in diesem Fall nicht, individualisiertes Erfolgsunrecht des Arztes zu begründen, für das dieser rechtlich verantwortlich zu machen sein könnte. Damit bleibt es bei der Verwirklichung des reinen Verhaltensunrechts.

Davon zu differenzieren ist der Fall des vollständigen Fehlens jeglicher Einwilligung des Rechtsgutsinhabers. Der Arzt greift in diesem Fall ohne jeden Anknüpfungspunkt von Legitimation vollkommen eigenmächtig in die Körper-

integrität des Patienten ein. Daher ist bereits die Durchführung der ärztlichen Behandlung als tatbestandsspezifische Fehlverhaltensfolge zu bewerten. Legitimationsgrund der zwingenden Berücksichtigung der Patientenautonomie ist es gerade, den Patienten vor sämtlichen Eingriffen in seine Körperintegrität zu schützen, die er nicht selbst autorisiert hat. Dementsprechend kann sich in diesem Fall selbst das medizinische Gelingen einer aufgezwungenen ärztlichen Maßnahme aus Sicht des Patienten als höchst unerwünscht darstellen und eine Verletzung seiner Körperintegrität bedeuten. Das Eintreten einer darüberhinausgehenden gesundheitlich nachteiligen Folge ist unter diesen Umständen für das Vorliegen von Körperverletzungsunrecht auch als Erfolgsunrecht nicht mehr notwendig. Aufgrund des Handelns ohne entsprechende Einwilligung des Patienten wird im Zeitpunkt der Durchführung der ärztlichen Maßnahme nicht nur das Handlungsunrecht, sondern als unmittelbare Folge auch das Erfolgsunrecht der Körperverletzung verwirklicht. Außer Frage steht diese Wertung ferner auch bei einem ärztlichen Handeln *gegen* den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Betroffenen – also insbesondere bei sogenannten Zwangsbehandlungen.

4. Fazit

Zunächst bleibt festzuhalten, dass die Einordnung des ärztlichen Heileingriffs der hypothetischen Einwilligung nicht als unabhängige Komponente vorausliegt. Insbesondere wie man den Unrechtsgehalt des ärztlichen Heileingriffs gewichtet, nimmt Einfluss darauf, was als Basis der möglichen Konstruktion einer hypothetischen Einwilligung in Betracht zu ziehen ist. Sieht man den Menschen selbst als unmittelbaren Mittel- und Ausgangspunkt des Rechts an, so kann ein angemessenes Schutzniveau der persönlichen Interessen durch das Strafrecht allein unter Einbeziehung von subjektiven Komponenten, insbesondere unter Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts als integrativen Bestandteil der Körperintegrität erreicht werden. Ein angemessener Schutz der Körperintegrität ist ohne einen damit einhergehenden angemessenen Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts nicht möglich.

In Bezug auf die Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht gilt es allerdings, genauer zu differenzieren:⁶³³ Häufig findet man hier die Folgerung, dass als Konsequenz der Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts in das Rechtsgut der Körperintegrität zwangsläufig die hypothetische Einwilligung abzulehnen sei.⁶³⁴ Die Fragestellung ist an dieser Stelle allerdings deutlich komplexer. Vielmehr muss man sich – unabhängig von der Erkenntnis, dass die

⁶³³ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 191; ebenfalls hinsichtlich der direkten Verknüpfung eher ablehnend *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 302 f., 306.

⁶³⁴ *Rönnau*, Willensmängel, S. 429; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 78; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 166 ff.; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 355.

Selbstbestimmung des Patienten einen wesentlichen Aspekt der Verhaltensbewertung innerhalb des Schutzes der Körperintegrität ausmacht – weitergehend fragen, ob im Fall einer anzunehmenden hypothetischen Einwilligung als „Surrogat“ der (in *concreto* fehlenden) wirksamen Einwilligung die Autonomie des Patienten gewahrt bleibt bzw. ob trotz mangelhafter Aufklärung von einer hinreichenden Willensübereinstimmung auszugehen ist. Diese Erwägungen verdeutlichen, dass die Einbeziehung der Selbstbestimmung in den Begriff der Körperintegrität zwar eine wesentliche Steigerung des Schutzniveaus gegenüber einem statisch verstandenen Bestandsschutz bedeutet. In der Diskussion um die hypothetische Einwilligung bildet diese Feststellung allerdings letztlich nur einen Ausgangspunkt weiterer dogmatischer Erwägungen unter Einbeziehung der übrigen, für die Willensbildung relevanten, Komponenten.

VI. Einwilligung und Aufklärung

„Nüchternes Wissen und technisches Können dürfen [den Arzt] nie die Würde des zur Selbstbestimmung berufenen Kranken und den unersetzlichen Wert jedes einzelnen Menschen vergessen lassen.“⁶³⁵

Gestattet der Rechtsgutsinhaber qua Einwilligung anderen Personen in einem von ihm gesetzten Rahmen in seine Rechtsgüter einzugreifen, nimmt er dabei Handlungschancen wahr, die ihm das Recht bereitstellt und die das Strafrecht nicht konterkarieren darf.⁶³⁶ Dieser Blickwinkel macht deutlich, dass die Möglichkeit der Einwilligung in eine Rechtsgutsbeeinträchtigung – also die Gestattung des Rechtsgutseingriffs eines Dritten in die eigenen Rechtsgüter – aus Sicht des Behandlungssubjekts als Freiheitserweiterung zu bewerten ist.⁶³⁷ „Die persönliche Freiheit wäre in unerträglichem Maße beschränkt, wenn es dem Einzelnen verwehrt wäre, Eingriffe in seine eigenen Rechtsgüter zu gestatten: Man könnte sich nicht mehr die Haare schneiden lassen (Körperverletzung), keine Bahn- oder Flugreisen unternehmen (Freiheitsberaubung), sein altes Auto nicht abwracken lassen (Sachbeschädigung) usw.“⁶³⁸ Über die Annahme eines bloßen Rechtsgutsverzichts hinaus legitimiert die Einwilligung somit selbstbestimmte Freiheitsausübung.⁶³⁹ Das ansonsten tatbestandlich missbilligte Verhalten ist nämlich dann nicht zu beanstanden, wenn es als erforderliches Mittel zur Wahrung höherrangiger Interessen anzusehen ist.⁶⁴⁰ Dem Strafrecht kommt in diesem Zusammenhang die Aufgabe zu, im Sinne des persönlichen Rechtsgüterschutzes

⁶³⁵ *Kern/Laufs*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 1.

⁶³⁶ *Rönnau*, Willensmängel, S. 125.

⁶³⁷ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 19; *Wachter*, GA 2023, 390, 391.

⁶³⁸ *Noll*, Schweizerisches Strafrecht AT, S. 117.

⁶³⁹ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 17; *Rönnau*, Jura 2002, 595 ff.

⁶⁴⁰ *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 5.

einen Beitrag zur Gewährleistung der personalen Entfaltungsmöglichkeiten zu leisten.⁶⁴¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass teilweise die Wahrnehmung der Selbstentfaltung nur mittels Inanspruchnahme eines Dritten möglich ist.⁶⁴² Dementsprechend korrespondiert die staatlichen Schutzpflicht gegenüber den von der Entscheidung betroffenen grundrechtlich geschützten Rechtsgütern mit der Verpflichtung, dem Rechtsgutsinhaber eine freiverantwortliche Einwilligungserteilung zu ermöglichen, in der mittelbar die personale Entfaltung des Menschen zum Ausdruck kommt.⁶⁴³ Unabhängig davon, dass der Einwilligende selbst die Gefahr der Beeinträchtigung seiner Rechtsgüter setzt, bleibt die staatliche Schutzpflicht bestehen, wenn sich der Einwilligende der Bedeutung und Tragweite seiner Einwilligungsentscheidung nicht bewusst ist.⁶⁴⁴ Die (Straf-)Rechtsordnung kann sich erst dann zurückziehen, wenn ein freiverantwortlich gebildeter Wille des Rechtsgutsinhabers vorliegt, der die Preisgabe seines Rechtsguts im Wege der Einwilligung legitimiert.⁶⁴⁵ Besteht stattdessen eine angesichts der Bewertung von Nutzen und Risiken unzulängliche Entscheidungsgrundlage, kann freilich keine rechtlich wirksame Einwilligung erteilt werden.⁶⁴⁶ Um sich dies zu vergegenwärtigen, eignen sich folgende Beispiele:⁶⁴⁷

Ein vollständig freiverantwortlich agierender Patient verweigert nach vollumfänglicher Aufklärung über Chancen und Risiken einer medizinisch indizierten Operation seine Zustimmung zur Vornahme des Eingriffs. Dabei ist ihm die Gefahr bewusst, dass er infolge dieser Verweigerung gesundheitliche Schäden davontragen und sogar sterben kann. Der Patient erleidet eine dauerhafte Lähmung.

Ein Patient willigt nach gründlicher Aufklärung freiverantwortlich in einen risikanten, aber medizinisch indizierten Eingriff ein. Dabei nimmt er die Gefahr des Fehlschlags oder einer dauerhaften körperlichen Schädigung in Kauf. Der Patient erleidet eine dauerhafte Lähmung.

Beide Fälle eint zunächst, dass es sich aus Sicht des Patienten um einen Ausdruck von Privatautonomie handelt, der jedes staatlichen Eingriffs entzogen ist.

⁶⁴¹ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 377.

⁶⁴² *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 42; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 85 m.w.N. zur Gegenauffassung.

⁶⁴³ Vgl. *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 452, 509.

⁶⁴⁴ *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 220; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 88; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 46.

⁶⁴⁵ Vgl. *Dietlein*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, S. 220 f.; *Hillgruber*, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, S. 70 f.; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 45. Nur dann, wenn diese Voraussetzungen erfüllt werden, ist von der Betätigung grundrechtlicher Freiheit auszugehen.

⁶⁴⁶ *Freund*, in: Münchener Kommentar, §§ 40–42 AMG Rn. 24 ff., dort in Bezug auf die Einwilligung in die klinische Prüfung als Spezialfall.

⁶⁴⁷ Beispiele nach *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 226.

Dennoch handelt es sich einerseits um eine unmittelbare Selbstschädigung des Individuums ohne Zutun eines Dritten und andererseits um die mittelbare Selbstschädigung durch einvernehmliches Eingreifen eines Dritten. Gemeinsam haben beide Konstellationen den auf die (in Betracht kommende) Rechtsgutspreisgabe gerichteten Willen des Rechtsgutsinhabers.⁶⁴⁸ Gleichzeitig unterscheiden sich die Fallgestaltungen in einem entscheidenden Punkt: Durch die Inanspruchnahme eines Dritten ist der alleinige, ausschließlich selbst zu verantwortende Organisationskreis der Rechtsgütersphäre des Patienten überschritten und der interpersonale Bereich des Rechts erreicht.⁶⁴⁹ Die Gestattung der Verletzung der eigenen Rechtsgüter gegenüber einem Dritten bildet neben der persönlichen Freiheitsentfaltung gleichzeitig einen Anknüpfungspunkt der Stellung des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft und damit den Anlass der Positionierung der Rechtsordnung zwischen Individualisierung und sozialen Bindungen.⁶⁵⁰ Nicht zu vernachlässigen ist zudem die potentielle Gefahrerhöhung mit Blick auf eine fehlende Freiverantwortlichkeit der Rechtsgutspreisgabe unter Hinzuziehung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten. Anders als im Eigenbezug kann das Strafrecht im interpersonalen Bereich gegenüber dem Dritten sanktionierend eingreifen, ist dazu sogar aufgrund der staatlichen Schutzpflicht unmittelbar verpflichtet, sofern sein Handeln bei einer kontext- und adressatenspezifischen Konkretisierung richtigen Verhaltens als Verhaltensnormverstoß und dementsprechend als missbilligenswerte Verhaltensweise zu bewerten ist. Bei der Einwilligung ist dies regelmäßig dann der Fall, wenn es an einer freiverantwortlichen Entscheidung des Rechtsgutsinhabers fehlt.

Besonders im medizinischen Bereich ist der Patient regelmäßig auf das Zutun eines Dritten angewiesen. Die Würde des Menschen erfordert es, dass der Patient im Verhältnis zum Arzt die Möglichkeit erlangt, selbstständig darüber zu verfügen, welche diagnostischen oder therapeutischen Maßnahmen an ihm durchgeführt werden.⁶⁵¹ Dazu ist er als medizinischer Laie regelmäßig erst dann in der Lage, wenn ihm alle relevanten Aspekte der Behandlung bekannt sind und er auf dieser Grundlage schließlich freiverantwortlich entscheiden kann. Das bedeutet, dass die Legitimation des ärztlichen Handelns grundsätzlich von einem sogenannten *informed consent* abhängig ist.⁶⁵² Damit rückt aufgrund der Komplexität der medizinischen Zusammenhänge und der fehlenden Allgemeinkundigkeit von

⁶⁴⁸ Sternberg-Lieben, Einwilligung, S. 229.

⁶⁴⁹ Sternberg-Lieben, Einwilligung, S. 229, 283.

⁶⁵⁰ Vgl. dazu bezogen auf die Notwehr Schroeder, FS Maurach, 1972, S. 127 ff.; Sternberg-Lieben, Einwilligung, S. 79.

⁶⁵¹ Knoche, NJW 1989, 757.

⁶⁵² Damit der Patient von der Einwilligung als Freiheitsbetätigung sinnvoll Gebrauch machen kann, bedarf es dementsprechend grundsätzlich der ärztlichen Aufklärung; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 40 m.w.N.; ständige Rspr. seit RGSt 66, 181; vgl. etwa BGHSt 19, 201, 206.

Ablauf, Risiken und Behandlungsalternativen die vorherige Aufklärung über alle maßgeblichen Umstände in den Blick.⁶⁵³ Denn der Arzt übernimmt im bestehenden Behandlungsverhältnis nicht nur die Pflicht, den entgegenstehenden Willen des Patienten zu achten, sondern ihm kommt nach dem für ihn aufgrund des Übernahmgedankens geltenden Fürsorgeprinzip darüber hinaus die Aufgabe zu, den Patienten über die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte der Behandlung aufzuklären.⁶⁵⁴ Die Aufklärungspflicht ist dabei unmittelbarer Ausfluss der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 II 1 GG.⁶⁵⁵ Materiellrechtlich betrachtet erlangt der Patient infolge der Aufklärung die Kenntnis aller einwilligungsrelevanten Tatsachen.⁶⁵⁶ Das zu wahrnehmende Selbstbestimmungsrecht des Patienten fungiert dabei als Rechtsgrund und Maßstab der ärztlichen Aufklärungspflicht.⁶⁵⁷ Zur Wahrung der Autonomie des Behandlungssubjekts ist eine umfassende Aufklärung geradezu essentiell. Denn nur, wenn sich der Betroffene der gesamten Tragweite seiner Entscheidung bewusst ist, ist es ihm möglich, eine autonome Entscheidung zu treffen.⁶⁵⁸ Nur dann wird er als Subjekt in die Medizin integriert.⁶⁵⁹ Welche konkreten Auswirkungen das auf den Inhalt der ärztlichen Aufklärung beziehungsweise die Beachtlichkeit einzelner Aufklärungsdefizite hat, gilt es im Folgenden näher zu konkretisieren.

Dabei handelt es sich allerdings nicht allein um ein spezifisches Problem der ärztlichen Aufklärung, sondern dieses Problem wurzelt vielmehr bereits in der allgemeinen Frage der Relevanz von Willensmängeln. Speziell im Hinblick auf die hypothetische Einwilligung lohnt es sich demnach besonders, sich zunächst mit der allgemeinen Einwilligungsdogmatik auseinanderzusetzen, um die dort gewonnenen Erkenntnisse – insbesondere hinsichtlich relevanter Willensmängel – für die Lösung der Problematik der hypothetischen Einwilligung fruchtbar zu machen.⁶⁶⁰ Das bedeutet in der Sache, sich mit der zentralen Frage auseinanderzusetzen, ob bzw. wann die Einwilligung trotz etwaiger Mängel innerhalb der

⁶⁵³ *Kraatz*, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 41; vgl. zudem die zivilrechtliche Normierung des § 630e BGB.

⁶⁵⁴ *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 30, der diesem Ansatz kritisch gegenübersteht.

⁶⁵⁵ *Francke*, Ärztliche Berufsfreiheit, S. 101, 110 ff.

⁶⁵⁶ Sondervotum BVerfGE 52, 131; wie wertvoll die Aufklärung in der Praxis auch für den Arzt ist, zeigt eine psychologische Untersuchung, derzufolge zwar bei gut informierten Patienten die Angst vor der Operation wächst, gleichzeitig aber auch das Vertrauen zum Operateur und die Mitwirkung an der Behandlung deutlich steigt; s. dazu *Mendl/Lenhart*, in: *Schmidt*, Psychologische Aspekte, S. 115; *Jordan*, in: *Schmidt*, Psychologische Aspekte, S. 152, 161.

⁶⁵⁷ BGHSt 11, 111; *Magnus*, Patientenautonomie, S. 133.

⁶⁵⁸ BGHSt 19, 201, 205 f.

⁶⁵⁹ *Eibach/Schaefer*, MedR 2001, 21, 25.

⁶⁶⁰ In diesem Sinne auch *Krüger*, FS Beulke, 2015, S. 137, 147; *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 175.

Aufklärung in Bezug auf ein ganz bestimmtes Risiko – eine ganz bestimmte Schädigungsmöglichkeit – wirksam ist oder nicht.⁶⁶¹

1. Wirksamkeit der Einwilligung in den ärztlichen Eingriff

Das Erfordernis der durch die Einwilligung zu wahrenen Selbstbestimmung fungiert im Falle seiner Nichterfüllung als unrechtskonstituierender Faktor.⁶⁶² Damit wurzelt die eigentliche Problematik der hypothetischen Einwilligung im Grundsatz in der Bestimmung des zutreffenden Umfangs der Einwilligung und der Beachtlichkeit etwaiger Willensmängel.

a) Dogmatische Einordnung der Einwilligung

Die Einwilligung wird dogmatisch üblicherweise entweder als tatbestandsaus schließendes Einverständnis⁶⁶³ oder als Rechtfertigungsgrund eingeordnet.⁶⁶⁴ Mitunter werden aus dem dogmatischen Standort weitreichende Konsequenzen für den Umgang mit Willensmängeln gezogen: Für das formale Einverständnis sollen Willensmängel immer unbeachtlich sein, während sie auf Rechtfertigungs ebene die Wirksamkeit der Einwilligung regelmäßig aufheben.⁶⁶⁵ Indessen ist ein solcher Gegensatz im Hinblick auf die wichtige Funktion von Einverständnis und Einwilligung nicht anzuerkennen. Tatsächlich darf der Standort von Einverständnis und Einwilligung im Verbrechensaufbau nicht überbewertet werden⁶⁶⁶: Insbesondere muss man sich vergegenwärtigen, dass die, tatbestandsspezifisches Unrecht ausschließende, Wirkung der Zustimmung – also sowohl des Einverständnisses als auch der Einwilligung – letztlich unbestritten ist. Es existiert also kein Streit darüber, ob der zu bewertende Sachverhalt das Unrecht oder „nur“ die Schuld der Strafe ausschließt.⁶⁶⁷ Im Ergebnis bedeutet diese Erkenntnis, dass die einzelnen Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung – ganz gleich auf welcher dogmatischen Ebene man sie letztlich einstuft – tatbestandsbezogen und unter angemessener Beachtung des Autonomieprinzips konstruiert werden müssen. Die sich insofern ergebenden einwilligungsspezifischen Problemfelder sind von

⁶⁶¹ In diesem Sinne sind etwa die Äußerungen von *Mitsch* und *Erb* auszulegen, die die hypothetische Einwilligung im Ergebnis dogmatisch als ein Problem der allgemeinen Einwilligungslehre verorten; siehe dazu *Brodowski*, ZStW 127 (2015), 693, 695 f.

⁶⁶² *Roxin*, medstra 2017, 129, 132; *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345 ff., 349.

⁶⁶³ Vertiefend dazu *Roxin/Greco*, AT, § 13 Rn. 12 ff.

⁶⁶⁴ Dazu *Hirsch*, in: LK-StGB, 11. Aufl., Vor § 32 ff. Rn. 98; *Jescheck/Weigend*, AT, § 34 I 3.

⁶⁶⁵ Vgl. *Rönnau*, Willensmängel, S. 180; kritisch demgegenüber ebenfalls *Roxin/Greco*, AT § 13 Rn. 11 ff.

⁶⁶⁶ *Rönnau*, Willensmängel, S. 19.

⁶⁶⁷ *Frisch*, in: Rechtfertigung und Entschuldigung IV, S. 321, 328.

der Einordnung in den Deliktsaufbau unabhängig.⁶⁶⁸ Die Sachfrage der Beachtlichkeit eines Willensmangels für die Wirksamkeit der Einwilligung darf demnach nicht mit der dogmatischen Frage des Aufbaus verknüpft werden.⁶⁶⁹ Besonders wenn man sich das aufeinander bezogene Ergänzungsverhältnis von Tatbestand und Rechtswidrigkeit vor Augen führt, ist nicht einzusehen, warum die Sachfrage der Willensmängel aufgrund der unterschiedlichen Zuordnung im Deliktsaufbau verschieden zu beantworten sein sollte.⁶⁷⁰ Folglich kann die Frage der dogmatischen Einordnung der Einwilligung im hier interessierenden Zusammenhang dahinstehen. Denn sie besitzt keine Ergebnisrelevanz. Dennoch ist oben⁶⁷¹ deutlich geworden, dass aufgrund der Einordnung des informed consent als Bestandteil der *lex artis* die Annahme einer tatbestandsausschließenden Wirkung vorzugswürdig ist.

b) Objektive Grenzen der Einwilligung: §§ 228 und 216 StGB

Die objektive Grenze einer möglichen Einwilligung wird durch § 228 StGB bzw. § 216 StGB markiert. Unabhängig von der nach den erkennbaren Umständen anzunehmenden Freiverantwortlichkeit seiner eigenen Entscheidung soll es dem Rechtsgutsinhaber demnach nicht gestattet sein, in eine Körperverletzung, die gegen die guten Sitten verstößt oder in die eigene Tötung einzuwilligen. Die Annahme der Sittenwidrigkeit einer Körperverletzung orientiert sich dabei an einem strengen Maßstab: Sie bestimmt sich im Einzelfall nach Sinn und Zweck, Ziel und Beweggrund des Handelns, dem Mittel und Gewicht sowie der Schwere des in Rede stehenden Rechtsgutseingriffs.⁶⁷² Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass trotz der mit der Einwilligung zum Ausdruck gebrachten Zugriffsberechtigung besonders wichtige Rechtsgüter – die körperliche Unversehrtheit und das Leben – dem Zugriff Dritter dann nicht preisgegeben werden soll, wenn es dafür einen hinreichenden Grund gibt. Worin genau eine solcher Grund zu finden sein kann, ist sehr umstritten. Fraglich ist insbesondere, ob allein irgendwelche sozial-ethischen Wertvorstellungen ausreichen können, um den fraglichen Eingriff auch *rechtlich* als Tötung auf Verlangen oder als Körperverletzung *zu missbilligen*.

Der Schutz von Interessen des Individuums gegen seinen *erklärten* eigenen Willen ist Ausdruck einer externen Definitionsmacht des Staates. Nach Auffas-

⁶⁶⁸ Vgl. dazu etwa auch Rönnau, Willensmängel, S. 19.

⁶⁶⁹ Arzt, Willensmängel, S. 11; in diesem Sinne ist aber wohl Geerds, Einwilligung, S. 142 sowie Geerds, GA 1954, 262, 269 zu verstehen. S. dazu rechtsvergleichend das spanische Recht, wo die systematische Stellung der Einwilligung ebenfalls keine Rolle spielt, während die materielle Wirkung der Einwilligung im Vordergrund steht, Conde, in: Roxin/Schroth, S. 866, 869.

⁶⁷⁰ Vgl. Arzt, Willensmängel, S. 11.

⁶⁷¹ S. dazu A.V. 1.b)cc)(4)(c).

⁶⁷² Vgl. BGHSt 49, 34, 42; BayObLG NJW 1999, 372, 373; Kraatz, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 59.

sung mancher wird auf diese Weise bestimmten Werten ein für jeden verbindlicher Rang zugeschrieben, der unabhängig von individuellen Zielsetzungen als schützenswert erscheine.⁶⁷³ Im Einzelfall kann der Staat zwar durchaus dazu befugt sein, gesetzliche Schranken der Einwilligung gegen den erklärten Willen des Rechtsgutsinhabers zu etablieren. Materiell legitimiert werden kann eine solche Regelung allerdings nicht mehr ohne weiteres durch eine objektive staatliche Schutzpflicht gegenüber dem preisgegebenen Individualrechtsgut.⁶⁷⁴ Insofern müsste argumentiert werden können, dass ein Schutzinteresse der konkreten Person trotz ihres erklärten Willens im Hinblick auf erkenntnistheoretisch niemals auszuschließende Restzweifel an der Freiverantwortlichkeit besteht.⁶⁷⁵ Ansonsten wäre an durch den Eingriff trotz Einwilligung beeinträchtigte (höherwertige) Drittinteressen zu denken.⁶⁷⁶ So soll § 216 StGB seine Legitimation im übergeordneten Verbot der Tötung als staatliche Schutzmaßnahme zur Tabuisierung fremden Lebens und damit gleichzeitig als Mittel zur Sicherung aller Bürger vor ungewollter Fremdtötung beziehen.⁶⁷⁷ Diese Argumentation ist allerdings spätestens nach der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der Strafvorschrift zur geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung fragwürdig geworden.⁶⁷⁸ Außerdem lässt sich aufgrund des vorherrschenden Wertpluralismus innerhalb der modernen Gesellschaft und der voranschreitenden gesellschaftlichen Anerkennung der Veränderung des körperlichen Erscheinungsbildes wohl kaum auf § 228 StGB übertragen. Bloße Moralwidrigkeiten reichen jedenfalls nicht aus, um Körperverletzungsunrecht zu begründen.⁶⁷⁹ Die Verfassungsgemäßheit des § 228 StGB ist, nicht zuletzt auch wegen seiner Unbestimmtheit,⁶⁸⁰ stark umstritten.⁶⁸¹ Dieser Mangel lässt sich letztlich auf den äußerst unbestimmten

⁶⁷³ *Merkel*, Früheuthanasie, S. 409.

⁶⁷⁴ Ein strafrechtlicher Eingriff mit dem Ziel des Schutzes eines freiverantwortlich Handelnden vor sich selbst ist bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen, s. dazu A. II. 1.a)bb).

⁶⁷⁵ Zur Legitimation des Verbots der Tötung auf Verlangen s. *Freund*, in: *Humane Orientierungswissenschaft*, S. 149, 158 f.

⁶⁷⁶ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 529 f., 580.

⁶⁷⁷ *Engisch*, FS Mayer, 1965, S. 399, 415; *Giesen*, JZ 1990, 929, 935; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 118; *Dölling*, GA 1984, 17, 86.

⁶⁷⁸ BVerfG NJW 2020, 905 ff.

⁶⁷⁹ *Paulduro*, Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen, S. 126; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 126.

⁶⁸⁰ Dazu *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 136 ff., 161 f., der von einem Verstoß gegen Art. 103 II GG aufgrund des unbestimmten Verstoßes gegen die guten Sitten ausgeht.

⁶⁸¹ Insofern auf einen Wertungswiderspruch gegenüber der vom eigenen Willen getragenen Selbstverletzung aufmerksam machend u.a. *Schmitt*, FS Maurach, 1972, S. 113, 118 f.; *Weigend*, ZStW 98 (1986), 65, 67; a. A. *Roxin*, FS Gallas, 1973, S. 241, 250; *Hirsch*, FS Welzel, 1974, S. 775, 780; *Honig*, Einwilligung, S. 94 ff m.w.N.

Rechtsbegriff der *guten Sitten* konkretisieren, der deutlich zu unscharf formuliert ist, als dass er in einer Art. 103 II GG genügenden Weise als Strafbarkeitsanordnung dienen könnte.⁶⁸² Daneben ergibt sich eine sehr grundlegende, aber dennoch kaum gerügte, Problematik des § 228 StGB aus dem Umstand, dass bei einem Verstoß der Handlung gegen die guten Sitten infolge unwirksamer Einwilligung nach dem Körperverletzungstatbestand gestraft werden soll: Das spezifische Unrecht der Körperverletzung besteht allerdings bei zutreffender Interpretation primär in der Beeinträchtigung der Körperintegrität gegen den rechtlich beachtlichen Willen des Rechtsgutsinhabers, sodass schon rein materiell kein tatbestandsspezifisches Missbilligungsurteil über das Verhalten gefällt werden kann, sofern die Körperverletzung willensgemäß erfolgt.⁶⁸³ Zu einem anderen Ergebnis könnte man wiederum nur gelangen, wenn ein konkretes Schutzzinteresse des Einwilligenden im Hinblick auf erkenntnistheoretisch niemals auszuschließende Restzweifel an der Freiverantwortlichkeit aufweisbar wäre.

Auch wenn einiges für die Verfassungswidrigkeit des § 228 StGB spricht, ist eine umfassende Auseinandersetzung mit der Verfassungsgemäßheit des § 228 StGB unter dem Themenbezug dieser Arbeit nicht erforderlich. Vielmehr genügt eine angemessene Einordnung ärztlichen Handelns mit seinen Spezifika, wenn es um die Frage der rechtlichen Anerkennung einer wirksamen Einwilligung geht. Die Möglichkeit einer schweren körperlichen Beeinträchtigung infolge des ärztlichen Heileingriffs kann nicht losgelöst von ihrem medizinischen Zusammenhang betrachtet werden, da ansonsten jeder medizinischer Eingriff, der die Gefahr des Todes birgt, nicht einwilligungsfähig wäre.⁶⁸⁴ Eine solche Abgrenzung würde einen gravierenden Eingriff in die medizinischen Möglichkeiten bedeuten und den Patienten in vielen Fällen erstrebenswerter Heilungschancen aufgrund potentieller Verschlechterungsrisiken berauben. Dementsprechend ist es anerkannt, dass ein sozial anerkannter sinnvoller Zweck die Eingriffsschwere als Bewertungsspektrum zu kompensieren vermag – mit der Folge, dass die Einwilligung in eine der Lebenserhaltung dienende medizinische Maßnahme, die mit Lebensgefahr oder einem anderen Risiko gravierender Dauerfolgen verbundenen ist, rechtlich wirksam ist.⁶⁸⁵ Die medizinische Indikation des Handelns ist angesichts dieser Sachverhaltsgestaltung ein zusätzlicher Gesichtspunkt für die Bewertung des Verhaltens. Anders ist der Fall lediglich dann gelagert, wenn der Eingriff mit besonders intensiven und gleichzeitig sehr konkreten Gefahren einhergeht und diese zu medizinisch völlig unvernünftigen Zwecken eingegangen werden.⁶⁸⁶

⁶⁸² Rönnau, Willensmängel, S. 166.

⁶⁸³ Frisch, FS Hirsch, 1999, S. 485 ff.

⁶⁸⁴ Kraatz, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 62.

⁶⁸⁵ BGHSt 4, 24, 31; BGHSt 49, 166, 171; vgl. Fischer, StGB § 228 Rn. 10.

⁶⁸⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325 ff.; Kraatz, Arztstrafrecht, § 3 Rn. 62.

c) Fehlende Einwilligungsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers

Eine wesentliche Voraussetzung der Wirksamkeit einer Einwilligung ist es, dass der Rechtsgutsträger überhaupt dazu fähig ist, eigenverantwortlich über die Nutzung seiner grundrechtlichen Freiheiten zu entscheiden.⁶⁸⁷ Bei einem Patienten muss also zunächst subjektiv die Fähigkeit zur Selbstbestimmung vorliegen. Diese kann aufgrund subjektiver Besonderheiten – etwa bei geistigen Beeinträchtigungen oder mangelnder Reife – die die Willensbildung beeinträchtigen, fehlen.⁶⁸⁸ Erst die Möglichkeit der eigenverantwortlichen Artikulation des eigenen Willens charakterisiert die Einwilligung als Ausdruck von Selbstbestimmung und grenzt sie von einer „Fremdbestimmung“ des Einzelnen ab, bei der staatlicher Schutz nicht nur erlaubt, sondern vielmehr geboten ist.⁶⁸⁹

d) Relevanz von Willensmängeln im Zeitpunkt der Einwilligung

Unabhängig von der grundsätzlichen Fähigkeit zur Einwilligung rücken unter Berücksichtigung der Zielsetzung dieser Arbeit die Anforderungen an eine frei-verantwortliche Entscheidung des Rechtsgutsträgers und damit im Besonderen die Relevanz von Willensmängeln in den Blick.

In einer auf die Selbstverantwortung des Menschen bauenden Rechtsordnung erlangt die Motivation des Einzelnen, seine Rechtsgüter preiszugeben, so lange keine strafrechtliche Relevanz, wie von einer freiverantwortlichen und irrtumsfreien Einwilligung auszugehen ist.⁶⁹⁰ Ist der Mangel, auf dem die Einwilligungsentscheidung fußt, dagegen so erheblich, dass bei wertender Betrachtung schon gar keine Einwilligung vorliegt, hat die Rechtsordnung allen Grund, den Gutsinhaber durch die Unwirksamkeitseinstufung der Einwilligung vor Eingriffen zu schützen.⁶⁹¹ Aus diesen Erwägungen folgt schließlich die Erkenntnis, dass in jedem Fall eine normative Überprüfung der Wirksamkeit der Einwilligung vorzunehmen ist. Entscheidend ist es im Zuge dessen, wann ein Autonomiedefizit des Einwilligenden als rechtlich relevant anzusehen ist. Konkret bedeutet das, einen normativen Maßstab zu entwickeln, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um (noch) von einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Rechtsgutsinhabers ausgehen zu können. Einen entscheidenden Faktor der Freiverantwortlichkeit der Einwilligungsentscheidung stellt dabei regelmäßig die Informationsbasis dar, die sich dem Einwilligenden in der vorgelagerten Phase der

⁶⁸⁷ *Schwabe*, JZ 1989, 66 ff.

⁶⁸⁸ Im sogenannten Zahnektionsfall (BGH NJW 1978, 1206) kam man etwa zu dem Ergebnis, dass der Patientin die erforderliche Urteilskraft fehle und dieses Unvermögen auf ihrer seelischen Verfassung beruhe, die ein verstandesmäßiges Abwägen der vorgebrachten medizinischen Argumente verhindere.

⁶⁸⁹ BVerfGE 89, 214, 232.

⁶⁹⁰ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 232.

⁶⁹¹ *Rönnau*, Willensmängel, S. 415.

Willensbildung bietet.⁶⁹² Es ist demnach ein Maßstab zu entwickeln, wie mit „Wissensmängeln“ des Rechtsgutsinhabers im Zeitpunkt seiner Einwilligung umzugehen ist und unter welchen Voraussetzungen sich Wissensmängel als relevante Willensmängel darstellen. Eine etwaige Einschränkung der Relevanz einzelner Entscheidungsdefizite ergibt sich aus dem Bestreben einer angemessenen Abschichtung der Verantwortungsbereiche des Einwilligenden und des Eingreifenden.⁶⁹³

Um einen zielführenden Umgang mit einzelnen Wissensdefiziten und ihren Auswirkungen auf die Wirksamkeit zu entwickeln, bietet es sich an, sich zunächst anhand einzelner typischer Fallgestaltungen die Relevanz verschiedener Willensmängel zu vergegenwärtigen. Die hier gewonnenen Erkenntnisse sollen im weiteren Verlauf der Darstellung auf das spezifische Spannungsverhältnis der Einwilligung in die ärztliche Behandlung übertragen werden.

aa) Willensmängel in Bezug auf Art und Intensität der Rechtsgutsbeeinträchtigung

Man stelle sich zunächst vor, jemand willigt gegenüber einem anderen in eine Ohrfeige ein. Dabei wird er allerdings von diesem darüber getäuscht, dass er bei der Ausführung der Ohrfeige einen Schlagring tragen wird.⁶⁹⁴ Wie ist nun in einem solchen Fall die Wirksamkeit der Einwilligung einzuschätzen? Nach einer Mindermeinung, die jeglichen Irrtum des Rechtsgutsinhabers im Zeitpunkt der Einwilligung für deren Wirksamkeit als unbeachtlich ansieht, soll das vorliegende Wissensdefizit des Einwilligenden im Grundsatz als vollständig irrelevant eingeordnet werden; denn die Einwilligung soll, sobald sie geäußert wurde, einen Anknüpfungspunkt des Vertrauens bilden, woran es allerdings fehlen kann, wenn der in die Körperintegrität Eingreifende das Wissensdefizit kennt.⁶⁹⁵ Sowohl

⁶⁹² Vgl. Rönnau, Willensmängel, S. 186 f.

⁶⁹³ Rigopoulou, Grenzen des Paternalismus, S. 272.

⁶⁹⁴ Bsp. nach Arzt, Willensmängel, S. 20; ein ähnliches Bsp. mit einem Silvester-scherz findet sich bei Schmidhäuser, AT, 5/129.

⁶⁹⁵ S. dazu Kühne, JZ 1979, 241, 245, der im Kern die zivilrechtliche Irrtumslehre auf die strafrechtliche Einwilligung zu übertragen sucht. Dabei betont er, dass die Strafbarkeit aus der Täterperspektive betrachtet gesetzlich vor der Tat feststehen müsse, und daher jede Art des geäußerten Willens einen Vertrauenstatbestand bilde. Ausnahmen von dieser Regel will Kühne immerhin dann zulassen, wenn der Täter den Irrtum des Einwilligenden kennt.

An dieser Stelle wird gelegentlich auch Bezug auf BGH NStZ 2004, 630 genommen. Inhaltlich geht es dort um die Frage des sexuellen Missbrauchs von Patientinnen unter Vorspiegelung der medizinischen Indikation von Untersuchungshandlungen an den Brüsten und im Genitalbereich. Das Vorliegen eines Missbrauchstatbestands wird im Zuge dessen mit der Argumentation verneint, die Patientinnen hätten sich der Behandlung in der Annahme der medizinischen Indikation freiwillig unterworfen; genau genommen geht es dabei um die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit“, vgl. Hörnle, in: LK-StGB, § 174a Rn. 49;

unter dem Aspekt vorstrafrechtlich legitimierbarer Verhaltensnormen als auch unter dem spezifisch strafrechtlichen Aspekt der angemessen missbilligenden Reaktion auf bestimmte Verhaltensnormverstöße geht es allerdings nicht nur um Vertrauensschutz gegenüber einem möglichen Täter. Vielmehr darf die Autonomie des potentiellen Opfers nicht aus den Augen verloren werden.⁶⁹⁶ Die wohl stark zivilrechtlich geprägte Annahme, die auf dem Rechtsgedanken gegenseitiger wirtschaftlicher Interaktionen basiert, verfängt angesichts des angemessenen Schutzes höchstpersönlicher Rechtsgüter nicht. Man verkennt vielmehr den materiellen Wert der Einwilligung und die Kriterien ihrer Unwirksamkeit für die Unrechtsbegründung, wenn man jegliches Defizit der Einwilligung grundsätzlich der Sphäre des Erklärenden zuordnet, ohne daraus eine Konsequenz für die Wirksamkeit der Einwilligung zu ziehen.⁶⁹⁷

Angesichts der normativen Einordnung der Wissensdefizite im hier interessierenden Kontext bedarf es eines differenzierteren Maßstabs. Es kommt nicht von ungefähr, dass – soweit ersichtlich – letztlich alle derzeit vertretenen Ansichten in Bezug auf den Schlagringfall im Ergebnis zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung kommen.⁶⁹⁸ Lediglich die dogmatischen Erklärungen divergieren. Dem Einwilligenden ist im Schlagringfall die Dimension und Tragweite seiner Einwilligung nicht in dem Maße bewusst, dass es einer eigenverantwortlichen Einwilligungsentscheidung genügte.⁶⁹⁹ Irrt der Einwilligende über die Intensität oder die Art und Weise, wie sein Gut verändert wird, irrt er auch nach der strengsten Auffassung unmittelbar rechtsgutsbezogen,⁷⁰⁰ weil sich der Irrtum gerade auf die mit der Einwilligung verbundene unterschiedlich gravierende Beeinträchtigung der Körperintegrität auswirkt. Daraus folgt jedenfalls die Unwirksamkeit der Einwilligung,⁷⁰¹ nach präziserem Verständnis liegt in Bezug auf die konkrete Situation schon gar keine Einwilligung vor.⁷⁰² Denn der Einwilligende darf nur dann an seine Einwilligungsentscheidung gebunden werden, wenn diese normativ auch dem Institut der Einwilligung gerecht wird.⁷⁰³ Der tatsächlich vorgenommene

Eisele, in: Schönke/Schröder, § 174a Rn. 10; Wolters, in: SK-StGB, § 174a Rn. 18. Diese Auslegung ist jedoch aufgrund der mangelnden Vergleichbarkeit nicht ohne Weiteres auf die Relevanz der Willensmängel bei der Einwilligung zu übertragen.

⁶⁹⁶ Rönnau, Willensmängel, S. 324.

⁶⁹⁷ In diesem Sinne aber im Grundsatz Kühne, JZ 1979, 241, 245f. Allerdings möchte selbst Kühne Ausnahmen von der Regel immerhin dann zulassen, wenn es sich um einen unentgeltlichen gegenwärtigen Motivirrtum handelt und der Täter den Irrtum des Einwilligenden kennt.

⁶⁹⁸ Dazu, dass selbst Kühne letztlich zu diesem Ergebnis gelangt, s. die vorherige Fn. a.E.

⁶⁹⁹ So etwa statt vieler Roxin, GS Noll, 1984, S. 275, 284; Arzt, Willensmängel, S. 20.

⁷⁰⁰ Arzt, Willensmängel, S. 20.

⁷⁰¹ Arzt, Willensmängel, S. 20.

⁷⁰² Rönnau, Willensmängel, S. 410; Jakobs, AT 7/117.

⁷⁰³ S. dazu Ameling, Irrtum und Täuschung, S. 40.

Geschehensablauf weicht an dieser Stelle signifikant von dem im Zeitpunkt der Gestaltung der Rechtsgutsbeeinträchtigung vorgestellten Verlauf ab, sodass nicht angenommen werden kann, dass sich die ursprüngliche Einwilligung auch auf diesen Verlauf erstreckt. Der Schutz des Erklärungsempfängers erfordert an dieser Stelle kein anderes Ergebnis: Geht dieser irrtümlich von der Wirksamkeit aus,⁷⁰⁴ greift § 16 StGB ein.⁷⁰⁵

bb) Einfluss von Willensmängeln hinsichtlich äußerer Begleitumstände der Verfügung (z. B. einer erhofften Gegenleistung als Anreiz)

Wieder geht es um die Einwilligung in eine Körperverletzung. *Anders als zuvor, ist der Einwilligende nun allerdings nur deshalb mit der Ohrfeige einverstanden, weil der Täter ihm dafür einen Geldbetrag in Aussicht gestellt hat. Nur unter dieser Voraussetzung ist der Einwilligende mit der Vornahme der Ohrfeige einverstanden, die Zahlung bleibt, wie bereits zuvor beabsichtigt, aus.*⁷⁰⁶ Nach einer maßgeblich von *Arzt* entwickelten Auffassung sollen Irrtümer nur dann Relevanz für die Wirksamkeit der Einwilligung beanspruchen, wenn sie *rechtsgutsbezogen* sind.⁷⁰⁷ Von einem solchen unmittelbar rechtsgutsbezogenen Irrtum soll nur dann auszugehen sein, wenn der Einwilligende über die Tragweite seiner Entscheidung für das in Rede stehende Rechtsgut irrt, er sich also nicht darüber im Klaren ist, was er zu welchem Zweck aufwendet.⁷⁰⁸ Zwar liege auch im Falle des Irrtums über weitere Begleitumstände ein Irrtum vor, der mit der Erteilung der Einwilligung in Verbindung stehe, es handle sich dabei aber nicht um einen solchen, der einer autonomen Entscheidung in Bezug auf das spezifisch relevante Rechtsgut entgegenstehe.⁷⁰⁹ Indem er im vorliegenden Fall nicht über die Beeinträchtigung seiner Körperintegrität irre – ihm sei schließlich auf der Basis seiner Vorstellung bewusst, welche Art der Verletzung vorgenommen werden soll, und genau dies

⁷⁰⁴ Nach traditionellem Verständnis sind insofern wieder zwei Konstellationen zu unterscheiden: Der in die Körperintegrität Eingreifende kann sich tatsächliche Umstände vorstellen, die eine wirksame Einwilligung begründen würden. Dann handelt es sich um einen Tatumstands- oder jedenfalls um einen Erlaubnistratbestandsirrtum (ETBI). Der Eingreifende kann aber auch bei vollständiger Faktenkenntnis aufgrund eines Wertungsfehlers zu der Einschätzung gelangen, die Einwilligung sei wirksam. Dann liegt nach „klassischer“ Einordnung ein Verbots- oder ein Erlaubnisirrtum vor. Zur Gleichbehandlung der beiden Irrtümer s. bereits oben die Ausführungen unter A.V.1.c) Fn. 511.

⁷⁰⁵ *Rönnau*, Willensmängel, S. 411 (für den Irrtum über die tatsächlichen Umstände, die eine wirksame Einwilligung begründen würden); sieht man die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ändert sich die Beurteilung ebenfalls kaum, weil dann bei einem Irrtum über tatsächliche Umstände von einem ETBI auszugehen ist, der nach überwiegender Auffassung ebenfalls nach § 16 (analog) zu behandeln ist.

⁷⁰⁶ Bsp. nach *Arzt*, Willensmängel, S. 18.

⁷⁰⁷ *Arzt*, Willensmängel, S. 20ff.; *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68, 83; *Küper*, JZ 1986, 219, 226; *Bergmann*, JuS 1989, 65, 67.

⁷⁰⁸ *Arzt*, Willensmängel, S. 22.

⁷⁰⁹ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Vor § 32 ff. Rn. 47.

geschieht –, sondern allein über die versprochene Gegenleistung, werde der Schutzzweck des Körperverletzungsverbots nicht beeinträchtigt; alles andere liefere auf einen strafrechtlich nicht zu erfassenden Schutz der Tauschfreiheit hinaus.⁷¹⁰

Ungeachtet der dieser Bewertung vorausliegenden Bestimmung des Rechtsguts der Körperintegrität ohne Einbeziehung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts, offenbart diese allein an der Rechtsgutbezogenheit orientierte Auslegung ein nicht zu vernachlässigendes Defizit: Sie wird nur unter der Bedingung möglich, dass man das Einwilligungserfordernis nicht aus der Selbstbestimmung im Umgang mit den eigenen Rechtsgütern ableitet, sondern den reinen „Bestand“ „statisch zu schützender“ Rechtsgutsaspekte als Grundlage der Einwilligungsdogmatik identifiziert.⁷¹¹ Ein solcher Ansatz vernachlässigt jedoch gravierend, dass der Rechtsgutsinhaber nicht nur hinsichtlich des Bestands seiner Rechtsgüter zu schützen ist, sondern darüber hinaus vielmehr auch seine selbstbestimmte Verfügungsfreiheit zu gewährleisten ist.⁷¹² Die grundgesetzlich geschützte Freiheit beinhaltet nämlich nicht nur die grundsätzliche Möglichkeit, über die eigenen Rechtsgüter zu disponieren, sondern darüber hinaus die Gewährleistung, die entscheidungserheblichen Maßstäbe selbst zu bestimmen, und seine eigenen Entscheidungen daran auszurichten.⁷¹³ Demnach verdrängt die starke Betonung der Rechtsgutsbezogenheit sogar in weitem Maße die Autonomie des Betroffenen als einwilligungsrelevanten Faktor.⁷¹⁴ Neben dem ausschlaggebenden Bestandschutz reduziert sich der Schutz der Verfügungsfreiheit nach *Arzt* im Wesentlichen darauf, das Gut partiell preisgeben zu dürfen;⁷¹⁵ der soziale Kontext und der Zweck, zu dem dies geschieht, werden vollständig ausgeblendet.⁷¹⁶ Der autonome Wille einer Person wird aber bei genauerer Betrachtung auch dann unterlaufen, wenn man ihre Entscheidung auf der Basis „objektiv-normativer“ Betrachtung, losgelöst von ihren individuellen Präferenzen, als unwirksam bzw. wirksam erklärt.⁷¹⁷ Zum Kontrast: Spendet etwa ein Millionär regelmäßig aus altruistischen Motiven Blut, so ist seine Einwilligung in die Blutspende nicht deshalb unwirksam, weil

⁷¹⁰ *Arzt*, Willensmängel, S. 18.

⁷¹¹ *Roxin*, GS Noll, 1984, S. 275, 279.

⁷¹² *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 273; *Heinrich*, Rechtsgutzugriff, S. 333 f.; *Wachter*, GA 2023, 390, 393 f.

⁷¹³ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 459.

⁷¹⁴ *Wachter*, GA 2023, 390, 401.

⁷¹⁵ Weiterhin leitet er aus der Existenz des Betrugstatbestandes eine Bestätigung der Ablehnung des Schutzes der Verfügungsfreiheit für das gesamte Strafrecht ab, was nicht überzeugen kann; s. dazu *Ameling*, Irrtum und Täuschung, S. 60; *Rönnau*, Willensmängel, S. 282.

⁷¹⁶ *Bloy*, ZStW 96 (1984), 703, 718; *Roxin*, GS Noll, 1984, S. 275, 286; *Rönnau*, Willensmängel, S. 287.

⁷¹⁷ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 457, 459.

ihm vom Veranstalter vorgespiegelt wurde, dass er im Anschluss eine Aufwandsentschädigung von 20 Euro erhalten werde, sofern diese Zusage für die erteilte Einwilligung in die Blutspende tatsächlich überhaupt keine Rolle gespielt hat.⁷¹⁸ Denn völlig unabhängig von der Diskussion über den Rechtsgutsbezug der finanziellen Gegenleistung gibt es keinen sachlichen Grund, von der Unwirksamkeit der Einwilligung auszugehen, solange feststeht, dass die fälschliche Information für die Entscheidung des Betroffenen schlicht nicht relevant war: Denn die Autonomie *seiner* Entscheidung stand niemals in Frage.⁷¹⁹

cc) Relevanz von durch (missbilligenswerte) Täuschung
hervorgerufenen Willensmängeln

Die normative Bewertung des Wissenmangels ohne Einbeziehung dessen, ob die Autonomie der konkret individuellen Einwilligungsentscheidung aufgrund des vorliegenden Mangels tatsächlich in Frage gestellt worden ist, führt zu misslichen Ergebnissen. Das illustrieren folgende weitere Beispiele Fälle:

*Eine Mutter willigt gegenüber dem Arzt ein, ihrem Sohn, der zu erblinden droht, die dringend benötigte Hornhaut zu spenden. Tatsächlich wird diese von dem Arzt, wie von Anfang an beabsichtigt, in Schädigungsabsicht entsorgt.*⁷²⁰

*Jemand erklärt sich in der Annahme, ein naher Verwandter könnte nur durch eine Transplantation gerettet werden, bereit, eine Niere zu spenden. Tatsächlich ist der Verwandte aber gar nicht nierenkrank.*⁷²¹

*Ein Arzt täuscht den Vater über die Notwendigkeit einer Blutentnahme, indem er sagt, sein Kind sei schwer verunglückt und der Vater müsse zustimmen, um das Kind zu retten, was aber nicht den Tatsachen entspricht.*⁷²²

Folgt man der zuvor skizzierten streng rechtsgutsbezogenen Auslegung nach Arzt, liegt in keinem dieser Fälle ein rechtsgutsbezogener Irrtum vor. Den Einwilligenden war im Zeitpunkt der Einwilligung jeweils genau bekannt, in welchem Umfang sie ihre Körperintegrität preisgaben. Im Hinblick auf den Bestandschutz der Körperintegrität unterscheiden sich die Risiken der Hornhautent-

⁷¹⁸ Bsp. nach *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 460. Hier ist richtigerweise in einer differenzierten Abwägung auf die persönliche Entscheidungsrelevanz der falschen Information abzustellen. Das schutzwürdige Vertrauen hinsichtlich der Vermögenspflicht des Patienten pauschal aus der normativen Abwägungsentscheidung auszunehmen, erscheint demnach nicht interessengerecht, s. a. A. orientiert an der Übernahme einer Garantenverantwortlichkeit in Bezug auf bestimmte Entscheidungsaspekte des Patienten *Wachter*, GA 2023, 390, 400.

⁷¹⁹ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 460.

⁷²⁰ *Roxin/Greco*, AT, § 13 Rn. 104.

⁷²¹ Fall nach *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 140 unter Außerachtlassung der bestehenden gesetzlichen Spezialmaterie.

⁷²² S. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Vor § 32 ff. Rn. 47.

nahme, Nierenspende bzw. Blutabnahme in Gegenüberstellung von Realität und Vorstellung nicht.⁷²³ Können aber die vorliegenden Entscheidungen wirklich als *freiverantwortliche* Entscheidung angesehen werden und der Täter in der Konsequenz trotz der, sich sogar in der Verhaltensfolge realisierten, Schädigungsabsicht seinerseits straffrei bleiben?⁷²⁴ Selbst wenn man sich konkret vorstellt, in welchem Umfang man sein Rechtsgut dem Eingriff eines anderen preisgibt, ist es einem eigenverantwortlich entscheidenden Rechtsgutsinhaber nicht gleichgültig, ob das mit dem Einsatz seines Guts angestrebte Ziel überhaupt *erreichbar* ist.⁷²⁵ Man muss ihm vielmehr zugestehen, alle für seine individuelle Entscheidung relevanten Aspekte in die Abwägungsentscheidung miteinzubeziehen. Ignoriert man dies, so stellt man einen wesentlichen Gesichtspunkt gutsbezogener Autonomie schutzlos: Jedenfalls existiert keine Berechtigung anzunehmen, ein Täter, der aufgrund einer manipulierten Einwilligung ein Gut, das strafrechtlichen Schutz erfährt, verletzt, handle dabei noch innerhalb der Grenzen eines erlaubten, von der Gesellschaft akzeptierten, Risikos.⁷²⁶ Weiterhin ist in die Beurteilung miteinzubeziehen, dass der Täter jeweils eine nahezu notstandsähnliche Situation vorspiegelt,⁷²⁷ aufgrund deren die Einwilligenden die Rechtsgutspreisgabe irrtümlich als zur (altruistischen) Schadensabweitung erforderlich ansehen.⁷²⁸ Setzt man das Opfer in derart sozialinadäquater Weise unter Entscheidungsdruck, hindert das bereits das Zustandekommen einer autonomen Entscheidung.⁷²⁹ Entspräche die Notlage der Realität, wären die Einwilligungen der Betroffenen freilich wirksam, weil sie sich als Willensentscheidung des Einwilligenden nach Güterabwägung in seiner verbliebenen Entscheidungsfreiheit darstellen.⁷³⁰ Die Auswirkungen der vorangegangenen Täuschung verengen jedoch den grundsätzlich unbegrenzten Abwägungsspielraum der Willensentscheidung in rechtlich zu missbilligender Weise und charakterisieren die Einwilligung als unfrei.⁷³¹ Entscheidend ist an dieser Stelle, dass es sich schlicht um eine Entscheidung des Betroffenen auf unzutreffender Tatsachengrundlage handelt. Auf dieser Basis ist von einer defizitären Willensbildung auszugehen, aus der letztlich die Unwirksamkeit der erteilten Einwilligung folgt.⁷³²

⁷²³ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT, § 15 Rn. 141.

⁷²⁴ Vgl. Roxin, GS Noll, 1984, S. 275, 280.

⁷²⁵ Amelung, Irrtum und Täuschung, S. 21 f.; Rönnau, Willensmängel, S. 295; Heinrich, Rechtsgutzugriff, S. 53.

⁷²⁶ Rönnau, Willensmängel, S. 379.

⁷²⁷ Wie Jakobs zurecht hervorhebt, Jakobs, AT, 7/121.

⁷²⁸ Roxin/Greco, AT, § 13 Rn. 105.

⁷²⁹ Brandts/Schlehofer, JZ 1987, 442, 447.

⁷³⁰ Vgl. Roxin, GS Noll, 1984, S. 275, 287.

⁷³¹ Roxin, GS Noll, 1984, S. 275, 287.

⁷³² S. dazu i. E. Wachter, GA 2023, 390, 399.

Die Annahme, dass eine Täuschung in jedem Falle die Unwirksamkeit der Einwilligung nach sich zieht, erscheint dagegen zu grob und undifferenziert.⁷³³ Zwar ist jede Täuschung potentiell dazu geeignet, die Willensbildung zu beeinflussen. Um rechtliche Relevanz im Sinne der Körperverletzungsstrafbarkeit beanspruchen zu können, muss infolge der Täuschung aber auch tatsächlich ein rechtlich relevantes Autonomiedefizit hervorgerufen werden, dass sich letztlich auswirkt: Derartiges wäre etwa dann nicht der Fall, wenn dem Einwilligenden der Aspekt, auf den sich die Täuschung bezieht, gleichgültig war oder er unabhängig von diesem Aspekt bereits zur Rechtsgutspreisgabe entschlossen war.⁷³⁴ Denn wertungsmäßig ist entscheidend, dass die Täuschung überhaupt auf die Willensbildung Einfluss genommen hat und für den spezifischen Eingriff mit Blick auf die geschützte Rechtsposition Relevanz beansprucht.⁷³⁵ Es wäre demnach verfehlt, allein vom Vorliegen der Täuschung – unabhängig von den übrigen unrechtskonstituierenden Gesichtspunkten – auf die Unwirksamkeit der Einwilligung zu schließen. Richtigerweise kommt es nämlich gerade darauf an, ob die Täuschung auf den konkreten schadensträchtigen Verlauf derart Einfluss genommen hat, dass sie im Hinblick auf den Legitimationsgrund der Verhaltensnorm rechtlich zu missbilligen ist.

dd) Am Autonomiedenkten orientierte normative Differenzierung
von Willensmängeln anhand ihrer Relevanz für die Entscheidung
des Dispositionsbefugten

Den zentralen Gesichtspunkt der Einwilligung bildet die *autonome* Entscheidung des Dispositionsbefugten. Für eine selbstbestimmte Entscheidung ist es daher essentiell, dass der Betroffene von allen subjektiv entscheidungsrelevanten Umständen Kenntnis besitzt, um auf dieser Grundlage nach seinen individuellen Maßstäben zu einer selbstbestimmten Entscheidung zu gelangen.⁷³⁶ Kannte der Rechtsgutsinhaber einen für ihn entscheidungsrelevanten Umstand dagegen nicht, ist von einem defizitären Abwägungsprozess auszugehen, woraus niemals eine selbstbestimmte Einwilligung resultieren kann.⁷³⁷

Für die Relevanz eines Wissensmangels ist es damit zunächst entscheidend, dass der konkret Einwilligende diesem Umstand in seiner subjektiven Entscheidung Bedeutung beimisst: Steht nämlich fest, dass ein Umstand überhaupt kei-

⁷³³ *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 31 m.w.N.

⁷³⁴ *Rönnau*, Willensmängel, S. 434 f.; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 32 ff.

⁷³⁵ Vgl. *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 32.

⁷³⁶ *Schiekofer*, FS *Merkel*, 2020, S. 745, 758.

⁷³⁷ *Schiekofer*, FS *Merkel*, 2020, S. 745, 758; *Wachter*, GA 2023, 390, 391 f., der darauf abstellt, dass die in der Entscheidung eingebrachte Personalität des Rechtsgutsinhabers gerade darin besteht, dass auf der Basis eigener Gründe ein selbst gewählter Entschluss als individueller Ausdruck der Persönlichkeit gefasst wird; vgl. zudem *Pawlak*, in: FS *Kargl*, 2015, S. 407, 408.

nen Einfluss auf die persönliche Entscheidung nehmen konnte, darf die Einwilligung nicht aufgrund dieses Umstandes als unwirksam angesehen werden.⁷³⁸ Denn unter dieser Prämisse kannte er im Entscheidungszeitpunkt alle Aspekte, die für ihn von Bedeutung waren, sodass er eine autonome Entscheidung unter sorgfältiger Abwägung des Für und Wider treffen konnte.⁷³⁹ Willensmängel im Einwilligungszeitpunkt beanspruchen demnach nur insoweit Relevanz, als sie überhaupt maßgebliche Motive zur Preisgabe des verletzten Rechtsguts betreffen.⁷⁴⁰ Daher ist es erforderlich, dass der Irrtum zumindest innerhalb der Einwilligungsentscheidung Bedeutung einnimmt.⁷⁴¹

Andererseits kommt es aber nicht darauf an, wie sich jemand im Ergebnis entschieden hätte, wenn er sämtliche (individuell relevante) Umstände seiner Entscheidung gekannt hätte. Um die Frage zu beantworten, ob eine tatsächlich auf unvollständiger Informationsbasis erteilte Einwilligung dennoch als autonom angesehen werden kann, muss untersucht werden, ob dieser Aspekt die subjektive Entscheidung des Einwilligenden überhaupt hätte beeinflussen können.⁷⁴² Steht dies fest und kannte der Betreffende einen aus seiner Sicht relevanten Umstand nicht, ist bereits deshalb von einer defizitären Abwägung auszugehen. Unter diesen Voraussetzungen war es ihm nicht möglich, alle relevanten Aspekte innerhalb seiner Abwägungsentscheidung zu berücksichtigen, sodass von einer autonomen Entscheidung keine Rede sein kann.⁷⁴³ Für die Feststellung des Autonomiedefizits ist es somit völlig irrelevant, wie sich der Betreffende in Kenntnis aller Umstände vermutlich entschieden hätte, es kommt einzig darauf an, dass er einen aus seiner Sicht relevanten Umstand nicht in die Abwägung einbeziehen konnte.⁷⁴⁴ Bereits diese Entscheidungsfindung auf defizitärer Basis beeinträchtigt

⁷³⁸ Siehe dazu *El-Ghazi*, GA 2022, 449 f., 460; in diesem Sinne zuvor auch *Roxin*, medstra 2017, 129, 136, der vorschlägt, im Rahmen der Figur der hypothetischen Einwilligung auf einen echten Entscheidungskonflikt abzustellen.

⁷³⁹ *El-Ghazi*, GA 2022, 449 f., 462. In diesem Sinne ebenfalls *Amelung*, ZStW 1997, 490 ff., 515; *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 37 ff., 41 f.; *Amelung/Eymann*, JuS 2011, 937 ff.; zustimmend *Paeffgen/Zabel*, NK-StGB, § 228 Rn. 31 f.; a. A. *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 156, aus dessen Sicht es „realitätsfern“ erscheint, dass hinsichtlich jedes Aspekts der Entscheidung ein jederzeit aktivierbares Wertesystem des Betroffenen existiere.

⁷⁴⁰ *Noll*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 131.

⁷⁴¹ In eine ähnliche Richtung deutet *Roxins* Auslegungsmaxime, wenn er fordert, dass ein Aufklärungsfehler nur dann aus strafrechtlicher Sicht Relevanz beanspruchen kann, wenn eine wahrheitsgemäße und vollständige Aufklärung den Patienten vor den Entscheidungskonflikt gestellt hätte, ob er dem Eingriff zustimmt oder nicht; *Roxin*, medstra 2017, 129, 136; gleichzeitig stellt dieser jedoch darauf ab, dass das Vorliegen eines Entscheidungskonfliktes im Falle eines *lege artis* durchgeführten Routineeingriffs äußerst unwahrscheinlich wäre, was seine Abgrenzung unweigerlich in die Nähe einer abzulehnenden Vernunftserwägung rückt.

⁷⁴² *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 461.

⁷⁴³ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 462.

⁷⁴⁴ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 462.

tigt seine autonome Entscheidungsfreiheit derart, dass daraus die Unwirksamkeit einer auf dieser Grundlage erteilten Einwilligung folgen muss. Andernfalls würde lediglich eine fiktive autonome Entscheidung konstruiert, während die tatsächliche Entscheidung des Dispositionsbefugten unfrei bleibt.⁷⁴⁵ Veranschaulichen lässt sich diese Überlegung etwa am Beispiel der Mitfahrt in Unkenntnis der Alkoholisierung des Fahrers⁷⁴⁶: Hier kommt es nicht darauf an, wie sich der Mitfahrende in Kenntnis der Alkoholisierung letztlich entschieden hätte, sondern es ist vielmehr nur bedeutsam, ob er diese Information für die Entscheidung über seine Mitfahrt nicht von vornherein vollkommen belanglos war.

Nimmt man davon ausgehend das Vorliegen eines subjektiv relevanten Wissensmangels als notwendige Voraussetzung der normativen Relevanz eines Willensmangels ernst, lässt sich an dieser Stelle aber noch kein endgültiges Urteil über die Wirksamkeit der Einwilligung fällen. Vielmehr ist innerhalb der Bewertung daneben ein weiterer Aspekt, sozusagen als hinreichende Bedingung der strafrechtlichen Relevanz des Willensmangels im Hinblick auf die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung, zu beachten: Im Ausgangspunkt lässt sich nicht bestreiten, dass im Grundsatz die Gesamtheit aller denkbaren Fehlvorstellungen die Entscheidung des Rechtsgutsinhabers zur Preisgabe seines Guts beeinflusst. Der Gesetzgeber selbst hält an einigen Stellen ausdrücklich jeden Irrtum über subjektiv entscheidungserhebliche Umstände für beachtlich.⁷⁴⁷ Zuzugestehen ist überdies, dass der Einwilligende in Irrtumskonstellationen im Zeitpunkt der Einwilligungsentscheidung unabhängig davon, worauf sich der Irrtum konkret bezieht, durch eine falsche Vorstellung von der Realität zu seiner Einwilligungsentscheidung veranlasst wird.⁷⁴⁸ Erblickt man in der Einwilligung neben der Funktion der Freiheitsbetätigung ein Instrument zur optimalen Lösung innerer Interessenkonflikte,⁷⁴⁹ so muss man anerkennen, dass der Rechtsgutsinhaber die Preisgabe seines Rechtsguts im Falle eines Irrtums im Zeitpunkt der Einwilligungsentscheidung für optimal hält, diese es aber in Wahrheit gar nicht ist, sodass unter einem ideal gedachten Verständnis uneingeschränkter Autonomiebetätigung des Einwilligenden jeglicher Motivirrtum Beachtung beanspruchen müsste.⁷⁵⁰ Diese Überlegungen münden schließlich in der von *Mitsch* aufgeworfenen Frage, ob nicht jeder für die Einwilligung kausale Irrtum im Grunde auch rechtsgutsbezogen ist, da er im Ergebnis zur Rechtsgutspreisgabe führt.⁷⁵¹ Ein solches Verständnis führt denknotwendig zur Relevanz jedes Willensmangels, der sich aus Sicht des Ein-

⁷⁴⁵ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 463.

⁷⁴⁶ Bsp. nach *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 464.

⁷⁴⁷ *Ameling*, Irrtum und Täuschung, S. 68; *Rönnau*, Willensmängel, S. 373, unter Verweis auf § 3 KastrG und § 40 AMG.

⁷⁴⁸ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 140.

⁷⁴⁹ *Ameling*, ZStW 109 (1997), 490, 515; *Ameling/Eymann*, JuS 2001, 937, 939.

⁷⁵⁰ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, § 15 Rn. 142.

⁷⁵¹ *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, § 34 I 1.

willigenden manifestiert. Aufgrund der Komplexität und Intransparenz der Motivlage des Rechtsgutsträgers erscheinen Motivirrtümer allerdings beliebig konstruierbar, was deutlich für eine zusätzliche normative Einschränkung der relevanten Autonomiedefizite spricht.⁷⁵² Denn selbstverständlich nehmen sämtliche denkbaren Irrtümer Einfluss auf die Willensbildung des Einwilligenden. Dass diese jedoch nicht ausnahmslos rechtliche Relevanz im Sinne der tatbestandsspezifischen Verhaltensmissbilligung beanspruchen, verdeutlicht folgendes Beispiel: *Man stelle sich vor, ein Arzt sichert seiner Patientin zu, dass sie ihr Mann nach der vollzogenen Schönheitsoperation heiraten werde. Aufgrund dieser Motivation entscheidet sich die Patientin für den Eingriff.*⁷⁵³ Zweifellos handelt es sich auch hier um einen für die Entscheidung der Frau relevanten Irrtum, der das Geschehen beeinflusst. Jedoch bedarf es an dieser Stelle augenscheinlich weiterer normativer Einschränkungen. Es kann gute Gründe geben, die Wirksamkeit der Einwilligung trotz eines zunächst festgestellten subjektiven Autonomiedefizits von weiteren objektiven Gesichtspunkten abhängig zu machen.⁷⁵⁴ Das ist insbesondere deshalb erforderlich, um das Strafbarkeitsrisiko für Dritte auf ein vertretbares Maß zu beschränken und einen funktionierenden Rechtsverkehr zu gewährleisten.⁷⁵⁵ Im Rahmen der normativen Bewertung ist daher zu berücksichtigen, dass der Eingreifende in der Einwilligungssituation regelmäßig den Anforderungen des Rechtsgutsinhabers folgt und diese seinerseits ernst nimmt.⁷⁵⁶ Dementsprechend obliegt es grundsätzlich zunächst dem Einwilligenden selbst, sich um die einwilligungsrelevanten Informationen zu bemühen, da sich aus der Freiheit zur Selbstbestimmung gleichzeitig auch eine Pflicht zur Selbstverantwortung ergibt.⁷⁵⁷ Ein als Wirksamkeitsmaßstab formulierter Autonomiebegriff muss davon ausgehend stets auch die Selbstverantwortung des Einwilligenden als Kehrseite seiner Selbstbestimmung berücksichtigen – und das nicht nur in Bezug auf die tatsächlich geäußerte Entscheidung, sondern auch im Umgang mit seinen Entscheidungsgrundlagen.⁷⁵⁸

Daher wäre es denkbar, nachdem man einen subjektiv relevanten Willensmangel festgestellt hat, aufgrund von Überlegungen zu den jeweiligen Verant-

⁷⁵² *Schroth*, in: FS Volk, 2009, S. 719, 735; *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 278.

⁷⁵³ Bsp. nach *Roxin*, GS Noll, 1984, S. 275, 281 ff.

⁷⁵⁴ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 460.

⁷⁵⁵ *El-Ghazi*, GA 2022, 449, 460, insbesondere auch unter Bezugnahme auf das Strafbarkeitsrisiko des Arztes während der Behandlung.

⁷⁵⁶ *Rönnau*, Willensmängel, S. 252 ff., der an dieser Stelle auch auf den ultima ratio-Charakter des Strafrechts als entscheidenden Gesichtspunkt der Bewertung Bezug nimmt.

⁷⁵⁷ *Renzikowski*, Notstand, S. 179 m.w.N.: „Autonomie kann nicht sinnvoll ohne Berücksichtigung des Gedankens der Eigenverantwortung konstruiert werden“; *Rönnau*, Willensmängel, S. 53 f., 205 f., 414 f.; *Wachter*, GA 2023, 390, 396.

⁷⁵⁸ *Rigopoulou*, Grenzen des Paternalismus, S. 272.

wortungsbereichen zwischen verschiedenen Qualitäten von Willensmängeln zu differenzieren. An dieser Stelle wäre es in Betracht zu ziehen zwischen sogenannten endogenen Willensmängeln, die aus der Sphäre des Erklärenden selbst stammen, und exogenen Willensmängeln, die aufgrund äußerer Einwirkungen Dritter hervorgerufen werden, zu differenzieren. Von einer wirksamen Einwilligung aufgrund freiwilliger Entscheidung ist nach dieser Ansicht immer dann auszugehen, wenn die Entscheidung nicht durch exogene Willensmängel, wie etwa Gewalt, Zwang, Drohung oder Täuschung, beeinflusst wurde.⁷⁵⁹ Diese Auffassung versucht, der Kollision zwischen Autonomie und Rechtssicherheit Rechnung zu tragen. Diese Überlegung greift allerdings nur, sofern der Erklärungsempfänger nicht seinerseits eine rechtliche Pflicht hat, die Fehlvorstellung seines Gegenübers aufgrund seines eigenen überlegenen Sachwissens auszuräumen.⁷⁶⁰ Dementsprechend ist sie für Bereiche wie etwa den der Medizin, der regelmäßig durch einen Wissensvorsprung des Arztes und dessen qualifizierte Rechtspflicht geprägt ist, kaum hilfreich.

Weiterhin ist in diesem Zusammenhang das von *Amelung* entwickelte zweistufige Konzept der Berücksichtigung von Willensmängeln in den Blick zu nehmen: Im Sinne einer zweistufigen Prüfung soll zunächst bestimmt werden, ob der Einwilligende im Einklang mit seinem Wertesystem entschieden hat. Angesichts dessen soll jeglicher Willensmangel Bedeutung beanspruchen. Fällt die Antwort negativ aus, so soll auf der zweiten Stufe geprüft werden, ob die festgestellte Rechtsverletzung nach einer umfassenden Interessenabwägung einer der beteiligten Personen zuzurechnen ist.⁷⁶¹ Diesen Perspektivwechsel hält er aufgrund des interaktionistischen Charakters der auf der Einwilligung beruhenden Rechtsgutsverletzungen für erforderlich.⁷⁶² Dabei soll die Rechtsgutsverletzung immer dann dem Einwilligenden selbst zuzurechnen sein, wenn sie nicht dem Eingreifenden anzulasten ist.⁷⁶³ Hintergrund dessen ist es aus seiner Sicht, dass im Falle des Vorliegens eines Willensmangels die Verletzungshandlung nicht mehr dem Einwilligenden zuzurechnen ist: Damit wird sie rechtswidrig, wenn nicht zufällig ein anderer Rechtfertigungsgrund eingreift.⁷⁶⁴ Basiere die Einwilligung auf einem Willensmangel, so soll die Zurechnungsfrage wieder völlig offen sein und bedürfe einer erneuten Prüfung.⁷⁶⁵

⁷⁵⁹ *Klose/Straub*, MedR 2019, 714, 717; vgl. zudem BGHSt 4, 113, 118; BGH NJW 1964, 1177, 1178.

⁷⁶⁰ Vgl. *Otto*, FS Geerds, 1995, S. 603, 618f.

⁷⁶¹ *Amelung*, ZStW 109 (1997), 490ff., 515; *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 37ff., S. 45; *Amelung/Eymann*, JuS 2011, 937ff.; zustimmend *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 31.

⁷⁶² *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 45.

⁷⁶³ *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 45.

⁷⁶⁴ *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 37.

⁷⁶⁵ *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 37.

Der grundsätzliche Ansatz der Konzeption erscheint hier sowohl nachvollziehbar als auch mit Blick auf den Charakter der Einwilligung gerechtfertigt. Allerdings kann die dogmatische Umsetzung des Gedankens im Sinne einer anschließenden Zurechnungsprüfung nicht überzeugen.⁷⁶⁶ Dadurch, dass er bereits vor der endgültigen individuellen Zuschreibung des Verhaltens ein abschließendes Rechtswidrigkeitsurteil vornimmt, steht ein isoliertes Rechtswidrigkeitsurteil im Raum, das es aufgrund nachgeschalteter Zurechnungserwägungen partiell wieder aufzulösen gilt.⁷⁶⁷ Ein solches Vorgehen läuft Gefahr, Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsebene um die maßgeblichen Wertungsaspekte zu entleeren.⁷⁶⁸ Vorzugsweise erscheint es daher, während der gesamten Verhaltensbewertung den individuellen Bezug des personalen Fehlverhaltens beizubehalten. Denn nur anhand der Bezugnahme auf eine konkretisierte Verhaltenspflicht lässt sich überhaupt ein tragfähiges Missbilligungsurteil fällen.

Der Gedanke der erforderlichen Einschränkung der Strafbewehrtheit der Autonomieverletzung – und damit hier im Konkreten die hinreichenden Bedingungen der Unwirksamkeit der Einwilligung – ist aber i. E. durchaus berechtigt. Grundsätzlich lässt sich in Bezug auf ein, die Wirksamkeit der Einwilligung beeinträchtigendes, Autonomiedefizit festhalten, dass dieses zunächst von derartigem Gewicht sein muss, dass das vorgenommene Verhalten trotz Einwilligung von der Rechtsordnung nicht mehr toleriert werden kann. Das ist freilich nur dann der Fall, wenn die Annahme der Unwirksamkeit der Einwilligung aufgrund des Autonomiedefizits in tatbestandspezifischer Hinsicht eine sinnvolle verhaltenssteuernde Wirkung entfalten kann.⁷⁶⁹ Dazu müssen wiederum der Wirksamkeitsversagungsgrund und das der spezifischen Verhaltensnorm zu Grunde liegende Schutzbereich eine kongruente Schutzrichtung verfolgen. Dies ist insbesondere auch deshalb erforderlich, damit die in der Anwendung einer bestimmten Strafvorrichtung zum Ausdruck gelangende Qualifikation eines Verhaltens als (rechtlich missbilligtes) Tötungs- oder Körperverletzungsverhalten den Unwert des Verhaltensnormverstoßes zutreffend kennzeichnet.⁷⁷⁰

Innerhalb dieser Auslegung sollte man jedoch darauf achten, dass innerhalb dieser Konkretisierung der Verhaltensanforderungen nicht nur der reine Bestandschutz des Schutzbereichs, sondern vielmehr die grundrechtlich geschützte, selbstbestimmte Verfügungs freiheit im Vordergrund steht: Illustrieren lässt sich dies etwa anhand der Täuschung über den Zahlungswillen, falls eine Einwilligung in ein

⁷⁶⁶ S. dazu auch *Wachter*, GA 2023, 390, 395.

⁷⁶⁷ *Rönnau*, Willensmängel, S. 333 ff.; ausführliche Kritik dazu auch bei *Murmann*, Die Selbstverantwortung, S. 455 ff.

⁷⁶⁸ *Rönnau*, Willensmängel, S. 352.

⁷⁶⁹ S. dazu *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 559

⁷⁷⁰ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 107f.; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 559.

körperverletzendes Verhalten erteilt wird: Zwar geht derjenige, der in ein gegenseitiges Austauschverhältnis tritt, regelmäßig das Risiko ein, dass die Gegenleistung ausbleibt.⁷⁷¹ Bereits die bloße Gefährdung des finanziellen Erfüllungsanspruchs kann die Autonomie der Willensbildung des Einwilligenden jedoch derart gravierend beeinträchtigen, dass das Fehlen der wirksamen Einwilligung anzunehmen wäre. Denn aus Sicht des Rechtsgutsträgers bedeutet Autonomie die subjektiv entscheidungserheblichen Aspekte selbst zu wählen. Beanspruchte der finanzielle Aspekt in der Abwägungsentscheidung aus Sicht des individuell Betroffenen besondere Relevanz ist die körperbezogene Verfügung aufgrund der Täuschung über die versprochene Gegenleistung, nicht mehr als autonome Verfügung anzusehen.

ee) Ergebnis

Von einer wirksamen Einwilligung ist immer dann auszugehen, wenn sie sich als autonome Interessenartikulation der einwilligenden Person darstellt. Nur dann kann von einer Freiheitserweiterung des Dispositionsbefugten die Rede sein, was der Intention des Instituts der Einwilligung gerecht wird. Damit stellt die Freiwilligkeit der Entscheidung auch den maßgeblichen Aspekt im Hinblick auf ihre Wirksamkeit dar. Soll eine autonome Entscheidung des Rechtsgutsträgers gewährleistet werden, muss die Qualität des Willensmangels und nicht die Art seines Zustandekommens für die Bewertung entscheidend sein.⁷⁷² Dafür ist es erforderlich anhand der konkreten Entscheidung festzustellen, ob aus Sicht des Einwilligenden überhaupt eine Verletzung seiner Autonomie vorliegt. Das ist nämlich nur dann anzunehmen, wenn der Dispositionsbefugte diesem Aspekt anhand seiner eigenen Überzeugung, seinen selbstgesetzten Präferenzen und persönlichen Wertvorstellungen wirklich Bedeutung beimisst. Steht dagegen fest, dass ein feststellbarer Wissensmangel die Entscheidung des Betroffenen nicht tangiert, kann sie auch nicht als unwirksam bewertet werden. Man darf also nicht vorschnell behaupten, die erteilte Einwilligung sei aufgrund eines Willensmangels unwirksam, ohne zuvor die subjektive Relevanz des Willensmangels zu prüfen. Hat der (potentielle) Willensmangel unter Bezugnahme auf die individuell relevanten Maßstäbe der Entscheidung die Autonomie der Einwilligungsentscheidung nicht in Frage gestellt, kann auch nicht von einer Unwirksamkeit der Einwilligung ausgegangen werden.⁷⁷³

Allerdings führt nicht jeder subjektiv bedeutsame Willensmangel zur Unwirksamkeit der Einwilligung in der hier interessierenden Hinsicht. Zur Strafbarkeitsbegründung bedarf es eines spezifischen Verhaltensnormverstoßes im Sinne eines

⁷⁷¹ Roxin, GS Noll, 1984, S. 275, 284.

⁷⁷² Dazu Brandts/Schiekofer, JZ 1987, 442, 446 sowie i. E. Jakobs, AT, 7/121.

⁷⁷³ S. dazu El-Ghazi, GA 2022, 449, 458 ff.

entsprechenden Delikts: Eine Bestrafung etwa wegen Körperverletzung setzt voraus, dass eine Verhaltensnorm übertreten wurde, die gerade im Interesse des Schutzes der Körperintegrität anderer legitimiert werden kann.⁷⁷⁴ Insofern bedarf es einer normativen Differenzierung des Wissensdefizits anhand der Auswirkungen auf die autonome Willensbildung des Rechtsgutsträgers bezogen auf das zur Verhaltensnormanforderung kongruente Schutzgut.⁷⁷⁵ Um Relevanz zu beanspruchen, muss sich der Willensmangel demnach auf das tatbestandsspezifische Schutzgut – im Falle der Körperverletzungstatbestände also auf die körperliche Unversehrtheit – beziehen. Dabei ist es wesentlich zu erkennen, dass der Schutz der körperlichen Unversehrtheit neben dem reinen Bestandsschutz auch den Schutz des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts umfasst. Dem Einwilligenden muss nicht nur die Art bzw. Intensität der Verletzungshandlung bewusst sein, sondern daneben ist ihm eine selbstbestimmte Verfügungsfreiheit über seinen Körper zu gewährleisten. Das bedeutet, dass er die Möglichkeit haben muss, über den unmittelbaren Zweck und Kontext der Gutspreisgabe angemessen abzuwählen. Insofern ist zu betonen, dass nicht nur die abstrakte Willensübereinstimmung, sondern vielmehr bereits der Willensbildungsprozess schützenswert ist. Charakteristisch für eine freiverantwortliche Einwilligungsentscheidung ist demnach die Ermöglichung einer autonomen Abwägungsentscheidung auf der Basis der – im unmittelbaren Bezug auf die Körperintegrität – relevanten Gesichtspunkte. Davon ausgehend kann eine auf defizitärer Abwägung basierende Entscheidung letztlich nicht deshalb als autonom angesehen werden, weil man nachträglich zu dem Ergebnis gelangt, die betreffende Person hätte den in Rede stehenden Entscheidungskonflikt (vermutlich) auch in Kenntnis besagter Aspekte ebenso gelöst.⁷⁷⁶ Ausschlaggebend kann demnach nur sein, ob aus dem vorliegenden Informationsmangel ein in Bezug auf die Schutzrichtung der in Betracht kommenden Verhaltensnorm relevantes Autonomiedefizit resultiert.

e) Die Relevanz von Willensmängeln speziell in Bezug auf die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff

Aufgrund der charakteristischen Besonderheiten der medizinischen Behandlungssituation und der Zielsetzung dieser Arbeit bietet es sich an dieser Stelle an, die vorangegangenen allgemeinen Überlegungen unter dieser Prämisse auf den spezifischen Konfliktfall der Relevanz von Aufklärungsmängeln für die Einwilligung in die ärztliche Behandlung zu übertragen.

⁷⁷⁴ Freund/Rostalski, AT, § 2 Rn. 12.

⁷⁷⁵ Vgl. Roxin, GS Noll, 1984, S. 275, 281 ff.

⁷⁷⁶ El-Ghazi, GA 2022, 449, 462 f.

aa) Bezugspunkt und Reichweite der Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff

Vorab ist der konkrete Bezugspunkt der Einwilligung des Patienten zu bestimmen. Eine unmittelbar *erfolgsbezogene* Einwilligung ist anzunehmen, wenn der Rechtsgutsinhaber den Erfolgseintritt für möglich hält, diesen explizit wünscht oder zumindest eindeutig billigt.⁷⁷⁷ Neben der Wahrnehmung des eigenen Freiheitsgebrauchs ist die Einwilligung jedoch regelmäßig mit der Inkaufnahme von Gefahren, die sich als mögliche Komplikationen der Behandlung darstellen, verbunden.⁷⁷⁸ Insofern erscheint es erforderlich, vom relativ einfachen Fall einer „Erfolgseinwilligung“ ausgehend, differenziert zu betrachten, wie sich die Kenntnis der potentiellen Risiken auf den materiellen Inhalt der Einwilligungsentscheidung, insbesondere ihren Umfang auswirkt. Festzuhalten ist zunächst, dass sich die auf den Erfolg gerichtete Einwilligung in den ärztlichen (Heil-)Eingriff einzigt auf die Rechtsgutsbeeinträchtigung des Körpers aus *ex ante* Sicht und nicht etwa auf einen intendierten Heilerfolg bezieht. Gleichzeitig ist auch das Risikobewusstsein im Zeitpunkt der Einwilligung strikt von einer Willensgemäßheit, falls sich ein solches Risiko realisieren sollte, zu trennen. Der informed consent ist gerade nicht als Einwilligung in das Risiko im Sinne einer Erfolgseinwilligung zu verstehen. Zwar ist es Voraussetzung des informed consent, dass seitens des Einwilligenden zumindest ein konkretes Verständnis in Bezug auf die mit dem Eingriff verbundene Gefahrenlage vorhanden sein muss. Die Risikokenntnis ist allerdings keinesfalls mit der Einwilligung in ebendiesen Verlust gleichzusetzen; andernfalls wäre das Opfer auf der Basis reiner Fiktion von Anfang an (straf-)schutzlos gestellt.⁷⁷⁹

Der genaue Inhalt der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung ist demnach differenzierter zu verstehen. Der hinreichend über die Gesamtheit von Umfang und Durchführung, Behandlungsrisiken, Alternativen und Risikominimierungsmöglichkeiten sowie verbleibenden Restrisiken aufgeklärte Patient kann kraft seines informed consent mit unrechtsausschließender Wirkung in die Vornahme der ärztlichen Maßnahme einwilligen.⁷⁸⁰ Dies ist darauf zurückzuführen, dass im Fall des willensgemäßen Handelns keine Verhaltensnorm verletzt wird. Die Vornahme eines durch den Patienten autorisierten Eingriffs kann folglich kein Verhaltensunrecht begründen. Nach vorzugswürdiger Auffassung wird dann schon der Tatbestand einer Körperverletzung nicht verwirklicht.⁷⁸¹

Aber auch im Falle eines, etwa aufgrund mangelhafter Aufklärung, nicht hinreichenden informed consent ist zu differenzieren. In diesem Fall kann die Ein-

⁷⁷⁷ Vgl. *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 215.

⁷⁷⁸ *Krüger*, medstra 2017, 12, 13.

⁷⁷⁹ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 219.

⁷⁸⁰ Vgl. *Paeffgen*, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 207f.

⁷⁸¹ S. dazu A.V. 1.b)cc).

willigung des Betroffenen nämlich weiterhin zumindest partiell wirksam sein. Dazu ist innerhalb der Behandlungseinwilligung näher zwischen der grundsätzlichen Zustimmung zur Vornahme des Eingriffs und der umfassenden Verantwortungsübernahme unter Berücksichtigung und Inkaufnahme aller potentiell relevant werdenden Folgen des Eingriffs zu trennen. Die Einwilligung in die Vornahme des Eingriffs konkretisiert sich dabei als Einwilligung in eine (abgeschlossene) Verletzungshandlung, die der Ermöglichung des Eingriffs dient. Bezogen darauf ist von einer Einwilligung in den Erfolg – z. B. die Öffnung der Bauchdecke durch einen Schnitt mit dem Skalpell – auszugehen. Hinsichtlich dieses Aspekts kann die Einwilligungsentscheidung des Patienten trotz möglicher Aufklärungsmängel in Bezug auf die Risiken der Operation partiell weiterhin Wirksamkeit beanspruchen; sofern ihm alle notwendigen Informationen zur konkreten Durchführung der Beeinträchtigung seiner Körperintegrität durch die „Ermöglichungshandlung“ vorlagen. Ein auf eine spätere potentielle Folge gerichteter Wissensmangel entfaltet insofern keine Relevanz für diesen konkreten Zustimmungsaspekt des Rechtsgutsinhabers. Die Unwirksamkeit der Einwilligung beschränkt sich hier vielmehr partiell auf den defizitären Teil. Auf dieser Basis begründet die Vornahme der Behandlung zwar u. U. Verhaltensunrecht; von diesem Missbilligungsurteil über das Verhalten ist der Eingriff als solcher, z. B. die Schnitte mit dem Skalpell, aber nicht betroffen. In Bezug auf diese körperbeeinträchtigende Wirkung liegt nämlich eine (insofern partiell weiterhin) wirksame Einwilligung vor.⁷⁸²

Anders verhält es sich dagegen, wenn aufgrund mangelhafter Aufklärung im Zeitpunkt der Einwilligung die Kenntnis eines wesentlichen, die Behandlung betreffenden, Aspekts fehlte. In einem solchen Fall bleibt zwar die grundsätzliche Vornahme der Maßnahme partiell selbst noch von der Einwilligung abgedeckt; dies gilt allerdings nicht für den überschießenden Umfang der Maßnahme bzw. die Realisierung des weitergehenden Risikos, bezüglich dessen zuvor keine Kenntnis vorlag.

bb) Grundsätzliche Anforderungen der ärztlichen Aufklärungspflicht in Bezug auf die Einwilligungsentscheidung

Die zuvor vorgenommene Differenzierung der Einwilligungsaspekte vorausgesetzt, stellt sich die Frage, wann von einem derart relevanten Wissensdefizit auszugehen ist, dass das Vorliegen des erforderlichen informed consent zu verneinen ist. Ohne an dieser Stelle bereits eine differenzierte Betrachtung des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflicht in inhaltlicher Dimension vorzunehmen,⁷⁸³ bietet es sich an, einige abstrakte Feststellungen zur Funktion der Aufklärung zu treffen.

⁷⁸² S. dazu A.V.3.b).

⁷⁸³ S. dazu A. VI.2.a).

Das dem Arzt gegenüber legitimierbare Verhaltensgebot besteht im Falle der ärztlichen Behandlung darin, sich zu vergewissern, dass es sich bei der Einwilligung des Patienten um einen informed consent ohne relevante Informationsdefizite handelt.⁷⁸⁴ Freilich ist die Aufklärungspflichtverletzung als solche für die normative Unrechtsbestimmung nur von mittelbarer Bedeutung.⁷⁸⁵ Denn tatsächlich beeinträchtigt ein Aufklärungsdefizit die Wirksamkeit der Einwilligung nur für den Fall, dass dieser Aspekt für den Patienten in seiner Willensbildung überhaupt subjektiv relevant war.⁷⁸⁶ Daran fehlt es, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der anknüpfungsfähige Wissensmangel des Patienten letztlich überhaupt nicht aus der objektiv mangelhaften Aufklärung resultierte. Denn in derartigen Fällen liegt kein relevanter Willensmangel des Patienten vor. Gerade im Hinblick auf ein so individuelles Rechtsgut, wie das der Gesundheit, ist der Umfang der Aufklärungspflicht selbstverständlich von individuellen Gesichtspunkten der konkreten Behandlungssituation abhängig. Nicht jede Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht ist per se dazu geeignet, die Unwirksamkeit der Einwilligung auszulösen; vielmehr kommt es im Wesentlichen darauf an, ob dem Patienten trotz des Aufklärungsmangels bezüglich der konkreten Gefahren des medizinischen Eingriffs ein zutreffendes Bild vermittelt wird.⁷⁸⁷ Demzufolge besteht die Zielsetzung der ärztlichen Aufklärungspflicht insbesondere nicht darin, die Einwilligung des Patienten möglichst zu verhindern, um ihn so vor den mit der Behandlung einhergehenden Risiken zu schützen, sondern vielmehr in der Ermöglichung einer selbstbestimmten Entscheidung des Patienten.⁷⁸⁸

Um aus strafrechtlicher Sicht Relevanz zu beanspruchen, ist es daher mindestens erforderlich, dass sich der Aufklärungsmangel auf einen mit dem Schutzgut kongruenten Aspekt – also die Körperintegrität unter Einbeziehung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts – bezieht. Daneben muss sich der mangelhafte Aufklärungsaspekt aus der individuellen Sicht des Patienten als entscheidungserheblich in Bezug auf die Freiheitsentfaltung der Preisgabe seiner Körperintegrität

⁷⁸⁴ Ähnlich *Wachter*, GA 2023, 390, 397, 399, der allerdings dieses Ergebnis aus der Anwendung der Lehre der Garantenpflichten ableitet. Als entscheidenden Anknüpfungspunkt stellt er heraus, ob sich der Einwilligende auf die ihm gebotene Informationslage verlassen durfte. Das mag in den meisten Fällen zu richtigen Ergebnissen führen. Für die individuelle Relevanz eines Irrtums ist es allerdings nicht immer allein ausschlaggebend in welchen Zuständigkeitsbereich der Informationsmangel fällt.

⁷⁸⁵ *Haas*, GA 2015, 147, 156; in diesem Sinne wohl auch *Amelung*, Irrtum und Täuschung, S. 65 f., der die Aufklärungspflicht als unselbstständige Pflicht charakterisiert.

⁷⁸⁶ *Haas*, GA 2015, 147, 156.

⁷⁸⁷ Eingehend dazu *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 512 ff.; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 270.

⁷⁸⁸ *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 74; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 148; *Yamanaka*, FS Maiwald 2010, S. 865, 877, 879; *Haas*, GA 2015, 147, 157; *Hausch*, VersR 2009, 1178 ff.

darstellen.⁷⁸⁹ Denn betrifft der Aufklärungsmangel aus Sicht des Patienten bereits keinen für seine Entscheidung relevanten Umstand, ist auch ein dadurch bedingter Irrtum nicht relevant.⁷⁹⁰

Angesichts der Wirksamkeit der Einwilligung im Falle eines Aufklärungsmangels bedeutet das Folgendes: Zunächst einmal muss sich dieser Aufklärungsmangel auch als entscheidungserheblich auswirken. In den meisten Fällen korrespondiert die Verletzung der Aufklärungspflicht zwar mit einem relevanten Irrtum des Einwilligenden, weil sie auf fehlender oder lückenhafter Information aufbaut.⁷⁹¹ Das ist allerdings nicht zwingend der Fall. Es wäre z. B. dann nicht der Fall, wenn die Aufklärung zwar grundsätzlich in diesem Punkt mangelhaft erfolgte, der Patient sich des betreffenden Risikos aber aus anderer Quelle im Zeitpunkt seiner Entscheidung bewusst war.⁷⁹² Ist dieses Erfordernis erfüllt und es resultiert aus dem Aufklärungsmangel ein entscheidungsrelevanter Willensmangel, ist dieser in Bezug auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 223 StGB nur insoweit erheblich, als er die maßgeblichen Motive zur Preisgabe des verletzten Rechts- gutes überhaupt betrifft.⁷⁹³ Von einem tatbestandsspezifischen schadensträchtigen Verlauf, dessen Vermeidung Legitimationsgrund der Verhaltensnorm war, kann i. S. d. Körperverletzungsstrafbarkeit nur auszugehen sein, wenn sich das Verhaltensunrecht hinsichtlich der Verletzung der körperbezogenen Verfügungsfreiheit manifestiert.

Darüber hinaus muss die schutzgutbezogene Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit einen gewissen Schwellenwert erreichen, um eine strafrechtliche Reaktion auszulösen. Maßgeblich dafür ist, dass sich der vorliegende Willensmangel seinerseits als so gravierend darstellt, dass nicht mehr von einer autonomen Entscheidung des Patienten auszugehen ist. Im Zuge dessen ist zu berücksichtigen, dass es sich angesichts der Bestimmung der Autonomie stets um eine normative Bewertung handelt, woraus folgt, dass absolute Autonomie als Idealvorstellung auch im Kontext der Heilbehandlung nicht zum Maßstab zu erheben ist.⁷⁹⁴ Grundlegende Fehlvorstellungen in Bezug auf das Ausmaß der Gefährdung, wie etwa eine Täuschung über die Behandlungsbedürftigkeit oder die Einhaltung der *lex artis* bei der Durchführung des Eingriffs, sind selbstverständlich

⁷⁸⁹ Roxin weist insofern darauf hin, dass der Mangel den Patienten insbesondere hinsichtlich der Behandlung vor einen Entscheidungskonflikt stellen müsse, medstra 2017, 129, 136 (gleichzeitig hält dieser das Vorliegen eines Entscheidungskonfliktes aber im Falle eines *lege artis* durchgeführten Routineeingriffs für äußerst unwahrscheinlich, was unweigerlich den Verdacht von Vernunftserwägungen aufkommen lässt).

⁷⁹⁰ Schiekofer, FS Merkel, 2020, S. 745, 750. I. E. ähnlich Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 183; Edlbauer, Hypothetische Einwilligung, S. 405.

⁷⁹¹ Vgl. Arzt, Willensmängel, S. 47.

⁷⁹² Vgl. Otto/Albrecht, Jura 2010, 264, 270; Sickor, JR 2008, 179, 183.

⁷⁹³ Vgl. Noll, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 131.

⁷⁹⁴ Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 54.

als relevant zu qualifizieren.⁷⁹⁵ Dasselbe gilt für eine bewusste Täuschung über Intensität oder Zweck der Behandlung.⁷⁹⁶ Ansonsten würde man erkennen, dass infolge der unlauteren Einflussnahme ein Abwägungsergebnis provoziert wird, zu dem der Patient ansonsten nicht gelangt wäre.⁷⁹⁷ Weiterhin ist die Selbstbestimmung des Patienten in Fällen, in denen der Arzt den Irrtum des Einwilligenden kennt oder bewusst wahrgenommen hat, und diesen trotz seines überlegenen Sachwissens nicht beseitigt, gegenüber den ärztlichen Interessen höher zu bewerten.⁷⁹⁸ Unabhängig davon ergeben sich darüber hinausgehende explizit sanktionsbewehrte Sonderregelungen in Bezug auf die Anforderungen an Aufklärung und Einwilligung aus einzelnen Spezialgesetzen für besondere medizinische Teilbereiche.⁷⁹⁹

cc) Exkurs: Relevanz der Ermächtigung einer konkreten Person zur Durchführung der Behandlung

Im Grundsatz ist die Einwilligung des Patienten – sofern keine besonderen Umstände oder vom Rechtsgutsinhaber aufgestellte Bedingungen hinzutreten – stillschweigend als Behandlungsermächtigung gegenüber allen involvierten Ärzten auszulegen. Wird die Einwilligung dagegen explizit in Bezug auf einen konkreten Arzt erteilt/versagt, erfährt dies auch durchaus Relevanz für die Wirksamkeit der Einwilligung.⁸⁰⁰ Ist es das Anliegen der Rechtsprechung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten in besonderem Maße zu schützen, so muss auch die personelle Behandlungentscheidung vom Schutzmfang erfasst werden.⁸⁰¹ Aus der Rechtsgutsinhaberschaft ergibt sich im Zusammenspiel mit der Einwilligungsbefugnis das Recht, näher zu konkretisieren, *wer* in das Gut eingreifen darf; andernfalls läge eine wesentliche Autonomieverletzung vor.⁸⁰² Denn dass dieser Aspekt im Hinblick auf die individuelle Entscheidung durchaus eine wichtige

⁷⁹⁵ *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 271.

⁷⁹⁶ Vgl. *Zabel*, GA 2015, 219, 230. S. dazu auch OLG Hamm NStZ 1988, 556, das sich mit der Verabreichung eines Placebos statt, wie abgesprochen, eines physisch wirk samen Präparats beschäftigt.

⁷⁹⁷ *Rönnau*, Willensmängel, S. 432.

⁷⁹⁸ Vgl. *Otto*, FS *Geerds*, 1995, S. 603, 617f.; *Roxin/Greco*, AT, § 13 Rn. 112; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 527.

⁷⁹⁹ *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 526; hier sei insbesondere auf das Transplantations-, das Arzneimittel-, das Medizinprodukte- oder auch das Transfusionsgesetz verwiesen.

⁸⁰⁰ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 44a m.w.N.; *Rönnau*, Willensmängel, S. 418; in diesem Sinne auch *Gaede*, Limitiert Akzessorisches Medizin strafrecht, S. 64 (der seine Entscheidung im Wesentlichen an den unmittelbaren Eingriffsbezug der Person des Operierenden knüpft).

⁸⁰¹ *Gropp*, GA 2015, 5, 16; so auch die zivilrechtliche Rechtsprechung, die die hypothetische Einwilligung als personenbezogen ansieht; BGH NJW 1996, 3073, 3074; ferner BGH NJW 2016, 3523.

⁸⁰² *Rönnau*, Willensmängel, S. 418.

Rolle spielen kann, ist nicht von der Hand zu weisen.⁸⁰³ Dennoch wird innerhalb der Literatur vertreten, dass – trotz gegenteiliger Äußerung – im Falle einer gleichermaßen qualifizierten Person Handlung- und Erfolgsunwert entfallen sollen, indem der Gutsinhaber den Eingriff in einem solchen Fall offensichtlich dennoch gestattet hätte.⁸⁰⁴ Ein derartiges Verständnis sieht sich allerdings der Kritik ausgesetzt, warum der Eingreifende sich sanktionslos über die Bedingung des Rechtsgutsinhabers hinwegsetzen darf, obwohl diese von maßgeblicher Bedeutung innerhalb seiner Willensbildung und damit entscheidend für die Einwilligungsentscheidung war.⁸⁰⁵ Innerhalb der Rechtsprechung war bereits in der sogenannten Famili-Entscheidung⁸⁰⁶ die Frage bedeutsam, wie sich ein Irrtum über die Arzteigenschaft des Behandelnden auswirkt. Der BGH ging davon aus, dass der Irrtum über die Approbation für die Wirksamkeit der Einwilligung bedeutslos sein kann, sofern das Vorhandensein ebendieser angesichts der Geringfügigkeit der konkreten Verletzung in den Hintergrund rückt.⁸⁰⁷ Eine differenzierte Auseinandersetzung bezüglich der rechtlichen Beachtlichkeit des vorliegenden Willensmangels blieb der BGH zwar schuldig.⁸⁰⁸ Er äußerte sich aber anhand einer Art Vermutungswirkung dazu, dass die Einwilligung ihrem Sinn nach grundsätzlich auch die Behandlung durch einen Nichtarzt umfasst, sofern das mit der Natur der angestrebten Behandlung vereinbar erscheint,⁸⁰⁹ was eine normative Abwägung anhand des Schutgzuts nahelegt. Bezieht sich der Irrtum des Patienten an dieser Stelle auf eine rein formale Qualifikationsfrage, die keinerlei Auswirkungen auf die Rechtsgutsverletzung nach sich zieht, so wird dieser Irrtum in Bezug auf die Wirksamkeit der Einwilligung in den meisten Fällen mangels Entscheidungserheblichkeit keine Relevanz beanspruchen. Dies gilt freilich dann nicht, wenn der Patient ausdrücklich die Behandlung durch einen Arzt (bestimmter Qualifikation) wünscht.⁸¹⁰

⁸⁰³ So sind z.B. selbst grundsätzliche Befürworter der Figur der hypothetischen Einwilligung der Meinung, dass im Bandscheibenfall zumindest viel dafürspräche, dass die Patientin einer weiteren Behandlung durch *diese* Ärztin nicht zugestimmt hätte; *Kuhlen*, JR 2004, 227, 229; in diesem Sinne auch *Eisele*, JA 2005, 252; *Saliger*, FS *Beulke*, 2015, S. 257, 267; *Valerius*, HRRS 2014, 22, 24.

⁸⁰⁴ *Ameling*, Irrtum und Täuschung, S. 61 ff.; dass daran mitunter je nach Einzelfall erhebliche Zweifel bestehen können, zeigt u.a. der Bandscheibenfall; s. dazu B.I. 3. c) aa).

⁸⁰⁵ *Rönnau*, Willensmängel, S. 357.

⁸⁰⁶ BGHSt 16, 309.

⁸⁰⁷ BGHSt 16, 309, 311.

⁸⁰⁸ So auch *Rönnau*, Willensmängel, S. 416.

⁸⁰⁹ BGHSt 16, 309, 311; dies allerdings nur in engen Grenzen mit der Folge, dass jeglicher Zweifel an der objektiven Geringfügigkeit der Verletzung die Wirksamkeit der Einwilligung ebenso ausschließen, wie Zweifel an der Beurteilungsfähigkeit dessen durch den Nichtarzt.

⁸¹⁰ So auch BGHSt 16, 309, 312 f.

f) Notwendigkeit einer speziellen „finalen“ Auswirkung des Willensmangels auf die konkret getroffene Entscheidung (im reinen Endergebnis)

Schließlich ist in der gebotenen Kürze auf die Frage einzugehen, ob zwischen Aufklärungsmangel und der Einwilligung ein spezieller „finaler“ Zusammenhang bestehen muss.⁸¹¹ Teilweise wird die Relevanz eines Willensmangels im Zeitpunkt der Einwilligung nämlich zusätzlich davon abhängig gemacht, dass die Einwilligungsentscheidung bei zutreffender Vorstellung bezüglich dieses Gesichtspunkts *nicht getroffen worden wäre*.⁸¹² Damit wird in der Sache eine unmittelbare Auswirkung des Willensmangels auf das reine Endergebnis der konkret getroffenen Entscheidung gefordert. Bezogen auf die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff wird diese Anforderung dahingehend zugespitzt, dass die Unwirksamkeit der Einwilligung aufgrund eines Willensdefizits bei der Aufklärung lediglich dann zu bejahen wäre, wenn eine Quasi-Kausalität zwischen dem Fehlen der Information und dem reinen Endergebnis der Einwilligungserklärung festgestellt werden kann.⁸¹³

Dem lässt sich entgegenhalten, dass die Autonomie des Patienten bereits durch die Willensbildung auf defizitärer Informationsbasis verletzt wird.⁸¹⁴ Für die Kausalität des Aufklärungsfehlers genügt jedenfalls, dass die konkret getroffene Entscheidung darauf beruht – genauer: dass ihr die defizitäre Entscheidungsbasis zugrunde lag. Wie bei korrekter Information entschieden worden *wäre*, ist als rein hypothetischer Verlauf für die Feststellung der Kausalität des Fehlers (für diese konkrete Entscheidung) ohne Belang. In einem solchen Fall gibt es in concreto keinen autonom gebildeten und geäußerten Willen, der die Behandlung legitimieren könnte, sondern lediglich unangemessene Spekulationen darüber, wie der Patient bei korrekter Aufklärung (vielleicht) *ex ante entscheiden würde* oder aber *ex post entschieden hätte*. Unter diesen Umständen ist aber die rechtliche Missbilligung der Handlung in der hier interessierenden Hinsicht anzunehmen. Voraussetzung dafür ist lediglich, dass der mangelhafte Aspekt der Aufklärung für den Patienten überhaupt als relevant anzusehen ist.⁸¹⁵ Demnach ist das Erfordernis einer sogenannten Irrtumsrelevanz als abgeschwächter Zusammenhang

⁸¹¹ Darstellung bei *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 40g; in Bezug auf § 218a *Böse*, ZIS 2016, 495, 498; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 38 ff.; vertiefend *Schiekofer*, in: Münchener Kommentar, Vor § 32 ff. Rn. 187 ff.

⁸¹² *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 523; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 40g.

⁸¹³ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 255 ff., 263 ff.

⁸¹⁴ Ähnlich schon BGH NJW 1989, 1533, 1535 unter Betonung dessen, dass das Selbstbestimmungsrecht nur wirksam gewahrt werden kann, wenn man dem Patienten die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen vermittelt. Ebenfalls in diesem Sinne *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 225 f.; *Haas*, GA 2015, 147, 152; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 29 f., 32.

⁸¹⁵ S. dazu A. VI. 1. e) bb).

zwischen Aufklärungsfehler und Einwilligung zuzugestehen.⁸¹⁶ Die Mangelhaftigkeit der Aufklärung muss insofern jedenfalls für die Einwilligungsentscheidung und dementsprechend für den weiteren Schadensverlauf relevant geworden sein, da andernfalls der eingetretene Schadensverlauf nicht dazu dienen kann, den Wert der Norminhaltung zu verdeutlichen.⁸¹⁷ Eines darüber hinausgehenden speziellen „finalen“ Kausalverhältnisses bedarf es jedoch aus den bereits genannten Gründen nicht.

2. Die Aufklärung des Patienten

Ausgehend von den zuvor eher abstrakt gehaltenen normativen Wirksamkeitsanforderungen der Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung soll im Folgenden die inhaltliche Dimension des informed consent in den Blick genommen werden. Im Zuge dessen ist herauszuarbeiten, welche Anforderungen aus (straf-)rechtlicher Sicht an eine hinreichende ärztliche Aufklärung zu stellen sind. Ein erster Anhaltspunkt der essentiellen Bestandteile der ärztlichen Aufklärung ist mittlerweile in § 630c II, III BGB normiert. Daneben bietet die zivilrechtliche Kasuistik einen wesentlichen Anknüpfungspunkt zur Bestimmung des Umfangs der Aufklärungspflicht. Die zivilrechtlichen Anforderungen werden von der strafrechtlichen Rechtsprechung nahezu vollständig übernommen,⁸¹⁸ was innerhalb der Literatur nicht kritiklos bleibt.⁸¹⁹ Nicht selten wird auch die Kritik der inhaltlichen Überspannung der Aufklärungspflichten geäußert.⁸²⁰ Gestalten sie sich doch, selbst für mit der Materie vertraute Juristen, aus der relevanten *ex ante*-Sicht zuweilen kaum noch überschaubar bzw. sicher einschätzbar.⁸²¹ Zudem erweist es sich angesichts der Singularität und Individualität jedes einzelnen medizinischen Falls als unmöglich, den generellen Umfang der Aufklärung exakt und abschließend zu bestimmen.⁸²² Es widerstrebt geradezu der Vielschichtigkeit individueller Aufklärung, sie pauschal in ein gesetzliches Schema zu pressen, auch wenn das dem Wunsch nach Rechtssicherheit auf den ersten Blick zu entsprechen scheine.⁸²³ Dennoch existieren selbstverständlich grobe Maßgaben bzw. Anforde-

⁸¹⁶ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 313: „wenn der Irrtum in der Einwilligung wirksam ist“.

⁸¹⁷ Vgl. RGSt 63, 211.

⁸¹⁸ *Immig*, Die Selbstbestimmungsaufklärung, S. 16; *Schreiber*, in: *Roxin/Widmaier*, FG BGH 2000, Band IV, S. 503, 513 f.

⁸¹⁹ So wird etwa kritisiert, ob die unübersichtliche Kasuistik des Zivilrechts in ihrer unreflektierten Übernahme ins Strafrecht überhaupt den Anforderungen des Art. 103 II GG genügen kann, *Dierks/Graf-Baumann/Wienke*, MedR 1996, 349, 350; in diesem Sinne auch *Tag*, Der KörpERVERLETZUNGstatbestand, S. 337.

⁸²⁰ *Wienke et al.*, NJW 2001, 863.

⁸²¹ *Franzki*, MedR 1994, 171, 176; *Weißauer*, in: *Laufs u. a.*, Die Entwicklung der Arzthaftung, S. 17, 21.

⁸²² *Knoche*, NJW 1989, 757, 758.

⁸²³ Vgl. *Laufs*, NJW 1974, 2025, 2028.

rungen im Hinblick auf die Ausgestaltung der Aufklärungspflicht, die es zu berücksichtigen gilt.

a) Inhalt der Aufklärung

Der konkrete Inhalt der Aufklärung verhält sich im Grundsatz antiproportional zur medizinischen Indikation der Behandlung. Weiterhin stehen Umfang und Maß der Aufklärungspflichten in einem umgekehrten Verhältnis zum Grad der Dringlichkeit der Vornahme der Behandlung.⁸²⁴ In ihrer Komplexität ist die Aufklärung am Bildungsgrad und der Sprachbegabung des Adressaten zu orientieren.⁸²⁵ Dabei liegt der Fokus entsprechend der Zielsetzung der Aufklärung auf Verständlichkeit. Die Intention der Aufklärung besteht nicht darin, durch extensive Aufklärungspraktiken einen exkulpierenden Selbstzweck zu erreichen. Vielmehr ist die Aufklärung ihrem Wesen nach als abgestimmter Dialog⁸²⁶ – resultierend aus der Kooperation zwischen Arzt und Patienten – auf Augenhöhe zu begreifen.⁸²⁷

Gewöhnlich wird die Aufklärungspflicht in verschiedene „Aufklärungsarten“ unterteilt, deren Grenzen jedoch fließend sind.⁸²⁸ Die beiden größten zu differenzierenden Gesichtspunkte der Aufklärung bilden dabei die therapeutische Aufklärung und die Selbstbestimmungsaufklärung. Diese beiden „Formen“ der Aufklärung verfolgen unterschiedliche Intentionen. Während die therapeutische Aufklärung primär der Sicherung des ärztlichen Heilerfolgs dient und dementsprechend als Bestandteil einer fachgerechten ärztlichen Behandlung anzusehen ist,⁸²⁹ dient die Selbstbestimmungsaufklärung der Wahrung der Patientenautonomie und erlangt besondere Bedeutung hinsichtlich der Wirksamkeit der erteilten Einwilligung.

aa) Therapeutische Aufklärung

Die therapeutische Aufklärung oder auch Sicherungsaufklärung bezieht sich auf die Erteilung von Schutzhinweisen, die der Mitwirkung des Patienten bei der Heilung dienen und Selbstgefährdungen vermeiden sollen.⁸³⁰ Als Beispiele sind etwa die Hinweise auf Unverträglichkeiten, Nebenwirkungen, Suchtpotential,

⁸²⁴ BGH NJW 1972, 335, 337; BGH NJW 1980, 1905, 1907; BGH NJW 1991, 2349, 2349; BGH NJW 1987, 1637, 1638; BGH NJW 1998, 1784, 1785.

⁸²⁵ Um dem Patienten eine autonome Entscheidung zu ermöglichen, muss sich die Aufklärung am Empfängerhorizont des konkreten Patienten orientieren, *Schöch*, in: *Roxin/Schroth*, S. 53, 66.

⁸²⁶ Vgl. BVerfG 1979, 1925 in Abgrenzung zum Monolog.

⁸²⁷ Siehe dazu auch *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 Rn. 362.

⁸²⁸ Vgl. *Kern*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 63 Rn. 9.

⁸²⁹ *Katzenmeier*, in: *Beck-OK-BGB*, § 630c Rn. 9, Stand: 01.11.2022.

⁸³⁰ KG MedR 2014, 887.

Überdosierung oder Verkehrstauglichkeit im Zuge der Verabreichung eines Medikaments zu nennen.⁸³¹ Aus der primären Schutzrichtung der therapeutischen Aufklärung, den Behandlungserfolg zu sichern, ergibt sich, dass im Falle eines Mangels von einem Behandlungsfehler auszugehen ist.

bb) Wirtschaftliche Aufklärung

Daneben ist die wirtschaftliche Aufklärung zu nennen. Anstatt dem Schutz der körperbezogenen Autonomie zu dienen, ist sie auf den wirtschaftlichen Hintergrund der Behandlung und die damit verbundenen finanziellen Belastungen gerichtet.⁸³² Die wirtschaftliche Aufklärung beinhaltet z.B. die Information, dass die konkret ins Auge gefasste Maßnahme nicht von der Krankenversicherung übernommen wird.⁸³³ Dabei handelt es sich allerdings lediglich um eine Nebenpflicht aus dem Behandlungsverhältnis: Derartige Hinweis- und Beratungspflichten berühren das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht und damit die Wirksamkeit der Einwilligung nicht.⁸³⁴

cc) Selbstbestimmungsaufklärung

Die Selbstbestimmungsaufklärung ist anders als die vorherigen Aufklärungsaspekte als eine wesentliche Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung von Bedeutung. Sie untergliedert sich in drei verschiedene Hauptaspekte, namentlich die Diagnoseaufklärung, die Verlaufsaufklärung und die Risikoaufklärung. Nach ständiger Rspr. des BGH orientiert sich die Wirksamkeit der Einwilligung vor allem an der ordnungsgemäßen Aufklärung über den Verlauf der Behandlung und die Erfolgschancen bzw. Risiken des Eingriffs: Nur so kann der notwendige Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des darauf bezogenen Selbstbestimmungsrechts gewährleistet werden.⁸³⁵

⁸³¹ Dazu OLG Köln VersR 192, 1231; KG MedR 2014, 887; OLG Köln MedR 2015, 419; OLG Koblenz VersR 2008, 404; OLG München BeckRs 2013, 17324.

⁸³² Vgl. *Schelling*, MedR 2004, 422, 426.

⁸³³ BGH VersR 2000, 999, 1002; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 906; AG Pforzheim MedR 2003, 234f.; *Schelling*, MedR 2004, 422.

⁸³⁴ *Schelling*, MedR 2004, 422, 426; der BGH macht dies auch dadurch deutlich, dass er inzwischen in Bezug auf die wirtschaftliche Aufklärung bewusst von einer Informationspflicht des Arztes spricht: BGH NJW 2020, 1211, 1212; damit folgt der BGH auch ausdrücklich der zivilrechtlichen Differenzierung des Gesetzgebers in § 630c, § 630e BGB; darauf verweisend *Valerius*, medstra 2021, 2, 5; *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 Rn. 367; BGH MedR 1983, 109; a.A. wohl *Schöch*, in: *Roxin/Schroth*, S. 53, 59.

⁸³⁵ BGH NStZ 2011, 635; BGHZ 106, 391; BGH NStZ 1996, 34.

(1) Diagnoseaufklärung

Die Diagnoseaufklärung beinhaltet den Grund und den Anlass der ärztlichen Maßnahme.⁸³⁶ Sie bezieht sich auf die Kenntnis des Befundes, sofern dessen Kenntnis für die weitere Behandlung und Entscheidung des Patienten von Bedeutung ist.⁸³⁷ Dem Patienten ist also nicht nur mitzuteilen, dass er krank ist, sondern es ist erforderlich, die genaue Diagnosestellung zu präzisieren.⁸³⁸

(2) Verlaufsaufklärung

Die Verlaufsaufklärung dient dazu, den Patienten im Großen und Ganzen über Art, Schwere, Umfang, Durchführung und Schmerzhaftigkeit des Eingriffs zu informieren.⁸³⁹ Dabei ist die Wahl der richtigen Behandlungsmethode grundsätzlich Sache des behandelnden Arztes,⁸⁴⁰ dementsprechend ist er bei einem Vorgehen nach dem medizinischen Standard nicht dazu verpflichtet, ungefragt andere Behandlungsmethoden zu erörtern.⁸⁴¹ Dazu ist er lediglich dann verpflichtet, wenn sich die mit der Behandlung verbundenen Belastungen und Risiken deutlich voneinander unterscheiden.⁸⁴² Ist dies der Fall, ist der Arzt zur Darstellung möglicher Alternativen der Behandlung, insbesondere vergleichbarer operativer und konservativer Behandlungsmöglichkeiten verpflichtet: Dabei bildet die Erörterung der Weiterentwicklung des vorliegenden Zustands in behandelter und unbehandelter Form sowie die wesentlichen Aussichten und die laienhaft verständliche Darstellung der medizinischen Vorgehensweise einen wesentlichen Bestandteil der Verlaufsaufklärung.⁸⁴³ Teilweise wird an dieser Stelle auch eine Pflicht zur Qualitätsaufklärung erörtert, konkret läuft dies auf die Fragestellung hinaus, ob der Arzt verpflichtet ist, über qualitativ höherwertige Behandlungen bei einem Kollegen oder in einer anderen Klinik zu informieren.⁸⁴⁴ In der Regel

⁸³⁶ Schöch, in: Roxin/Schroth, S. 53, 58.

⁸³⁷ BVerfG NJW 2005, 1103 ff.; BGH NJW 2005, 1718 ff.; Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht, § 223 StGB Rn. 29 m.w.N.

⁸³⁸ Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 52 Rn. 15, 16.

⁸³⁹ BGH NJW 1984, 1395; BGH NJW 1989, 1533 f.; Biermann, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 Rn. 373.

⁸⁴⁰ BGH NJW 1982, 2121, 2122; BGH NJW 1988, 1514, 1515; BGHZ 106, 153, 157; BGHZ 168, 103, 107.

⁸⁴¹ BGHZ 102, 17, 22.

⁸⁴² BGHZ 116, 379, 385 m.w.N.; BGH NJW 2000, 1788.

⁸⁴³ Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht, § 223 StGB Rn. 30 m.w.N.; OLG Köln VersR 1998, 1510 f. Die Aufklärung über mögliche Folgen der Nichtbehandlung dient in diesem Zusammenhang dazu, dem Patienten die Dringlichkeit der ärztlichen Maßnahme vor Augen zu führen und ggf. die Möglichkeit weiteren Nachdenkens oder der Hinzuziehung eines zusätzlichen ärztlichen Rates zu eröffnen; BGH NJW 1990, 2928 f.

⁸⁴⁴ Vgl. Spickhoff, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 6 m.w.N.

ist eine solche Pflicht allerdings zu verneinen, solange die angebotene Therapie ihrerseits dem medizinischen Standard entspricht.⁸⁴⁵ Schließlich umfasst die Verlaufsaufklärung auch die Folgenaufklärung bezüglich als sicher geltender Eingriffsfolgen – wie etwa dem Eintritt chronischer Schmerzen, dem Funktionsverlust eines Organs oder notwendige Amputationen.⁸⁴⁶

(3) Risikoauklärung

Der Risikoauklärung kommt schließlich die Aufgabe zu, dem Patienten die mit dem Eingriff verbundenen Risiken vor Augen zu führen, um ihm zu ermöglichen, diese in seiner Entscheidung zu berücksichtigen.⁸⁴⁷ Gegenstand der Risikoauklärung sind alle behandlungstypischen Risiken, die für die konkrete Entscheidung des Patienten relevant sein können.⁸⁴⁸ Dadurch soll er die Möglichkeit erhalten, einzuschätzen, welche Relevanz diese Risiken für seine persönliche Lebensführung haben.⁸⁴⁹ Aus dieser Prämisse leitet sich auch die Verpflichtung ab, über Risiken aufzuklären, die zwar selten auftreten, aber für die individuelle Lebensführung des Patienten von besonderer Bedeutung sind.⁸⁵⁰ Aufgrund der notwendigen Individualität der Aufklärung lehnt der BGH bezüglich der aufklärungspflichtigen Risiken eine Orientierung an allgemeinen Risikostatistiken oder Wahrscheinlichkeiten der Komplikationsdichte ab.⁸⁵¹ Die Aufklärung ist allerdings auf eingriffsspezifische Risiken zu beschränken und muss nicht alle denkbaren Risiken umfassen: allgemeine bekannte Risiken, wie das Risiko einer Wundinfektion, sind bspw. nicht darzustellen.⁸⁵² Vielmehr zielt die Risikoauklärung inhaltlich darauf ab, dem Patienten ein grobes Bild von Schwere und Richtung des konkreten Risikospektrums zu vermitteln.⁸⁵³

Verlangt der Patient allerdings von sich aus eine tiefergehende Erörterung einzelner Gesichtspunkte, so ist er bezüglich aller seiner Fragen wahrheitsgemäß zu

⁸⁴⁵ *Biermann*, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 Rn. 374.

⁸⁴⁶ *Bernsmann/Geilen*, in: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, Kap. 4 Rn. 436.

⁸⁴⁷ *Schöch*, in: Roxin/Schroth, S. 51, 59.

⁸⁴⁸ *Greiner*, in: Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht, C Rn. 42.

⁸⁴⁹ BGHZ 106, 391, 399; BGH NJW 1991, 2346, 2347.

⁸⁵⁰ BGH NJW 1990, 1528; so ist etwa ein Kellner, der auf seine Hände angewiesen ist, oder ein Sänger, der beruflich auf seine Stimme angewiesen ist, bezüglich derartiger Risiken individuell anders aufzuklären; vgl. OLG Frankfurt VersR 1979, 651, 652; OLG Celle NJW 1978, 593.

⁸⁵¹ BGHZ 126, 386, 389; selbst dann, wenn die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts bei 1:4,4 Millionen liegt, besteht aus Sicht der Rechtsprechung die Pflicht zur Aufklärung, sofern dem Risiko aus Sicht des individuellen Patienten besondere Bedeutung zukommt; BGHZ 144, 1, 5; anders noch BGHZ 29, 46, 60; BGHZ 176, 182.

⁸⁵² BGH NJW 1991, 1541, 1542; BGH NJW 1994, 2414; OLG Köln MedR 2016, 519.

⁸⁵³ BGHZ 90, 103, 106; BGH NJW 2005, 1716, 1717.

unterrichten und die Aufklärungspflicht in diesem Fall um diese Einzelheiten zu erweitern, da dadurch die Entscheidungserheblichkeit dieses Aspekts aus Sicht des Fragenden hervortritt.⁸⁵⁴ Gibt der Arzt auf eine ausdrückliche Nachfrage eine eindeutig unzureichende Antwort, soll von einem groben Aufklärungsfehler auszugehen sein.⁸⁵⁵

b) Zeitpunkt der Aufklärung

Grundsätzlich muss die Aufklärung so frühzeitig stattfinden, dass für den Patienten nicht der Eindruck entsteht, er könne sich nicht mehr aus dem dargestellten Geschehensverlauf lösen.⁸⁵⁶ Ihm muss eine angemessene Frist – deren Umfang sich nach der Bedeutung der Maßnahme bemisst – hinsichtlich seiner Willensbildung verbleiben: Zumindest sollte er Zeit haben, die angesprochenen Aspekte zu verarbeiten, um auf dieser Grundlage eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen.⁸⁵⁷ Der BGH differenziert dabei nach Art und Gefahr der angestrebten Behandlung.⁸⁵⁸ Bei weniger schwerwiegenden Eingriffen genüge es, die Aufklärung spätestens am Tag vor der OP durchzuführen, während bei schwereren Operationen – sofern dies zeitlich möglich ist – ein früherer gesonderter Termin zur vorherigen Aufklärung geboten erscheint.⁸⁵⁹ Bei risikoärmeren ambulanten Eingriffen dagegen genüge die Aufklärung auch noch am Tag des Eingriffs den zeitlichen Anforderungen.⁸⁶⁰

c) Entbehrlichkeit der Aufklärung

Von ärztlicher Seite werden zuweilen gewichtige Bedenken gegen die zwingende Durchführung ärztlicher Aufklärung vorgebracht: Der Gesundungswille – und damit die notwendige Mitwirkung an der Behandlung – könnte infolge einer schonungslosen Aufklärung entfallen, sodass der Arzt den Patienten zu seinem Wohle lieber im Unklaren lassen solle.⁸⁶¹ Eine daraus resultierende grundsätzliche Entbehrlichkeit der Aufklärung kann allerdings keinesfalls überzeugen.

⁸⁵⁴ BGH VersR 1973, 244, 246; BGH NJW 1980, 633, 635; BGH NJW 1982, 2121, 2122; BGH NJW 1963, 393; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 8.

⁸⁵⁵ *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 191.

⁸⁵⁶ *Hoppe*, NJW 1998, 782, 783,

⁸⁵⁷ *Hoppe*, NJW 1998, 782, 783; BGH NJW 1998, 2734 m.w.N.; OLG Koblenz NJW-RR 2002, 816, 818; *Giesen*, Arzthaftungsrecht, Rn. 235 m.w.N.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK-StGB, § 228 Rn. 82 m.w.N.

⁸⁵⁸ S. dazu BGH NJW 1998, 2734; ferner *Bernsmann/Geilen*, in: Handbuch des Fachanwalts, Kap. 4 Rn. 442 m.w.N.

⁸⁵⁹ BGH NJW 1992, 2351.

⁸⁶⁰ BGH NJW 1994, 3009; BGH NJW 1995, 2410.

⁸⁶¹ *Roemer*, JZ 1960, 137f.; *Perret*, Arzthaftpflicht, S. 18, unter Betonung dessen, dass „Schweigenkönnen und Schweigenmüssen des Arztes notwendige Voraussetzungen und Bestandteile seiner Kunst“ seien.

Vielmehr würde dies einen Rückschritt zu einer paternalistisch geprägten Medizin mit dem unmündigen Patienten als Objekt der Behandlung bedeuten. Freilich können der Nutzen und der Schaden einer umfassenden Aufklärung in angemessener Gewichtung gegeneinander abzuwägen sein. Die Aufklärungspflichten entfallen aber nicht bereits dann, wenn auf Seiten des Patienten ein Drücken der Stimmung oder des Allgemeinbefindens angenommen werden kann; dies ist als natürliche Begleiterscheinung der Aufklärung in Kauf zu nehmen.⁸⁶² Lediglich in seltenen Fällen darf der Arzt von der Aufklärung absehen, und zwar dann, wenn infolge ihrer Vornahme eine ernstliche Lebensgefährdung oder nicht behebbare Gesundheitsschädigung des Patienten droht.⁸⁶³ Erforderlich für eine derartige Annahme sind gewichtige objektive Anhaltspunkte; vage Vermutungen hinsichtlich der psychischen Situation des Patienten können einen solchen Aufklärungsverzicht nicht legitimieren.⁸⁶⁴

⁸⁶² BGHZ 29, 46, 56; *Immig*, Die Selbstbestimmungsaufklärung, S. 39.

⁸⁶³ BGHZ 29, 176, 185; BGH JR 1986, 65, 67; OLG Köln NJW 1987, 2936; als Bsp. eines legitimen Aufklärungsverzichts ist etwa die bestehende Diagnose des Basedow-Syndroms zu nennen, bei dessen Vorliegen schon geringste psychische Erregung tödlich wirken kann, weshalb jegliche Operationsvorbereitung zu verheimlichen ist; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 42a.

⁸⁶⁴ *Knauer*, in: Roxin/Schroth, S. 11, 26.

B. Die historischen Grundlagen der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung als „Rechtsfigur“

I. Rechtsprechungsanalyse

„Les médecins ont cet heur que le soleil eclaire leur succez et la terre chache leur faute.“¹

Da es sich bei der hypothetischen Einwilligung um ein Institut richterlicher Rechtsfortbildung handelt, erscheint es zu deren Bewertung notwendig, zunächst eine umfassende Analyse der Rechtsprechung vorzunehmen. Als bedeutsamer Ausgangspunkt der rechtlichen Bewertung ärztlichen Verhaltens wird oft das Urteil des Reichsgerichts aus dem Jahr 1894² hervorgehoben. Mit der Etablierung der Aufklärungspflicht und dem Erfordernis der Einwilligung als Legitimation der Behandlung rückte schließlich auch die Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung in das Bewusstsein. Dementsprechend ist es kaum verwunderlich, dass die Wurzeln und Grundgedanken der Berücksichtigung hypothetischer Geschehensverläufe weit zurückreichen. Angesichts dessen lohnt es sich, der heutigen Auseinandersetzung eine rechtsgeschichtliche Analyse ihrer Entwicklung voranzustellen, um die Hintergründe und die einzelnen Entwicklungsschritte nachvollziehen zu können.

1. Zivilrechtliche Entwicklungen

a) Entwicklung zu Zeiten des Reichsgerichts und der frühen BGH-Urteile bis in die 50er Jahre

aa) Erste Stellungnahmen zum Bestehen einer ärztlichen Aufklärungspflicht und der Relevanz hypothetischer Überlegungen hinsichtlich des Einwilligungsgeschehens

Erste Ansätze der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen lassen sich innerhalb der zivilrechtlichen Rechtsprechung bereits sehr früh nachweisen. Als Anknüpfungspunkt dazu soll zunächst eine Entscheidung aus dem Jahr 1907³ dienen. Schon das Reichsgericht warf in dieser Judikatur die Frage auf, ob die

¹ „Die Ärzte haben das Glück, dass die Sonne ihren Erfolg aufleuchten lässt und die Erde ihre Fehler verdeckt“; Montaigne Essais livre 2. Chap. XXXVII.

² RGSt 25, 375.

³ RG JW 1907, 505.

eigenmächtige Vornahme einer Operation unter allen Umständen ein Verschulden des Arztes begründe.⁴ Dem Fall lag eine Schieloperation ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu Grunde, bei der die minderjährige Patientin ihr Auge verlor. Obwohl der Arzt angesichts der Sachlage nach Auffassung des Gerichts ohne Fahrlässigkeitsvorwurf von einer wirksamen Einwilligung ausgehen durfte, beschäftigte sich das Gericht anschließend noch mit der Fragestellung, ob der gesetzliche Vertreter der Klägerin zu der, allgemein als gefahrlos bewerteten, Schieloperation seine Einwilligung gegeben hätte, wenn man diese zuvor ordnungsgemäß eingeholt hätte. Bezuglich der Bejahung dieser Frage bestanden aus Sicht des Reichsgerichts keine Zweifel. Daraus resultierte für das Reichsgericht die Feststellung, dass jedenfalls „*der ursächliche Zusammenhang*“ zwischen einem möglichen ärztlichen Verschulden und dem der Klägerin durch die Operation erwachsenen Schaden vollständig fehlen würde.⁵ Zwei Jahre zuvor hatte man sich noch eindeutig ablehnend gegenüber der Berücksichtigung derartiger hypothetischer Gesichtspunkte für die Beurteilung der Kausalität geäußert.⁶ Nun nahm man zusätzlich noch eine veränderte Beweislastverteilung vor: Es wäre demnach „*Sache der Klägerin gewesen, nachzuweisen, aus welchen besonderen Gründen eine Einwilligung zur Operation nicht erteilt worden wäre*“.⁷

Mit der Aufklärungspflicht des Arztes und ihrem konkreten Umfang beschäftigten sich die Gerichte nicht vor 1912. Erstmals thematisiert wurde die ärztliche Aufklärung in einem Verfahren aus dem Jahr 1912.⁸ Gegenstand dieses Verfahrens war eine OP, durch die der Patient eine Lähmung des Gesichts- und Hörnervs erlitt. Ein Behandlungsfehler konnte nicht festgestellt werden. Vielmehr argumentierte das Berufungsgericht damit, dass das Verschulden des Arztes darin zu erblicken sei, dass er den Patienten vorab nicht über mögliche Gefahren, die mit der Vornahme der OP verbunden sind – wie etwa die dauerhafte Taubheit auf dem rechten Ohr –, aufmerksam gemacht habe.⁹ Das Reichsgericht vertrat demgegenüber in seiner Urteilsbegründung die Ansicht, dass eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise mit der bevorstehende Operation einhergehen, nicht anerkannt werden könne.¹⁰ Nicht selten sei eine solche Aufklärung sogar falsch, da sie den

⁴ RG JW 1907, 505.

⁵ RG JW 1907, 505, 506.

⁶ RG JW 1905, 690; dem Urteil lag die Hüftverletzung eines Jungen zu Grunde, die er sich beim Sportunterricht infolge des Aufpralles auf den Boden zuzog. Der Lehrer hatte es schulhaft unterlassen, eine Matte auszulegen. Diesbezüglich betonte das Gericht: „*sei die Entzündung durch das schuldhafte Verhalten (mit)verursacht worden, dann könnte die „bloße Möglichkeit“, dass der Schaden auch mit der elastischen Unterlage entstanden wäre, nicht zur Verneinung der Kausalität führen*“.

⁷ RG JW 1907, 505, 506.

⁸ Vgl. Schmidt, Gutachten, S. 27.

⁹ RGZ 78, 432, 433.

¹⁰ RGZ 78, 432, 433.

Patienten von der Behandlung abschrecke.¹¹ Noch 1928 betonte das OLG Hamburg im Leitsatz ausdrücklich, dass für den Arzt nur unter ganz besonderen Umständen eine Verpflichtung bestehe, den Patienten auf möglicherweise eintretende Folgen der Operation hinzuweisen.¹² Die Aufklärungspflicht des Arztes beschränkte sich nach der damaligen Rechtsprechung darauf, dem Patienten mitzuteilen, dass der Eingriff nicht unbedingt den gewünschten Erfolg verspreche oder dass gewisse Nebenwirkungen denkbar seien.¹³ Diese Sichtweise findet sich auch an anderer Stelle wieder, wenn es das Gericht als Aufklärung anerkannte, dass der Arzt sagte, es sei Gefahr im Verzug und sie müsse alles weitere ihm überlassen.¹⁴

In den weiteren Entscheidungen zeigte sich zudem, dass anfangs die Einwilligung deutlich umfassender als heute ausgelegt wurde. Durch das Einverständnis zur Operation sollte der Arzt die Legitimation zu allen operativen Maßnahmen, die dem Handlungsziel der Heilung dienten, erlangen, sofern er dies aus dem Verhalten des Patienten schließen dürfe.¹⁵

Im Fall einer Operationserweiterung, die der Arzt bereits vor der OP für möglich gehalten, dem Patienten aber verschwiegen hatte, sollte zugunsten des Arztes angenommen werden, „dass er mit gutem Glauben die Einwilligung als von der Patientin tatsächlich erteilt vorausgesetzt habe und voraussetzen durfte“.¹⁶ Mehr noch: das Urteil enthält die Feststellung, dass

„ihm auch nicht zu widerlegen ist, wenn er sich darauf beruft, dass die Patientin ihr Einverständnis erteilt haben würde, wenn er ihr die Wahrheit über ihr Krebsleiden gesagt hätte und sie danach vor die Wahl gestellt hätte, durch die Operation, wie vorgenommen möglicherweise [...] Heilung von ihrem Leiden zu finden oder aber an diesem Leiden früher oder später zu Grunde zu gehen“.¹⁷

¹¹ RGZ 78, 432, 434.

¹² Hanseatische Rechts- und Gerichts-Zeitschrift 1928 Abt. B. S. 495 Nr. 219 – und das, obwohl der Patient eine weitergehende Aufklärung ausdrücklich verlangt hatte; s. dazu *Schläger*, Leipz. Z. 198, 1457; ähnlich LG I Berlin Urteil vom 8.6.1929 Zeitschrift für das gesamte Krankenhauswesen 1930, 292.

¹³ RGZ III 202/30 Urteil vom 19.5.1931 JW 1932, 3328.

¹⁴ OLG Hamburg, OLGE 28, 182; dargestellt bei *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 87; bestätigt durch Leipz. Z. 1915, 334, 337.

¹⁵ OLG Hamburg, OLGE 28, 182. Ein derartiges Verständnis teilt das Reichsgericht noch 1940 als es in seinem Urteil betonte: „Wollte man dem Arzt zumuten, das Einverständnis des Leidenden zu allen nur denkbaren Möglichkeiten einzuholen, die während der Vornahme der Operation und als deren Folgen auftreten können, so würde man damit dem Wohl des Leidenden nicht dienen, das Gewissen des Arztes aber mit der Forderung belasten, die ihm jede Verantwortungsfreudigkeit nehmen müsste.“; RGZ 151, 349; DR, 1940, 684 (Anm. Kallfetz) zu RG 22.12.1939.

¹⁶ OLG Hamburg Urteil vom 27.3.1913 in Hanseatische Gerichtszeitung Beiblatt 35. Jahrgang 1914 Nr. 23; dargestellt bei *Schmidt*, Gutachten, S. 90 f.

¹⁷ OLG Hamburg Urteil vom 27.3.1913 in Hanseatische Gerichtszeitung Beiblatt 35. Jahrgang 1914 Nr. 23; dargestellt bei *Schmidt*, Gutachten, S. 90 f.

Damit enthält das Urteil nicht nur eine versteckte Anerkennung der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen, sondern stellt diese ferner unter die Prämissen einer „vernünftigen“, nachvollziehbaren Entscheidung. Das Reichsgericht billigte diesen Ansatz 1913 i. E.¹⁸, allerdings verkürzt auf die Voraussetzung, dass der Arzt nach Treu und Glauben von einem Einverständnis ausgehen konnte. In Anknüpfung daran nahm man 1932 eine deutliche Einschränkung der Haftung wegen eines Aufklärungsversäumnisses vor. Diese sollte nur bestehen, sofern auch weiterhin anzunehmen sei, dass die Operation im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung unterblieben wäre.¹⁹

bb) Einordnung und Bewertung

Aus der Analyse dieser frühen Entscheidungen ergibt sich im Hinblick auf die ärztliche Behandlung Folgendes: Nicht nur der konkrete Umfang der Aufklärung, sondern darüber hinaus auch die Frage, ob eine solche überhaupt stattfinden soll, war bezeichnenderweise vollständig dem ärztlichen Ermessen unterworfen.²⁰ Man ging sogar davon aus, dass die Aufklärung aktiv vom Patienten zu fordern sei und gerade nicht vom Arzt anzubieten.²¹ *Ebermayer*, der Oberreichsanwalt der 20er Jahre, betonte, dass der Patient gerade „kein unbedingtes Recht auf Wahrheit habe“ und dementsprechend der Aspekt der Aufklärung allein „eine Frage des Taktes darstelle“.²² Einem solchen Verständnis lag dabei immer noch die Annahme eines hierarchischen Arzt-Patienten-Verhältnis zu Grunde. Das Reichsgericht hatte – eingebettet in den Zeitgeist – anscheinend das Bild vor Augen, dass der Patient, der einen Arzt aufsucht, sich diesem vollständig anvertraut.²³ Vor dem Hintergrund eines solchen Verständnisses besitzt jedoch die – auch aus Sicht des Reichsgerichts durchaus notwendige – Einwilligung des Patienten keine Verhaltensunrecht aufhebende Legitimationswirkung. Denn während es zu den unabdingbaren Voraussetzungen der Einwilligung gehört, dass der Rechtsgutsinhaber sich im Zeitpunkt der Einwilligungserklärung der konkreten Folgen seiner Entscheidung bewusst ist und die Einwilligung gerade nicht an einem wesentlichen Willensmangel leidet,²⁴ begnügt sich das Reichsgericht mit

¹⁸ Mitgeteilt bei *Mansfeld*, Leipzig. Z. 1915, 335.

¹⁹ RG JW 1932, 3328, 3329; ähnlich DÄBI 1935, 738, 740: „wenn anzunehmen sein würde, dass der Kläger sich zur Operation nicht entschlossen haben würde“; sowie OLG Naumburg JW 1932, 3369, 3371, das sich mit dem Risiko einer kosmetischen Operation im Verhältnis zu ihrem Nutzen befasste.

²⁰ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 69.

²¹ *Tröndle*, MDR 1983, 881 f.; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 69.

²² Dargestellt in *Tröndle*, MDR 1983, 881, 882.

²³ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 69.

²⁴ *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 47.

dem lapidaren Hinweis, dem Patienten müsse bekannt sein, dass eine OP grundsätzlich mit Gefahren verbunden sein kann.²⁵

In den Erwägungen hinsichtlich des vermuteten hypothetisch erteilten Einverständnisses im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung spiegeln sich letztlich die damaligen niedrigen Anforderungen an die ärztliche Aufklärung wider. Hat man ein Verständnis des Patienten vor Augen, der sich der Behandlung durch den Arzt uneingeschränkt anvertraut, leuchtet es ein, dass an die hypothetische Ergänzung der Einwilligung des Patienten sehr geringe Anforderungen zu stellen sind. Gleichzeitig kommen unterschwellig immer wieder richterliche Vernünftigkeitserwägungen zum Ausdruck. Abseits der wahren Willenserforschung des Patienten – oder des Vorliegens eines möglichen Entscheidungskonflikts im Falle erfolgter Aufklärung – basiert diese Betrachtungsweise allein auf Gesichtspunkten, die aus dem Blickwinkel einer vernünftigen Lebensführung nachvollziehbar gegen die Behandlung gesprochen hätten. Diese Erwägungen zeigen, dass der damalige Umgang mit hypothetischen Willensübereinstimmungen nicht ohne weiteres auf unser heutiges Verständnis von Autonomie und Aufklärung übertragbar ist.

b) Die Entwicklung zur Zeit des Nationalsozialismus

aa) Die gerichtliche Auseinandersetzung mit dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten vor dem Hintergrund der nationalsozialistisch geprägten Zeit

In der Reichsärzteverordnung vom 13.12.1935 hieß es: § 1 „Der Arzt ist zum Dienst an der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes berufen. Er erfüllt eine durch dieses Gesetz geregelte Aufgabe.“²⁶ Ende September 1939 begann das auf Hitlers Geheimbefehl beruhende „Euthanasieprogramm“, wobei es sich tatsächlich um Massenmorde unter Verachtung des Selbstbestimmungsrechts handelte. Vor dem Eindruck dieser Entwicklungen hätte vermutlich alles für eine weitere Zurückdrängung des Selbstbestimmungsrechts im Rahmen der ärztlichen Heilbehandlung bis hin zu Zwangsbehandlungen gesprochen. Das Gegenteil war jedoch der Fall. Während das Selbstbestimmungsrecht politisch immer mehr in Gefahr geriet, kam es in der Rechtsprechung und im Schrifttum zu einer bisher einmaligen Betonung des Selbstbestimmungsrechts.²⁷ Das zugehörige Urteil vom 8.3.1940²⁸ enthielt einige entscheidende Weichenstellungen in Bezug auf die hypothetische Einwilligung. Es bezog sich auf einen Eingriff, der

²⁵ Vgl. RGZ 78, 432, 434.

²⁶ Dargestellt bei Schmidt, Gutachten, S. 37.

²⁷ Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 92 ff.; RGZ 163, 129, 127; Schmidt spricht sogar von Tendenzen zur Überbewertung des Selbstbestimmungsrechts, Schmidt, Gutachten, S. 41.

²⁸ RGZ 163, 129.

von dem behandelnden Arzt bewusst ohne die Zustimmung des Patienten vorgenommen wurde, obwohl die Einholung der Einwilligung möglich gewesen wäre, und sich im Nachhinein zeigte, dass der Eingriff nicht einmal erforderlich war. Der Arzt diagnostizierte eine Geschwulst an der rechten Brust und riet zu deren Entfernung. In diesen Eingriff willigte die Patientin ein. Bei dem Eingriff entfernte der Beklagte schließlich die gesamte rechte Brust, was der Frau erst nach Abnahme des Verbandes auffiel. Der histologische Befund ergab nachträglich, dass es sich nicht um ein bösartiges Wachstum gehandelt hatte.

Nach einigen Ausführungen zur Notwendigkeit einer vorherigen pathologischen Untersuchung des Gewebes stellt das Reichsgericht fest, dass die Klägerin ihr Einverständnis zu einer derartigen Operation nicht gegeben habe.²⁹ Dieser Aspekt ist insofern interessant, als betont wird, dass gerade nicht von einem stillschweigenden Einverständnis ausgegangen werden kann.³⁰ Bemerkenswert ist es in diesem Zusammenhang ebenfalls, dass das Gericht seine Auffassung in Bezug auf die Bedeutung der Aufklärung für die Einwilligung verändert hat. Der Behandelnde beruft sich nämlich namentlich darauf, dass er der Klägerin deshalb nichts von der möglichen Abnahme der Brust und seinem Krebsverdacht gesagt habe, um sie nicht zu beunruhigen und den Verlauf der Behandlung nicht zu gefährden.³¹ Während das Reichsgericht diesen Einwand noch in vorheriger Rechtsprechung selbst als entscheidenden Aspekt erachtete,³² vollzog sich nun ein Wandel. Zutreffend stellt das Gericht fest, dass die Klägerin, die in ihrer Vorstellung bei der Einwilligung von einem geringfügigen Eingriff ausging, eine Legitimation zur Abnahme der ganzen Brust durch ihre Einwilligung nicht erteilt habe.³³ Dies wäre infolgedessen nämlich ausdrücklich nur dann der Fall gewesen, wenn sie der Behandelnde zuvor über diese Möglichkeit aufgeklärt hätte, sodass sie diesen Aspekt in ihre Einwilligungsentscheidung aufgenommen hätte.³⁴ Damit wurde seitens des Reichsgerichts von diesem Zeitpunkt an die Notwendigkeit einer umfassenden Aufklärung des Patienten anerkannt, um eine willensmangelfrei zustande gekommene Einwilligung zu erteilen. Nur eine unter diesen Voraussetzungen genügende Einwilligung vermag es, die ärztliche Maßnahme umfassend zu legitimieren.

²⁹ RGZ 163, 129, 136.

³⁰ RGZ 163, 129, 136.

³¹ RGZ 163, 129, 130.

³² RGZ 78, 432, 434.

³³ RGZ 163, 129, 136.

³⁴ RGZ 163, 129, 136 ff.; im Weiteren äußerte sich das Reichsgericht, im Vergleich zu den vorangegangenen Urteilen, in Bezug auf die Berücksichtigung einer möglichen Einwilligung im Fall einer hypothetischen ordnungsgemäßen Aufklärung, deutlich zurückhaltender. Es führte aus, dass es dem Arzt durchaus möglich gewesen wäre, eine umfassende Einwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung einzuholen, sodass er sich auf eine vermutete Zustimmung hier nicht berufen könne.

bb) Einordnung und Bewertung

Diese Erwägungen zur Selbstbestimmung der Patienten sind in Bezug zum damaligen Zeitgeist zu interpretieren. Vor dem Hintergrund der, dieser Epoche zuzuordnenden Gräueltaten der Nationalsozialisten, insbesondere zahlreicher Humanexperimente und ärztlichen Machtmissbrauchs, wertet *Schmidt* die Entscheidung als Fanal, als richterlichen Versuch, den staatlichen Verbrechen im Nationalsozialismus entgegenzutreten.³⁵ Nicht zu leugnen ist, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Lichte dieser Entscheidung eine deutliche Aufwertung erfuhr.

Weiterhin sind die richterlichen Ausführungen bezüglich der Berücksichtigung der hypothetisch ordnungsgemäßen Aufklärung besonders deshalb interessant, weil sie zum ersten Mal zu einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit der Relevanz hypothetischer Geschehensverläufe führten. Selbst wenn sie noch nicht in ihrer heutigen Gestalt auftaucht, nimmt das Gericht aufgrund des Einwandes des Beklagten hier i. E. zur Anwendung der hypothetischen Einwilligung Stellung: Der Arzt argumentierte, dass die Patientin aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses auch im Falle einer (hypothetischen) ordnungsgemäßen Aufklärung in die Entfernung eingewilligt hätte.³⁶ Damit liefert die Entscheidung gleichzeitig den Beweis dafür, dass die inhaltliche Auseinandersetzung mit den, der heutigen „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung zu Grunde liegenden, Grundgedanken bis in die Entscheidungen des Reichsgerichts zurückreichen.³⁷

Besonders hervorzuheben ist die Feststellung des Gerichts, dass derartige Erwägungen nicht dazu geeignet sind, den ursächlichen Zusammenhang abzulehnen, da die schadensträchtige Handlung in der (nicht gerechtfertigten) Vornahme des Eingriffs liegt.³⁸ Mit dieser wichtigen Feststellung weist das Reichsgericht hier bereits ein differenzierteres Verständnis auf als diejenigen, die versuchen, den Ursachenzusammenhang aufgrund der hypothetischen Einwilligung (nachträglich) zu verneinen.³⁹

³⁵ *Schmidt*, Gutachten, S. 71; er sieht das Urteil allerdings nur auf diese bestimmte Zeit bezogen und gerade nicht als auf das allgemeine Arzt-Patienten-Verhältnis übertragbar an.

³⁶ RGZ 163, 129, 138.

³⁷ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 9, betont, dass die Wurzeln der hypothetischen Einwilligung dementsprechend bis in die frühen Entscheidungen des Reichsgerichts zurückreichen; dagegen a. A. *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 137, der die Einschätzung vertritt, das Reichsgericht habe die hypothetische Einwilligung zunächst recht apodiktisch abgelehnt.

³⁸ RGZ 163, 129, 138.

³⁹ *Uhlsenheimer*, NStZ 1996, 132, 133 (der diese Auffassung allerdings inzwischen selbst aufgegeben hat); vor allem lag diese Ansicht aber der Rechtsprechung im O-Beinefall zu Grunde; s. dazu B.I.3.b)aa); vgl. dazu zudem *Gropp*, FS Schröder 2006, S. 197, 202 und *Rönnau*, JZ 2004, 799, 801.

Als wegweisend wird die Entscheidung aber auch deshalb angesehen, weil sie sich gleichzeitig mit der Anwendbarkeit derartiger Hypothesen und deren Begrenzung beschäftigt.⁴⁰ So klingt nämlich im Urteil im Hinblick auf die vermutete Zustimmung die Differenzierung zwischen der vollständig unterbliebenen und der unvollständigen Aufklärung an.⁴¹ Die damit einhergehende Unterscheidung des Handelns *ohne Einwilligung* und dem Handeln auf Grundlage der wegen *fehlerhafter Willensbildung unzureichenden Einwilligung* sowie dem Handeln *gegen den Willen* des Patienten, hielt das Reichsgericht auch in den folgenden Entscheidungen aufrecht.⁴² Diese Weichenstellung der differenzierenden Betrachtung von vollständiger ärztlicher Eigenmacht und eines aufgrund fehlerhafter Basis gebildeten Willens, hatte nicht nur in der späteren Rechtsprechung eine Daseinsberichtigung,⁴³ sondern erweist sich bis heute als eine sinnvolle Differenzierung.⁴⁴ Die Entscheidung des Reichsgerichts offenbart zudem die Skepsis, die man damals – nicht zu Unrecht – derartigen hypothetischen Erwägungen entgegenbrachte. Von der vorher aufkommenden großen Bedeutung des Gedankens einer hypothetischen Einwilligung blieb nach dieser wegweisenden Entscheidung zunächst kaum mehr etwas übrig.⁴⁵ Dennoch wäre es insofern verfehlt, von einer apodiktischen Ablehnung der hypothetischen Erwägungen⁴⁶ zu sprechen.⁴⁷

c) Entwicklung der Rechtsprechung in den 50er Jahren

aa) Die Auswirkungen der Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus und die damit einhergehende deutliche Betonung des Selbstbestimmungsrechts in den folgenden Jahren

Das OLG Stuttgart führte in seinem Urteil vom 5. November 1952 die Gedanken des Reichsgerichts in Bezug auf die hypothetische Einwilligung fort.⁴⁸ Die minderjährige Klägerin erlitt bei einem Verkehrsunfall einen Bruch des Ellenbogengelenks. Infolge der erforderlichen OP traten starke Lähmungserscheinungen in den Fingern auf, die andauerten. Über ein derartiges Risiko der Verschlechterung durch die OP war weder die Patientin noch ihre Mutter, als gesetzliche Ver-

⁴⁰ Otto/Albrecht, Jura 2010, 264, 265.

⁴¹ Nach Auffassung des 3. Senats des Reichsgerichts kann nämlich die Frage, ob die Klägerin ihre Einwilligung auch bei sachgerechter Aufklärung erteilt hätte, lediglich dann aufgeworfen werden, wenn zumindest eine (wenn auch unzureichende) Grundaufklärung vorliegt, RGZ 163, 129, 139.

⁴² Otto/Albrecht, Jura 2010, 264, 266.

⁴³ So auch OLG Karlsruhe NJW 1966, 399, 401; daran anknüpfend später auch der BGH in der Impfentscheidung 1959.

⁴⁴ S. dazu unter A.V.3.; vgl. dazu auch Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 67.

⁴⁵ Albrecht, Die hypothetische Einwilligung, S. 68.

⁴⁶ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 137.

⁴⁷ So auch Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 68.

⁴⁸ VersR 1954, 310.

treterin, aufgeklärt worden. Das Gericht schloss sich diesbezüglich dem vom Reichsgericht entwickelten Grundsatz an, dass die Einwilligung einen ärztlichen Eingriff nur dann zu rechtfertigen vermag, wenn zuvor eine ordnungsgemäße Aufklärung darüber, mit welchen Gefahren der Eingriff verbunden ist, stattgefunden hat.⁴⁹ Weiter hob man besonders schön hervor, dass es bei der Frage nach der Aufklärungspflicht des Arztes nicht auf abstrakte Maßstäbe der objektiven Gefährlichkeit der Operation ankomme, sondern naturgemäß nur auf den individuellen Patienten abzustellen sei.⁵⁰

In Bezug auf die mögliche Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen stellte das Gericht fest, dass der ursächliche Zusammenhang zwischen der widerrechtlichen und schuldhafte Vornahme der OP und der Verletzung des Nervs nicht in Zweifel gezogen werden könne: Der Erfolg resultiere gerade aus der Vornahme der OP.⁵¹ Allein der Umstand, dass ein anderes, in Wirklichkeit nicht eingetretenes und damit rein hypothetisches Ereignis dieselben Folgen herbeigeführt hätte, habe nämlich keinen Einfluss auf die Ursächlichkeit des tatsächlichen Geschehensverlaufs.⁵² Derartige Aspekte, könnten lediglich unter dem Gesichtspunkt der überholenden Kausalität diskutiert werden.⁵³

In der sogenannten Elektroschockentscheidung wird deutlich, dass auch der BGH die vorherige ordnungsgemäße Aufklärung als Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung übernahm.⁵⁴ Kern der Entscheidung war ein ärztlicher Heileingriff in einer Nervenklinik. Bei der Klägerin wurde eine Elektroschocktherapie durchgeführt. In deren Verlauf kam es zu einer Fraktur des 12. Brustwirbels, deren Langzeitfolgen (Herzbeschwerden, Störung der Darmtätigkeit und Lähmungserscheinungen im Bein) nie ausheilten. Zwar hatte die Klägerin in die Vornahme der Behandlung eingewilligt, die mit dem Eingriff verbundenen Gefahren waren ihr jedoch zu diesem Zeitpunkt nicht bekannt gewesen. Der Senat betonte ausdrücklich, dass es Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung sei, dass der Einwilligende das Wesen und die Tragweite des ärztlichen Handelns jedenfalls in den Grundzügen erfasst habe.⁵⁵

⁴⁹ VersR 1954, 310; Zuletzt RGZ 168, 206, 213.

⁵⁰ VersR 1954, 310; man hätte ganz offensichtlich der Patientin die Abwägungssentscheidung hinsichtlich des Nutzens und des möglichen Risikos überlassen sollen, die sie vernünftigerweise nur nach umfassender Aufklärung treffen konnte.

⁵¹ VersR 1954, 310, 311.

⁵² VersR 1954, 310, 311.

⁵³ VersR 1954, 310, 311.

⁵⁴ VersR 1956, 1106.

⁵⁵ NJW 1956, 1006, 1007; Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, S. 96; der Arzt müsse sich also vor jedem Eingriff dessen versichern, ob die Einwilligung auf zutreffender Vorstellung über die Art und Folgen des Eingriffs beruht; diesbezüglich verweist der BGH auf die vorangegangenen Entscheidungen RGZ 163, 129, 138, RGZ 178, 206, 210, 213 und BGHZ 7, 198, 206, die ebenfalls derartiges postulieren. Die Ursächlichkeit des Handelns des Arztes für den Erfolg des nicht gerechtfertigten Eingriffs in die

Auch im Jahre 1956 äußerte sich der BGH in der sogenannten Diabetikerentscheidung noch sehr ablehnend zur Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung.⁵⁶ Es handelte sich dabei um einen noch nie zuvor durchgeführten Heilversuch: eine Transplantation der Bauchspeicheldrüse eines Rinds auf den Menschen. Dem – infolge der Behandlung verstorbenen – Patienten hatte man zuvor völlige Ungefährlichkeit suggeriert. Vor diesem Hintergrund stellte der BGH sogar die grundsätzliche Möglichkeit der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen infrage.⁵⁷ Nicht zuletzt deshalb, weil der wahre Wille des inzwischen Verstorbenen kaum mehr zu erforschen sei.⁵⁸

Diese Auslegung setzte sich in der sogenannten Impfentscheidung aus dem Jahr 1959 fort.⁵⁹ In der Volksschule war mit Zustimmung der Erziehungsberechtigten eine vom Land organisierte freiwillige Schutzimpfung durchgeführt worden. Im Fall des Klägers – der infolge der Impfung an Muskelschwund litt – lag allerdings keine Zustimmung der Eltern zur Vornahme der Impfung vor. Bezuglich möglicher hypothetischer Erwägungen betonte der BGH explizit: Dass der Vater möglicherweise in Kenntnis der Freiwilligkeit eine Einwilligung erteilt hätte, vermag die Rechtswidrigkeit der tatsächlich vorliegenden Handlung nicht zu beseitigen.⁶⁰

bb) Einordnung und Bewertung

Zunächst lässt sich feststellen, dass der BGH auch nach dem Krieg an das zuvor begründete „Primat der Selbstbestimmung anknüpfte – 1954 sogar erstmals unter Rückgriff auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten⁶¹ – und pauschal paternalistische Vorstellungen innerhalb der Medizin immer weniger Raum fanden.⁶²

Zu Beginn der 50er Jahre billigte man zwar grundsätzlich den Gedanken der hypothetischen Einwilligung, stellte ihn jedoch unter den Vorbehalt strengster Beweisanforderungen.⁶³ Mit der Möglichkeit der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen setzten sich die Senate zumeist äußerst knapp auseinander und brachten der Relevanz derartiger Erwägungen teilweise erhebliche Zweifel

körperliche Unversehrtheit der Patientin wird vom BGH darüber hinaus als unproblematisch gegeben angesehen.

⁵⁶ VersR 1956, 407, 409.

⁵⁷ VersR 1956, 407, 409.

⁵⁸ VersR 1956, 407, 409.

⁵⁹ VersR 1959, 355.

⁶⁰ VersR 1959, 355, 356.

⁶¹ BGH VersR 1954, 496.

⁶² *Ulsenheimer/Gaede*, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 V Rn. 359; s. darüber hinaus vertiefend zu dieser Entwicklung *Miranowicz*, MedR 2018, 131 ff. m.w.N.

⁶³ *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 24.

entgegen.⁶⁴ Wird die Bedeutung hypothetischer Aspekte dagegen im Grundsatz anerkannt, wird gleichzeitig betont, dass hypothetische Ursachen allenfalls für den Fall zu berücksichtigen wären, dass der Schädiger den Nachweis erbringen könne, dass derselbe Schaden auch unabhängig von seinem Verhalten eingetreten wäre.⁶⁵ Teilweise wurde sogar der *sichere Beweis*, dass die in Rede stehende Einwilligung auch im Falle ordnungsgemäßer vorheriger Aufklärung erfolgt wäre, als Anforderung etabliert.⁶⁶ Diese zunächst bemerkenswert streng erscheinenden Beweisanforderungen an den behandelnden Arzt, sind im Zusammenhang mit den Erfahrungen bezüglich der Medizin im Nationalsozialismus zu sehen. In dieser Zeit war die Medizin geprägt von Zwangsbehandlungen und skrupellosen Menschenversuchen sowie der, euphemistisch als Euthanasie bezeichneten, Tötung kranker und behinderter Menschen. Vor dem Hintergrund dieser grausamen Erfahrungen ergeben das Misstrauen und die strengen Beweisanforderungen durchaus ein stimmiges Bild. Die Tatsache, dass der Zeitgeist eher von Misstrauen gegenüber der Ärzteschaft geprägt scheint, spiegeln auch andere Entscheidungen dieser Epoche wider.⁶⁷

In jedem Falle ist jedoch festzuhalten, dass durch die Beweislastumkehr zum Nachteil des Arztes ein eher ablehnender, jedenfalls aber äußerst zurückhaltender Umgang mit dem Gedanken der hypothetischen Einwilligung erfolgte. Die grundsätzliche Möglichkeit, sich auf die hypothetische Einwilligung zu berufen, wurde mit diesen Entscheidungen deutlich erschwert, um nicht zu sagen: völlig entwertet.⁶⁸ Die daraus für den Arzt resultierenden Folgen waren zwar als hart einzustufen, aus dem damaligen Blickwinkel aber „wohl unvermeidlich“.⁶⁹

⁶⁴ Vgl. dazu etwa BGH NJW 1956, 1106, 1108: Aus der Formulierung, dass es dahinstehen mag, ob eine derartige hypothetische Feststellung angesichts des tatsächlich vorliegenden rechtswidrigen Eingriffs in die körperliche Integrität überhaupt erheblich sein kann, spricht eine große Skepsis des Gerichts gegen das Institut der hypothetischen Einwilligung. Zwischen den Zeilen lässt sich hier erahnen, dass vor dem Hintergrund des tatsächlich als „endgültig“ rechtswidrig eingestuften Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit die rückwirkende Berücksichtigung von hypothetischen Erwägungen dem Senat als dogmatisch unvereinbar erscheint, auch wenn eine endgültige Ablehnung der Rechtsfigur hier nicht vorgenommen wird.

⁶⁵ VersR 1954, 310, 311. In der Etablierung derartiger strengen Beweisanforderungen aus Sicht des Arztes folgt der Senat des OLG im Kern der Linie des BGH. S. dazu BGH JR 1952, 70.

⁶⁶ VersR 1954, 310, 311; die Auffassung zur Beweislastregelung teilten zu dieser Zeit einige Gerichte, bspw. auch OLG Bremen VersR 1954, 63, 64 (abgesehen von der genannten Übereinstimmung geht das OLG Bremen allerdings in Bezug auf die hypothetische Einwilligung von einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aus); ähnliche Darstellung auch bei Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 70.

⁶⁷ So auch Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 70. Vgl. dazu OLG Bremen VersR 1954, 63; BGHZ 29, 176, 187; OLG Karlsruhe NJW 1966, 399, 401.

⁶⁸ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 71; Geilen, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 105.

⁶⁹ Vgl. Dunz, Zivilrechtliche Arzthaftung, S. 17 f.

Die Argumentation des BGH in der Impfentscheidung beinhaltet daneben eine ausdrückliche Versagung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, die in derartiger Deutlichkeit nachträglich nicht mehr ergangen ist. Darauf hinaus macht der Zusatz, dass es hier allein um ein Problem der Rechtswidrigkeit gehen könne,⁷⁰ deutlich, dass der Senat derartigen Erwägungen auch auf anderer Ebene keine Daseinsberechtigung einräumte. Einschränkend muss jedoch zugleich berücksichtigt werden, dass es sich um die Vornahme einer ärztlichen Maßnahme gänzlich ohne Einwilligung handelte, sodass hier nicht die Unwirksamkeit der Einwilligung aufgrund mangelnder Aufklärung in Rede stand. Zudem ist nicht zu vernachlässigen, dass es sich bei einer Impfung um einen prophylaktischen Eingriff handelt, der nicht medizinisch indiziert ist, und dem Betroffenen in der Regel eher mittelbar zu Gute kommt. Vor diesem Hintergrund kann diese Entscheidung nicht unreflektiert auf die bisherigen Ausführungen der Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung übertragen werden. Grundsätzlich lässt sich dennoch festhalten, dass auch in der Impfentscheidung die zuvor beschriebene Skepsis und Zurückhaltung gegenüber der Berücksichtigung hypothetischer Aspekte zum Ausdruck kommt. Eine darüber hinausgehende kategorische Ablehnung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Rahmen eines ärztlichen Heileingriffs durch den Senat – wie sie aus diesem Urteil oft abgeleitet wird⁷¹ – lässt sich angesichts des besonderen Spezialfalls nicht feststellen.

d) Zwischenfazit zu den frühen Entscheidungen

Den bisher dargestellten Entscheidungen lässt sich zunächst entnehmen, dass grundsätzlich schon damals Argumentationsansätze bezüglich der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen bestanden. Auch wenn die hypothetische Einwilligung als solche nie explizit benannt wird, lassen sich doch immer wieder einzelne Auseinandersetzungen und Stellungnahmen hinsichtlich ihres Grundgedankens aus den bisher dargestellten Entscheidungen extrahieren. Im dargestellten Zeitraum ist eine deutliche Skepsis gegenüber dem Rückgriff auf diese Erwägungen nicht zu leugnen. Mit Einführung des Grundgesetzes 1949 erlangte das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eine wesentliche Bedeutung. Dessen besondere Akzentuierung impliziert, dass sich aus den hypothetischen Erwägungen niemals eine (nachträgliche) Rechtfertigung des Handelns ergeben kann.

⁷⁰ VersR 1959, 355, 356.

⁷¹ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 72; selbst wenn die Äußerungen des Senats im Hinblick darauf, dass die Rechtswidrigkeit des Eingriffs nicht rückwirkend entfallen kann, vorzugswürdig erscheinen, bleibt zweifelhaft, ob der BGH eine derartige Auffassung auch im Hinblick auf die zuvor dargestellten ärztlichen Heileingriffe, die für den Patienten meist als unmittelbar medizinisch indiziert anzusehen sind, teilt.

e) Die anschließende Entwicklung der Rechtsprechung bis in die 70er Jahre

aa) Einzelne bedeutsame Aspekte der folgenden Rechtsprechung

Die grundsätzliche Zurückhaltung der Rechtsprechung gegenüber der hypothetischen Einwilligung illustrieren auch einige Entscheidungen aus der Folgezeit. Insbesondere wird akzentuiert, dass die Widerrechtlichkeit der ärztlichen Maßnahme nur durch den erklärten Rechtswillen des Patienten entfallen könne, der dem Arzt die Befugnis zur Vornahme der Behandlung einräumt.⁷² Dies setze eine zutreffende Vorstellung über Wesen und Tragweite des Eingriffs voraus, zu der der Patient nur nach einer differenzierten Auseinandersetzung nach ordnungsgemäßer Aufklärung durch den Arzt gelangen könne.⁷³ Zudem erfolgt die wichtige Feststellung, dass der Arzt die Entscheidung des Patienten nicht vorwegnehmen dürfe.⁷⁴ Auffällig ist es darüber hinaus, dass der BGH die potentielle Möglichkeit der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung z. B. im Falle der 2. Elektroschockentscheidung erst gar nicht mehr erwähnt.⁷⁵ Noch deutlicher wird dies in der nachfolgenden Entscheidung aus dem Jahr 1961. Darin unterblieb eine Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung ebenfalls vollständig, und das obwohl diese Erwägung im Klagevortrag explizit enthalten war.⁷⁶ Das OLG Karlsruhe dagegen verwies 1966 zwar wieder auf die grundsätzliche Möglichkeit der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen, machte aber im selben Atemzug deren praktische Geltendmachung durch strengste Beweisanforderungen des sicheren Beweises zu Lasten des Arztes zunichte.⁷⁷ 1977 wurden schließlich angesichts der Entscheidung des OLG Celle erstmals bestehende Kontroversen hinsichtlich der Berücksichtigung hypothetischer Erwägungen innerhalb der Lehre aufgezeigt.⁷⁸

Andererseits ist nicht zu unterschlagen, dass die Rechtsprechung dem Gedanken der hypothetischen Einwilligung nicht einheitlich ablehnend gegenüberstand. Den grundsätzlich aufgezeigten Bedenken zum Trotz erachtete etwa der 6. Zivilsenat des BGH innerhalb der sogenannten Schielentscheidung den Einwand der hypothetischen Einwilligung als beachtlich.⁷⁹ Unabhängig davon, dass eine der-

⁷² BGH NJW 1959, 814.

⁷³ BGH NJW 1959, 814.

⁷⁴ BGH NJW 1959, 814, 815; vgl. auch BGHSt 11, 111, 114; BGH NJW 1958, 267.

⁷⁵ BGH NJW 1959, 811.

⁷⁶ BGH NJW 1961, 2203; mitgeteilt von *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 106, insbesondere Fn. 277.

⁷⁷ OLG Karlsruhe NJW 1966, 399, 401.

⁷⁸ Vgl. OLG Celle VersR 1977, 1106 m.w.N. zum damaligen Meinungsstand.

⁷⁹ BGH VersR 1965, 78: Der Kläger hatte sich in der zu Grunde liegenden Entscheidung mehrfach wegen Schielens am Auge operieren lassen. Nachträglich behauptete er jedoch, er wäre mit der Vornahme der OP nicht einverstanden gewesen, wenn ihm zuvor die Möglichkeit des erneuten Einwärtschielens nach der OP bewusst gewesen wäre.

artige Feststellung im vorliegenden Fall nicht entscheidungserheblich war, bewertete der BGH die Verneinung einer hypothetischen Zustimmung des Patienten aufgrund der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung als nicht haltbar.⁸⁰ Im Zuge dessen deutet sich eine mögliche Beweiserleichterung zu Gunsten des Arztes an. Vereinzelt gab es schließlich auch hin und wieder unterinstanzliche Urteile, in denen die hypothetische Einwilligung den Prozess entschieden hat.⁸¹ Noch weitergehend deutete das KG Berlin die Verneinung der Kausalität als Folge der hypothetischen Einwilligung an:

„auch wenn man zu Gunsten der Klägerin eine Aufklärungspflicht unterstelle, würde die Klage an der mangelnden Kausalität der unterlassenen Aufklärung scheitern, denn die Klägerin hätte zur Überzeugung des Gerichts auch bei Kenntnis eingewilligt“.⁸²

bb) Bewertung und Einordnung

Die dargestellten Entscheidungen illustrieren insgesamt Ablehnung bzw. Zurückhaltung gegenüber dem Gedanken der hypothetischen Einwilligung. Die Rechtsprechung in den 50er und 60er Jahren stand wohl unter der Prämisse, jede nähere Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung und ihrem Anwendungsbereich – getragen von einer gewissen Grundskepsis – im Keim zu ersticken. Dennoch kann von einer vollständigen Ablehnung der Berücksichtigung hypothetischer Geschehensverläufe nicht die Rede sein; immerhin äußert sich der BGH an einigen Stellen ausdrücklich zur entsprechenden Beweislastverteilung.⁸³ Die grundsätzliche Ablehnung hielt der BGH bis in die 70er Jahre hinein aufrecht.⁸⁴ Gleichzeitig zeugen vereinzelte Auseinandersetzungen mit den Grundfragen der Berücksichtigung hypothetischer Verläufe von einer fortschreitenden Entwicklung. Auch die unterinstanzlichen Gerichte neigten immer mehr dazu, Feststellungen zur hypothetischen Einwilligung zu treffen, selbst wenn diese zumeist nicht entscheidungserheblich waren. Insbesondere die Äußerungen in der Schiedsentscheidung zeigen schließlich die Tendenz des BGH dogmatische Fragen der

⁸⁰ BGH NJW 1965, 2005, 2007.

⁸¹ KG Berlin VersR 1956, 261; das Urteil beschäftigte sich mit der Operation einer (vermeintlich) bösartigen Zyste am Auge, in deren Folge eine Schielstellung des Auges eintrat.

⁸² Medizinische Klinik, 1964, 152, 153; thematisch handelte es sich die Operation eines Hirntumors. Die Narkose wurde unter Hypothermie vorgenommen. Infolge der Wiedererwärmung erlitt die Patientin mehrere handtellergroße Hautschädigungen, dargestellt bei *Eberhardt*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 227 f.

⁸³ In Bezugnahme auf BGHZ 29, 176, 178 wird z. B. festgehalten, dass Ungewissheiten, wie sich der Patient entschieden hätte, hätte man ihn zuvor vor die Wahl gestellt, zu Lasten des widerrechtlich handelnden Arztes gehen sollen; BGH NJW 1959, 814; damit ist schließlich eine endgültige Abkehr von der – zu frühen Zeiten des Reichsgerichts vertretenen – Darlegungs- und Beweislastverteilung vollzogen, indem die Beweislast angesichts der hypothetischen Einwilligung nun vollständig dem Arzt auferlegt wird; vgl. *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 10.

⁸⁴ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 72.

Berücksichtigung hypothetischer Geschehensverläufe vom zu Grunde liegenden tatsächlichen Geschehen der Behandlung abhängig zu machen. Dieses ergebnisorientierte Denken verstärkte sich in den folgenden Entscheidungen zunehmend.

f) Entscheidungen des BGH in den 80er Jahren

aa) Wesentliche Gesichtspunkte der Auseinandersetzung
mit der hypothetischen Einwilligung

Anfang der 80er Jahre wendet sich das Blatt. Im Jahre 1979 erkannte der BGH erstmals in einem Urteil *ausnahmsweise* die hypothetische Einwilligung an.⁸⁵ Inhaltlich befasste sich dieser Fall mit einem medizinisch indizierten chirurgischen Eingriff mit dem Ziel der Behebung einer Funktionsbehinderung am Gelenk. Über die naheliegende – in diesem Fall mit schwerwiegenden Folgen behaftete – Gefahr einer Wundinfektion wurde nicht aufgeklärt. Zwar hatte der Kläger selbst nie behauptet, er hätte bei ordnungsgemäßer Aufklärung den Eingriff abgelehnt. Der Senat betonte dennoch, dass derartigen Einwendungen im vorliegenden Fall ohnehin kein Glauben zu schenken sei, sodass es hier ausnahmsweise möglich sei, auf eine hypothetische Einwilligung abzustellen.⁸⁶ Während innerhalb der Argumentation des BGH an dieser Stelle noch der Ausnahmeharakter der hypothetischen Einwilligung betont wurde, war der Weg für einen allmählichen Wandel der Rechtsprechung geebnet. Der BGH stand der hypothetischen Einwilligung in der Folgezeit deutlich offener gegenüber. Das verdeutlicht auch eine Entscheidung aus dem folgenden Jahr.⁸⁷ In diesem Urteil betonte der Senat nachdrücklich, dass die Rechtsprechung den Nachweis, dass sich der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung zu dem Eingriff entschlossen hätte, im Grundsatz immer für möglich gehalten und in Sonderfällen auch als erbracht angesehen habe.⁸⁸ Man sympathisierte zunehmend mit der grundsätzlichen Existenz einer derartigen „Rechtsfigur“. Im selben Atemzug wurden jedoch der strenge Ausnahmeharakter und die Notwenigkeit deutlicher Einschränkungen der Beweislast betont, was zu einer weiterhin restriktiven Anwendung der hypothetischen Einwilligung führte.⁸⁹

⁸⁵ BGH VersR 1979, 1012, 1013.

⁸⁶ BGH VersR 1979, 1012, 1013.

⁸⁷ BGH NJW 1980, 1333.

⁸⁸ BGH NJW 1980, 1333, 1334. Zwar nahm man zunächst Bezug darauf, dass die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung strengsten Beweisanforderungen unterliege und die Wertentscheidung nicht anhand von Vernunftserwägungen zu fällen sei; allerdings kam darin gleichzeitig die Entwicklung der Kriterien des möglichen Anwendungsbereichs der hypothetischen Einwilligung zum Ausdruck.

⁸⁹ Vgl. BGH NJW 1980, 1333, 1334: Die fast aussichtslose Beweislage, in die der Arzt bei der Berufung auf die hypothetische Einwilligung gelangen könne, müsse um des Selbstbestimmungsrechts des Patienten Willen in Kauf genommen werden.

Diese Haltung sollte sich schon vier Jahre später deutlich verändern. Die Rede ist von einer Entscheidung, die noch heute als absolute Leitentscheidung zur hypothetischen Einwilligung angesehen wird.⁹⁰ Die Klägerin unterzog sich einer Lymphknotenbestrahlung, wobei sie auf das Risiko einer Rückenmarksverletzung – die bei der Klägerin letztlich eintrat und aus der eine Querschnittslähmung resultierte – nicht hingewiesen worden war. Der Senat stellte zunächst zutreffend fest, dass selbst die vitale Indikation eines Eingriffs es nicht vermag, das Selbstbestimmungsrecht des Patienten außer Acht zu lassen, auch dann nicht, wenn seine Entscheidung medizinisch unvernünftig wäre.⁹¹ Im Weiteren berief sich der Senat dann aber unmittelbar auf die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung – zunächst unter der Feststellung, dass der Einwand, die Klägerin hätte sich auch bei vorheriger ordnungsgemäßer Aufklärung zu dem Eingriff entschlossen, grundsätzlich beachtlich wäre.⁹² Insofern könne nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Klägerin anders entschieden hätte, wenn ihr die erforderliche Aufklärung zuteil geworden wäre.⁹³ An dieser Stelle scheint der BGH von seinen zuvor etablierten strengen Beweislastanforderungen erstmals abzuweichen. Das wird insbesondere in den weiteren Ausführungen deutlich: Zwar seien grundsätzlich strenge Anforderungen an den Nachweis der hypothetischen Einwilligung zu stellen, deren Beweis der Arzt zu führen habe.⁹⁴ Allerdings habe der Senat bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass diesbezüglich auch den Patienten Substantiierungspflichten träfen, indem er dazu verpflichtet sei, plausibel darzulegen, warum er in Kenntnis der aufklärungsbedürftigen Umstände eine entsprechende Behandlung abgelehnt hätte.⁹⁵ Diese Substantiierungspflicht soll sich jedenfalls in ihrer inhaltlichen Dimension antiproportional zur Offenkundigkeit der Gründe einer Behandlungsablehnung verhalten. Denn allein dann, wenn ein echter Entscheidungskonflikt des Patienten zutage trete, der eine Ablehnung der Behandlung zum damaligen Zeitpunkt verständlich mache, könne dem nachträglichen Missbrauch der Aufklärungspflicht für Haftungszwecke vorbeugt werden.⁹⁶ Damit erkannte der Senat nicht nur die „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung als anwendbar an, sondern ging zudem in Bezug auf die Beweisanforderungen detailliert auf die Substantiierungspflicht des Patienten, ein.⁹⁷ Die entscheidende Neuerung gegenüber dem vorherigen Verständnis besteht dabei in der Etablierung eines wechselseitigen Behauptungs-, Substantiie-

⁹⁰ BGH NJW 1984, 1397.

⁹¹ BGH NJW 1984, 1397, 1398.

⁹² BGH NJW 1984, 1397, 1399 unter Bezugnahme auf BGH NJW 1980, 1333.

⁹³ BGH NJW 1984, 1397, 1399.

⁹⁴ BGH NJW 1984, 1397, 1399.

⁹⁵ BGH NJW 1984, 1397, 1399; BGH NJW 1982, 697, 698; BGH NJW 1982, 700.

⁹⁶ BGH NJW 1984, 1397, 1399.

⁹⁷ Vgl. Wiesner, Hypothetische Einwilligung, S. 26.

rungs- und Beweislastsystems.⁹⁸ Konkret bedeutet das: Zunächst liegt es am Arzt, das Vorliegen der Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung zu behaupten. Im Anschluss daran treffen dann den Patienten zu seiner Verteidigung entsprechende Substantierungspflichten der Plausibelmachung eines echten Entscheidungskonflikts.⁹⁹ So wird der Patient einerseits in seiner Abwägung zwar nicht vollkommen entmündigt bzw. auf einen vernünftigen Patienten reduziert, andererseits verlangt man ihm jedoch ab, seine Motive plausibel darzulegen.¹⁰⁰ In der nachfolgenden zivilrechtlichen Judikatur wurde diese Beweislastverteilung immer weiter verfestigt und bis heute beibehalten,¹⁰¹ sodass in der heutigen Anwendung immer noch auf die an dieser Stelle entwickelten prozessrechtlichen Anforderungen angesichts der Beweislast verwiesen wird.

bb) Bewertung und Einordnung

Zwar zeigt sich noch an einigen Stellen Zurückhaltung im Umgang mit der hypothetischen Einwilligung. Insbesondere durch die detaillierte Auseinandersetzung und Etablierung eines wechselseitigen Beweislastsystems wird jedoch gleichzeitig der Weg für eine zukünftige Anwendung der Rechtsfigur geebnet. Infolge der gelockerten Anforderungen im Hinblick auf die Beweislast rückt die hypothetische Einwilligung von einer theoretischen Möglichkeit, deren praktische Geltendmachung durch strengste Beweisanforderungen für den Arzt weitgehend unmöglich gemacht wurde, von nun an immer mehr in das juristische Blickfeld und erlaubt eine inhaltliche Auseinandersetzung und Fortentwicklung. Inhaltlich kann die Etablierung dieses Beweislastsystems als Versuch einer interessengerechten Verteilung der Lasten unter Berücksichtigung der jeweiligen Verantwortungsbereiche angesehen werden. Damit ist grundsätzlich von einer wichtigen Fortentwicklung in Bezug auf die Haftung bei Aufklärungspflichtverletzungen auszugehen.

g) Entscheidungen des BGH in den 90er Jahren

aa) Wichtige Urteile und Entwicklungen

Daran anknüpfend entwickelte der BGH die hypothetische Einwilligung stetig weiter und auch der Anwendungsbereich erfuhr eine Ausdehnung. Das belegt etwa ein Urteil aus dem Jahr 1991,¹⁰² das sich mit einer eigenmächtigen Opera-

⁹⁸ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 79.

⁹⁹ Vgl. Deutsch, Anmerkungen zu BGH NJW 1984, 1397, NJW 1984, 1399.

¹⁰⁰ Deutsch, Anmerkungen zu BGH NJW 1984, 1397, NJW 1984, 1399.

¹⁰¹ BGH NJW 1990, 2928, 2929; BGH NJW 1991, 1543, 1544; BGH NJW 1991, 2342, 2343f.; BGH NJW 1991, 2344, 2345; BGH NJW 1992, 2351, 2353; BGH NJW 1993, 2378, 2379; BGH NJW 1994, 799, 801; BGH NJW 1994, 2414, 2415; BGH NJW 1996, 3073, 3074; BGH NJW 1998, 2734; BGH NJW 2005, 1364; BGH NJW 2005, 1718, 1719.

¹⁰² BGH NJW 1991, 2342.

tionserweiterung beschäftigte. Das Berufungsgericht ging von einer hypothetischen Einwilligung aus,¹⁰³ obwohl tatsächliche Erwägungen zeigten, dass die Klägerin im Zeitpunkt der Operation bezüglich möglicher Risiken vorliegend gerade nicht hinreichend im Bilde war. Insofern wurde die tatrichterliche Entscheidung in Bezug auf den dargelegten Entscheidungskonflikt ausschlaggebend. Ausgehend davon schärfe der BGH die Beweislastanforderungen weiter nach. Verbleiben angesichts des Entscheidungskonflikts des Patienten Zweifel, so soll dieser zu Gunsten des Klägers als zugestanden gelten, sofern der Arzt nicht den sicheren Nachweis führen könnte, dass der Patient dennoch seine Einwilligung gegeben hätte.¹⁰⁴ An anderer Stelle betonte der BGH zudem, dass die Anforderungen an die Behauptung des Vorliegens der hypothetischen Einwilligung für den Arzt dann besonders hoch sind, wenn der Patient die Behandlung zuvor ausdrücklich abgelehnt hatte.¹⁰⁵ Weiterhin nannte der Senat einige Gesichtspunkte, die der Plausibelmachung nicht entgegenstehen. So soll etwa die bloße Weiterbehandlung durch denselben Arzt nicht als entscheidendes Indiz der Verneinung eines Entscheidungskonflikts gewertet werden.¹⁰⁶ Schließlich sei eine vorherige klare Ablehnung des Patienten dazu geeignet, den entsprechenden hypothetischen Erwägungen vollständig den Boden zu entziehen.¹⁰⁷

Daneben nahm der BGH gleichzeitig eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der hypothetischen Einwilligung vor, indem er sie nicht nur für den Fall der fehlenden Aufklärung, sondern darüber hinaus auch dann, wenn es erst an der Einwilligung fehlte, als möglich erachtete.¹⁰⁸ Konkret bedeutet dies eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von den Fällen der infolge Aufklärungsmangel nachträglich als unwirksam zu bewertenden Einwilligung auf Fälle vollständiger ärztlicher Eigenmacht. So soll für die hypothetische Einwilligung auch dann Raum sein, wenn der Patient nach der Aufklärung in einen nicht mehr erklärfähigen Zustand gerät oder aber eine Operationserweiterung in Rede steht, hinsichtlich deren eine klare Verständigung zwischen Arzt und Patient nicht stattgefunden hat – jedenfalls nicht mehr nachweisbar ist.¹⁰⁹

Ferner erweiterte der BGH im Anschluss daran den Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung von der inhaltlich lückenhaften Aufklärung um eine zeitliche Komponente, nämlich auf eine verspätete Aufklärung.¹¹⁰ Die entspre-

¹⁰³ BGH NJW 1991, 2342, 2343.

¹⁰⁴ BGH NJW 1991, 2342, 2344.

¹⁰⁵ BGH NJW 1994, 2415; diese Entscheidung beschäftigt sich inhaltlich mit der Vornahme einer Punktions am Kniegelenk, die die Patientin zunächst ausdrücklich abgelehnt hatte, im Anschluss aber nach gutem Zureden der Sprechstundenhilfe geschehen ließ.

¹⁰⁶ BGH NJW 1991, 2342, 2344.

¹⁰⁷ BGH NJW 1991, 2342, 2343.

¹⁰⁸ BGH NJW 1991, 2342, 2343.

¹⁰⁹ BGH NJW 1991, 2342, 2343.

¹¹⁰ BGH NJW 1992, 2351, 2352.

chende Wertungsfrage konkretisierte sich hier darauf, ob der Patient im Falle einer rechtzeitigen Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte oder plausibel machen kann, bei rechtzeitiger Aufklärung vor einem Entscheidungskonflikt gestanden zu haben.¹¹¹

Interessant ist in diesem Zusammenhang schließlich auch eine Entscheidung des OLG Thüringen aus dem Jahr 1998, in der zwar die hypothetische Einwilligung anerkannt wurde, gleichzeitig jedoch daneben ein Schmerzensgeldanspruch der Klägerin wegen der Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts als begründet angesehen wurde.¹¹² Eine solche Entscheidung ist ansonsten eher selten zu finden. Auch die BT-Drucksache 17/10488 spricht sich ausdrücklich gegen dieses Vorgehen aus.¹¹³ Dennoch ist die Entscheidung ein Indiz dafür, dass einzelne Gerichte der Auffassung sind, dass die hypothetische Einwilligung die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nicht zu heilen vermag.

bb) Bewertung und Einordnung

Innerhalb der Rechtsprechung der 90er Jahre justierte der BGH einzelne Gesichtspunkte der hypothetischen Einwilligung nach. Gleichzeitig hält er die „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung nun aber nicht nur bei der inhaltlich unvollständigen, sondern darüber hinaus auch bei völlig fehlender oder nicht rechtzeitiger Aufklärung für anwendbar. Daraus resultierte eine doch bedenkliche Ausdehnung der Anwendbarkeit der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung, deren es nicht zwingend bedurfte hätte. Insbesondere muss man sich mit der Frage auseinandersetzen, ob ein vollständig eigenmächtig handelnder Mediziner in gleichem Maße schutzwürdig erscheint wie ein Arzt, der immerhin auf der Grundlage einer Einwilligung handelt, die lediglich infolge von Aufklärungsveräumnissen nicht in jeder Hinsicht einwandfrei erteilt wurde.

h) Urteile aus neuerer Zeit

aa) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung außerhalb von Heileingriffen

2006 beschäftigte sich der BGH mit der Anwendung der hypothetischen Einwilligung außerhalb von Heileingriffen.¹¹⁴ In der Sache ging es um eine Blutspende, die eine Reizung des Hautnervs zur Folge hatte, was eine operative Be-

¹¹¹ BGH NJW 1992, 2351, 2353.

¹¹² Thüringer OLG 1998, 30, 32; in diesem Zusammenhang ist auch das Urteil des LG Frankenthal/Pfalz NJW 1955, 1113 zu nennen, in dem den Eltern eines Kindes, das eigenmächtig an einem Leistenbruch operiert worden war, 150 DM Schmerzensgeld zugesprochen worden waren.

¹¹³ BT-Drucks. 17/10488, 29.

¹¹⁴ BGH NJW 2006, 2108, 2110.

handlung erforderte. Zunächst stellte das Gericht fest, dass die Anforderungen an die Aufklärung zur fremdnützigen Blutspende nicht geringer sein dürfen, als bei einem ärztlichen Heileingriff.¹¹⁵ Angesichts altruistisch motivierter ärztlicher Eingriffe sind vielmehr besonders hohe Anforderungen an die Aufklärung zu stellen, da diese dem Patienten keine gesundheitlichen Vorteile bringen.¹¹⁶ Im Zuge dieser Argumentation wird auch ein Bezug zu § 6 TFG hergestellt. Aus Sicht des Senats soll die hypothetische Einwilligung auf derartige Sachverhalte zwar anwendbar sein, obwohl es sich nicht um einen ärztlichen Heileingriff handelt, jedoch sind die Anforderungen der Beweislast dahingehend herabzusetzen, dass statt der Substantiierung eines Entscheidungskonflikts eine plausible Behauptung genügen soll, um einer hypothetischen Einwilligung die Grundlage zu entziehen.¹¹⁷

Im Jahr 2019 änderte der BGH seine Auffassung bezüglich der Anwendung der hypothetischen Einwilligung bei fremdnützigen Eingriffen. Der Einwand der, unter Verstoß gegen § 8 II 1 und 2 TPG inhaltlich nicht ordnungsgemäß aufgeklärte, Lebendorganspender hätte auch im Falle der ordnungsgemäßen Aufklärung in die Entnahme eingewilligt, soll in diesem Zusammenhang unbeachtlich sein.¹¹⁸ Vor dem Hintergrund, dass der Gesetzgeber eine besonders detaillierte Regelung der Anforderungen einer ordnungsgemäßen Aufklärung im TPG sondergesetzlich geregelt hat, sei eine Übernahme der Grundsätze der hypothetischen Einwilligung auf die altruistisch motivierte Lebendorganspende nicht möglich.¹¹⁹ Diese Entscheidung ist im Schrifttum vielfach auf Kritik gestoßen. Auch wenn sie vielleicht im konkret vorliegenden Einzelfall zutreffen mag, erscheint die Pauschalität der Ablehnung des Einwandes der hypothetischen Einwilligung kaum überzeugend.¹²⁰ Offenkundig ist zwar auch hier, dass die altruistisch motivierten Lebendorganspender keinen Heileingriff darstellen.¹²¹ Der fremdnützige

¹¹⁵ BGH NJW 2006, 2108.

¹¹⁶ *Spickhoff*, NJW 2006, 2075, 2076. S. dazu A. VI.2.a)cc).

¹¹⁷ BGH NJW 2006, 2108, 2110; a.A. *Spickhoff*, NJW 2006, 2075, 2076, der die Entscheidung als vollständige Ablehnung der Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf altruistisch motivierte Eingriffe auslegt, weil in diesen Fällen gerade die essentielle Konfliktsituation zwischen Krankheitsrisiko und Behandlungsrisiko fehle. Dem ist allerdings so nicht zuzustimmen. Vielmehr hat der BGH in seinem Urteil dadurch, dass er die Beweisanforderungen an die plausible Behauptung des Klägers näher ausdifferenziert hat, die Möglichkeit der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf altruistische Eingriffe impliziert.

¹¹⁸ BGH NJW 2019, 1076, 1080.

¹¹⁹ BGH NJW 2019, 1076, 1080.

¹²⁰ *Kreße*, MedR 2019, 529, 536; *Spickhoff*, JZ 2019, 522, 524; *Prütting*, MedR 2019, 559, 562.

¹²¹ Damit liegt es auf der Hand, dass die Grundsätze der „Blutspende-Entscheidung“ (BGH NJW 2006, 2108) zum Aufklärungsumfang auf die Lebendorganspende übertragbar sind; *Kreße*, MedR 2019, 529, 531; vgl. auch OLG Düsseldorf VersR 2016, 1567, 1568.

Eingriff ist für den Patienten nicht medizinisch indiziert, sodass eine den Spender betreffende Nutzen-Risikostruktur nicht existiert.¹²² Es ist also nur folgerichtig, dass es – wie auch schon in Bezug auf die Blutspende vertreten¹²³ – auf die Darlegung eines plausiblen Entscheidungskonflikts nicht ankommen kann.¹²⁴ Im Falle der Lebendorganspende geht der BGH allerdings noch einen Schritt weiter, indem er den Einwand der hypothetischen Einwilligung aufgrund der entgegenstehenden Schutzrichtung des TPG und der Gesetzesbegründung – die den Ausschluss verlangen würde¹²⁵ – kategorisch ausschließt.¹²⁶

bb) Bewertung und Einordnung

Grundsätzlich erscheint es richtig, zwischen dem indizierten Heileingriff, der dem Patienten unmittelbar zu Gute kommt, und altruistischen oder rein kosmetischen Eingriffen zu differenzieren. Dabei ist es jedoch zu voreilig, aus der vorhandenen Sonderregelung den Schluss zu ziehen, dass eine Anwendung der hypothetischen Einwilligung überhaupt nicht in Betracht kommt. Seit langem wurden im Anbetracht altruistisch motivierter Einwilligungsentscheidungen bereits Sonderregelungen etabliert: In diesem Zusammenhang sind für die Aufklärung hinsichtlich der Blutspende § 6 TPG sowie hinsichtlich der Teilnahme an Forschungsprojekten §§ 40, 41 AMG i.V.m. der Deklaration von Helsinki und §§ 20, 21 MPG in Bezug auf die klinische Prüfung von Medizinprodukten zu nennen.¹²⁷ Dennoch handelt es sich dabei nicht ohne weiteres um abschließende Sonderregelungen, die einen Rückgriff auf die hypothetische Einwilligung ausschließen, nur weil sie sich ausdrücklich zu Einwilligung und Aufklärung, nicht aber zur hypothetischen Einwilligung äußern.¹²⁸ Stattdessen dienen die Sondervorschriften vielmehr dazu, in diesen besonders brisanten Bereichen ein höheres Schutzniveau gegenüber den allgemeinen Anforderungen zu etablieren. Dem lässt sich durch die Etablierung unterschiedlich hoher Anforderungen an den Umfang der Aufklärung angemessen Rechnung tragen. Erkennt man die hypothetische Einwilligung als Haftungskorrektiv grundsätzlich an, so muss diese konsequenterweise auch in diesen Fällen – freilich unter Berücksichtigung der divergierenden Modalitäten – Anwendung finden. Gerade deshalb, weil der potentielle Spender der Person des Empfängers besonders nahe stehen muss, ist seinerseits eine besondere Konfliktsituation geprägt durch emotionalen Entscheidungsdruck

¹²² BGH MedR 2019, 554; *Kreße*, MedR 2019, 529, 535.

¹²³ BGH NJW 2006, 2108, 2110.

¹²⁴ *Kreße*, MedR 2019, 529, 535.

¹²⁵ BGH NJW 2019, 1076, 1080 unter Verweis auf BT-Drs. 13/4355, 20.

¹²⁶ BGH NJW 2019, 1076, 1080.

¹²⁷ So auch *Spickhoff*, JZ 2019, 522, 524.

¹²⁸ *Spickhoff*, JZ 2019, 522, 524.

festzustellen.¹²⁹ Geht es um besonders riskante vollständig altruistisch motivierte Eingriffe (wie die Lebendorganspende), sind an den Einwand der hypothetischen Einwilligung besonders hohe Anforderungen zu stellen, sodass er beim geringssten Zweifel ins Leere laufen muss.¹³⁰ Entscheidend ist es, der besonderen Situation des Lebendorganspenders Rechnung zu tragen und auf die plausible Darlegung eines Entscheidungskonflikts in diesem Fall zu verzichten. Darüber hinaus gibt es allerdings keinen sachlichen Grund, die hypothetische Einwilligung im Falle der Lebendorganspende vollständig auszuschließen.¹³¹ Jedenfalls aus dem Wesen der Lebendorganspende allein rechtfertigt sich dies nicht. Im zivilrechtlichen Schadensrecht, unter entsprechend strengen Voraussetzungen und eingebettet in das prozessuale Beweissystem, spricht zumindest grundsätzlich nichts gegen die Anerkennung der Möglichkeit des Einwandes der hypothetischen Einwilligung im Falle der Lebendorganspende. Die Anerkennung allein deshalb zu verneinen, weil die Anwendung der hypothetischen Einwilligung i.E. zur Sanktionslosigkeit einer rechtswidrigen Organentnahme führen würde,¹³² verkennt vielmehr die Zielrichtung des zivilrechtlichen Haftungsrechts, das jedenfalls primär nicht auf Sanktionierung gerichtet ist.¹³³ Die Sanktionierung von Verhaltensweisen muss allein dem Strafrecht vorbehalten werden, dass seinerseits unter der scharfen Restriktion des Art. 103 II GG steht.¹³⁴ All diesen Bedenken zum Trotz, hält der BGH jedoch in jüngster Rechtsprechung an seiner Position fest und verneint weiterhin pauschal die Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung auf die Lebendorganspende.¹³⁵ Dabei nimmt er ausdrücklich auf die geäußerten dogmatischen Bedenken Bezug, erachtet aber den Schutzzweck der besonderen Aufklärungsanforderungen für den Fall der Lebendorganspende als überwiegender.¹³⁶

2. Fazit der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht

Resümierend ist Folgendes festzuhalten: In der zivilrechtlichen Rechtsprechung ist das Haftungskorrektiv der hypothetischen Einwilligung seit langem anerkannt und weitgehend unumstritten.¹³⁷ Die Erforderlichkeit der hypothetischen

¹²⁹ So bereits BT-Drucks. 13/4355, S. 21; Kramer, Rechtsfragen der Organtransplantation, S. 171; BGH MedR 2019, 554; Kreße, MedR 2019, 529.

¹³⁰ Spickhoff, JZ 2019, 522, 524.

¹³¹ So auch Kreße, MedR 2019, 529, 536.

¹³² BGH NJW 2019, 1076, 1081.

¹³³ Prütting, MedR 2019, 559; eingehend dazu auch Gotzler, Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, S. 39 ff.

¹³⁴ Prütting, MedR 2019, 559, 560.

¹³⁵ BGH NJW 2020, 2334, 2335.

¹³⁶ BGH NJW 2020, 2334, 2335.

¹³⁷ Vgl. BGHZ 29, 176, 187; BGHZ 90, 103, 111; BGH NJW 1994, 799, 801; BGH NJW 1996, 3073, 3074; BGH NJW 1998, 2734; BGH NJW 2005, 1364; BGHZ 172, 1,

Einwilligung als Haftungskorrektiv basierte letztlich auf der zunehmenden Flut missbräuchlicher Klagen, die sich mangels Nachweisbarkeit eines Behandlungsfehlers hilfsweise auf eine Aufklärungspflichtverletzung stützten. Hier dient die hypothetische Einwilligung als geeignetes Instrument der Haftungsregulierung. Diese Intention ist durchaus zu begrüßen. Infolgedessen entwickelte sich die hypothetische Einwilligung zu einem festen Institut innerhalb der zivilrechtlichen Rechtsprechung. Inzwischen hat die hypothetische Einwilligung auch Eingang in die Gesetzgebung gefunden. Gem. § 630h II S. 2 BGB kann sich der Behandelnde für den Fall, dass die erfolgte Aufklärung nicht den Anforderungen genügt, darauf berufen, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte. Um gleichzeitig dem Selbstbestimmungsrecht angemessen Rechnung zu tragen, bettete man ihre Anwendung in ein austariertes System von Darlegungs- und Beweislastregeln ein. Insofern ist es zunächst Sache des Arztes, den Einwand der hypothetischen Einwilligung im Prozess zu erheben. Der Patient hingegen kann diesen Einwand mittels Darlegung eines plausiblen Entscheidungskonflikts widerlegen. Auf diese Weise lässt sich eine interessengerechte Verteilung der Beweislast gewährleisten. Dies zeigt, dass die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht nicht nur den legitimen Zweck verfolgt, den Arzt vor den Folgen einer übersteigerten Aufklärungspflicht zu bewahren, sondern gleichzeitig der Autonomie des Patienten als Subjekt der Behandlung angemessen Rechnung trägt.

3. Entwicklung im Strafrecht

Unter dem Eindruck des „Siegeszugs“ der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht zeichnete sich mit der Zeit eine immer deutlichere Tendenz ab, dieses Institut auch strafrechtlich fruchtbar zu machen. Die Entwicklung der Übernahme vollzog sich ebenfalls ausschließlich in der Kasuistik, sodass im Anschluss die strafrechtliche Rechtsprechung in den Blick zu nehmen ist.

a) Erste strafrechtliche Anhaltspunkte der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Rechtsprechung

aa) Das Myomurteil

(1) *Sachverhalt*

Erste Anhaltspunkte der hypothetischen Einwilligung lassen sich relativ früh nachweisen. In diesem Zusammenhang ist zunächst das sogenannte „zweite

14; BGH NJW 2019, 3072, 3074; anders aber bei mangelhafter Aufklärung über eine Lebendorganspende im Lichte des TPG MedR 2019, 554 m. krit. Anm. *Prütting*; u. Bespr. *Kreße*, JZ 2019, 522 m. Anm. *Spickhoff*; BGH VersR 2020, 773, 774; anders auch bei Verstoß gegen eine Wahlarztvereinbarung BGH NJW 2016, 3523 MedR 2016, 973.

Myomurteil“¹³⁸ aus dem Jahr 1960 zu nennen.¹³⁹ Gegenstand dieser Entscheidung war eine Operation, die der Entfernung eines Myoms aus der Gebärmutter diente. Nach der Öffnung der Bauchdecke zeigte sich, dass die Gebärmutter von multiplen Myomen durchsetzt und damit die vollständige Entfernung medizinisch indiziert war. Diese nahm der Arzt fachgerecht vor. Die Einwilligung der Patientin bezog sich allerdings nur auf die operative Entfernung des bei der Voruntersuchung entdeckten Myoms. Sie war zuvor nicht über die Möglichkeit der Operationserweiterung aufgeklärt worden, vielmehr hatte sie in der Vorstellung, dass die Gebärmutter im Wesentlichen erhalten werden könnte, in den Eingriff eingewilligt. Im Nachhinein machte sie geltend, mit dem Vorgehen nicht einverstanden gewesen zu sein.

Das LG verurteilte den Arzt aufgrund der Vernachlässigung entscheidender Aufklärungspflichten wegen fahrlässiger Körperverletzung. Im Anschluss hob der BGH das Urteil auf und wies die Sache zur weiteren Sachverhaltsklärung zurück. Nach Auffassung des Senats käme es angesichts des Fahrlässigkeitsvorwurfs darauf an, ob der Arzt im Vorfeld der OP hätte erkennen müssen, dass die Patientin den Eingriff verweigert hätte, sofern es zu einer OP-Erweiterung wie der vorliegenden käme.¹⁴⁰ Im Gegensatz dazu stellte der Senat in der zweiten Revisionsentscheidung angesichts des Fahrlässigkeitsvorwurfs die Voraussetzung auf, dass der Arzt zuvor erkennen kann, dass die Patientin im Falle einer vorangegangenen ordnungsgemäßen Aufklärung hinsichtlich einer möglicherweise notwendig werdende Operationserweiterung den Eingriff verweigert hätte.¹⁴¹ Damit war es erforderlich, dass der Arzt pflichtwidrig verkannt hat, dass sein Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung einen Eingriff dieses Umfangs verweigert

¹³⁸ Hier wird inhaltlich an den als Leitentscheidung bekannt gewordenen „Myomfall“ aus dem Jahr 1957 angeknüpft. Die beiden Urteile ergingen aufgrund von zwei landgerichtlichen Hauptverhandlungen mit jeweils anschließenden Revisionsverfahren als zwei Revisionsentscheidungen. Aufgrund dessen, dass sich beide Urteile jedoch letztlich auf ein und denselben Sachverhalt beziehen, erscheint die Formulierung als „zweiter Myomfall“ missverständlich.

¹³⁹ BGHSt 15, 200.

¹⁴⁰ BGH JZ 1964, 232, 233; damit setzte sich der Senat gewissermaßen in Widerspruch zu seiner vorherigen Rechtsprechung in Bezug auf den Myomfall aus dem Jahr 1957. Damals hatte der IV Strafsemin des BGH betont, dass sich der Fahrlässigkeitsvorwurf bereits daraus ableitet, dass angesichts der OP-Erweiterung keine entsprechende Einwilligung eingeholt worden war; BGHSt 11, 111, 112, 115; so auch Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 84; s. auch die Verweise in BGHSt 15, 200 f.; ferner die Feststellung in BGHSt 11, 111, 115: Bei einer so tiefgreifenden Maßnahme wie der vollständigen Entfernung der Fortpflanzungsorgane einer Frau sind die Anforderungen an die vorherige Aufklärung derart hoch anzusetzen, dass der Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber dem Arzt unmittelbar daran anknüpft, dass er es versäumte hat, sich vor der OP der Zustimmung zu der möglicherweise erst während des Eingriffs offenbar werden den Notwendigkeit der Entfernung der Gebärmutter zu vergewissern.

¹⁴¹ BGH JZ 1964, 232, 233; unter Hinweis auf das 2. Myomurteil vgl. auch die Verweise von Eser, Strafrecht III, S. 94 Rn. 38 ff.

hätte.¹⁴² Erst aus dieser zusätzlichen Erwägung sollte sich das pflichtwidrige Verhalten im Sinne des Fahrlässigkeitsvorwurfs ergeben.

(2) Bewertung und Einordnung

Eine gewisse Ähnlichkeit dieser Erwägungen zur heutigen Figur der hypothetischen Einwilligung ist nicht von der Hand zu weisen.¹⁴³ Zu Ende gedacht implizieren die dargestellten Anforderungen, dass aus Sicht des BGH nur dann ein Missbilligungsurteil über das eigenmächtige Verhalten des Arztes zu fällen ist, wenn der Patient vor dem Hintergrund ordnungsgemäßer Aufklärung die ärztliche Maßnahme verweigert hätte. Dieses Ergebnis überrascht, sofern man sich vor Augen führt, dass grundsätzlich auch im Falle einer nachträglichen Billigung des Handelns des Arztes – die dem Strafrecht aus guten Gründen fremd ist – ein einwilligungsloser – rechtswidrig vorgenommener – Eingriff in den Körper des Patienten bestehen bleibt. Der BGH weicht an dieser Stelle das bisher als absolut verstandene Einwilligungserfordernis auf, und macht es für (nachträgliche) hypothetische Erwägungen zugänglich. Davon ausgehend charakterisiert Rönnau diesen Fall bereits als erste Aufnahme der hypothetischen Einwilligung in die Spruchpraxis des BGH in Strafsachen.¹⁴⁴ Zwar ähneln sich durchaus die entscheidende Fragestellung und der wesentliche Gedanke, gleichzeitig lassen sich jedoch einige divergierende Gesichtspunkte besonders im Rahmen der dogmatischen Begründung im Verhältnis zur hypothetischen Einwilligung nicht leugnen.¹⁴⁵ Dementsprechend mutet es missverständlich an, bereits an dieser Stelle von einer Übernahme der hypothetischen Einwilligung in die strafrechtliche Rechtsprechung zu sprechen. Anders als in der heute typischen Anwendung der hypothetischen Einwilligung innerhalb der strafrechtlichen Rechtsprechung bildet im Fall des Myomurteils der *Fahrlässigkeitsvorwurf* den entscheidenden Anknüpfungspunkt. Das Verhalten des Arztes soll insofern erst unter der Voraussetzung zu missbilligen sein, dass der Arzt den tatsächlich entgegenstehenden Willen des Patienten verkannt hat. Richtigerweise kommt allerdings bereits aufgrund der fehlenden autonomen Willensentscheidung – unabhängig von einem etwaigen Inhalt – eine missbilligenswerte Verletzung des Selbstbestimmungsrechts zum Ausdruck.

Insgesamt sympathisierte man aber grundsätzlich bereits an dieser Stelle mit der Übertragung der hypothetischen Erwägung auf die strafrechtliche Bewertung des ärztlichen Heileingriffs. Einschränkend sollte man sich jedoch ins Bewusstsein rufen, dass die richterlichen Ausführungen auf einen besonderen Spezialfall,

¹⁴² Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 85.

¹⁴³ So auch Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 85.

¹⁴⁴ Rönnau, JZ 2004, 799, 801.

¹⁴⁵ So auch Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 85.

den der Operationserweiterung, bezogen waren und dementsprechend angesichts einer Deutung in Richtung der umfassenden Übertragung auf den ärztlichen Heileingriff Vorsicht geboten ist.

bb) Der Hodenentfernungsfall

(1) Sachverhalt

Das zuvor dargestellte Anforderungsprofil bezüglich der Strafbarkeit ärztlicher Eigenmacht wendete der BGH auch auf den thematisch ähnlich gelagerten Hodenentfernungsfall aus dem Jahr 1963 an.¹⁴⁶ Der Entscheidung lag im weitesten Sinne ebenfalls eine Fallgestaltung der Operationserweiterung zu Grunde.¹⁴⁷ Der Patient suchte aufgrund einer Schwellung und Verhärtung seines rechten Hodens den Arzt auf. Kurze Zeit nach der ärztlichen Untersuchung zeigten sich auch im linken Hoden identische Symptome. Während der Untersuchung trat ein schwer entzündlicher Prozess zu Tage, der sowohl auf eine Tuberkuloseerkrankung oder eine Geschwulst – offen ob gut- oder bösartig – hinweisen konnte. Eine exakte Diagnosestellung war vor Öffnung des Hodensackes nicht möglich. Intraoperativ bestätigte sich der Befund im Sinne einer Tuberkuloseerkrankung mit der Folge, dass die Abnahme beider Hoden aus medizinischer Sicht unumgänglich war. Diese nahm der Arzt kunstgerecht vor. Im Rahmen der vorangegangenen Aufklärung hatte der Mediziner auf die Frage des Patienten „Sie schneiden doch nicht alles ab?“ sinngemäß entgegnet, man tue nicht mehr als nötig.¹⁴⁸ Aus dem auf diese Aussage folgenden Schweigen folgerte der behandelnde Arzt seinerseits die Zustimmung des Patienten zu einer derartigen, möglicherweise nötig werdenden Operationserweiterung. Eine ausdrückliche Zustimmung des Patienten lag jedoch tatsächlich nicht vor.

Davon ausgehend bewertete das LG Bielefeld die erfolgte Aufklärung, insbesondere in Bezug auf den Umfang und mögliche weitere Folgen, als mangelhaft. Der handelnde Arzt wurde wegen fahrlässiger Körperverletzung verurteilt. Begründet wurde dies damit, dass keine wirksame Einwilligung des Patienten vorlag. Insbesondere bestand aus Sicht des Patienten nicht die Möglichkeit, das Für und Wider des Eingriffs beurteilen und abwägen zu können, da es ihm angesichts alternativer Diagnoseszenarien und des möglichen Umfangs des Eingriffs an entscheidenden Information fehlte.¹⁴⁹ Zwar habe der Arzt die Reichweite der Einwilligung irrtumsbedingt verkannt, was den Vorsatz ausschließe; ein Pflichtwidrigkeitsvorwurf im Sinne der Fahrlässigkeit mit der fehlerhaften Aufklärung als

¹⁴⁶ BGH JZ 1964, 231, 232.

¹⁴⁷ Zum Sachverhalt auch *Laufs/Kern*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 60f.; *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 78 f.

¹⁴⁸ BGH JZ 1964, 231.

¹⁴⁹ BGH JZ 1964, 231.

Anknüpfungspunkt sei aber jedenfalls zu bejahen.¹⁵⁰ Der IV. Strafsenat des BGH hob das Urteil auf und sprach den Arzt frei. Vor dem Hintergrund der Dringlichkeit des Eingriffs und unter Berücksichtigung dessen, dass die Indikation der Abnahme der beiden Hoden im Vorfeld noch wenig wahrscheinlich war, erachtete er den Informationsumfang der Aufklärung als ausreichend.¹⁵¹ Darüber hinaus sei das Verhalten des Patienten bezüglich der erörterten Nachfrage als Zeichen einer gedanklichen Auseinandersetzung mit der vollständigen Abnahme beider Hoden und dementsprechend als konkluente Zustimmung zu bewerten.¹⁵² Abschließend griff der Senat – unabhängig davon, dass er selbst die erfolgte Aufklärung als den an sie zu stellenden Anforderungen genügend erachtete – noch einmal die zuvor angesichts der Myomentscheidung aufgestellten zusätzlichen Voraussetzungen des Fahrlässigkeitsvorwurfs auf. Demzufolge bestätigt der BGH im Hinblick auf die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit des Arztes, dass eine individuelle Missbilligung des ärztlichen Verhaltens nur dann erfolgen könne, wenn er ex ante hätte erkennen können, dass der Patient bei umfassender Aufklärung einen Eingriff dieses Umfangs verweigert hätte.¹⁵³

(2) Bewertung und Einordnung

Aus dieser Entscheidung lässt sich für die weitere Betrachtung zweierlei ableiten: Zum einen illustrieren die Ausführungen der tatrichterlichen Instanz das immens hohe Anforderungsprofil an den Umfang der ärztlichen Aufklärung, insbesondere bei Mehrdeutigkeit der Befundlage.¹⁵⁴ Aufgrund der Mehrdeutigkeit der Befundlage hätte der Patient grundsätzlich über alle in Betracht kommenden Befunde samt deren spezifische Risiken, Behandlungsmethoden und Erfolgsausichten informiert werden müssen.¹⁵⁵ Die an sich wünschenswerte Betonung des Selbstbestimmungsrechts wirft in ihrer tatsächlichen Umsetzung, der immer weiteren Ausdehnung der Aufklärungspflicht, Zweifel auf, ob sie in dieser Form noch im Interesse des Schutzes des individuellen Selbstbestimmungsrechts des Patienten liegt oder nicht vielmehr zu dessen Verwirrung bzw. Verunsicherung führt.¹⁵⁶

Als weitere Essenz ist die juristische Wertentscheidung hervorzuheben, dass allein die objektive Feststellung eines Aufklärungsmangels den erforderlichen

¹⁵⁰ BGH JZ 1964, 231.

¹⁵¹ BGH JZ 1964, 231, 232.

¹⁵² BGH JZ 1964, 231, 232.

¹⁵³ BGH JZ 1964, 231, 232.

¹⁵⁴ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 88.

¹⁵⁵ BGH JZ 1964, 231; Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 89.

¹⁵⁶ In diesem Sinne kritisch gegenüber den hohen Anforderungen an die Aufklärung bei unsicherer Befundlage Schmidt, JZ 1964, 232, 233; s. dazu auch D.I.

spezifischen Fahrlässigkeitsvorwurf nicht zu begründen vermag.¹⁵⁷ *Wiesner* folgert daraus, dass der BGH die Strafbarkeit des Arztes für die Fälle ausschließen will, in denen der Eingriff trotz unwirksamer Einwilligung dem Willen des Patienten entspreche.¹⁵⁸ Eine derartige Interpretation zu Grunde gelegt, leuchtet es durchaus ein, diese Entscheidung als Aufnahme der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung in die strafrechtliche Spruchpraxis zu bewerten.¹⁵⁹

Von diesem Verständnis abweichend wird der Hodenentfernungsfall vereinzelt als Anwendungsfall der mutmaßlichen Einwilligung eingeordnet, sodass es des Rückgriffs auf eine hypothetische Einwilligung nicht bedurft hätte.¹⁶⁰ Diese Auslegung erscheint auf den ersten Blick durchaus denkbar. Bei näherer Auseinandersetzung zeigt sich jedoch, dass als Charakteristikum der Anwendbarkeit der mutmaßliche Einwilligung eine unvorhergesehene intraoperativ auftretende Befundänderung gilt.¹⁶¹ Zieht ein Mediziner dagegen bei chirurgischen Eingriffen die Möglichkeit einer Operationserweiterung oder den Wechsel in eine andere Operationsmethode in Betracht, ist der Patient vor der Operation darüber entsprechend aufzuklären.¹⁶² Hat der Arzt derartige Hinweise in seiner vorherigen Aufklärung unterlassen und zeigt sich intraoperativ die Notwendigkeit einer Operationserweiterung, dann kann und muss er, soweit dies möglich ist, die Operation beenden und den Patienten nach Abklingen der Narkoseeinwirkungen entsprechend aufklären und seine Einwilligung in den zusätzlichen oder weiterreichenenden Eingriff einholen.¹⁶³ Damit spricht – unabhängig von möglichen auslegungsbedürftigen medizinischen Erwägungen zur Dringlichkeit der Abnahme der beiden Hoden im vorliegenden Fall – der Umstand, dass die potentielle Amputation beider Hoden schon vor der Operation zur Sprache kam, gegen die Annahme einer unvorhersehbaren Operationserweiterung als Anwendungsfall der mutmaßlichen Einwilligung.¹⁶⁴ Der Hodenentfernungsfall kann folglich nicht als Anwendungsfall der mutmaßlichen Einwilligung eingeordnet werden.

Um auf die Bedeutung für die Entwicklung der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Jurisdiktion zurückzukommen, lässt sich eine vollständige

¹⁵⁷ In diesem Sinne auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 89.

¹⁵⁸ *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 84.

¹⁵⁹ Diese Auffassung vertritt etwa *Rönnau*, JZ 2004, 799, 801; ferner *Weber*, *Off-lable Use*, S. 149.

¹⁶⁰ Von einem solchen Fall der Operationserweiterung ausgehend *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 276; nach abwägender Auseinandersetzung a. A. *Laufs/Kern*, Die ärztliche Aufklärungspflicht, S. 61; *Schmidt*, JZ 1964, 232, 233; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 90.

¹⁶¹ Vgl. *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht, Kap. 1 Teil I IX Rn. 578.

¹⁶² *Greiner*, in: *Spickhoff*, Medizinrecht, § 839 Rn. 390.

¹⁶³ *Greiner*, in: *Spickhoff* Medizinrecht, § 839 Rn. 390; in diesem Sinne auch BGH NJW 1993, 2372; BGH NJW 1977, 334; OLG Hamm ArztR 2017, 190.

¹⁶⁴ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 90 f.

Übernahme der hypothetischen Einwilligung, als anerkannte zivilrechtliche Rechtsfigur,¹⁶⁵ auch an dieser Stelle noch nicht feststellen. Treffender erscheint es wohl wie *Hengstenberg* von einer wichtigen Vorstufe der Weiterentwicklung des Ansatzes der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht auszugehen.¹⁶⁶ Der Grundgedanke, dass ein Aufklärungsmangel ausnahmsweise unbeachtlich sein kann, wenn die Operation letztlich dem Willen des Patienten entspricht, klingt hier jedenfalls an.¹⁶⁷ *Wiesner* bringt es schließlich dahingehend auf den Punkt, dass das Urteil von einer wertungsmäßigen Nutzbarmachung des Grundgedankens der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht zeugt, ohne dass freilich eine tiefergehende ausdrückliche Befassung mit dem zivilrechtlich anerkannten Haftungskorrektiv erfolgt ist.¹⁶⁸

cc) Fazit

Die beiden dargestellten Urteile bieten erste Anknüpfungspunkte der Übertragung des zivilrechtlichen Haftungskorrektivs in die strafrechtliche Spruchpraxis. Auch wenn an dieser Stelle keinesfalls von einer vollständigen Übernahme gesprochen werden kann, zeugen sie doch von einer immer intensiveren Auseinandersetzung mit den Grundaspekten der hypothetischen Einwilligung. Ausgehend von der Überlegung, dass es nicht angemessen erscheint, jede Verletzung der immer umfangreicheren – teilweise umüberschaubaren – Aufklärungspflichten strafrechtlich als Körperverletzung zu erfassen, setzten sich die Senate mit möglichen anderen Lösungsmöglichkeiten angesichts der eigenmächtige Vornahme des ärztlichen Heileingriffs auseinander.

b) Die voranschreitende Übertragung der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht – zunächst im Hinblick auf die Fahrlässigkeitsdelikte

aa) Der O-Beinefall

(1) Sachverhalt

Innerhalb der strafrechtlichen Rechtsprechung fanden sich danach zunächst längere Zeit keine weiteren Anknüpfungspunkte für die Übernahme der hypothetischen Einwilligung. Erst 1990 bot der sogenannte O-Beinefall¹⁶⁹ wieder einen entscheidenden Ansatzpunkt. Der Kläger begab sich aufgrund einer Beinfehlstellung zu einer ambulanten Untersuchung. Zwei andere zuvor konsultierte Orthopäden hatten ihm wegen der unverhältnismäßigen Risiken im Vergleich zum ver-

¹⁶⁵ *Weber*, Off-lable Use, S. 149.

¹⁶⁶ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 91.

¹⁶⁷ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 276; *Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 109.

¹⁶⁸ *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 84.

¹⁶⁹ BGH, Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90.

hältnismäßig kleinen Nutzen von einer Operation abgeraten. Der angeklagte Orthopäde aber hielt die festgestellte Deformität der Beine für operationswürdig, zumal der Kläger die Vornahme der Operation intensiv wünschte. Über mögliche Operationsrisiken sprach man nur in allgemeiner Form, insbesondere fand eine spezielle Risikoauklärung in Bezug auf Osteomyelitis und Pseudarthrose nicht statt. Auch innerhalb einer späteren Aufklärung durch die Stationsärztin unmittelbar vor der Operation kamen diese Aspekte nicht zur Sprache. Der Patient war froh, endlich einen Arzt gefunden zu haben, der seinem intensiven Wunsch nach einer operativen Korrektur nachkam, und willigte in den Eingriff ein.¹⁷⁰ Infolge der Operation entwickelten sich am linken Bein des Patienten eine Osteomyelitis und eine Pseudarthrose. Trotz zahlreicher weiterer operativer Eingriffe ist er seitdem zeitweise auf die Benutzung eines Rollstuhls angewiesen und kann lediglich mit Hilfe eines Gehapparates kürzere Wegstrecken laufen.

Der Arzt wurde wegen fahrlässiger Körperverletzung angeklagt. Das LG Hamburg sprach ihn jedoch von diesem Vorwurf frei. Diesen Freispruch hielt auch der BGH in der Revision aufrecht. Zwar hielt das Landgericht den Umfang der Aufklärung zu Recht für pflichtwidrig und leitet die Verhaltensmissbilligung im Sinne der Fahrlässigkeit gegenüber dem Angeklagten daraus ab, dass er nicht hätte darauf vertrauen dürfen, dass eine Assistenzärztin ohne chirurgische oder orthopädische Vorbildung den Patienten umfassend aufklärt. Gleichzeitig nahm man jedoch an, dass er sich in einem vorsatzausschließenden Irrtum befunden habe, weil er auf eine ordnungsgemäße – vollständige – Aufklärung durch die Stationsärztin vertraut hatte. Die Strafkammer vertrat überraschend die Auffassung, dass die Pflichtwidrigkeit im Zuge der Aufklärung *nicht ursächlich* für die Körperverletzung geworden sein soll.¹⁷¹ Diese Feststellung stützt der Senat darauf, dass der Patient unter den vorliegenden Umständen selbst dann in die Operation eingewilligt hätte, wenn er zuvor eine vollständige Aufklärung erfahren hätte, weil er die Vornahme der Operation besonders intensiv wünschte und von unbedingtem Vertrauen in das ärztliche Handeln geleitet war.¹⁷²

(2) Bewertung und Einordnung

Eine nähere Begründung, wie sich der Gesichtspunkt nachträglich anzunehmender Billigung auf die Ursächlichkeit der *ex ante* zu bestimmenden Pflichtwidrigkeit des Arztes auswirken soll, bleibt der Senat schuldig. Die Erwägung, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung eingewilligt hätte, erfolgte dabei allerdings ohne einen verlautbarten Hinweis bezüglich eines Rückgriffs auf die – zum damaligen Zeitpunkt zivilrechtlich überwiegend aner-

¹⁷⁰ BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90.

¹⁷¹ BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90 Rn. 10.

¹⁷² BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90 Rn. 11.

kannte – Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung.¹⁷³ Im Ergebnis wird die Strafbarkeit des Arztes unter die Bedingung gestellt, dass zwischen der Pflichtwidrigkeit der Aufklärung und der Körperverletzung ein besonderer (ursächlicher) Zusammenhang besteht.¹⁷⁴ Diese Annahme ist nicht völlig fernliegend. Angesichts dessen empfiehlt sich allerdings ein differenzierterer Blickwinkel: Für die Wirksamkeit der Einwilligung ist es durchaus von Bedeutung, ob der Patient dem fehlenden Umstand innerhalb seiner Entscheidungsabwägung überhaupt Bedeutung beigemessen hätte und ob insbesondere im vorliegenden Fall die subjektive Relevanz des Willensmangels mit guten Gründen abgelehnt werden kann. Allerdings lässt sich ein nachträglicher Ausschluss des Ursachenzusammenhangs nicht auf ein hypothetisches Ergebnis einer tatsächlich nicht getroffenen Entscheidung gründen.

Erstmals soll die Perspektive des konkreten Patienten maßgeblich sein, was in der Fragestellung zum Ausdruck kommt, ob er dem avisierten Eingriff vor dem Hintergrund hypothetisch vollständiger Aufklärung im Wege einer individuellen Willensentscheidung zugestimmt hätte.¹⁷⁵ Die Erwägungen des Senats nähern sich in ihren Grundaspekten bereits deutlich unserem heutigen Verständnis von der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht an. Davon ausgehend wird der O-Beinefall in der strafrechtlichen Literatur überwiegend als Anwendungsfall der hypothetischen Einwilligung¹⁷⁶ und damit gleichzeitig als Geburtsstunde der Anwendung dieser Rechtsfigur in der strafrechtlichen Jurisdiktion anerkannt.

Auf dogmatischer Ebene bleibt die Entscheidung gleichwohl klärungsbedürftig. Sie lässt eine tiefergehende Begründung vermissen. Der BGH bedient sich hier wie selbstverständlich des zivilrechtlichen Haftungskorrektivs, ohne darüber auch nur ein erläuterndes Wort zu verlieren.¹⁷⁷ Auffällig ist zudem, dass sich der BGH erst nachdem er zuvor das fahrlässige Verhalten festgestellt hat,¹⁷⁸ mit der Frage der mangelnden Kausalität der Pflichtwidrigkeit auseinandersetzt. Demnach scheint der BGH zunächst die Rechtswidrigkeit des Verhaltens in Gestalt des vorliegenden Fahrlässigkeitsvorwurfs zu befürworten, um sich dann im Folgenden

¹⁷³ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 278.

¹⁷⁴ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 95; s. dazu C.I.4. sowie A. VI. 1. f).

¹⁷⁵ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 95; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 80; beide kritisieren allerdings zu Recht, dass der BGH trotz des Wechsels des Blickwinkels die Panikstimmung des Patienten verkennt und nicht als Entscheidungskonflikt anerkennt.

¹⁷⁶ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 94; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 169; *Böcker*, JZ 2005, 925, 927; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 278; *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 333; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 267; *Rönnau*, JZ 2004, 799, 801; *Sickor*, JA 2008, 11, 16; *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132, 133.

¹⁷⁷ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 278.

¹⁷⁸ BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90 Rn. 9 ff.

(rückwirkend) mit den Kausalitätserwägungen auseinanderzusetzen.¹⁷⁹ Ein derartiges Vorgehen ist als systemwidrig zu bewerten. Denn innerhalb der Verhaltensbewertung als fahrlässig kommt richtigerweise bereits zum Ausdruck, dass es sich um eine grundsätzlich zu missbilligende, strafrechtlich relevante Verhaltensweise handelt, die eine konkretisierte tatbestandsspezifische Schädigungsmöglichkeit geschaffen bzw. nicht abgewendet hat. Um von fahrlässigen Verhalten auszugehen muss also zunächst überhaupt ein Verstoß gegen eine rechtlich legitimierbare Verhaltensnorm vorliege. Dazu bedarf es somit zwingend einer vorherigen Auseinandersetzung mit den relevanten Kausalitätserwägungen. Der IV. Strafsenat etablierte in diesem Urteil die Anforderung an die Strafbarkeit, dass das vorangegangene Aufklärungsversäumnis – das Grundlage des Pflichtwidrigkeitsvorwurfs ist – *ursächlich* für den Körperverletzungserfolg gewesen sein muss.¹⁸⁰ Der BGH scheint hier ein Kausalitätsverhältnis zwischen der Pflichtwidrigkeit der fehlerhaften Aufklärung und dem Körperverletzungserfolg zu konstruieren, von dessen Vorliegen die Strafbarkeit des Arztes abhängen soll.¹⁸¹ Dabei äußert er sich einzelfallübergreifend nicht dazu, unter welchen Voraussetzungen von einem derartigen Ursächlichkeitszusammenhang auszugehen ist.

bb) Der Cignolinfall

Noch im selben Jahr fanden diese Erwägungen in einem Beschluss des OLG Hamm Bestätigung.¹⁸² Der Geschädigte war wegen Schuppenflechte in Behandlung und wünschte explizit die Behandlung mit einer cignolinhaltigen Salbe, was nach medizinischem Standard durchaus üblich war. Zwar hatte der behandelnde Arzt über die Möglichkeit leichter Hautreizungen im Vorfeld aufgeklärt, nicht jedoch über die bei Verwendung dieses Präparates typische Gefahr bullöser Hautreizungen. Infolge der Anwendung reagierte der Patient mit bullösen linsen- bis münzgroßen Hautrötungen. Das AG erachtete den Hinweis auf leichte Hautreizungen als keineswegs ausreichend und verurteilte den Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung. Dem folgte das OLG zwar, vertrat aber gleichzeitig die Auffassung, dass auch eine dementsprechend unzureichende Aufklärung unter Berücksichtigung dessen, dass der Patient ja gerade diese Art der Behandlung explizit gewünscht hatte, nicht denknotwendig die Ablehnung einer Einwilligung (wegen mangelnder Aufklärung) zur Folge hätte.¹⁸³ Diese Erwägungen zeigen,

¹⁷⁹ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 95.

¹⁸⁰ BGH, Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90 Rn. 10; ein derartiges Konzept in Form einer sogenannten mangelnden Ursächlichkeit der Pflichtwidrigkeit ist auch innerhalb der zivilrechtlichen Judikatur nicht unbekannt; s. dazu BGHZ 22, 258, 264; BGH NJW 1959, 1583, 1584.

¹⁸¹ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 149.

¹⁸² OLG Hamm, Beschluss vom 11.12.1990 Az. 3s 794/90.

¹⁸³ OLG Hamm, Beschluss vom 11.12.1990 Az. 3s 794/90.

dass sich das letztendlich wohl angemessene Ergebnis dogmatisch eleganter und widerspruchsfreier mittels einer präzisen Anwendung der Einwilligungslehre, insbesondere einer vorausgehenden adäquaten Auseinandersetzung mit der Willensmängellehre, erreichen ließe. Denn das Verhalten des Arztes kann aufgrund des expliziten Willen des Dispositionsbefugten gerade nicht als missbilligte Gefahrschaffung im Hinblick auf die Körperintegrität des Betroffenen gewertet werden.

cc) Der Surgibone-Dübel-Fall

(1) Sachverhalt

In der folgenden Judikatur aus dem Jahr 1995, dem sogenannten Surgibone-Dübel-Fall,¹⁸⁴ verwendete der BGH schließlich erstmals ausdrücklich den Terminus der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Spruchpraxis. Der Angeklagte führte im Jahr 1990 einige Operationen an der Halswirbelsäule durch. In sechs der Verurteilung zu Grunde liegenden Fällen setzte er seinen Patienten als Ersatz der abgenutzten Halswirbelbandscheiben aufbereitete Rinderknochen zur Fusion der Halswirbelkörper ein. Bei diesen sogenannten Surgibone-Dübeln handelte es sich um ein nach deutschem Arzneimittelgesetz zulassungspflichtiges und zur Tatzeit in Deutschland nicht zugelassenes Arzneimittel. Außerhalb Deutschlands war die Verwendung der Surgibone-Dübel in einigen Staaten Europas zu diesem Zeitpunkt durchaus verbreitet. Alternativ verwendete man üblicherweise Eigenknochen, die zuvor aus dem Beckenkamm des Patienten gewonnen wurden, oder solche aus Kunststoff, als Abstandshalter. Jede dieser Behandlungsalternativen weist dabei charakteristische Vor- und Nachteile bezüglich der Heilung und der möglichen Belastung des Patienten auf. Vor den Eingriffen waren die Patienten hinsichtlich der Risiken der Operation und der Erfolgsschancen umfassend aufgeklärt worden. Von einer Aufklärung der Patienten über die unterschiedlichen möglichen Materialien der Interponate und deren spezifische Vor- und Nachteile hatte der Angeklagte allerdings abgesehen. Infolge der Operation kam es zu Spannkomplikationen,¹⁸⁵ sodass die Patienten teilweise nochmal operiert werden mussten. In allen Fällen hätten die Patienten in die Operation nicht – oder jedenfalls nicht sofort – eingewilligt, wenn sie zuvor über die unterschiedlichen möglichen Operationsmaterialien informiert worden wären.

Davon ausgehend sah das LG Saarbrücken die Operationseinwilligungen als unwirksam an und verurteilte den Mediziner wegen vorsätzlicher Körperverletzung. Infolge der Revision des Angeklagten hob der IV Strafsenat des BGH das

¹⁸⁴ BGH NStZ 1996, 34.

¹⁸⁵ Vom Surgibone-Dübel geht im Unterschied zum Eigenknochen keine Knochenbildung aus; er stellt lediglich ein Gerüst für das Knochenwachstum aus den angrenzenden Wirbelkörpern dar. Bedingt dadurch ist die die potentielle Gefahr von Spannkomplikationen über einen langen Zeitraum erhöht.

Urteil auf und verwies das Verfahren an das Landgericht zurück: Während nach Auffassung des LG Saarbrücken aus der unterlassenen Aufklärung über die möglichen Behandlungsalternativen zwingend eine Aufklärungspflichtverletzung des Arztes resultierte, die die Einwilligung entfallen ließ, setzte sich der BGH kritisch mit dem Umfang der Aufklärungspflicht auseinander. Der BGH warf insbesondere die Frage auf, ob der vom LG angenommene Umfang der Aufklärungspflicht die Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht überspanne.¹⁸⁶ Davor ausgehend stellte der Senat fest, sofern verschiedene Behandlungsmethoden zur Wahl stünden, obliege die Entscheidung grundsätzlich der Therapiefreiheit des Arztes; es bestehe dementsprechend nicht die Verpflichtung, den Patienten ungefragt über verschiedene andere Behandlungsmöglichkeiten aufzuklären.¹⁸⁷ Eine solche Verpflichtung ließe sich nur dann legitimieren, sofern die Behandlungsmethoden in ihren individuellen Belastungen für den Patienten wesentlich divergieren,¹⁸⁸ was der Senat vorliegend als nicht erfüllt ansah. Allein der Umstand, dass es sich bei dem aufbereiteten Rinderknochen um ein körperfremdes Interponat handele, könne für sich genommen ebenfalls keine Aufklärungspflicht begründen.¹⁸⁹ Allerdings könne der Grundsatz, dass dem Arzt die Wahl der Behandlungsmethode obliege, dann nicht zur Anwendung kommen, wenn die angewandte Methode ernsthaft umstritten ist oder nicht dem medizinischen Standard entspricht.¹⁹⁰ Unabhängig davon, ob die Tatsache der routinemäßige Anwendung einer Behandlungsmethode im europäischen Ausland sie zum medizinischen Therapiestandard zu erheben vermag, sei eine derartige Aufklärung ebenfalls dann zwingend erforderlich, wenn es sich um ein zulassungspflichtiges – aber in Deutschland gerade nicht zugelassenes – Arzneimittel handelt, das verwendet werden soll.¹⁹¹ Denn bei der Zulassung handle es sich um ein Gütesiegel, das unabhängig von der daraus tatsächlich resultierenden Qualität und Sicherheit des Produkts, die Entscheidung des Patienten beeinflusse.¹⁹² Damit bestehe aufgrund der fehlenden Zulassung des Surgibone-DüBELS nach dem deutschen AMG ein gravierender Unterschied zu den anderen Methoden, der innerhalb der Aufklärung zum Ausdruck kommen müsse.¹⁹³ Aufgrund der mangelhaften Aufklärung lag damit jeweils keine rechtfertigende Einwilligung vor, was die vorgenommenen Operationen als rechtswidrige Eingriffe in die Körperintegrität charakterisierte. Da der behandelnde Arzt die aufbereiteten Rinderknochen allerdings ver-

¹⁸⁶ BGH NStZ 1996, 34.

¹⁸⁷ BGH NStZ 1996, 34; dazu auch BGHZ 102, 17, 22; BGHZ 116, 379, 385; BGH VersR 1988, 190, 191; NJW 1982, 2121, 2122.

¹⁸⁸ BGHZ 102, 17, 22 m.w.N.

¹⁸⁹ BGH NStZ 1996, 34; a. A. *Puppe*, GA 2003, 764, 765 f.

¹⁹⁰ BGH NStZ 1996, 34 unter Verweis auf BGHZ 102, 17, 22.

¹⁹¹ BGH NStZ 1996, 34, 35.

¹⁹² BGH NStZ 1996, 34.

¹⁹³ BGH NStZ 1996, 34, 35.

meintlich ordnungsgemäß von der Klinikapotheke bezogen hatte und entsprechend von der Wirksamkeit der Einwilligungen ausging, ging der BGH zu seinen Gunsten von einem Erlaubnistarbestandsirrtum aus.¹⁹⁴

Deutlich bedeutsamer für die Entwicklung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht sind jedoch die ergänzenden Hinweise, die der BGH an das LG richtete, als er den Fall zur Klärung der Tatumstände an die Vorinstanz zurückwies: Der Senat betonte, dass Aufklärungsmängel eine mögliche Strafbarkeit des Arztes nur unter der Voraussetzung begründen können, dass der Patienten bei einer den Anforderungen entsprechenden Aufklärung den Eingriff verweigert hätte.¹⁹⁵ Im Zuge dessen verwies der BGH nicht nur auf den zuvor entschiedenen O-Beinefall, sondern erklärte gleichzeitig die zivilrechtlichen Grundsätze der hypothetischen Einwilligung – unter Verweis auf die Grundsatzentscheidung – auch im Strafrecht für anwendbar.¹⁹⁶ Damit bejahte die Rechtsprechung erstmals ausdrücklich die voluminöse Übertragung der zivilrechtlichen Haftungsfigur ins Strafrecht.¹⁹⁷ Im Strafrecht sollen der Anwendung jedoch andere Beweismodalitäten zu Grunde liegen: Anders als im Zivilrecht ist es dem Arzt im Strafrecht nachzuweisen, dass der Patient im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung die Einwilligung verweigert hätte. Verbleiben dahingehend Zweifel, so soll in dubio pro reo vom Vorliegen der hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden.¹⁹⁸ Anschließend wurde noch ein weiteres zivilrechtliches Haftungskorrektiv zur möglichen Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in Aussicht gestellt, indem der Senat den Gesichtspunkt des Schutzzweckgedankens¹⁹⁹ ins Feld führte und damit die Frage aufwarf, ob das sich letztlich verwirklichende Operationsrisiko in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht fällt.²⁰⁰

(2) Bewertung und Einordnung

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass der BGH erstmals auf den zivilrechtlichen Terminus der hypothetischen Einwilligung²⁰¹ und darüber hinaus auch explizit auf die dazugehörige Zivilrechtsprechung Bezug nimmt und deren Grund-

¹⁹⁴ BGH NStZ 1996, 34, 35.

¹⁹⁵ BGH NStZ 1996, 34, 35.

¹⁹⁶ BGH NStZ 1996, 34, 35 unter Verweis auf BGHR StGB § 223 I Heileingriff 2; und zur hypothetischen Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff im Zivilrecht u.a. BGHZ NJW 1980, 1333; BGHZ 90, 96, 100.

¹⁹⁷ Das wird auch durch die ersten Reaktionen des Schrifttums deutlich, die von den als Praktiker bekannten Autoren *Jordan*, *Rigizahn* und *Ulsenheimer* stammen; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 284.

¹⁹⁸ BGH NStZ 1996, 34, 35.

¹⁹⁹ In der zivilrechtlichen Arzthaftung ist das ein anerkanntes Institut: siehe u.a. BGHZ 90, 96; BGH NJW 1991, 2346.

²⁰⁰ BGH NStZ 1996, 34, 35.

²⁰¹ Ebenso *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 102.

sätze auch im Strafrecht für anwendbar erklärt. Aufgrund der unterschiedlichen Strukturen der beiden Rechtsgebiete bestehen allerdings Abweichungen im Hinblick auf die Beweislastverteilung: Im Zivilrecht fußt die Entwicklung der hypothetischen Einwilligung auf einem austarierten individuellen Darlegungs- und Beweissystem, bei dem der Arzt den Einwand der hypothetischen Einwilligung zunächst einmal erheben muss und der Patient ihn mittels Darlegung eines plausiblen Entscheidungskonflikts widerlegen kann.²⁰² Im Unterschied zur Dispositionsmaxime im Zivilrecht gebietet es der Amtsermittlungsgrundsatz des Strafrechts,²⁰³ dass die entsprechenden relevanten Aspekte von den staatlichen Stellen zusammengetragen werden müssen und infolgedessen die Beweislast des Arztes vollständig entfällt.²⁰⁴ Während die hypothetische Einwilligung im Zivilprozessrecht in ein wechselseitiges Beweislastsystem eingebettet werden kann, ist im Strafrecht dem in *dubio pro reo*-Grundsatz Rechnung zu tragen. Dementsprechend soll eine Verurteilung des Arztes nur dann in Frage kommen, wenn zweifelsfrei festgestellt werden kann, dass der Patient im Falle der ordnungsgemäßen Aufklärung seine Zustimmung verweigert hätte.²⁰⁵ Zweifel bezüglich des Vorliegens der Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung wirken sich damit – anders als im Zivilrecht – zu Lasten des Selbstbestimmungsrechts des Patienten aus.²⁰⁶ Diese Feststellung offenbart einen der wichtigsten Nachteile der Übertragung der Rechtsfigur ins Strafrecht.

Einen Hinweis auf die dogmatische Verordnung des zivilrechtlichen Haftungskorrektivs, bleibt der Senat schuldig. Daher ist es kaum verwunderlich, dass das Urteil Ausgangspunkt zahlreicher dogmatischer Erörterungen und Spekulationen ist.²⁰⁷ Seine im Rahmen des O-Beinefalls geäußerten Erwägungen zur mangelnden Ursächlichkeit der Pflichtwidrigkeit wiederholte der BGH in *casu* nicht. Auf den ersten Blick könnte dies dafür sprechen, dass sich der Senat von seinen zuvor gemachten Ausführungen distanzieren wollte; andererseits verweist er in seinem Urteil an mehreren Stellen ausdrücklich auf seine Ausführungen zum O-Beinefall und stellt gleichzeitig keine neuen Voraussetzungen auf, sodass davon auszugehen ist, dass die dogmatischen Erwägungen in Bezug auf den Gedanken der hypothetischen Einwilligung auch weiterhin Geltung beanspruchen sollen.²⁰⁸

²⁰² BGH NJW 1984, 1397, 1399; BGH, NJW 1990, 2928, 2929.

²⁰³ Dazu *Eisenberg*, in: *Eisenberg Beweisrecht*, I Rn.1.

²⁰⁴ Demgegenüber ebenfalls kritisch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 102.

²⁰⁵ BGH NStZ 1996, 34, 35.

²⁰⁶ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 102.

²⁰⁷ Dieser Auffassung ist auch *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 87; s. dazu etwa *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 435 ff.; *Mitsch*, JZ 2005, 279 ff.; *Rigizahn*, JR 1996, 69, 73 ff.

²⁰⁸ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 152.

Interessant ist allerdings, dass sich die schwerpunktmäßige Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung innerhalb der Literatur nicht, wie eigentlich zu erwarten, mit der hypothetischen Einwilligung, sondern überwiegend mit der Frage auseinandersetzt, ob hier tatsächlich ein relevanter Aufklärungsmangel vorlag.²⁰⁹ Ausgangspunkt dessen ist es, dass nach Auffassung des BGH die strafrechtlich relevante Aufklärungspflicht des Arztes den gleichen Umfang haben soll wie ihre zivilrechtliche Parallele.²¹⁰ Diese Gleichstellung der beiden Aufklärungspflichten wurde und wird bis heute kritisch gesehen.²¹¹ Der BGH hatte sie allerdings bis dato nicht in Frage gestellt. Abweichend von der damaligen zivilrechtlichen Rechtsprechung, nach der es allein maßgeblich war, dass ein behandlungsspezifisches Risiko vorliegt, unabhängig von der Wahrscheinlichkeit,²¹² argumentierte der Senat hier mit der unterschiedlichen Komplikationsdichte der in Rede stehenden Behandlungsmethoden und einer Risikoerhöhung von Gewicht.²¹³ Mit diesen Erwägungen deutet der BGH i. E. eine Art Akzessorietätslockerung der strafrechtlichen gegenüber der zivilrechtlichen Aufklärungsjudikatur an, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes aufgrund von Aufklärungsverstößen einzuschränken.²¹⁴ Die damit angedeutete Entkoppelung vom zivilrechtlichen Aufklärungsbegriff mit dem Ziel der Einschränkung der strafrechtlichen Verantwortung, findet in der Literatur noch heute großen Zuspruch.²¹⁵

Im Surgibone-Dübel-Urteil ging der BGH allerdings letztlich einen anderen Weg und leitete aus der Unkenntnis der Patienten hinsichtlich der fehlenden Zulassung nach dem AMG einen relevanten Aufklärungsmangel her, aus dem die Unwirksamkeit der Einwilligung resultierte.²¹⁶ Dieser Sichtweise des BGH schlug innerhalb der Literatur massive Kritik entgegen, wobei darauf verwiesen wird, dass die Zulassung eines Arzneimittels weder mit dessen Nutzen noch der Wirksamkeit korreliere.²¹⁷ Die Zulassung des Arzneimittels gilt grundsätzlich

²⁰⁹ *Jordan*, JR 1997, 32 f.; *Rigizahn*, JR 1996, 69, 72 ff., *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132 f.

²¹⁰ So verweist der Senat im Myom-Urteil BGHSt 11, 111, 116 auf die zivilrechtliche Rechtsprechung zum Aufklärungsumfang (BGH NJW 1956, 1106).

²¹¹ *Schreiber*, in: *Roxin/Widmaier*, FG-BGH, Bd. IV, 2000, S. 503, 513 ff.

²¹² *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132 m. w. N.

²¹³ BGH NStZ 1996, 34.

²¹⁴ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 89 f.; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 100; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 286; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 270; *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132 f.

²¹⁵ S. dazu D.I.2.; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 507 ff., 531; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 471 ff.; *Eisele*, FS Strätz, 2006, S. 163, 181; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 270; *Rosenau*, in: *Rosenau/Hakeri*, S. 215, 217 ff.; *Schöch*, in: *Roxin/Schroth*, S. 51, 54 f.; *Schroth*, in: *Roxin/Schroth*, S. 23, 35; *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 172.

²¹⁶ BGH NStZ 1996, 34, 35.

²¹⁷ *Jordan*, JR 1997, 32, 33.

weder zivil- noch strafrechtlich als Rechtfertigungsgrund.²¹⁸ Selbst die zivilrechtliche Aufklärungspflicht des Arztes umfasst derartige Gesichtspunkte nicht,²¹⁹ sodass der Strafsenat hier sogar strengere Anforderungen gegenüber dem zivilrechtlichen Äquivalent statuierte. Im Hinblick darauf ist etwa *Kuhlen* der Meinung, dass allein die mangelnde Information über ein „rein formelles Gütesiegel“ die Unwirksamkeit der Einwilligung des Patienten nicht zu begründen vermag.²²⁰ Einschränkend ist dabei allerdings zu berücksichtigen, dass neben der Attestierung der Verkehrsfähigkeit die Intention des Zulassungsverfahrens darin besteht, Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit des Arzneimittels zu gewährleisten.²²¹ Demnach wäre es verfehlt, dem Aspekt der arzneimittelrechtlichen Zulassung in derartiger Pauschalität die Relevanz für die Entscheidung im Hinblick auf die körperbezogene Selbstbestimmung abzusprechen. Der BGH bejahte zwar letztlich zunächst – nach nicht unerheblichem Begründungsaufwand – die Aufklärungspflichtverletzung des Arztes, stellte im Anschluss aber die Anwendung der hypothetischen Einwilligung oder Aspekte des Schutzzweckgedankens in Aussicht.²²² Kritikwürdig ist es demzufolge, dass der BGH zunächst eine Pflicht zur Aufklärung über die Nichtzulassung des Surgibone-DüBELS statuiert, sie im Anschluss jedoch selbst in Anwendung der hypothetischen Einwilligung ihrer Bedeutung beraubt.²²³ Tatsächlich läuft damit das festgestellte Aufklärungsdefizit rückwirkend leer. Dies gilt jedoch nur für den Fall, dass der BGH von einem Erlaubnistarbestandsirrtum des Arztes ausgeht. Denn führt man sich demgegenüber vor Augen, dass die genannten Zurechnungserwägungen es nur vermögen, das Unrecht einer *vollendeten* Körperverletzung auszuschließen, ist damit über das mögliche Verhaltensunrecht einer Versuchstat noch nichts entschieden.²²⁴

(3) Exkurs: Einordnung als Erlaubnistarbestandsirrtum (ETBI)

Ferner kann diese Entscheidung zum Anlass genommen werden, um kurz auf die bestehenden Unstimmigkeiten in Bezug auf den ETBI und die hypothetische Einwilligung aufmerksam zu machen. Dazu ist es zuvor zwingend erforderlich, eine Abgrenzung zwischen einem Erlaubnisirrtum und einem Erlaubnistarbe-

²¹⁸ Vgl. § 25 X AMG.

²¹⁹ Anders in BGH NJW 2007, 2767 ff., in dem der Zivilsenat dem Gütesiegel nach dem AMG eine nicht unerhebliche Bedeutung in Bezug auf die Aufklärung beimaß.

²²⁰ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 344 f.

²²¹ Vgl. *Meier*, in: *Meier/von Czettritz/Gabriel/Kaufmann, Pharmarecht*, § 1 Rn. 5 ff.

²²² *Hengstenberg*, *Die hypothetische Einwilligung*, S. 102; zu dem Aspekt des Schutzzweckgedankens *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 341 ff.; *Jordan*, JR 1997, 32 f.

²²³ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 344.

²²⁴ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 344.

standsirrtum vorzunehmen.²²⁵ Ein Erlaubnisirrtum liegt vor, wenn jemand die tatsächlichen Umstände erfasst, die sein tatbestandsspezifisch grundsätzlich missbilligtes und auch nicht gerechtfertigtes Verhaltens begründen, jedoch in rechtlich zu beanstandender Weise eine Rechtfertigung annimmt.²²⁶ Damit handelt es sich um einen indirekten Verbotsirrtum, der traditionell über § 17 StGB „gelöst“ wird. Von einem Erlaubnisirrtum ist demnach z. B. dann auszugehen, wenn der Arzt die tatsächlichen Umstände kennt, die den Mangel der Einwilligung begründen, den körperlichen Eingriff aber gleichzeitig dennoch als zulässig erachtet, weil er glaubt, keine Einwilligung zu benötigen.²²⁷ In einem solchen Fall missachtet er die Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten und irrt über die rechtlichen Grenzen seines Handelns.²²⁸ Um einen Irrtum derselben Dimension handelt es sich, wenn er die Minderjährigkeit eines Patienten erkennt, diesen aber dennoch für einwilligungsfähig hält.²²⁹ Demgegenüber bezieht sich die Fehlvorstellung beim Erlaubnistratbestandsirrtum auf das Gegebensein der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes.²³⁰ Dem Täter bleibt aufgrund der Verkennung der Tatsachenebene die Unwertdimension seines Handelns in ähnlicher Weise verborgen, wie dem im Tatumstandsirrtum befindlichen Täter,²³¹ sodass eine Anwendung des § 16 StGB (in analoger Form) hier nahe liegt.²³² Davon ist z. B. dann auszugehen, wenn der Arzt irrtümlich tatsächliche Umstände annimmt, die die Einwilligungsfähigkeit seines Patienten begründen, wenn er glaubt, den Patienten bereits aufgeklärt zu haben, oder davon ausgeht, dass dieser zuvor wirksam auf die Aufklärung verzichtet hat.²³³ Denkbar ist in diesem Zusammenhang weiterhin, dass dem Arzt selbst das aufklärungsbedürftige Risiko zum Zeitpunkt der Aufklärung noch nicht bekannt war, weil es in einem speziellen Fachgebiet der Wissenschaft begründet wird, allgemein derzeit

²²⁵ S. zu diesem Aspekt zudem die Ausführungen unter A.VI. 1. d) aa) Fn. 704. Dazu, dass die traditionelle Unterscheidung zwischen dem auf bloße Faktenkenntnis bezogenen Tatumstandsirrtum bzw. dem ETBI und dem, rechtliche Bewertungen betreffenden Verbots- oder Erlaubnisirrtum durchaus fragwürdig ist, zudem weiterführend *Freund/Bünzel, Die Elemente der Straftat*, § 2 Rn. 106 ff., 144 ff.

²²⁶ *Freund/Rostalski, AT*, § 7 Rn. 107.

²²⁷ Z. B. weil er davon ausgeht, sofern er kunstgerecht handelt und der Eingriff medizinisch geboten ist, sei eine Einwilligung entbehrlich; s. dazu BGH NStZ 2010, 205, 206; *Kraatz, Arztstrafrecht*, § 3 Rn. 83; denkbar ist auch, dass er irrig davon ausgeht, eine gegebene Einwilligung sei trotz fehlender Einwilligungsfähigkeit oder Drohung wirksam; s. dazu BGH NJW 1978, 1206.

²²⁸ BGH NStZ 2012, 272; OLG Hamm NJW 1987, 1034, 1035; *Kraatz, Arztstrafrecht*, § 3 Rn. 83.

²²⁹ *Kraatz, Arztstrafrecht*, § 3 Rn. 83.

²³⁰ *Freund/Rostalski, AT*, § 7 Rn. 110.

²³¹ *Freund/Rostalski, AT*, § 7 Rn. 114.

²³² Ohne an dieser Stelle in eine tiefergehende dogmatische Auseinandersetzung der Verortung des ETBI eintreten zu wollen, scheint diese Annahme im Ergebnis als Konsens der meisten vertretenen Auffassungen zu resultieren.

²³³ *Kraatz, Arztstrafrecht*, § 3 Rn. 80a.

allerdings nicht diskutiert wird.²³⁴ Übertragen auf die hypothetische Einwilligung bedeutet das Folgendes: Nimmt der Arzt irrig an, dass über einen aufklärungspflichtigen Umstand nicht aufzuklären ist, handelt es sich um einen Irrtum auf rechtlicher Ebene, also einen Erlaubnisirrtum (bzw. bei Verortung der Einwilligung im Tatbestandsbereich um einen Verbotsirrtum). Ein Vergleich mit einer Notwehrsituation zeigt: Verletzt der grundsätzlich durch Notwehr Gerechtfertigte den weiterhin den am Boden liegenden Angreifer in der Annahme, dieses Verhalten sei noch durch Notwehr gerechtfertigt, ist von einem Erlaubnisirrtum auszugehen. Diese Annahme ist spiegelbildlich auf den Arzt zu übertragen, der zwar grundsätzlich durch die Einwilligung gerechtfertigt wäre, es jedoch tatsächlich nicht ist, weil er einen aufklärungspflichtigen Umstand fälschlich für nicht aufklärungsbedürftig hält. Zur Annahme eines Erlaubnistaatbestandsirrtums würde man demgegenüber dann gelangen, wenn der Arzt z. B. auf der Basis falscher Erinnerung davon ausgeht, über jenen Umstand bereits aufgeklärt zu haben, was tatsächlich nicht der Fall ist. Der Annahme eines Erlaubnistaatbestandsirrtums liegen also strenge Maßstäbe zu Grunde, die innerhalb der Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung nicht immer eingehalten werden. Es zeigt sich vielmehr die Tendenz, vorschnell von einem Irrtum über tatsächliche Umstände auszugehen, obwohl die Fehlvorstellung bei exakter Analyse allein auf rechtlicher Ebene verbleibt.²³⁵ Mit der Annahme eines Erlaubnistaatbestandsirrtums in einer solchen Fallgestaltung droht jedoch eine letztlich nicht mehr stimmige Ausdehnung des Anwendungsbereichs des ETBI entgegen seiner ursprünglichen Intention. Zu einem stimmigen Gesamtkonzept könnte man nur gelangen, wenn man die traditionell unterschiedliche Behandlung der Tat- und der Rechtsfahrlässigkeit aufgeben würde.²³⁶

Auch im Surgibone-Fall wäre ein ETBI bei genauerer Auseinandersetzung nur dann ernsthaft diskutabel gewesen, wenn der Arzt nicht über die Aufklärungsbedürftigkeit des Umstands der Verwendung, sondern konkret tatsächlich darüber geirrt hätte, dass es sich bei dem Surgibone-Dübel um ein zugelassenes Arzneimittel handele, was eine Aufklärung nach der Auffassung der Rechtsprechung entbehrlich gemacht hätte.

dd) Fazit

Diese Entscheidungen illustrieren eindeutig die Übertragung der zivilrechtlichen Haftungsfigur ins Strafrecht. Insbesondere in der Surgibone-Dübel-Ent-

²³⁴ BGH NJW 2010, 3220, 3231; BGH NJW 2011, 375 ff.; OLG Köln BeckRS 2011, 18438.

²³⁵ In diesem Zusammenhang ist etwa auf die sehr zweifelhaften Feststellungen des BGH angesichts des Vorliegens eines ETBI in BGH NStZ 2012, 205 zu verweisen, s. dazu B.I.3.e).

²³⁶ S. zu einem solchen Konzept *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 8 Rn. 40, 200; *Freund/Rostalski*, AT, § 4 Rn. 64 ff., § 7 Rn. 11 ff., 97 ff.

scheidung ist erstmals die explizite Nennung des Terminus der hypothetischen Einwilligung zu verzeichnen. Dennoch bleibt der BGH dogmatisch konkrete Umsetzungshinweise, wo diese Erwägungen im Deliktaufbau zu berücksichtigen sind, schuldig. Während er im O-Beinefall und im Cignolinfall von der mangelnden Ursächlichkeit der Pflichtverletzung ausgeht, nimmt er im Surgibone-Dübel-Fall zum konkreten strafrechtlichen Anknüpfungspunkt der hypothetischen Einwilligung im Deliktaufbau keine Stellung.

c) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf Vorsatzdelikte

aa) Der Bandscheibenfall

(1) *Sachverhalt*

Im sogenannten Bandscheibenfall,²³⁷ wendete der BGH die hypothetische Einwilligung erstmals auf einen Sachverhalt an, in dem die Einwilligung durch eine bewusste Täuschung über den Zweck des Eingriffs erschlichen worden war. Die Patientin begab sich aufgrund eines Bandscheibenvorfalls in operative Behandlung in die Abteilung des angeklagten Chefarztes. Bei ihr war ein schwerer Bandscheibenvorfall im Bandscheibenfach L 4/5 der Lendenwirbelsäule und ein leichterer Bandscheibenvorfall im darunterliegenden Fach diagnostiziert worden. Sie willigte in die operative Korrektur des schweren Bandscheibenvorfalls ein. Die behandelnde Oberärztin operierte allerdings, ohne dass sie es selbst bemerkte, fälschlicherweise den leichteren Bandscheibenvorfall im unteren Fach. Am Tag nach der Operation zeigten sich Lähmungserscheinungen der unteren Extremitäten, die auf eine Beeinträchtigung von Nervenfasern hinwiesen. Als Ursache der Nervenbeeinträchtigung kam ein Frührezidiv – dabei handelt es sich um einen erneuten Vorfall im selben Fach – oder das Fortbestehen des ursprünglichen Vorfalls in Betracht. Die weiteren Untersuchungen ergaben eindeutig, dass die Beschwerden aus der Verwechslung der betroffenen Lendenwirbel resultierten, was die Oberärztin auch in der Krankenakte notierte. Nach Rücksprache mit dem Chefarzt riet dieser der Ärztin dazu, den Behandlungsfehler gegenüber der Patientin zu verschweigen und die Notwendigkeit einer weiteren Operation zur Entfernung des Bandscheibenvorfalls im tatsächlich nicht operierten Fach mit einem Frührezidiv zu begründen. Die Ärztin folgte dem Rat des Chefarztes und führte die zweite Operation auf der Grundlage einer durch Täuschung über den wahren Operationsgrund erschlichenen Einwilligung der Patientin durch. Nach der rechtskräftigen Erledigung des gegen die operierende Ärztin geführten Verfahrens per Strafbefehl,²³⁸ verurteilte das LG Ravensburg den verantwortlichen Chefarzt wegen Anstiftung zur vorsätzlichen Körperverletzung.²³⁹ Mit der hypo-

²³⁷ BGH NStZ-RR 2004, 16.

²³⁸ Rönnau, JZ 2004, 799, 801 Fn.8.

²³⁹ LG Ravensburg Urteil v. 18.02.2003 – Az. 1 Kls 11 Js 21460/00.

thetischen Einwilligung²⁴⁰ setzte man sich dabei unter folgender Argumentation auseinander: Zwar hätte die Patientin aufgrund der Notwendigkeit und Dringlichkeit möglicherweise auch dann, wenn sie wahrheitsgemäß über das Geschehen in Kenntnis gesetzt worden wäre, der zweiten Operation durch die Oberärztin zugesimmt. Ebenso gut wäre es allerdings denkbar, dass sie infolge des Vertrauensbruchs durch den Behandlungsfehler die Durchführung einer weiteren Operation durch einen anderen Arzt favorisiert hätte. Der BGH bewertete auf die Revision des Angeklagten hin die Feststellungen des LG zur hypothetischen Einwilligung als lückenhaft.²⁴¹ Insbesondere betont er unter Verweis auf seine Ausführungen im vorangegangenen Surgibone-Dübelfall, dass sich eine Strafbarkeit des behandelnden Arztes nur für den Fall begründen ließe, dass der Patient bei hypothetisch ordnungsgemäßer Aufklärung die Vornahme des Eingriffs verweigert hätte. Diese Voraussetzung sei dem Arzt als sicher nachzuweisen und verblieben Zweifel, geböte es der Grundsatz in *dubio pro reo*, vom Vorliegen der hypothetischen Einwilligung des Patienten auszugehen.²⁴² Angesichts dessen kritisierte der Senat, dass das LG die Frage der hypothetischen Einwilligung offen gelassen habe und damit gleichzeitig keine Feststellung über die Ursächlichkeit des Aufklärungsmangels getroffen habe. Unter Betonung dessen, dass es nicht auf eine vernünftige Entscheidung, sondern die hypothetische Entscheidung der individuellen Patientin ankomme,²⁴³ verwies der BGH die Sache zur Sachverhaltsklärung bezüglich des Vorliegens der hypothetischen Einwilligung und ihrer Auswirkungen auf die Kausalitätsfrage an die Vorinstanz zurück. Gleichzeitig betonte der BGH in diesem Urteil, dass mit der Annahme einer hypothetischen Einwilligung des Patienten die *Rechtswidrigkeit* der Körperverletzung entfiele.²⁴⁴

(2) Bewertung und Einordnung

Im Bandscheiben-Fall erreichte die hypothetische Einwilligung innerhalb der Rechtsprechung ihren (bisherigen) Zenit unter Anerkennung der denkbar weitesten Gesichtspunkte. Nicht nur, dass es sich um die erstmalige Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf ein Vorsatzdelikt handelt; die Ärztin handelte auch nicht zum vermeintlich Besten der Patientin, wies stattdessen im Versuch, ihren eigenen Behandlungsfehler zu vertuschen, besonders kriminelle Energie auf.²⁴⁵ Der festgestellte Aufklärungsmangel beruht hier nicht wie in den vorherigen Fällen auf ärztlicher Fahrlässigkeit; vielmehr missbrauchte die Ärztin unter

²⁴⁰ Das LG nutzt im Rahmen dieser Ausführungen allerdings fälschlicherweise den Terminus der „mutmaßlichen Einwilligung“; indessen kommt eine solche augenscheinlich nicht in Betracht.

²⁴¹ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

²⁴² BGH NStZ-RR 2004, 16, 17 unter Verweis auf BGH, NStZ 1996, 34.

²⁴³ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17 unter Verweis auf BGH, NJW 1984, 1397.

²⁴⁴ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

²⁴⁵ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 107.

Ausnutzung des Vertrauensverhältnisses die Aufklärung dazu, ihre zuvor begangene strafrechtlich relevante Verhaltensweise bewusst zu verschleiern.²⁴⁶ Sie instrumentalisierte die Aufklärung dazu, ihren eigenen Kunstfehler zu verdecken.²⁴⁷ In der Folge fehlt es bereits an einem „äußeren Aufklärungsgeschehen“.²⁴⁸ Weder erhielt die Patientin durch die Aufklärung die Gelegenheit, sich mit dem Für und Wider eines erneuten Eingriffs (durch dieselbe Ärztin) auseinanderzusetzen, noch erhielt sie Klarheit über die konkrete Sachlage, um eine Entscheidung auf Augenhöhe treffen zu können. Die Ärztin nutzt stattdessen bewusst eine als Aufklärung getarnte Lüge aus, um sich über das Selbstbestimmungsrecht der Patientin hinwegzusetzen.²⁴⁹ Derartige Verhaltensweisen unter dem Terminus der Aufklärung zu verorten, ist eine Farce für jegliches Patientenrecht. Eine solche „Scheinaufklärung“ darf es dem Arzt nicht ermöglichen, sich die Hintertür der hypothetischen Aufklärung rechtsmissbräuchlich offen zu halten.²⁵⁰ Nichtsdestotrotz scheute sich der BGH nicht, auch in einem solchen Fall die Möglichkeit der hypothetischen Einwilligung zu gewähren,²⁵¹ stellt sogar in seiner Urteilsbegründung klar, dass auch im Falle einer vorsätzlichen und grundsätzlich rechtswidrigen Körperverletzung nur dann von einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes ausgegangen werden kann, wenn im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung die Einwilligung der Patientin unterblieben wäre.²⁵² Auf die ursprüngliche Intention der hypothetischen Einwilligung als zivilrechtliches Haftungskorrektiv zur Beschränkung der Verantwortlichkeit des Arztes im Hinblick auf immer weiter ausufernde Aufklärungspflichten,²⁵³ lässt sich diese Interpretation nicht zurückführen. Es erscheint kaum sachgemäß, dass ein Arzt, dem der Umfang der Aufklärungspflicht genau bewusst ist und der seinem Patienten bewusst wahrheitswidrig eine andere Operationsindikation vorspiegelt, um seinen eigenen Kunstfehler zu verdecken, als schutzwürdig angesehen werden soll.²⁵⁴ Die Bedeutung dessen sei hier noch einmal deutlich hervorgehoben: Selbst dann, wenn der Arzt sich vorsätzlich über das Selbstbestimmungsrecht des Patienten hinwegsetzt, soll er sich auf eine Strafbarkeitseinschränkung zu seinen Gunsten berufen können.

Im Bandscheibenfall wird zudem erstmals deutlich, welche Gefahr die Anwendung des Grundsatzes *in dubio pro reo* für das Selbstbestimmungsrecht des Pa-

²⁴⁶ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 305; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 108.

²⁴⁷ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 305.

²⁴⁸ *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 305.

²⁴⁹ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 108.

²⁵⁰ *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 176.

²⁵¹ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 108.

²⁵² BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

²⁵³ *Rönnau*, JZ 2004, 799, 801 f.

²⁵⁴ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 108.

tienten birgt.²⁵⁵ Es erscheint hier bedenklich, wenn der BGH für eine Strafbarkeit bei unterbliebener Aufklärung verlangt, es sei dem Arzt *nachzuweisen*, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung seine Zustimmung verweigert hätte.²⁵⁶ Ein solches Verständnis drängt den Patienten in die Situation, sich dafür rechtfer- tigen zu müssen, dass er gegenüber dem Arzt auf die Berücksichtigung seines Selbstbestimmungsrechts besteht und sich dessen Therapie nicht ausnahmslos unterordnet.

Niemand käme in den klassischen Einwilligungsfällen jenseits der ärztlichen Heilbehandlung derzeit auf die Idee, nach einer hypothetischen Einwilligung des Rechtsgutsinhabers zu fragen.²⁵⁷ Das mit der hypothetischen Einwilligung auf- geworfene Missverhältnis wird besonders dann offenbar, wenn man es in seiner inhaltlichen Aussage auf andere Deliktsgruppen bezieht, die vergleichbare Dis- positionen beinhalten. Konkret bietet sich dazu die Sachverhaltsgestaltung eines Bettelbetrugs an. Der Täter T spiegelt einem gutgläubigen Passanten wahrheits- widrig vor, Spenden für eine Hilfsorganisation zu sammeln. Tatsächlich hatte er allerdings von Anfang an vor, das Geld für sich zu behalten und damit alkoholische Getränke zu erwerben. Das Erfolgsunrecht der erfolgten Vermögensverfü- gung durch P wird nicht von der Hypothese abhängig gemacht, ob P nicht viel- leicht in Kenntnis des wahren Verwendungszwecks dennoch bereit gewesen wäre, dem T dieselbe Summe zu schenken, sodass die betrugsrelevante Täuschung da- mit nicht ursächlich für den Vermögensschaden geworden ist. Der Schaden soll sich hier bereits aus der „sozialen Zweckverfehlung“ der Spende ergeben.²⁵⁸ Die Konsequenz aus diesem Vergleich, die nachdenklich stimmen sollte, ist das unter diesem Aspekt höhere strafrechtliche Schutzniveau der Dispositionautonomie des Menschen über seine Vermögenswerte gegenüber der freien Selbstbestim- mung über seinen eigenen Körper.²⁵⁹ *Puppe* bringt dieses Dilemma prägnant auf den Punkt, wenn sie formuliert,

²⁵⁵ Sickor, JA 2008, 11, 16; vgl. auch Roxin, Strafrecht AT, § 13 Rn. 124, der um dieser Konsequenz zu begegnen, statt des Grundsatzes in *dubio pro reo* eine Anwen- dung der Risikoerhöhungslehre auf die hypothetische Einwilligung präferierte, nach der sich eine Strafbarkeit des nicht aufklärenden Arztes bereits daraus ergab, dass die Mög- lichkeit der Operationsverweigerung besteht. Diese Auffassung hat er allerdings inzwischen in der neueren Auflage zugunsten einer vollständigen Ablehnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht wieder aufgegeben; s. Roxin/Greco, Strafrecht AT, § 13 Rn. 125 ff.

²⁵⁶ Roxin/Greco, AT, § 13 Rn. 123.

²⁵⁷ Krüger, FS Beulke, 2015, S. 137, 147.

²⁵⁸ BGH NStZ-RR 2011, 373; dazu auch Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, § 263 Rn. 56 m.w.N.

²⁵⁹ So hat es auch der BGH in seiner berühmten Entscheidung BGHSt 13, 13 abge- lehnt, die Betrugsstrafbarkeit davon abhängig zu machen, ob sich der Getäuschte vor dem Eindruck der Wahrheit ebenso entschieden hätte. Ausdrücklich heißt es in diesem Urteil: „Der tatsächliche Verlauf der Willensbildung verliert sein Dasein und seine rechtliche Berechtigung nicht dadurch, dass an seine Stelle ein anderer getreten wäre,

„ein Patient, der gegen den Arzt, der ihn hintergangen hat, ein Privatklageverfahren wegen Körperverletzung angestrengt hat, dürfte sich kaum in seinem Selbstbestimmungsrecht respektiert fühlen, wenn der Richter ihm erklärt, dass dieses nicht verletzt sei, weil er, der Richter, genau wisse, dass er auch bei richtiger Aufklärung in den Heileingriff eingewilligt hätte“.²⁶⁰

Insgesamt geht das Urteil des Bandscheibenfalls in seiner Tragweite deutlich über die Aussagekraft der vorangegangenen Rechtsprechung anlässlich der hypothetischen Einwilligung hinaus: Indem der Senat die Anwendung auch für den Fall der arglistigen Erschleichung der Einwilligung des Patienten nicht versagte, griff er sogar über den zivilrechtlichen Anwendungsbereich hinaus²⁶¹ Mit der Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Bandscheibenfall gab der BGH ihr über den Fall des fahrlässigen Aufklärungsmangels hinaus eine Daseinsberechtigung in Bezug auf einen vorsätzlich handelnden Arzt, dem die Tatsache der gänzlich fehlende Einwilligung im Zeitpunkt seines Handelns bewusst ist.²⁶² Diese Anerkennung spaltete das Schrifttum. Einerseits zeigte sich innerhalb der Literatur Zustimmung in Bezug auf die Anwendung der hypothetischen Einwilligung.²⁶³ Daran anknüpfend wird zum Teil auch gefordert, die hypothetische Einwilligung (leicht modifiziert) auf sämtliche Erfolgsdelikte zu erstrecken.²⁶⁴ Konkret diskutiert wird dies in Bezug auf den Schwangerschaftsabbruch,²⁶⁵ die Sachbeschädigung²⁶⁶ und die Untreue.²⁶⁷ Andererseits stieß die weite Anwendung der hypothetischen Einwilligung beginnend mit dieser Entscheidung auf massive Kritik innerhalb des Schrifttums,²⁶⁸ die inzwischen deutlich zugenommen hat. So lehnt etwa ein doch beachtlicher Teil der Kritiker die Figur der hypothetischen

aber nicht getreten ist. Er bleibt dennoch die wirkliche Grundlage der Vermögensverfügung. Die innere Verknüpfung zwischen dem Irrtum und der von ihm verursachten oder mitverursachten Vermögensverfügung wird nicht dadurch aufgehoben, dass der Getäuschte sonst andere Erwägungen angestellt hätte, die er in Wirklichkeit nicht ange stellt hat.“

²⁶⁰ *Puppe*, ZIS 2016, 366, 367.

²⁶¹ *Sternberg-Lieben*, FS Beulke, 2015, S. 299, 305; *Eisele*, FS Strätz, 2006, S. 163, 179; *Sowada*, NStZ 2012, 1, 9.

²⁶² *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 266.

²⁶³ S. dazu die Darstellung des Meinungsstandes bei *Grünewald*, in: LK-StGB, § 223 Rn. 103 f.; *Amelung*, ZStW 109 (1997), 490; *Jahn*, JuS 2007, 1146; *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 573.

²⁶⁴ Dann aber regelmäßig in Annahme einer modifizierten Zurechnungserwägung; vgl. *Dreher*, Objektive Erfolgsszurechnung, S. 109 f.; *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 340.

²⁶⁵ Vgl. *Merkel*, in: Roxin/Schroth, 295 ff.; *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a StGB Rn. 38 ff.

²⁶⁶ Vgl. *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 444.

²⁶⁷ Vgl. *Rönnau*, LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 231; *ders.*, FS Tiedemann, 2008, S. 713, 720; insgesamt dargestellt bei *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 267.

²⁶⁸ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 108 f. m.w.N.

Einwilligung für das Strafrecht gänzlich ab,²⁶⁹ andere plädieren für eine engere Handhabung oder einschränkende Modifikation.²⁷⁰

Auch hinsichtlich der dogmatischen Einordnung der Rechtsfigur ist das Urteil als sehr bedeutsam zu qualifizieren und eröffnet einen großen Interpretationsspielraum. Interessant ist, dass der BGH innerhalb seiner Urteilsbegründung auf die im Rahmen des Surgibone-Dübelfalls aufgestellten Voraussetzungen verweist.²⁷¹ Das stützt zunächst die grundsätzliche Erwägung, dass die hypothetische Einwilligung sowohl im Bereich der Vorsatz- als auch der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit identischen Maßstäben folgt.²⁷² Daneben liefert der Senat mit der Aussage, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung die *Rechtswidrigkeit* entfalle,²⁷³ den wohl bedeutsamsten Ausgangspunkt für weitergehende dogmatische Spekulationen. Nimmt man diesen Aspekt wörtlich, müsste man davon ausgehen, dass der BGH die hypothetische Einwilligung als eigenständigen Rechtfertigungsgrund *sui generis* aufgefasst wissen wollte, der die Rechtswidrigkeit des Handelns insgesamt entfallen lässt oder sich zumindest mit der Anerkennung eines normativen Korrektivs zur tatsächlichen Einwilligung auseinandersetzen.²⁷⁴ Ferner liegt hier ein Widerspruch zur vorangegangenen Surgibone-Dübel-Entscheidung, in der die hypothetische Einwilligung – durch Verweis auf den vorangegangenen O-Beinefall²⁷⁵ – dogmatisch als ein Fall der „Ursächlichkeit der Pflichtverletzung“ eingeordnet wird. Grundsätzlich könnte die abweichende Darstellung innerhalb der Begründung natürlich von einem stattgefundenen Rechtsprechungswandel zeugen. Dagegen sprechen jedoch die vielen Verweisungen auf die vorangegangenen Entscheidungen, in denen die hypothetische Einwilligung tendenziell eher auf der Ebene des Tatbestands verortet

²⁶⁹ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 499 ff.; Böcker, JZ 2005, 925, 931; Bosch, JA 2008, 70, 72; Duttge, FS Schröder, 2006, S. 179; Eisele, JA 2005, 252; Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 243; Puppe, JR 2004, 469 ff.; Jäger, JA 2012, 70 ff.; vollständige Übersicht der ablehnenden Literatur bei Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 40g f.

²⁷⁰ Sickor, JA 2008, 11, 16; Sternberg-Lieben, FS Beulke 2015, S. 299 ff.; Edlbauer, Hypothetische Einwilligung, S. 472 ff.; Riedelmeier, Ärztlicher Heileingriff, S. 117 ff.; Swoboda, ZIS 2013, 18, 31 f.; Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 380 ff., um nur einige zu nennen.

²⁷¹ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

²⁷² Verwundert über derartige Gleichsetzungen Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 110.

²⁷³ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

²⁷⁴ Vgl. zu diesem Deutungsmodell Eisele, FS Strätz, 2006, S. 163, 175; Garbe, Wille und Hypothese, S. 284 ff.; Haas, GA 2015, 147; a.A. Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 133, der die Formulierung, dass die Rechtswidrigkeit „entfalle“ als Indiz dafür heranzieht, dass das Verhalten gerade nicht im Sinne eines eigenen Rechtfertigungsgrundes „gerechtfertigt“ wäre.

²⁷⁵ BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90 Rn. 10.

wurde.²⁷⁶ Gleichzeitig schließt die Formulierung des BGH die Forderung eines übergeordneten Zurechnungszusammenhangs zwischen dem Mangel innerhalb der Rechtfertigung und dem Taterfolg als eine Art Ursächlichkeit, wie es *Kuhlen* vertritt, nicht aus.²⁷⁷ Angesichts der vorsätzlichen Verwirklichung im Bandscheibenfall verbleibt schließlich eine weitere Deutungsmöglichkeit der Aussage des BGH: Aufgrund der vorangegangen Täuschung waren sich sowohl der Chefarzt als auch die Oberärztin der Unwirksamkeit der Einwilligung bewusst, sodass für die Annahme eines Erlaubnistratsbestandsirrtums im vorliegenden Fall – anders als noch im vorangegangenen Surgibone-Dübel-Fall – kein Raum blieb. Dementsprechend sieht auch der BGH den subjektiven Tatbestand der Strafbarkeit als erfüllt an.²⁷⁸ Waren die beiden Mediziner davon ausgegangen, dass die Patientin auch bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, hätte es der vorangegangenen Täuschung erst gar nicht bedurft. Damit hat man es nun erstmals mit einer vorsätzlichen Aufklärungsverweigerung zu tun. *Hengstenberg* wertet die Aussage des BGH davon ausgehend als einen Versuch, die zuvor allein auf Fahrlässigkeitsdelikte konzipierte Konstruktion der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht überhaupt auf Vorsatzdelikte übertragbar zu machen.²⁷⁹ Dieser Aspekt scheint nicht gänzlich von der Hand zu weisen, führt man sich vor Augen, dass der BGH in seiner Rechtsprechung zu den vorsätzlichen Erfolgsdelikten die Prüfung der Kausalität und Zurechnung regelmäßig als eine Korrektur des Vorsatzes vornimmt.²⁸⁰

Allein auf der Basis der Äußerungen des BGH ist eine eindeutige Einordnung jedoch letztlich nicht möglich. Gemeinsam ist den unterschiedlichen dogmatischen Deutungsansätzen allerdings, dass sie alle nur das Erfolgsunrecht der Tat auszuschließen vermögen. Verneint man die sog. „objektive Zurechnung“ auf Rechtfertigungsebene existiert das Verhaltensunrecht fort.²⁸¹ Unabhängig von der Strafbarkeit der Vollendungstat müsste man sich konsequenterweise in einem Fall wie diesem, in dem der Täter subjektiv nicht davon ausgeht, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte, mit einer möglichen Versuchsstrafbarkeit auseinandersetzen.²⁸² Für den BGH stellte sich diese Problematik damals jedoch nicht, weil die Strafbarkeit der versuchten Körperverlet-

²⁷⁶ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 112; das wird etwa durch die Auseinandersetzung mit der Frage nach der Kausalität der pflichtwidrigen Aufklärung für den Körperverletzungserfolg deutlich; BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90 Rn. 10.

²⁷⁷ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, 331, 337; *ders.*, JR 2004, 227 ff.

²⁷⁸ BGH NStZ-RR 2004, 16, 17.

²⁷⁹ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 153.

²⁸⁰ BGHSt 7, 325; BGH NSZ 2016, 721.

²⁸¹ Dazu ausführlich *Kuhlen*, JR 2004, 227, 229; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, S. 69.

²⁸² *Eisele*, JA 2005, 252, 254.

zung im Tatzeitpunkt noch gar nicht existierte. Nach heutiger Gesetzeslage ist eine derartige Auseinandersetzung und dogmatische Differenzierung diesbezüglich allerdings unerlässlich. Die wichtige Feststellung, ob der BGH mit seiner Aussage allein das Erfolgsunrecht oder auch das Handlungsunrecht gleichzeitig mit ausschließen wollte, bleibt dementsprechend offen.

bb) Der Bohrerspitzenfall

(1) Sachverhalt

Im selben Jahr entschied der BGH einen weiteren Fall vorsätzlicher Täuschung: den sogenannten Bohrerspitzenfall.²⁸³ Der angeklagte Unfallchirurg behandelte im Jahr 1999 einen Patienten mit Schulterluxation. Während der operativen Korrektur brach dem Arzt der Bohrer ab. Die ca. 2 cm lange Bohrerspitze blieb im Schulterblatt stecken. Die Bohrerspitze beeinträchtigte das Gelenk nicht und war fast vollständig im Knochen versenkt, wäre jedoch ggf. auf einem späteren Röntgenbild erkennbar gewesen. Nachdem er zunächst versucht hatte, die Bohrerspitze zu bergen, beendete der Arzt seine Operation, beließ den Fremdkörper im Körper des Patienten und vermerkte den Vorfall nicht im OP-Protokoll. Unter Vorspiegelung der wahrheitswidrigen Indikation einer dorsalen Kapselraffung erlangte der Arzt die Einwilligung des Patienten in eine zweite Operation, die letztlich allein der Bergung der Bohrerspitze dienen sollte. Den Bohrerrabbruch und den wahren Grund für die zweite Operation verschwieg er dem Patienten bewusst, weil er die Komplikation nicht zugeben wollte. Im Zuge dessen nahm er eine wenig effektive Kapselraffung vor, die allein den Zweck erfüllen sollte, die Operation im Operationsprotokoll zu rechtfertigen.

Daraufhin wurde der Angeklagte aufgrund der Durchführung der zweiten Operation²⁸⁴ vom LG Freiburg wegen vorsätzlicher Körperverletzung verurteilt.²⁸⁵ Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision des Angeklagten²⁸⁶ hatte keinen Er-

²⁸³ BGH JR 2004, 469.

²⁸⁴ Hinsichtlich der ersten Operation ist ihm insoweit kein Vorwurf zu machen. Je- denfalls kann ein Sorgfaltspflichtverstoß bei der Durchführung der Operation nicht ohne Weiteres festgestellt werden. Mit Blick auf eine Begehung durch Unterlassen ist zu Gunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Entfernung der Bohrerspitze zum Zeitpunkt der ersten OP aufgrund der Lage und der Schnittführung nicht möglich war. Vgl. zur ausführlichen Falllösung Jäger, Examensrepetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, § 4 Rn. 146c.

²⁸⁵ LG Freiburg Urteil vom 18.02.2003 (Az.: 2 Kls 21 Js 20723/00 AK 22/00). Zusätzlich wurde er wegen fahrlässiger Körperverletzung in drei Fällen verurteilt. Dieser Verurteilung lagen drei von dem geschilderten Fall unabhängige Fälle stationärer Behandlung zu Grunde, bei denen die Pflichtverletzung jeweils ebenfalls auf Aufklärungs- und Behandlungsfehlern beruhte, die jedoch für die weitere Erörterung bezüglich der hypothetischen Einwilligung nicht von Belang sind.

²⁸⁶ Die v.a. auf die Strafzumessung bezogene Revision der Staatsanwaltschaft blieb ebenfalls erfolglos.

folg. Die Strafrichter des BGH bestätigten die Verurteilung in vollem Umfang. Der BGH teilte dabei zunächst die Annahme des Landgerichts, dass für die zweite Operation, die der Bergung der Bohrerspitze diente, aufgrund der vorangegangenen Täuschung über die Indikation keine wirksame Einwilligung vorlag.²⁸⁷ Darüber hinaus war nach Auffassung des Senats für die mögliche Annahme einer hypothetischen Einwilligung kein Raum.²⁸⁸ Dementsprechend endet die Entscheidung mit dem etwas verwunderlich anmutenden Satz:

„Auf Grund der eindeutigen Feststellungen, nach denen der Patient E zur Entfernung der abgebrochenen Bohrerspitze keine Einwilligung gegeben hatte, war für die Annahme kein Raum, die Rechtswidrigkeit habe deshalb entfallen können, weil der Eingriff *lege artis* durchgeführt und der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die durchgeführte Operation eingewilligt hätte.“²⁸⁹

(2) Bewertung und Einordnung

Der Abschlussatz der Entscheidung scheint auf den ersten Blick die hypothetische Einwilligung im Falle einer vollständig fehlenden Aufklärung ablehnen zu wollen. Ansonsten wäre nämlich gerade die Feststellung, dass keine Einwilligung vorlag, nicht Ausschlusskriterium, sondern vielmehr Anlass hypothetischer Erwägungen. Hervorzuheben ist jedoch, dass sich der Patient im vorliegenden Fall täuschungsbedingt des konkreten Risikos der körperlichen Beeinträchtigung nicht einmal annähernd bewusst war, weil er von der Einwilligung in einen völlig anderen medizinischen Sachverhalt ausging.²⁹⁰ Aufgrund des konkreten Bezugspunkts der Täuschung scheint der BGH die Möglichkeit der Strafbarkeitsbegrenzung durch die hypothetische Einwilligung abzulehnen. Diese Tatsache wird teilweise innerhalb der Literatur als nachträgliche Distanzierung von der Judikatur im Bandscheibenfall und damit einhergehende Rückbesinnung auf die eigentliche Problematik gewertet.²⁹¹ Dafür spricht zunächst auch, dass sich die Auseinandersetzung des Senats mit der möglichen Berücksichtigung der hypothetischen Erwägungen auf einen lapidaren Satz beschränkt. Gegen die These, dass der BGH selbst die Rechtsprechung im Bandscheibenfall nachträglich als zu ausufernd interpretiert hätte und sich im Bohrerspitzenfall nun eine rückwärtige Tendenz manifestiere,²⁹² spricht jedoch der gleichzeitige Verweis auf den Band-

²⁸⁷ NStZ 2004, 442.

²⁸⁸ Diesbezüglich wird auf den Bandscheibenfall verwiesen; vgl. BGH NStZ-RR 2004, 16.

²⁸⁹ BGH JR 2004, 469.

²⁹⁰ Otto/Albrecht, Jura 2010, 264, 271.

²⁹¹ Otto/Albrecht, Jura 2010, 264, 271; gemeint ist damit das genuin strafrechtliche Problem der Anforderungen an die Wirksamkeit einer Einwilligung unabhängig vom medizinstrafrechtlichen Kontext.

²⁹² Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 91, 95.

scheibenfall.²⁹³ Zudem beweist das Urteil dadurch, dass überhaupt eine Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung erfolgt, dass der BGH die hypothetische Einwilligung grundsätzlich auch im Falle der durch vorsätzliche Täuschung erschlichenen Einwilligung nach wie vor als möglich erachtet.²⁹⁴ Tatsächlich scheint es stattdessen nicht auf die Täuschung als solche, sondern vielmehr auf den konkreten Bezugspunkt der Täuschung als einen Aspekt der Abwägung anzukommen.

Dogmatisch bietet das Urteil keine neuen Erkenntnisse zur Einordnung der hypothetischen Einwilligung, weil sich die Ausführungen in einem schlichten Verweis auf den zuvor entschiedenen Bandscheibenfall erschöpfen.

cc) Fazit

Die beiden dargestellten Urteile zeigen, dass selbst der BGH inzwischen die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf Fälle der vorsätzlichen Täuschung nicht scheut. Mit der voranschreitenden Anwendung der „Rechtsfigur“ im Strafrecht häuften sich allerdings bereits zu diesem Zeitpunkt die Folgeprobleme. Wie ist mit einer möglichen Versuchsstrafbarkeit umzugehen? Wie präzise ist die jeweilige Einwilligung des Patienten aufzufassen? Kann es überhaupt eine sinnvolle Antwort auf eine solche nicht determinierte Frage, die von zahlreichen Gesichtspunkten beeinflusst wird, geben? All diese Aspekte können in der bisherigen Anwendung kaum überzeugend gelöst werden. Auch dogmatisch gerät der BGH weiter ins Straucheln, indem mit der Übertragung seines dogmatischen Ansatzes auf Vorsatzdelikte von einem nachträglichen Wegfall der Rechtswidrigkeit auszugehen sein soll. Weitere Ausführungen, ob angesichts dessen die Annahme eines Rechtfertigunggrundes *sui generis* in Rede steht, bleibt der BGH allerdings schuldig.

d) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf nicht kunstgerecht vorgenommene Eingriffe – erstmals auch mit Todesfolge

aa) Der Liposuktionsfall

(1) Sachverhalt

Im sogenannten Liposuktionsfall²⁹⁵ setzte sich der BGH mit der Möglichkeit der Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf einen ärztlichen Heileingriff, der nicht der *lex artis* entsprach, auseinander. Der Angeklagte führte ambulant kosmetisch-chirurgische Eingriffe in seiner Praxis durch. Ende April 2002

²⁹³ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 119.

²⁹⁴ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 119.

²⁹⁵ NStZ-RR 2007, 340.

nahm er im Beisein eines Anästhesisten und einer Krankenschwester eine ambulante Liposuktion unter lokaler Betäubung vor. Über die damit einhergehenden Risiken der Operation war der Patient zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt worden. Der Eingriff verlief komplikationslos. Einige Monate später fand eine Folge-OP statt, bei der der Narbenstummel der ersten Operation entfernt und auf Vorschlag des Arztes noch einmal Fett entfernt werden sollte. Eine (erneute) Aufklärung unterblieb, eine entsprechende Einwilligungserklärung unterzeichnete der Patient nicht. Aufgrund dessen, dass am Operationstag keine Krankenschwester zur Verfügung stand, bat der Chirurg stattdessen einen auf medizinischem Gebiet unerfahrenen Chemiestudenten, ihm bei den Hilfstatigkeiten zur Hand zu gehen. Das Patientenmonitoring traute sich der Angeklagte selbst zu. Vor Beginn der Operation verabreichte er dem Patienten zunächst ein schlafförderndes Mittel, später ein solches gegen Angst- und Spannungszustände sowie ein opiathaltiges schmerzstillendes Mittel. Zur Vorbereitung der Operation infiltrierte er Infusionslösung in den Bauchraum des Patienten. Allerdings klagte der Patient weiterhin über Schmerzen, woraufhin ihm der Angeklagte nochmals 7,5 mg des schmerzstillenden Mittels verabreichte. Ihm war dabei nicht bewusst, dass die kombinierte Gabe der verabreichten Medikamente das Risiko des Auftretens einer zentralen Atemdepression beim Patienten potenzierte. Dementsprechend beunruhigte das tiefe Einschlafen des Patienten, das dem Zustand einer Vollnarkose ähnelte, den Mediziner nicht und er begann mit der Durchführung seiner Operation. Tatsächlich war dies bereits ein Anzeichen der Überdosierung der Medikamente, der Patient litt zu diesem Zeitpunkt schon an einer medikamentenbedingten Atemdepression, was durch das Beschlagen der Sauerstoffmaske deutlich wurde. Die Operation hätte dementsprechend sofort beendet werden müssen und es hätte sofortiger Gegenmaßnahmen bedurft. Der Angeklagte vermochte diese Anzeichen jedoch nicht zutreffend zu deuten und registrierte den besorgniserregenden Zustand erst 20 Minuten später, als ein Überwachungsgerät Alarmsignale aussendete. Daraufhin brach er die Operation ab und führte zunächst selbst erfolglos Beatmungsversuche durch. Auch die Herbeirufung des Notarztes verzögerte sich, da der Chirurg die Nummer der Leitstelle nicht zur Hand hatte. Schließlich erlitt der Patient noch vor Eintreffen des Notarztes einen Herzstillstand, der auf die Überdosierung der Medikamente zurückzuführen war. Im Anschluss gab der Arzt der Ehefrau des toten Patienten ein Blankoformular mit einer Einwilligung zur Operation und sagte ihr, sie solle dieses unterzeichnen „wie ihr Mann“.

Das LG Halle verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung.²⁹⁶ Als Sorgfaltspflichtverstöße benannte das LG die Vornahme der Liposuktion in lokaler Anästhesie statt in Vollnarkose, die Operation ohne geschultes Personal, das ein kontinuierliches Patientenmonitoring gewährleistet, die Medikamentenkombination ohne Berücksichtigung der Risiken der kombinierten Gabe, das

²⁹⁶ Urteil LG Halle vom 27.06.2006, Az.: 150 Js 43564/02 – 21 Ks 10/05.

Nichterkennen der akuten Gefahrenlage und die unzureichende Vorbereitung auf eine Notfallsituation. Eine mögliche Strafbarkeit gem. § 227 StGB lehnte das Gericht ab. Die Vornahme der Operation selbst sei nach Auffassung der Strafkammer durch die hypothetische Einwilligung des Patienten gerechtfertigt gewesen, sodass es für die Körperverletzung mit Todesfolge bereits an einer vorsätzlichen Körperverletzung fehle.²⁹⁷ Dies schlussfolgerte das Landgericht im Wesentlichen daraus, dass der Patient bereits vor der ersten Liposuktion vollenfänglich aufgeklärt worden war und im Bewusstsein der Risiken ausdrücklich zugestimmt hatte, sodass eine nochmalige Zustimmung zu einem solchen Eingriff nahe lag.²⁹⁸ In Bezug auf die Überdosierung der Medikamente sei dem Angeklagten gleichzeitig lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf zu machen.

Die Revision der Nebenklägerin gegen dieses Urteil führt zum Erfolg. Aus Sicht des BGH hatte das Landgericht ein vorsätzliches Handeln des Angeklagten in Bezug auf eine Körperverletzung zum Nachteil seines Patienten und damit einhergehend eine (vorsätzliche) Körperverletzung mit Todesfolge nach § 227 StGB mit rechtsfehlerhafter Begründung zu Unrecht abgelehnt. Der Strafsenat rügte die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im vorliegenden Fall unter folgenden Gesichtspunkten: Zum einen ließe die Wertung der Vorinstanz in Bezug auf das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung außer Acht, dass sich eine solche regelmäßig nur auf einen *lege artis* durchgeführte Eingriff beziehen könne.²⁹⁹ Zum anderen hätte das LG deshalb bei Prüfung der Frage, ob eine (hypothetische) Einwilligung des Patienten vorlag, nicht lediglich auf die Umstände der ersten, kunstgerecht durchgeführten Operation abstellen dürfen, sondern hätte in den Blick nehmen und erörtern müssen, ob der Patient auch in Kenntnis der vorgenannten, von der ersten Operation abweichenden Umstände in den Eingriff eingewilligt hätte.³⁰⁰ Vor diesem Hintergrund hob der BGH letztlich das Urteil auf und verwies es an eine andere zuständige Strafkammer des LG Halle, woraus schließlich die Verurteilung des Arztes wegen Körperverletzung mit Todesfolge resultierte.

(2) Bewertung und Einordnung

Dieses Urteil offenbarte gegenüber den vorangegangenen Entscheidungen des BGH einige Neuerungen. Zunächst handelt es sich erstmals um einen Eingriff, der den Tod des Patienten zur Folge hat. Dieser Umstand bot weder dem BGH noch der Vorinstanz Anlass an der grundsätzlichen Anwendbarkeit der hypotheti-

²⁹⁷ S. dazu die Mitteilung in BGH NStZ-RR 2007, 340.

²⁹⁸ S. dazu die Mitteilung in BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

²⁹⁹ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341 unter Verweis auf BGHSt 43, 306, 309; *Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht*, C II 1 Rn. 13. 4.

³⁰⁰ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

ischen Einwilligung zu zweifeln.³⁰¹ Dies ist insoweit konsequent, als die hypothetische Einwilligung auch innerhalb der zivilrechtlichen Rechtsprechung im Falle des Todes des Patienten anerkannt ist.³⁰² Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, da es im Falle der hypothetischen Einwilligung um ein *ex ante* Urteil bezüglich des Willens im Zeitpunkt der Vornahme des Eingriffs gehen soll³⁰³ und gerade nicht um eine Willensbestätigung vor dem Eindruck postoperativer Entwicklungen.³⁰⁴

Dennoch fällt es erheblich schwerer, dem Selbstbestimmungsrecht des inzwischen verstorbenen Patienten gerecht zu werden und es strafrechtlichem Schutz zu unterstellen. Denn in diesem Fall ergeben sich einige praktische Beweisprobleme: Wie ist der hypothetische Wille des Verstorbenen vor dem Hintergrund der Unmöglichkeit der persönlichen Anhörung zu ermitteln? Das OLG Düsseldorf sprach sich in diesem Zusammenhang ähnlich wie bei der mutmaßlichen Einwilligung dafür aus, dem Patienten nahestehende Personen zu vernehmen.³⁰⁵ Dies wird allerdings nicht immer möglich sein. Sodass eine weitere Abstrahierung in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht naheliegt. Angesichts einer in Be tracht kommenden mutmaßlichen Einwilligung stellt man für den Fall, dass ein individueller Patientenwille nicht feststellbar ist, objektiv darauf ab, was dem Wohl des Patienten entspricht.³⁰⁶ Sich im Falle der hypothetischen Einwilligung ebenfalls hilfsweise an einem vernünftigen Patienten zu orientieren, würde bedeuten, die nun nicht mehr nachvollziehbare individuelle Patientenentscheidung nachträglich von ihrer Höchstpersönlichkeit zu entkoppeln und angesichts der Beweisfindung in einen determinierten Rahmen zu setzen:³⁰⁷ Man sollte sich insoweit vor Augen führen, dass bei der hypothetischen Einwilligung ein anderes Schutzniveau besteht als bei der mutmaßlichen Einwilligung. Während die vorherige Einholung einer entsprechenden ausdrücklichen Einwilligung im Falle der mutmaßlichen Einwilligung unmöglich war; hätte im Falle der hypothetischen Einwilligung die Möglichkeit der Achtung des Selbstbestimmungsrechts unproblematisch bestanden. Während die mutmaßliche Einwilligung zum Schutz der Patientenautonomie angewendet wird, dient die hypothetische Einwilligung eher dazu, das Schutzniveau zu verkürzen.³⁰⁸ Davon ausgehend muss man sich fragen, ob durch den nachträglichen Rekurs auf dieselben Kriterien im Falle des Todes die charakteristische Grenze der beiden Institute nicht unterlaufen wird. Vor dem Hintergrund der Unmöglichkeit der Einholung der rechtfertigenden Einwilligung erscheint im Falle der mutmaßlichen Einwilligung ein abgesenktes Schutzniveau

³⁰¹ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 127.

³⁰² Etwa BGH VersR 2007, 999, 100 f.

³⁰³ BGH Urt. v. 25.09.1990, Az.: 5 StR 342/90.

³⁰⁴ Insoweit zustimmend *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 128.

³⁰⁵ OLG Düsseldorf OLGR 2003, 387, 390.

³⁰⁶ BGHSt 35, 246, 248 ff.; *Roxin/Greco*, AT, § 18 Rn. 3 ff.

³⁰⁷ Vertiefend dazu *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190, 192.

³⁰⁸ *Tag*, ZStW 2015 (127), 523, 538.

des Selbstbestimmungsrechts durchaus vertretbar. Vor dem Eindruck der Situation der hypothetischen Einwilligung ist dies nicht der Fall. Jedenfalls offenbart sich ein deutliches Beweisproblem aufgrund des Todes, das der Senat in seiner Auseinandersetzung nicht gewürdigt hat.³⁰⁹

Weiterhin handelt es sich um die erstmalige Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf einen rein kosmetischen, medizinisch nicht indizierten Eingriff. Zwar diente der Eingriff nicht primär einem Heilzweck,³¹⁰ daraus ergeben sich jedoch bezüglich der Rechtfertigung keine größeren Abweichungen.³¹¹ Rein kosmetische Operationen werden sowohl von der Rechtsprechung als auch von der herrschenden Lehre als tatbestandliche Körperverletzungen eingeordnet, die unabhängig von der medizinischen Indikation allein auf der Basis der Einwilligung des Patienten zu legitimieren sind.³¹² An die Aufklärung sind allerdings deutlich höhere Anforderungen zu stellen. Sie gestaltet sich in Intensität und Umfang im Grundsatz antiproportional zur medizinischen Indikation des Eingriffs.³¹³ Diese Überlegungen hat der BGH innerhalb der zivilrechtlichen Rechtsprechung bereits dahingehend übertragen, dass die Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung zwar möglich sein soll, die Anforderungen der Beweislast allerdings herabzusetzen sind: Statt der Substantiierung eines Entscheidungskonflikts soll eine plausible Behauptung ausreichen, um einer hypothetischen Einwilligung die Grundlage zu entziehen.³¹⁴ In beiden Fällen ärztlichen Handelns wirkt die Einwilligung als wesentliche Legitimation des Verhaltens. Vertritt man die Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung erscheint es folgerichtig, den Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung auch für medizinisch nicht indizierte ärztliche Eingriffe – wie bspw. kosmetische Operationen – zu eröffnen. Das gilt zum einen deshalb, weil es zur Anwendung der hypothetischen Einwilligung ohnehin nicht auf eine medizinisch-vernünftige Entscheidung ankommt,

³⁰⁹ S. BGH NStZ-RR 2007, 340.

³¹⁰ Der Eingriff diente immerhin gleichzeitig auch der Entfernung des Narbenstumms, sodass eine partielle medizinische Indikation vertretbar erscheint.

³¹¹ Es bietet sich an diese Stelle insofern an, eine Parallele zum sogenannten Zahnextraktionsfall (BGH NJW 1978, 1206) zu ziehen. In diesem Fall bat die Patientin ihren behandelnden Zahnarzt, ihr alle plombierten Zähne zu ziehen, weil sie sich dadurch eine Besserung ihrer anhaltenden starken Kopfschmerzen versprach. Dieser Eingriff war medizinisch kontraindiziert und es ließ sich kein sicherer Zusammenhang der Beschwerden ableiten. Die mangelnde Rechtfertigung ergab sich allerdings nach Auffassung des Gerichts nicht aus der medizinischen Kontraindikation, sondern letztlich aus der Einwilligungsunfähigkeit der Patientin. S. dazu auch *Rogall*, NJW 1978, 2344, 2345. Im Umkehrschluss unterstreicht dies die Möglichkeit, einen ärztlichen Heileingriff unabhängig von der medizinischen Indikation zu legitimieren.

³¹² *Joecks*, in: Münchener Kommentar (2012), § 223, Rn. 43; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 223 Rn. 34.

³¹³ BGH JZ 1991, 210f.; vgl. auch *Kern*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 66 Rn. 18.

³¹⁴ BGH NJW 2006, 2108.

und zum anderen aufgrund der kaum vornehmbaren Abgrenzbarkeit der medizinischen Indikation, insbesondere im Bereich der plastischen Chirurgie.

Das Hauptaugenmerk liegt im Liposuktionsfall allerdings erkennbar darauf, dass es sich um einen Eingriff handelte, der in seiner Ausführung nicht den Regeln der ärztlichen Kunst entsprach. Daraus ergibt sich schließlich die Frage, wie sich dieser Umstand auf den Anwendungsbereich der hypothetischen Einwilligung auswirkt. Angesichts der Vielzahl der festgestellten Abweichungen zum medizinischen Standard der Behandlungen erweist sich ein unreflektierter Rückgriff auf diese „Rechtsfigur“ hier als problematisch. Der BGH trifft innerhalb seiner Urteilsbegründung die allgemeine Feststellung, dass sich eine Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff jedenfalls bei Fehlen einer weitergehenden Aufklärung nur auf einen *lege artis* durchgeführten Heileingriff beziehen könne.³¹⁵ Diese Äußerung impliziert zunächst eine vollständige Ablehnung der hypothetischen Einwilligung für diese Fallgruppe, was auch von einigen Stimmen in der Literatur so interpretiert worden ist.³¹⁶ Bei genauerer Betrachtung setzte sich der BGH jedoch anschließend mit der Rechtsfigur und ihrer Anwendung auseinander. So hätte man nach Auffassung des Senats erörtern müssen, ob der Patient auch in Kenntnis der vorgenannten, von der ersten Operation abweichenden Umständen, in den Eingriff eingewilligt hätte, um sich sachgemäß mit der hypothetischen Einwilligung auseinanderzusetzen.³¹⁷ Demnach lässt sich aus dieser Aussage keine pauschale Ablehnung der Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf die Fallgruppe der nicht *lege artis* durchgeführten Eingriffe ableiten.³¹⁸ Vielmehr bedeutet es, dass gefragt werden müsste, ob der Patient auch dann in den Eingriff eingewilligt hätte, wenn man ihn zuvor über die Risiken der kombinierten Medikamentengabe, die Anwesenheit des unerfahrenen Chemiestudenten, das unzureichende Notfallmanagement und alle weiteren vom anerkannten medizinischen Standard abweichenden Aspekte aufgeklärt hätte. Diese zugegebenermaßen sehr theoretische Möglichkeit fußt dabei auf dem Umstand, dass es dem Patienten im Falle der ausdrücklichen Einwilligung ebenfalls durchaus möglich ist, ausnahmsweise einer Heilbehandlung zuzustimmen, die nach seinem Wissen erkennbar vom medizinischen Standard abweicht, sofern diese Aspekte von der vorherigen Aufklärung erfasst waren und die Einwilligung im Übrigen den an sie zu stellenden Wirksamkeitsvoraussetzungen genügt. Insbesondere darf sie nicht mit § 228 StGB kollidieren. Abgesehen davon ist die Einwilligung des Patienten aber unabhängig von der Einhaltung der *lex artis* zu betrachten. Daran

³¹⁵ BGH NStZ-RR 2007, 340.

³¹⁶ *Bosch*, JA 2008, 70, 72; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 51; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 315.

³¹⁷ BGH NStZ-RR 2007, 340.

³¹⁸ Ebenfalls in diesem Sinne interpretierend *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 17; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 126; mit ähnlichem Anknüpfungspunkt später auch BGH NJW 2011, 2895.

anknüpfend sieht etwa *Schroth* selbst die Einwilligung in eine medizinisch kontraindizierte Behandlung bei vorheriger Aufklärung als möglich an, indem er sich ausdrücklich gegen andernfalls geltende „paternalistische Regelungen“ und „diktatorische Bevormundung“ ausspricht.³¹⁹ Nichts anderes kann in Bezug auf die hypothetische Einwilligung gelten. Denn beschränkte sich der Bereich der Autonomie darauf, Eingriffe stets nur in den Grenzen des medizinisch „Ver-nünftigen“ zuzulassen, so stünde die vermeintliche Entscheidungshoheit des Patienten von vornherein unter dem Diktat externer Genehmigung und wäre das Papier nicht wert, auf dem sie geschrieben steht.³²⁰

Eher beiläufig nimmt der Senat eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs vor: Obgleich im Vorfeld der zweiten Operation überhaupt keine Aufklärung erfolgt ist, hält er die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung für anwendbar, ohne diesen Aspekt zu problematisieren. Der Senat spricht hier trotz vollständig ausgebliebener Aufklärung von einem „Aufklärungsmangel“.³²¹ Dies impliziert eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der hypothetischen Einwilligung auf den größtmöglichen Aufklärungsmangel, nämlich das vollständige Fehlen jeglicher Aufklärung.³²² Infolgedessen wird die, bereits in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung³²³ angeklungene Differenzierung, zwischen dem Handeln auf der Grundlage *vollständig fehlender* und *aufgrund relevanter Willensmängel defizitärer* Einwilligung, obsolet.

Auf dogmatischer Ebene wird deutlich, dass sich der BGH anscheinend weiter von den innerhalb der Urteilsbegründung des O-Beinefalles getroffenen Feststellungen distanziert. Während die dort getroffenen Erwägungen lediglich in Bezug auf einen möglichen Irrtum aufgegriffen werden,³²⁴ beinhaltet die Entscheidung angesichts der Rechtsfolge den Verweis auf den Bandscheibenfall.³²⁵ Dieser Verweis deutet darauf hin, dass der BGH die hypothetische Einwilligung weiterhin

³¹⁹ Vgl. *Schroth*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, S. 466, dortige Fn. 13.

³²⁰ *Duttge*, MedR 2005, 706, 707.

³²¹ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

³²² Dazu auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 127; ebenso *Bolacher/Stockburger*, Jura 2006, 908, 913, die auf diese Gefahr der Ausdehnung des Anwendungsbereiches bereits im Rahmen des Beitrages 2006 hinwiesen und diese Entwicklung mit der „Abschaffung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten“ gleichsetzten. Einschränkend ist an dieser Stelle allerdings darauf zu verweisen, dass anhand der konkreten Sachverhaltsgestaltung hier durchaus die Möglichkeit, an die vorangegangene Aufklärung anzuknüpfen, nicht vollständig von der Hand zu weisen ist – auch wenn sie aufgrund der veränderten Bedingungen den Anforderungen nicht genügt.

³²³ RGZ 163, 129, 139.

³²⁴ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

³²⁵ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341, „[...] dass die Rechtswidrigkeit auch dann entfallen kann, wenn im Falle eines Aufklärungsmangels, wie es hier beim zweiten operativen Eingriff gegeben war, der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte“ (vgl. BGH, NStZ-RR 2004, 16).

auf der Ebene der Rechtswidrigkeit einordnet. Im Zusammenspiel damit, dass in diesem Urteil zum ersten Mal anlässlich der hypothetischen Einwilligung der Begriff der „Rechtfertigung“³²⁶ fällt, liegt gleichzeitig die Einordnung als systematisch eigenständiger Rechtfertigungsgrund *sui generis* nahe.³²⁷ Gegen die Etablierung eines neuen Rechtfertigungsgrundes bestehen zwar aus verfassungsrechtlicher Sicht grundsätzlich keine durchgreifenden Einwände.³²⁸ Allerdings müsste sich die hypothetische Einwilligung dann auch in die Struktur der übrigen Rechtfertigungsgründe einfügen, was – um das spätere Ergebnis vorweg zu nehmen³²⁹ – nicht der Fall ist.

bb) Der Turboentzugfall³³⁰

(1) Sachverhalt

Im selben Jahr beschäftigte sich der BGH mit einem ähnlichen Sachverhalt. Inhaltlich ging es um einen sogenannten Turboentzug. Dabei handelt es sich um einen (Ultra-)Schnellentzug für Opioideabhängige unter Narkosebedingungen bzw. starker Sedierung und Verabreichung eines Opiodantagonisten. Diese Art des Drogenentzugs ist nach dem anerkannten medizinischen Standard als Außenseitermethode³³¹ zu charakterisieren. Der angeklagte Arzt betrieb neben seiner Praxis eine Therapiestation zur Behandlung von Drogenabhängigen. Dort führte er regelmäßig den narkosegestützten Opiat- und Arzneimittelentzug durch. 1999 wendete er diese Behandlungsmethode bei einem heroinsüchtigen Patienten an. Im Vorfeld der Behandlung hatte der Mediziner zwei selbst entworfene Merkblätter versandt, auf denen u. a. angegeben war, „alle bisher durchgeführten narkosegestützten Entgiftungen (sind) komplikationsfrei verlaufen. Zudem fragte die Mutter des Patienten mehrmals telefonisch explizit nach, ob bei einem solchen Turboentzug schon einmal etwas passiert sei, was der Angeklagte wahrheitswidrig verneinte. Denn zuvor war eine Patientin in seinen Praxisräumen verstorben. Der Patient war im Vorfeld der Therapie bereits medizinisch auf Methadon eingestellt. Der behandelnde Arzt verordnete jedoch eine Umstellung auf Dihydrocodein, weil dies den Entzug erleichtere und verordnete zusätzlich das Medika-

³²⁶ BGH NStZ-RR 2007, 340, 341.

³²⁷ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 254; in diesem Sinne interpretierend auch Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 129.

³²⁸ Tag, ZStW 2015 (127), 523, 535; vgl. auch Sternberg-Lieben, Einwilligung, S. 206.

³²⁹ S. dazu eingehend C.I.2.

³³⁰ BGH StV 2008, 464.

³³¹ Bei einer solchen Außenseitermethode handelt es sich um eine nicht allgemein anerkannte Behandlung, die den Korridor des medizinischen Standards verlässt, allerdings nicht ohne Weiteres als Behandlungsfehler zu charakterisieren ist; BGH, Urt. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/19; deutschlandweit wird diese Methode nach Angabe von Rönnau, StV 2008, 466 Fn. 4 nur noch im Klinikum in Salzgitter angewandt.

ment Temegesic. Eine vorherige sichere Einstellung auf ein „Opiat“ hielt er für nicht erforderlich. Damit vertrat er eine deutliche Mindermeinung in den Kreisen der Anwender dieser Außenseitermethode, worüber er seinen Patienten ebenfalls nicht in Kenntnis setzte. Der Patient unterzeichnete eine schriftliche Einwilligungserklärung in den Drogenentzug. Am Behandlungstag wurden dem Patienten daraufhin am Vormittag die genannten Medikamente verabreicht und um 14.30 Uhr unter Gabe weiterer Medikamente die Narkose eingeleitet. Ab 22.10 Uhr lag die Überwachung des Patienten allein in der Verantwortung des Angeklagten, was er ebenfalls innerhalb der vorherigen Aufklärung verschwiegen hatte. Um 22 Uhr wurde der Tubus entfernt, um 2 Uhr des Folgetages auch der Fingersensor, sodass spätestens von diesem Zeitpunkt an eine unzureichende Überwachung des Patienten vorlag. Insbesondere erfolgten keine Überwachung der Atemfrequenz und der Sauerstoffsättigung im Blut mehr. Während dieses Zeitraums entwickelte der Patient ein hämorrhagisches Lungenödem, das u. a. aus der Aufnahme des – selbst für Schwerstabhängige hochtoxischen – Dihydrocodeins resultierte. Daneben entwickelte er eine Lungenentzündung als Folge der Aspiration von Erbrochenen innerhalb der Narkose. Um 4 Uhr bemerkte der Arzt den Zustand des Patienten. Die daraufhin eingeleiteten Rettungsversuche blieben erfolglos. Um 5.27 Uhr konnte nur noch der Tod des Patienten festgestellt werden. Bei adäquater Überwachung des Patienten hätten sowohl die aspirationsbedingte Lungenentzündung als auch das hämorrhagische Lungenödem infolge der Opiatintoxikation rechtzeitig entdeckt werden können, sodass eingeleitete Gegenmaßnahmen mit hoher Wahrscheinlichkeit erfolgreich gewesen wären.

Das LG Traunstein verurteilte den Arzt daraufhin wegen Körperverletzung in Tateinheit mit fahrlässiger Tötung zu einer Geldstrafe.³³² Gegen dieses Urteil legten sowohl die Staatsanwaltschaft als auch der Angeklagte Revision ein. Der BGH bestätigte grundsätzlich die genannten Strafbarkeiten, sah aber überdies, auf die Revision der Nebenklägerin und der Staatsanwaltschaft hin, auch eine mögliche Strafbarkeit gem. § 227 StGB als naheliegend an. Dementsprechend hob der BGH das Urteil auf und verwies es zur Tatsachenklärung an eine andere Kammer des LG zurück.

(2) Bewertung und Einordnung

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass auch eine Außenseitermethode grundsätzlich von der Therapiefreiheit des Arztes, die sich nicht allein auf die Schulmedizin beschränkt, getragen wird.³³³ Eine solche Behandlungsmethode ist daher nicht ohne weiteres als Behandlungsfehler oder Abweichung von der ärztlichen

³³² LG Traunstein, Urteil vom 05.12.2006, Az.: 5 Ks 201 Js 34175/99.

³³³ Vgl. Kern/Rehborn, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 96 Rn. 49 ff.

Kunst zu qualifizieren.³³⁴ Legt man allerdings die konkreten Umstände des Sachverhalts, insbesondere die mangelhafte Überwachung zu Grunde, kann der vorliegende Eingriff wohl nicht mehr als mit der *lex artis* vereinbar angesehen werden.³³⁵ Auf die innerhalb der Revision zu Gunsten des Arztes geltend gemachte Einwendung der hypothetischen Einwilligung ging der Senat zwar nur sehr knapp ein. Jedoch unterstreicht schon der Umstand, dass sich der Senat überhaupt mit der hypothetischen Einwilligung befasste, die Einschätzung, dass er ihre Anwendung nicht auf ein Handeln *lege artis* beschränkt sieht.³³⁶

Weitergehende Feststellungen enthält der Turboentzugsfall kaum. Insbesondere bot er keine Anknüpfungspunkte für eine weitere dogmatische Charakterisierung. Auffällig ist allerdings, dass der zuvor entschiedene und ähnlich gelagerte Lipo-suktionsfall bei den Verweisungen auf die vorherigen Urteile keine Würdigung erfährt. *Hengstenberg* legt dies als möglichen Versuch der Rechtsprechung aus, sich vom zuvor angedeuteten „Rechtfertigungsgedanken“ der hypothetischen Einwilligung zu distanzieren.³³⁷ Dies erscheint allerdings als eine Überinterpretation der tatsächlichen Aussage, weil gerade kein konträren Äquivalent eingeführt wird. Eine intensivere Auseinandersetzung war auf der Basis der tatsächlichen Gegebenheiten nicht relevant. Deutlich interessanter ist demgegenüber, dass der BGH mit der lapidaren Feststellung „Der Angeklagte hielt es seinerseits für möglich und nahm es billigend in Kauf, dass [der Patient] von der Behandlung Abstand genommen hätte, wenn er dementsprechend unterrichtet gewesen wäre“³³⁸, eine subjektive Dimension der hypothetischen Einwilligung eröffnet.³³⁹ Eine solche subjektive Komponente ist dabei für zweierlei von Bedeutung. Zum einen könnte darin zum Ausdruck kommen, dass der BGH ein weiteres Erfordernis der hypothetischen Einwilligung als subjektiven Aspekt etablieren wollte. Näher liegt es jedoch, dass der Senat in Anknüpfung an die vorherige dogmatische Einordnung als Rechtfertigungsgrund *sui generis* eine mögliche Anwendung des ETBI auf die hypothetische Einwilligung anreißen wollte. Eine zweifelsfreie dogmatische Einordnung ist auf der Basis des vorliegenden Urteils allerdings nicht möglich, weil der Senat weitere Ausführungen zur Rechtsfolge dieser Feststellung schuldig bleibt.

cc) Fazit

In den dargestellten Entscheidungen setzte sich der BGH mit der Möglichkeit einer Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf nicht *kunstgerecht* durch-

³³⁴ BGH, Urt. v. 15.10.2019 – VI ZR 105/19.

³³⁵ *Rönnau*, StV 2008, 466, 467.

³³⁶ *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 91; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 133; a. A. *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 51.

³³⁷ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 156.

³³⁸ BGH StV 2008, 464, 465.

³³⁹ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 134.

geführte Eingriffe auseinander. Erkennt man die Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung grundsätzlich an, kann sie auch für solche Fälle nicht in Zweifel gezogen werden. Für einen solchen – zugegebenermaßen eher seltenen Fall – muss angenommen werden, dass die hypothetische Entscheidung des Patienten die medizinische Vernunft überwiegen kann. Besonders problematisch wäre allerdings die Annahme einer hypothetischen Einwilligung, wenn überhaupt keine Einwilligung stattgefunden hat. Das wäre eine kaum nachvollziehbare Ausdehnung des Anwendungsbereichs, die so unter keinen Umständen zu verantworten ist.

*e) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung
auf einen eigenmächtigen Diagnoseeingriff*

aa) Der Gastroskopiefall

(1) Sachverhalt

Der sogenannte Gastroskopiefall³⁴⁰ beschäftigte sich mit einer eigenmächtigen Erweiterung des Behandlungsspektrums durch den behandelnden Arzt mit tödlichem Ausgang. Der Patient begab sich aufgrund der Befundlage von Blut im Stuhl zur Durchführung einer Darmspiegelung in die Praxis des angeklagten Arztes. Über die Risiken und den Ablauf der Koloskopie war er zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt worden, sodass er wirksam in die Untersuchung einwilligen konnte. Allerdings ergab die Koloskopie keinen Befund der Blutungsquelle. Daraufhin entschloss sich der behandelnde Arzt im Anschluss eigenmächtig dazu, die noch bestehende Sedierung des Patienten auszunutzen, und eine Magenspiegelung als weitere Diagnostik anzuschließen. Hinsichtlich dieser ärztlichen Maßnahme hatte weder im Vorfeld eine ordnungsgemäße Aufklärung stattgefunden noch lag eine wirksame Einwilligung des Patienten vor. Aufgrund des Einflusses der zur Sedierung notwenigen Medikamente kam eine solche zu diesem Zeitpunkt auch nicht mehr in Betracht. Obwohl dies dem Angeklagten durchaus bewusst war, begann er mit der Durchführung der Gastroskopie. Der Patient war nicht in der Lage, das Einführen des Endoskops in die Speiseröhre durch Schluckbewegungen zu unterstützen. Als erfahrener Gastroenterologe hätte dem Angeklagten sofort klar sein müssen, dass dadurch das Risiko einer Perforation der Speiseröhre signifikant erhöht war. Stattdessen versuchte er im Anschluss noch mehrmals, das Endoskop einzuführen – sogar nach zeitlicher Zäsur, über die er die Sedierung des Patienten wiederholt aufrechterhielt – was weiterhin misslang. Dabei nahm er das Risiko einer Speiseröhrenperforation in Kauf, die, gerade bei einem Patienten derart fortgeschrittenen Alters, im weiteren Verlauf mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Tod führen kann. Letztlich verwirklichte sich ebendieses Risiko. Es kam zu einer Perforation der Speiseröhre durch das Endoskop. An deren absehbaren Folgen verstarb der Patient trotz durchgeführter Not-

³⁴⁰ BGH NStZ 2012, 205.

operation und anschließender intensivmedizinischer Betreuung. Anzumerken ist, dass die Durchführung einer Magenspiegelung unmittelbar im Anschluss an die Darmspiegelung zu keinem Zeitpunkt medizinisch indiziert war. Diese Diagnosemaßnahme hätte nach entsprechender Aufklärung und wirksamer Einwilligung jederzeit durchgeführt werden können, wenn eine diesbezügliche Indikation bestanden hätte. Im Hinblick auf die Perforation der Speiseröhre war zudem wenigstens von fahrlässigem Handeln auszugehen.

Die erinstanzliche Anklage ging von einer Strafbarkeit gem. § 227 StGB aus. Das Landgericht führte demgegenüber aus, dass der Arzt dem Patienten lediglich eine nochmalige Sedierung ersparen wollte und selbst davon ausging, dass der Patient bei Kenntnis dieser Vorgehensweise damit einverstanden gewesen wäre. Für das Landgericht erschien diese Vorstellung plausibel und es erkannte die tatsächlichen Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung – ohne diese ausdrücklich zu benennen – zu. Dabei leitete man aus einem Gespräch unmittelbar vor der Vornahme der Magenspiegelung, im aufgrund des Einflusses der Sedierung einwilligungsunfähigen Zustand, ein „nicht unerhebliches Indiz“ für die Zustimmung des Patienten ab.³⁴¹ Der Angeklagte wurde freigesprochen. Dagegen richteten sich die Revisionen der Staatsanwaltschaft und der Nebenklage. Die Rechtsmittel hatten Erfolg. Insbesondere rügte der BGH Fehler des Landgerichts innerhalb der Beweiswürdigung, vor allem Widersprüchlichkeiten in Bezug auf die hypothetische Einwilligung. Zunächst stellte die Kammer auf der Basis des Sachverständigungsgutachtens zweifelsfrei fest, dass der Patient aufgrund der fort-dauernden Sedierung im Zeitpunkt der Magenspiegelung vorgelagerten Gesprächs nicht aufklärungs- oder einwilligungsfähig war. Daher kann aus seinem Verhalten auch kein Indiz für eine mögliche Einwilligung hergeleitet werden, da dies gerade den besonderen Schutz des Rechtsgutsinhabers durch die Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit negiert. Darüber hinaus rügt der BGH, dass die Vorinstanz ihren Ausführungen zur hypothetischen Einwilligung rechtsfehlerhaft den falschen Anknüpfungspunkt zu Grunde gelegt habe. Die getroffene Feststellung, dass auch eine Magenspiegelung grundsätzlich indiziert ist, sage insofern weder etwas darüber aus, ob diese eilig vorzunehmen war, noch ob die Möglichkeit einer vorherigen Einholung der Einwilligung durch den Patienten bestehe. Zudem sei zu betonen, dass keine dringende Heilbehandlung, sondern lediglich eine Untersuchung zu Diagnosezwecken im Raum stand. Im Anschluss daran gab der BGH den Tärichtern eine geradezu schulbuchartige Liste weiterer Prüfungspunkte an die Hand, in deren Rahmen sowohl eine mögliche Strafbarkeit nach § 227 StGB als auch mögliche beachtliche Irrtümer³⁴² des Arztes in Bezug auf die Durchführung der Behandlung zur Sprache kamen.

³⁴¹ BGH NStZ 2012, 205, 206.

³⁴² Explizit spricht der BGH den Verbotsirrtum nach § 17 StGB an, wenn der Arzt das Erfordernis einer wirksamen Einwilligung für entbehrlich gehalten haben sollte. In

(2) *Bewertung und Einordnung*

Thematisch hat man es hier mit einem Unterfall der eigenmächtigen Behandlungserweiterung zu tun, die – mag sie auch noch so gut gemeint sein – strengen Voraussetzungen unterworfen ist. In diesem Themenbereich spielt das Rechtfertigungsinstutit der mutmaßlichen Einwilligung eine entscheidende Rolle. Daher bedarf es, auch in Anbetracht der missverständlichen Äußerungen des Landgerichts, zunächst einer eindeutigen Abgrenzung zwischen der mutmaßlichen und der hypothetischen Einwilligung. Bei der mutmaßlichen Einwilligung handelt es sich um einen gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrund in Konstellationen, in denen der Betroffene keine ausdrückliche Einwilligung erteilt hat und die tatsächliche Einholung der Einwilligung zum entscheidenden Zeitpunkt unmöglich war.³⁴³ Das Wesen der mutmaßlichen Einwilligung liegt darin, dass eine notstandsähnliche Situation vorliegt.³⁴⁴ Erst diese Voraussetzungen rechtfertigen es, die tatsächliche Willensbildung des Betroffenen durch eine bloße Mutmaßung zu ersetzen.³⁴⁵ Dies kennzeichnet auch das Subsidiaritätsverhältnis der mutmaßlichen Einwilligung gegenüber der tatsächlichen Einwilligung. Aufgrund der gänzlich fehlenden Willensbetätigung des Betroffenen unterliegt die Heranziehung der mutmaßlichen Einwilligung strengen Grenzen. Die hypothetische Einwilligung findet demgegenüber unabhängig vom Erfordernis der Uneinhobarkeit der Einwilligung in den Fällen Anwendung, in denen die (erteilte) Einwilligung des Patienten sich als unwirksam erweist. Schließlich ist auf die weitere wichtige Divergenz aufmerksam zu machen, dass die mutmaßliche Einwilligung eine strenge *ex ante* Perspektive innerhalb ihrer Beurteilung voraussetzt. Dies ist zwar mit Blick auf die hypothetische Einwilligung ebenso wünschenswert, tatsächlich ermöglicht sie aber die Rekonstruktion des damaligen Entscheidungsverhaltens in retrospektivem Wissen über dessen Erfolg oder Misserfolg, was erst *ex post* erkennbar wird.³⁴⁶

Diese Differenzierung vorausgeschickt wird offenbar, dass das Landgericht, wenn es in den Ausführungen zur hypothetischen Einwilligung auf Erwägungen, wie die grundsätzliche Indiziertheit der Gastroskopie sowie die mögliche Eilbedürftigkeit abstellt, anscheinend die Grundsätze dieser beiden Institute zu vermischen droht. Angesichts der Sachlage, dass es sich bei der Magenspiegelung um eine reine Diagnosemaßnahme und keinesfalls um eine dringende Heilbe-

Abgrenzung dazu verweist er ebenfalls auf das mögliche Vorliegen eines ETBI, sofern der Arzt davon ausging, der Patient hätte bei vorheriger Befragung zugestimmt.

³⁴³ Knauer/Brose, in: Spickhoff Medizinrecht, § 223 Rn. 9 f.; näher zu den Möglichkeiten der Rechtfertigung einer eigenmächtigen Operationserweiterung Biermann, in: Ulzenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Kap. I Teil 1 VI Rn. 421 f. m.w.N. aus der Rechtsprechung; Müller-Dietz, JuS 1989, 280 ff.

³⁴⁴ Vgl. Taupitz, FG-BGH, Bd. 1 2000, S. 497, 498, 513.

³⁴⁵ OLG Koblenz NJW 2006, 2928 f.

³⁴⁶ Saliger, FS Beulke 2015, S. 257, 261.

handlung handelt, ist das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung nicht diskutabel. Damit stünde nur noch eine Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Raum. Insofern müsst man sich aber ernsthaft fragen, ob die Anwendung auf derartige Fallgestaltungen nicht die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung und vor allem das Subsidiaritätserfordernis gegenüber der tatsächlichen Einwilligung untergräbt. Dieses Dilemma wird deutlich, wenn man sich einmal genau mit der im Weiteren vom BGH angeregten Frage eines möglichen Irrtums des Arztes beschäftigt. Hieß der Arzt das Fehlen einer Einwilligung des Patienten für möglich, den Eingriff aber wegen seiner medizinischen Gebotenheit dennoch für zulässig, soll es sich um einen Verbotsirrtum handeln.³⁴⁷ Auf den Punkt gebracht würde er sich dann also vorstellen, dass er an seinem Patienten ohne dessen Zustimmung jede beliebige ärztliche Maßnahme vornehmen könne, solange diese mit dem Stand der medizinischen Wissenschaft vereinbar wäre; was zweifelsfrei als ein vermeidbarer Verbotsirrtum zu qualifizieren ist. Im Folgenden stellt der Senat allerdings dann, wenn der Arzt irrig angenommen hätte, der Patient hätte im Falle einer vorherigen Aufklärung dem Eingriff zugestimmt, die Annahme eines Erlaubnistratbestandsirrtums in Aussicht.³⁴⁸

Angesichts dieser Aussage bedarf es nun einer sorgfältigen Betrachtung. Zunächst ist zu bedenken, dass der Senat eigentlich auf eine irrite Annahme der Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung anspielen wollte.³⁴⁹ Allerdings ist hier auf die bereits vorgenommene Differenzierung zwischen dem Erlaubnisirrtum und dem Erlaubnistratbestandsirrtum Bezug zu nehmen.³⁵⁰ Da dem Angeklagten alle tatsächlichen Umstände bewusst waren, die die Aufschiebbarkeit der Magenspiegelung als reine Diagnosemaßnahme begründen, kommt in casu allein ein Irrtum über die rechtliche Bewertung und damit ein Verbots- bzw. Erlaubnisirrtum in Betracht. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass ein solcher vermeidbar wäre. Die Anerkennung des Erlaubnistratbestandsirrtums vor dem Hintergrund dieser Vorstellung widerspräche dem anerkannten Verhältnis zwischen tatsächlicher und mutmaßlicher Einwilligung und würde in der Sache das insofern bestehende Subsidiaritätsverhältnis untergraben.

Demnach rückt die Frage in den Blick, ob der Strafsenat nicht dennoch für eine Anwendung des Erlaubnistratbestandsirrtums auf die hypothetische Einwilligung plädieren wollte und welche Folgen dies hätte. Dogmatisch würde ein solches Vorgehen zunächst das Verständnis der hypothetischen Einwilligung als

³⁴⁷ BGH NStZ 2012, 205, 206.

³⁴⁸ BGH NStZ 2012, 205, 206.

³⁴⁹ Etwa *Jäger* zieht diesen Schluss daraus, dass der BGH in diesem Zusammenhang auf den bekannten Myomfall verweist (BGHSt 45, 219 ff.), in dessen Rahmen die mutmaßliche Einwilligung eine Rolle spielte; *Jäger*, JA 2012, 70, 71; in diesem Sinne interpretierend auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 140.

³⁵⁰ S. dazu unter B.I.3.b)cc)(3).

Rechtfertigungsgrund voraussetzen. Ein solches Verständnis erscheint zwar aus mehreren Gründen problematisch und ist eher abzulehnen.³⁵¹ Jedoch bestätigt der BGH dies seinerseits wiederum dadurch, dass er explizit vom Entfallen der Rechtswidrigkeit bei Vorliegen der hypothetischen Einwilligung spricht.³⁵² Diese dogmatische Einordnung einmal unterstellt, ist zu fragen, ob eine Anwendung des Erlaubnistaatbestandsirrtums auf die hypothetische Einwilligung überhaupt inhaltlich sinnvoll sein kann. Zunächst müsste der Arzt, um einem Erlaubnistaatbestandsirrtum unterliegen zu können, darüber irren, dass der Patient, für den Fall, dass er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, in die in Rede stehende Maßnahme eingewilligt hätte. Es ist jedoch bereits zweifelhaft, ob die Hypothese über einen derartigen Entscheidungsprozess eine dem Beweis zugängliche Tatsache darstellt. Von einem anknüpfungsfähigen Tatsachenaspekt eines Irrtums, der einer normativen Korrektur bedarf, ist eine derartige Hypothese doch weit entfernt. Führt man sich zudem konkret vor Augen, dass der Arzt in dem Bewusstsein der fehlenden Einwilligung infolge nicht ordnungsgemäßer Aufklärung zugleich davon ausgegangen sein soll, dass der Patient, hätte man ihn vorher gefragt, wirksam eingewilligt hätte, stellt sich die Frage, warum er nicht von vornherein ordnungsgemäß vorgeht.³⁵³ Sinn ergeben würde dies allein für den Fall der Überschneidung mit der mutmaßlichen Einwilligung. Insofern gilt jedoch das bereits zu deren Spezialstellung Gesagte. Würde man dem Arzt, obwohl die Voraussetzungen der mutmaßlichen Einwilligung nicht vorliegen und ihm dies bewusst ist, den vorsatzausschließenden Erlaubnistaatbestandsirrtum auf der Basis der hypothetischen Einwilligung zubilligen, würden die strengen Anforderungen der mutmaßlichen Einwilligung vollständig unterlaufen werden. Dies erscheint aufgrund des verwirklichten Unrechts weder sachgemäß noch erforderlich. Von der Anwendung des Erlaubnistaatbestandsirrtums auf die hypothetische Einwilligung ist also unbedingt Abstand zu nehmen.³⁵⁴

Schließlich bleibt festzuhalten, dass der BGH in diesem Urteil die Möglichkeit des Vorliegens einer hypothetischen Einwilligung erneut bestätigte, ohne sich auch nur mit einem Wort mit der zunehmenden Kritik innerhalb der Literatur auseinanderzusetzen.³⁵⁵ Mehr noch: Abermals wurde eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der hypothetischen Einwilligung vorgenommen. Zum einen befand sich der Patient in dem für die Aufklärung und Einwilligung entscheidenden Zeitpunkt aufgrund der Sedierung im Zustand der Einwilligungsunfähigkeit. Man müsste also, um in diesem Zusammenhang eine hypothetische Einwilligung bejahen zu können, streng genommen einen weiteren Prüfungspunkt ergänzen.

³⁵¹ S. dazu C.I.2.

³⁵² BGH NStZ 2012, 205, 206.

³⁵³ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 144.

³⁵⁴ In diesem Sinne auch Jäger, JA 2012, 70, 72, der dies allerdings bereits auf der Basis der dogmatischen Einordnung ablehnt.

³⁵⁵ Jäger, JA 2012, 70, 72.

Über die Fragestellung hinaus, ob der Patient im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, müsste man die Prüfungsformel um die zusätzliche Hypothese, wenn er zu diesem Zeitpunkt einwilligungsfähig gewesen wäre, ergänzen.³⁵⁶ Dies offenbart die Gefahr der uferlosen Hypothesenbildung. Zum anderen war angesichts dieser Diagnostik überhaupt keine Aufklärung vorangegangen, sodass es erst gar keine anknüpfungsfähige Willensbildung des Patienten gibt, an der die Hypothesenbildung ansetzen könnte. Die mögliche Durchführung der Gastroskopie kam im einwilligungsfähigen Zustand des Patienten nie zur Sprache. Zu keinem Zeitpunkt kam es zu einer Willensbetätigung oder Willensabwägung seinerseits. Die Bejahung der hypothetischen Einwilligung ohne jeglichen anknüpfungsfähigen Aspekt einer auch nur irgendwie gearteten Aufklärung, die eine Auseinandersetzung des Patienten mit der Wahrung seiner Rechtsgüter ermöglicht, würde in der Sache einem Recht des Arztes zur eigenmächtigen Therapie gleichkommen. Diese Gefahr gilt es ernst zu nehmen.

bb) Fazit

Letztlich zeichnet sich eine immer weitergehende Ausdehnung des Anwendungsbereichs der hypothetischen Einwilligung ab. Nicht nur, dass über die Vornahme dieser Diagnosemaßnahme weder gesprochen noch aufgeklärt wurde – mehr noch: der Patient befand sich im fraglichen Zeitpunkt aufgrund der Sedierung nicht einmal in der Lage der Einwilligungsfähigkeit. Davon ausgehend existiert für die hypothetische Einwilligung überhaupt kein Anhaltspunkt im tatsächlichen Geschehen. Daneben sympathisiert der BGH inzwischen mit der möglichen Anwendung des Erlaubnistaatbestandsirrtums auf die hypothetische Einwilligung. Das festigt zwar einerseits seinen dogmatischen Standpunkt des Rechtfertigungsgrundes *sui generis*, andererseits trägt es gleichzeitig zur weiteren dogmatischen Unerklärlichkeit der hypothetischen Einwilligung bei.

f) Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf alternative Behandlungsmethoden

aa) Der Leberzelltransplantationsfall

(1) Sachverhalt

Im Leberzelltransplantationsfall³⁵⁷ aus dem Jahre 2013 erfuhr die Anwendung der hypothetischen Einwilligung wiederum eine Ausdehnung. Diese kann jedoch unter dem Eindruck der bisher zu Grunde gelegten Entwicklung durchaus als konsequent und vorhersehbar bewertet werden. Im Grundsatz beschäftigt sich die Entscheidung mit der Anwendung der Rechtsfigur auf eine sogenannte Neuland-

³⁵⁶ So auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 142.

³⁵⁷ BGH NJW 2013, 1688.

methode, also eine alternative Behandlungsmethode, die derzeit nicht dem anerkannten Therapiestandard entspricht.

Der Patient litt an einer Leberzirrhose, aufgrund deren eine ärztliche Behandlung dringend indiziert war. Die übliche Standardmethode, die Lebertransplantation, lehnte der Patient ab, weil es ihm missfiel, ein fremdes Organ in seinem Körper zu tragen und ihn die lange Wartezeit der Spenderliste abschreckte. Auf der Suche nach einer alternativen Behandlungsmethode stieß er auf die Möglichkeit der Leberzelltransplantation. Dabei handelte es sich um eine sogenannte Neulandmethode, die zu diesem Zeitpunkt nicht dem medizinischen Standard entsprach. Der Patient betonte in einem Vorgespräch gegenüber einem der behandelnden Ärzte, dass es für ihn „der letzte Rettungsanker“ sei und er die Behandlung „trotz der geringen Erfahrungswerte“ wünschte.³⁵⁸ Im Anschluss setzte der Arzt den Patienten im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs über seine Diagnose und die mit der Behandlung verbundenen Risiken in Kenntnis. Darüber hinaus stellt in einem solchen Fall allerdings auch das Vorliegen einer Neulandmethode an sich einen einwilligungsrelevanten Faktor dar.³⁵⁹ Bezuglich dieses Umstands mangelte es der vorgenommenen Aufklärung an der gebotenen Tiefe in Bezug auf die für die Beurteilung des medizinischen Nutzens relevanten Faktoren. Subjektiv hielt der Arzt seine Ausführungen für ausreichend. Die in Rede stehende Leberzelltransplantation wurde unter Mitwirkung eines anderen Arztes, der sich des Umfangs der stattgefundenen Aufklärung bewusst war, durchgeführt.³⁶⁰ Infolge der Behandlung verschlechterte sich der Zustand des Patienten plötzlich deutlich und er verstarb an multiplem Organversagen.

Das LG Kempten sprach die Angeklagten vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge in Tateinheit zur gefährlichen Körperverletzung unter Heranziehung der hypothetischen Einwilligung frei. Der BGH bestätigte dieses Urteil. Zwar treffe es zu, dass der Arzt nicht hinreichend über den potentiellen Nutzen der Neulandmethode informiert habe, woraus die Unwirksamkeit der Einwilligung resultiere. Allerdings habe die Vorinstanz das Vorliegen der „strengen Voraussetzungen der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung“ angesichts der vorliegenden Sachverhaltsgestaltung ohne Rechtsfehler zutreffend festgestellt.³⁶¹ Dementsprechend stellt der Senat auf die Erwägungen ab, dass der Patient die Neulandmethode für sich als „letzten Rettungsanker“ ansah und die Standardmethode aus persönlichen Motiven ablehnte.

³⁵⁸ BGH NJW 2013, 1688.

³⁵⁹ Vgl. den Zitronensaftfall BGH NJW 2011, 1088: Der Patient muss im Zuge der Aufklärung auch darüber informiert werden, dass es sich um eine sog. Außenseitermethode handelt, die (noch) nicht medizinischem Standard entspricht.

³⁶⁰ Im Detail handelte es sich dabei um zwei zeitlich eng beieinanderliegende Teil eingriffe.

³⁶¹ BGH NJW 2013 1688, 1689.

(2) Bewertung und Einordnung

In der Sache ist das Urteil als konsequente Folge der Rechtsprechung im Liposuktions- und Turboentzugsfall zu begreifen.³⁶² Die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf eine nicht dem medizinischen Standard entsprechende alternative Behandlungsmethode kann dann nicht ausgeschlossen werden, wenn der Patient über diesen Charakter in Kenntnis ist und die Vornahme aus seinen individuellen Motiven tatsächlich wünscht.³⁶³ Dem liegt im Kern folgende Überlegung zu Grunde: Wenn man aus Selbstbestimmungsgesichtspunkten einem kranken Menschen zugestehen möchte, auf der Basis seiner individuellen Willensbildung auch einer wenig erprobten (noch) nicht dem medizinischen Standard entsprechenden Heilmethode eine Chance zu geben, so muss man vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Anerkennung der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung wohl auch diesen Anwendungsbereich anerkennen. Gegenteiliges widerspräche der (hypothetischen) Selbstbestimmung des Patienten, weil man seine Entscheidung durch die pauschale Ablehnung der Möglichkeit der Zustimmung objektiven Gesichtspunkten unterstellen würde. Allerdings sollte man gleichzeitig im Blick behalten, dass im Fall einer Neulandmethode an die ärztliche Aufklärung besonders hohe Anforderungen zu stellen sind. Die Hürde, dass sich der Patient in Kenntnis des medizinisch nicht gesicherten Therapiestandards dennoch aufgrund individueller Motive für diese Behandlungsform entscheidet, ist hoch anzusetzen. Zivilrechtlich wird diesem Umstand dadurch Rechnung getragen, dass angesichts der Ablehnung eines Entscheidungskonflikts besonders hohe Maßstäbe anzulegen sind.³⁶⁴ Im Strafrecht müssten daher vor dem Hintergrund der Geltung des in dubio pro reo-Grundsatzes im Hinblick auf derartige Behandlungsalternativen ebenfalls besonders hohe Anforderungen gelten, um ein angemessenes Schutzniveau der Selbstbestimmung des Patienten über seinen Körper zu gewährleisten. So dürfte höchstens für den Fall, das konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass sich der Patient im Bewusstsein des nicht anerkannten medizinischen Standards dieser Neulandmethode unterziehen wollte, auf das mögliche Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung geschlossen werden.³⁶⁵

Zur Ermittlung des hypothetischen Willens des Verstorbenen wurden zudem erstmals die Äußerungen der Witwe als relevantes Indiz herangezogen. Damit gleicht der BGH die Voraussetzungen der Willensermittlung im Falle des Todes

³⁶² Auch Schmidt erachtete diese Entwicklung als nicht verwunderlich, indem der BGH bereits die Anwendung auf den nicht lege artis durchgeführten Heileingriff zugelassen hat; s. dazu Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 128.

³⁶³ Dieser Ansatz entspricht auch der zivilrechtlichen Bewertung, s. BGHZ 172, 1, 14; BGHZ 172, 254, 262; allerdings werden angesichts des Wunsches des Patienten, sich einer solchen Außenseitermethode zu unterziehen, zivilrechtlich sehr strenge Anforderungsmaßstäbe angelegt.

³⁶⁴ BGHZ 172, 1, 14; BGHZ 172, 254, 262.

³⁶⁵ Valerius, HRRS 2014, 22, 24.

des Patienten an die hinsichtlich der mutmaßlichen Einwilligung anerkannten Grundsätze an.³⁶⁶ Diese parallele Entwicklung ist ebenfalls als vorhersehbare Folge der Anerkennung der hypothetischen Einwilligung auf Todesfälle zu charakterisieren.

Das Urteil beinhaltet bezüglich des Anwendungsbereichs die abstrakte Aussage, dass die Anwendung dieser Rechtsfigur „strengen Anforderungen“ unterliegt, ohne dass diesbezüglich eine nähere Konkretisierung erfolgt.³⁶⁷ Diese Ausführungen scheinen einen Bezug zur zivilrechtlichen Judikatur aufzubauen zu wollen, wo der Verweis auf die strengen Anforderungen in Bezug auf den Nachweis der hypothetischen Einwilligung durchaus üblich ist.³⁶⁸ Derartige Ansätze sind jedoch aufgrund unterschiedlicher prozessrechtlicher Voraussetzungen des Nachweises nicht unbesehen übertragbar. Im Übrigen bleibt der Senat eine nähere Bestimmung dieser „strengen Anforderungen“ schuldig, sodass davon auszugehen ist, dass mit dieser Aussage weder bestimmte neue Anforderungen eingeführt noch für die Zukunft zu Gunsten einer strengeren Handhabung der Rechtsfigur plädiert werden sollte.³⁶⁹

Noch verblüffender erscheint allerdings die Bemerkung des BGH, dass sich bezüglich der hypothetischen Einwilligung eine andere Bewertung hätte ergeben können, falls die Angeklagten den Patienten gezielt über die Erfolgsaussichten der Behandlungsalternative getäuscht hätten.³⁷⁰ Gleichzeitig verweist der Senat dabei auf den zuvor entschiedenen Bandscheibenfall, für den ja gerade die vorsätzliche Täuschung über die Indikation der Operation als charakteristisch gilt. Als erster Deutungsansatz hinsichtlich dieser Aussage kommt es in Betracht, dass der Senat für den Fall einer vorsätzlichen Täuschung die Anwendung der hypothetischen Einwilligung für die Zukunft ablehnen möchte. So verstanden würde die Aussage eine Rechtsprechungskorrektur gegenüber dem Bandscheibenfall bedeuten. Entspräche dies der Intention des Senats, wäre es aber gleichzeitig höchst widersprüchlich, im Zuge dessen auf das Urteil im Bandscheibenfall zu verweisen. Bei genauerer Betrachtung der Aussage wird offenbar, dass der BGH keinen kategorischen Ausschluss der hypothetischen Einwilligung für derartige Fälle anstrebe, sondern die Täuschung lediglich einen in der tatrichter-

³⁶⁶ Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 129; vgl. auch Mitsch, ZJS 2012, 38, 42.

³⁶⁷ BGH NJW 2013, 1688, 1689.

³⁶⁸ BGHZ 90, 103, 111; BGH NJW 1980, 1333, 1334; BGH NJW 1992, 2351, 2352; BGH NJW 1994, 2414, 2415; BGH NJW 1998, 2734; BGH NJW 2007, 2773; in diesem Sinne auch Valerius, HRRS 2014, 22, 23.

³⁶⁹ So auch Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 128 sowie Valerius, der allerdings der Möglichkeit einer zukünftig strengeren Anwendung innerhalb der Rechtsprechung aufgrund dieses Verweises optimistischer gegenübersteht (Valerius, HRRS 2014, 22, 23).

³⁷⁰ BGH NJW 2013, 1688, 1689.

lichen Abwägung zu berücksichtigenden Faktor bilden soll.³⁷¹ Dieser Interpretationsansatz wird durch die einschränkende Wortwahl des Senats gestützt, die in der Formulierung zum Ausdruck kommt, dass sich eine andere Bewertung „hätte ergeben können“.

Schließlich gibt folgende Formulierung des BGH dogmatische Rätsel auf: Angesichts der tatrichterlichen Beweiswürdigung zur hypothetischen Einwilligung bemerkt der Senat:

„es ist von Rechts wegen nicht zu beanstanden, dass die Strafkammer sich bei dieser besonderen, durch Tatsachen fundierten Sachlage keine Überzeugung dahingehend hat bilden können, dass der Geschädigte bei vollständiger Aufklärung die Einwilligung in den Eingriff verweigert hätte, *oder dass die Angekl. mit einer solchen Verweigerung gerechnet hätten*“.³⁷²

Die Parallelität der Hypothesenbildung als „vergleichsweise objektivierbare Tatsachenlage“³⁷³ und der subjektiven Vorstellung des Handelnden legt den Schluss nahe, dass es aus Sicht des BGH für den Ausschluss der Vollendungsstrafbarkeit über die hypothetische Zustimmung des Patienten hinaus eines subjektiven Rechtfertigungselements bedarf.³⁷⁴ Diese Annahme würde nicht nur die These der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund *sui generis* stützen, sondern sie darüber hinaus der Struktur der anerkannten Rechtfertigungsgründe angleichen und gleichzeitig der Kritik des fehlenden subjektiven Rechtfertigungsmoments³⁷⁵ entgegenwirken. Im Hinblick auf die Verneinung der fahrlässigen Tötung durch das Landgericht äußert sich der Senat dogmatisch allerdings wieder völlig konträr. So soll das Landgericht „zu Recht den erforderlichen Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen den Aufklärungsverstößen und dem Tod des Geschädigten verneint“ haben.³⁷⁶ Von der ursprünglich angedeuteten Einordnung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ist auf der Basis dieser Aussage nichts mehr zu spüren. Vielmehr scheint es, als sollten nun Überlegungen der (objektiven) Zurechnung ausschlaggebend sein.³⁷⁷ Diese Argumentationsweise legt es nahe, dass der BGH von unterschiedlichen dogmatischen Grundlagen für Vorsatz bzw. Fahrlässigkeitsdelikte ausgehen möchte,³⁷⁸ was allerdings aufgrund der materiellen Vergleichbarkeit kaum haltbar wäre.

³⁷¹ *Valerius*, HRRS 2014, 22, 23 f.

³⁷² BGH NJW 2013, 1688, 1689.

³⁷³ Diese Formulierung dient lediglich dem Vergleich zu anderen derzeit anerkannten Rechtfertigungsgründen. Keinesfalls soll damit impliziert werden, dass derartigen Hypothesen Tatsachenqualität zukommt.

³⁷⁴ *Valerius*, HRRS 2014, 22, 24; a. A. Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 130.

³⁷⁵ S. dazu C.I.2.b).

³⁷⁶ BGH NJW 2013, 1688, 1689.

³⁷⁷ So auch *Valerius*, HRRS 2014, 22, 25.

³⁷⁸ Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 130.

*g) Demgegenüber eine dogmatisch fundierte Ablehnung
der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung
im Strafrecht innerhalb der Untergerichte*

aa) Urteil des AG Moers vom 22.10.2015

(1) Sachverhalt

Schließlich soll ein Urteil des AG Moers aus dem Jahre 2015³⁷⁹ nicht verschwiegen werden, das sich – über den konkreten Sachverhalt hinaus – gegen die grundsätzliche Anerkennung der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht richtet. Eine Patientin wurde aufgrund anhaltender linksseitiger Beschwerden mit der Verdachtsdiagnose „Bartholinische Pseudozyste links“ von ihrem Frauenarzt zu einer ambulanten Operation in die Frauenklinik überwiesen. Dort willigte die Patientin nach vorangegangener Aufklärung in die Vornahme der Operation durch den Oberarzt ein. Während sie sich bereits in Narkose befand, untersuchte der Arzt die Patientin erneut, konnte die linksseitige Zyste, aufgrund deren die Operation erfolgen sollte, jedoch nicht finden. Stattdessen entdeckte er eine Resistenz auf der rechten Seite, deren Entfernung er zutreffend als medizinisch indiziert charakterisierte. Obwohl ihm bewusst war, dass die Entfernung dieser Zyste weder von der Einwilligung der Patientin gedeckt noch eilbedürftig war, entschloss er sich gleichwohl zur sofortigen Entfernung, um eine zweite Operation zu vermeiden. Trotz lege artis erfolgter Ausführung verlief der Heilverlauf nicht komplikationslos. Die Patientin litt in der Folge mehrere Monate unter nicht unerheblichen körperlichen Schmerzen und befindet sich seitdem aufgrund der aus ihrer Sicht als fehlerhaft empfundenen ärztlichen Behandlung in psychotherapeutischer Behandlung.

Das AG Moers verurteilte den Arzt wegen Körperverletzung gem. § 223 StGB. Nach Auffassung des Gerichts konnte der vorgenommene Eingriff in die Körperintegrität der Patientin nicht gerechtfertigt werden. Eine ausdrückliche Einwilligung in den Eingriff, der gegenüber der ursprünglich geplanten Operation auf einer völlig anderen Befundlage basierte, lag nicht vor. Darüber hinaus erwies sich der Eingriff nach zutreffender Einschätzung des Arztes als nicht eilbedürftig. Daher wurde eine mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund verneint. Schließlich verneint das AG Moers auch eine Rechtfertigung unter den Gesichtspunkten der hypothetischen Einwilligung. Im Ergebnis wurde dem Angeklagten eine Rechtfertigung unter allen denkbaren Gesichtspunkten versagt und lediglich das Vorliegen eines Verbotsirrtums nach § 17 StGB zugestanden. Damit wendet sich das AG gegen die derzeit ständige Rechtsprechung des BGH im Arztsstrafrecht und stellt die generelle Anwendbarkeit dieser Rechtsfigur im strafrechtlichen Kontext in Frage.

³⁷⁹ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15.

Das AG Moers führt aus, dass die Frage, ob der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte, dogmatischen Bedenken begegne.³⁸⁰ Die Frage, wie sich ein Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, könne man mangels Determiniertheit insbesondere unter Berücksichtigung dessen, dass es auf die individuelle Entscheidung des höchstpersönlich betroffenen Patienten ankommen soll, prinzipiell kaum sinnvoll beantworten.³⁸¹ Neben der kaum überwindbaren praktischen Feststellungsschwierigkeiten dieses konkreten Willens, sieht das Gericht vor allem auf Grund des im Strafrecht geltenden in dubio pro reo-Grundsatzes den angemessenen strafrechtlichen Patientenschutz als nicht mehr gewährleistet an.³⁸² Auf der Basis der im Strafrecht geltenden Beweismaximen, würde die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht den Patienten im Unterschied zum Zivilrecht, wo sie mittels eines austarierten Beweissystems beschränkt ist, nahezu schutzlos stellen.³⁸³ Das AG Moers wertet die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht als nicht zu vertretene Aushöhlung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.³⁸⁴ Denn überspitzt formuliert, könnte der Arzt auf dieser Grundlage seinem Patienten ohne jegliche Aufklärung jeden lege artis durchgeführten Eingriff im Vertrauen darauf aufzwingen, dass die medizinische Indikation und die sachkundige Ausübung des Eingriffs dem Richter zumindest die Möglichkeit plausibel erscheinen lasse, dass sich der Patient bei korrekter Information dem ärztlichen Votum angeschlossen hätte.³⁸⁵ Schließlich füge sich die hypothetische Einwilligung nicht in die Struktur der Rechtfertigungsgründe ein, weil die Gründe, die das (vorläufige) Unwerturteil der Tatbestandsmäßigkeit in Rechtfertigungssituationen revidieren, bei der hypothetischen Einwilligung gerade nicht vorliegen: Weder enthält der Eingriff ein Surrogat der Selbstbestimmung noch war er zur Güter- und Interessenwahrung erforderlich.³⁸⁶ Überdies vermöge auch eine Lösung über die Zurechnungslehre bzw. des rechtmäßigen Alternativverhaltens nicht zu überzeugen. Denn die Zurechnung würde nur für den Fall entfallen, dass es dem Täter faktisch nicht möglich gewesen wäre, den eingetretenen Erfolg durch anderes Verhalten zu vermeiden. Der Arzt kann den Erfolg in der Situation aber regelmäßig einfach dadurch vermeiden, dass er die Vornahme der Operation unterlässt.³⁸⁷

³⁸⁰ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 29.

³⁸¹ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 29.

³⁸² AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 29.

³⁸³ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 29.

³⁸⁴ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 30.

³⁸⁵ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 30.

³⁸⁶ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 31.

³⁸⁷ AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, Rn. 31.

(2) Einordnung und Bewertung

„Die ganze Rechtsprechung wendet die hypothetische Einwilligung an ... Die ganze Rechtsprechung? Nein, ein kleines Amtsgericht in Moers leistet nach wie vor heftigen Widerstand!“³⁸⁸ Entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH liefert das AG Moers eine methodisch wie dogmatisch fundierte Auseinandersetzung mit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht. Insgesamt verdienen die dargestellten Ausführungen uneingeschränkte Zustimmung und zeugen von einem anerkennenswerten Problembewusstsein.³⁸⁹ Die generelle Ablehnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht kann als Resultat einer sorgfältigen Auseinandersetzung mit dem System, der Intention und den Folgen letztlich nur begrüßt werden. Insbesondere hervorzuheben ist die divergierende Rechtsgüterschutzperspektive, die dem Zivilrecht zu Grunde liegt: Während der Fokus hier auf einem nachträglichen Vermögensausgleich liegt, auf den der Patient ohne weiteres nachträglich verzichten kann, unterliegt der strafrechtliche Normappell gerade nicht der Disposition des Betroffenen.³⁹⁰ Eine Reaktion des BGH hinsichtlich dieser Kritikpunkte in Bezug auf die hypothetische Einwilligung erfolgte bis dato nicht.

II. Gesamtfazit zur strafrechtlichen Entwicklung

Das zuletzt dargestellte Urteil, das von einer kritischen Auseinandersetzung mit der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung zeugt, bildet innerhalb der Rechtsprechung einen seltenen Einzelfall. Aus Sicht der höchstrichterlichen Rechtsprechung gilt sie mittlerweile im Arztstrafrecht als fest etabliert. Eine derart hohe Praxisakzeptanz erscheint angesichts der starken Bedenken innerhalb der Strafrechtswissenschaft erstaunlich.³⁹¹ Trotz der vielfach innerhalb der Literatur geäußerten Kritik verliert der BGH kein Wort darüber³⁹² und wendet sie routinemäßig auf sämtliche Körperverletzungs- sowie Tötungsdelikte an. Nach ihrer Übernahme in die strafrechtliche Spruchpraxis expandierte der potentielle Anwendungsbereich der „Rechtsfigur“ stetig.³⁹³ Diente sie zunächst nur der Strafbarkeitskorrektur im Falle unvollständiger Aufklärung, erklärte der BGH sie schon bald auch angesichts des größtmöglichen Aufklärungsmangels, der vollständig fehlenden Aufklärung, für anwendbar. Ausgehend von fahrlässigen Aufklärungsversäumnissen des Arztes hinderte bald nicht einmal die vorsätzliche Vorspiegelung falscher Tatsachen ihre Anwendung. In jüngster Ausdehnung soll

³⁸⁸ Jäger, JA 2016, 472, 474.

³⁸⁹ Jäger, JA 2016, 472, 474.

³⁹⁰ Jäger, JA 2016, 472, 474.

³⁹¹ Saliger, FS Beulke, 2015, S. 257.

³⁹² Jäger, JA 2012, 70, 72.

³⁹³ So auch Tag, ZStW 2015 (127), 523, 533.

neben der Fiktion einer ordnungsgemäß vorangegangenen Aufklärung ebenfalls die Hypothese über die generelle Einwilligungsfähigkeit des Patienten zum Zeitpunkt der Einwilligung inbegriffen sein. All diese unterschiedlichen Aspekte stehen bezüglich der Anwendung der „Rechtsfigur“ inzwischen einrächtig nebeneinander, ohne dass eine Differenzierung stattfindet.³⁹⁴ Mit der ursprünglichen Intention der hypothetischen Einwilligung als Haftungsbeschränkung vor dem Hintergrund immer weiter ausufernder Aufklärungspflichten des Arztes, hat diese Interpretation durch den BGH nicht mehr viel gemeinsam.

Gleichzeitig fehlt es ihr an einem dogmatischen Fundament. Erschöpft sich doch die dogmatische Auseinandersetzung des BGH darin, die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung auch im Strafrecht für anwendbar zu erklären. Das Bemühen um eine rationale Rekonstruktion im Wege einer stringenten strafrechtsdogmatischen Erfassung verlagert sich eher auf das Schrifttum. In Bezug auf die nicht hinreichend reflektierte Übertragung eines Instituts des zivilrechtlichen Haftungsrechts auf das Strafrecht häuften sich die Folgeprobleme. Weder die verschiedenen Beweismodalitäten im Prozess, die Bedeutung des „in dubio pro reo“-Grundsatzes noch der Einfluss des im Strafrecht geltenden Amtsermittlungsgrundes wurden in der Etablierung hinreichend gewürdigt. Aus zivilrechtlicher Sicht erfüllt die hypothetische Einwilligung nämlich nicht die Funktion einer materiellen Handlungserlaubnis, sondern die einer Beweislastregelung: Es fehlt insofern an einer daraus resultierenden gegenläufigen Verhaltensbeurteilung,³⁹⁵ sodass die prozessualen Unterschiede einer Übertragung im Weg stehen.³⁹⁶

Darüber hinaus bleibt der BGH konkrete Hinweise auf eine dogmatische Einordnung im Deliktaufbau weitgehend schuldig. Während man in den Anfängen der Übernahme die mangelnde Ursächlichkeit der Pflichtwidrigkeit aufgrund des Vorliegens der hypothetischen Einwilligung als entscheidend betonte, war wenig später stattdessen davon die Rede, dass infolge ihrer Anwendung die Rechtswidrigkeit entfallen solle. Ob dies nun letztlich in Richtung eines eigenen Rechtfertigungsgrund *sui generis* zu verstehen ist oder aber von einem fehlenden Zurechnungszusammenhang zwischen dem Mangel der Aufklärung und dem Taterfolg auf Rechtswidrigkeitsebene die Rede ist – dazu schweigt der BGH. Statt eine dogmatische Klärung anzustreben, stiftet er mit der Inaussichtstellung der Anwendung des Erlaubnistratbestandsirrtums auf das Institut der hypothetischen Einwilligung nun endgültig Verwirrung. Zudem deutet einiges darauf hin, dass der BGH in der dogmatischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung zwischen der Anwendung auf Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikte differenziert.³⁹⁷ Daneben

³⁹⁴ Tag, ZStW 2015 (127), 523, 542.

³⁹⁵ Grünwald, in: LK-StGB, § 223 Rn. 108.

³⁹⁶ Kriminalpolitischer Kreis, medstra 2021, 65, 67.

³⁹⁷ Schmidt, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 131 f.

erwecken vor allem die neueren Urteile den Eindruck, dass der BGH mitunter versucht, einzelne Fallgruppen aus der Anwendung der hypothetischen Einwilligung auszunehmen, sie also eher wie ein Privileg auszulegen.³⁹⁸

Schließlich existieren nicht einmal anerkannte Kriterien zum konkreten Anwendungsbereich bzw. einer dogmatischen Begrenzung der Anwendung der hypothetischen Einwilligung.³⁹⁹ Der Umfang des Anwendungsbereichs scheint stattdessen primär vom jeweiligen Einzelfall und der Auslegung des entscheidenden Senats abhängig.

³⁹⁸ So auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 95.

³⁹⁹ *Sickor*, JA 2008, 11, 16; *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 206, der überspitzt formuliert, die Argumentation des BGH zur hypothetischen Einwilligung drohe die dogmatische Bodenhaftung zu verlieren.

C. Mögliche dogmatische Einordnung und kritische Betrachtung der „Rechtsfigur“ der hypothetischen Einwilligung

„Zu wirken vermag der Wille des Menschen nur auf gegenwärtige und zukünftige, nicht auf vergangene Dinge.“¹

Die Feststellung, dass ein Verhalten durch Einwilligung zu rechtfertigen ist, sofern die entsprechenden Voraussetzungen vorliegen, hilft in Bezug auf die hypothetische Einwilligung offensichtlich nicht weiter, denn es liegen ja eben nicht alle erforderlichen Voraussetzungen vor.² Die Pointe innerhalb der aktuellen Anwendung liegt vielmehr darin, dass der an sich als rechtswidrig charakterisierte ärztliche Eingriff fiktiv zu einem „gerechtfertigten Eingriff“ mutiert, indem das daraus resultierende Erfolgsunrecht vollständig entfallen soll.³ Die Rechtsprechung wendet die hypothetische Einwilligung unbekümmert an, ohne sich deren Voraussetzungen, insbesondere des dogmatischen Fundaments im Strafrecht, näher zu vergegenwärtigen. Die insofern kritische Auseinandersetzung der Vereinbarkeit dessen mit strafrechtlichen Prinzipien findet allein innerhalb des Schrifttums statt.⁴ Im Folgenden soll der Versuch einer konkreten Einordnung des hinter der hypothetischen Einwilligung stehenden Gedankens in den strafrechtlichen Deliktsaufbau vorgenommen werden. Davon ausgehend sind einzelne Probleme, die die Anwendung mit sich bringt, hervorzuheben und die Frage nach der generellen Berechtigung einer Berücksichtigung derartiger hypothetischer Aspekte im Rahmen der ärztlichen Heilbehandlung zu stellen.

I. Dogmatische Berechtigung eines Instituts der hypothetischen Einwilligung

1. Hypothetische Einwilligung überhaupt mittels richterlicher Rechtsfortbildung einführbar?

Die Etablierung des Instituts der hypothetischen Einwilligung könnte bereits im Grundsatz mit dem Prinzip der Gewaltenteilung in Konflikt stehen, wonach die Rechtsetzung grundsätzlich dem parlamentarischen Gesetzgeber vorbehalten

¹ RGSt 25, 375, 383.

² Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365, 370; Sickor, JR 2008, 179, 180 f.

³ Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365, 374.

⁴ Krüger, FS Beulke, 2015, S. 137, 139.

ist.⁵ Überlässt man die sachgerechte Auflösung spezifischer Konfliktsituationen ausschließlich der Rechtsprechung, zieht dies möglicherweise uneinheitliche Folgen und Widersprüche innerhalb der gesamten Rechtsordnung nach sich.⁶ Grundsätzlich ist die Kompetenz der Judikative zur richterlichen Rechtsfortbildung aber durchaus anzuerkennen.⁷ Zwar hat der Richter die Prärogative des Gesetzgebers zu akzeptieren und demzufolge der Auslegung des Gesetzes den Vorrang zu gewähren. Entfernt sich der reale Lebenssachverhalt allerdings immer weiter vom ursprünglichen Vorstellungshorizont des Gesetzgebers, ist die Rechtsprechung – in engen Grenzen – zu einer Korrektur im Wege richterlicher Rechtsfortbildung berechtigt.⁸

Beim Institut der Einwilligung handelt es sich ganz generell um eine gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsfigur, sodass es auch zulässig sein muss, die nähere Konkretisierung und Ausgestaltung im Wege richterlicher Rechtsfortbildung vorzunehmen.⁹ Dies verdeutlicht zudem die allgemein anerkannte Etablierung des Instituts der mutmaßlichen Einwilligung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung.¹⁰ Schließlich handelt es sich um ein Institut zu Gunsten des potentiellen Täters, sodass auch der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz des Art. 103 II GG in spezieller Anwendung des „nullum crimen sine lege scripta“-Grundsatzes¹¹ – bzw. des Analogieverbots zu Lasten des Täters – dem nicht entgegensteht.¹²

2. Die hypothetische Einwilligung als selbstständiger Rechtfertigungsgrund

Anhaltspunkte für eine Einordnung der hypothetischen Einwilligung als selbstständiger Rechtfertigungsgrund finden sich vor allem innerhalb der Rechtsprechung. Dort finden sich in Bezug auf die hypothetische Einwilligung Formulierungen wie „die Rechtswidrigkeit habe deshalb entfallen können“¹³ oder das

⁵ Dazu auch *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 301 ff.

⁶ Vgl. *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 221.

⁷ Zu der Kompetenz der Gerichte zur Rechtsfortbildung vgl. bspw. *Hirsch*, MedR 2001, 599, 601; zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung siehe zudem *Kuhlen*, Verfassungskonforme Auslegung, S. 90 ff., 101 f.; entgegen der ursprünglichen Forderung *Montesquieus* ist der Richter nicht auf die Funktion des Mundes, der die Gesetze verkündet („la bouche qui prononce les paroles de la loi“), zu reduzieren – was das Bundesverfassungsgericht mehrfach betont hat; vgl. etwa BVerfGE 75, 223, 243.

⁸ *Hirsch*, MedR 2001, 599, 601.

⁹ S. *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 301 ff.

¹⁰ Vgl. RGSt 61, 242, 256; BGHSt 16, 309, 312; 40, 257, 263; vgl. auch *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 206; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 206.

¹¹ Dazu bereits RGSt 61, 242, 256; eingehend zu diesem Grundsatz s. *Hassemer/Kargl*, in: NK-StGB, § 1 Rn. 64 ff.

¹² In diesem Sinne auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 207 ff.

¹³ BGH NStZ 2004, 442.

Verhalten sei „gerechtfertigt gewesen“.¹⁴ Besonders deutlich wird dies auch in der Auseinandersetzung mit einer möglichen Anwendbarkeit des ETBI auf die hypothetische Einwilligung, in der es u.a. heißt: „Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte.“¹⁵ Angesichts dieser Formulierungen ist eine dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund immerhin diskussionswürdig.¹⁶

a) Grundlegendes Prinzip, das den anerkannten Rechtfertigungsgründen zu Grunde liegt

Bezüglich der Frage, auf welchem übergeordneten Grundprinzip die Rechtfertigungsgründe basieren, herrscht innerhalb der Wissenschaft bislang keine Einigkeit.¹⁷ Angesichts dessen existieren sowohl monistische als auch pluralistische Ansätze: Während die einen bemüht sind, sämtliche Rechtfertigungsgründe auf ein übergeordnetes Legitimationsprinzip zurückzuführen;¹⁸ vertreten andere für die einzelnen Rechtfertigungsgründe jeweils unterschiedliche Legitimationsprinzipien aufgrund deren die Rechtswidrigkeit der Verhaltensweise ausscheidet.¹⁹ Es leuchtet allerdings schon in der Konstruktion nicht ein, einem einheitlichen Grundgedanken, wie dem der Rechtfertigung, ein pluralistisches System an Legitimationsprinzipien zu Grunde zu legen; vielmehr liegt es näher, von einer einheitlichen normativen Wertung auszugehen, die sich lediglich in unterschiedlichen Rechtfertigungsausprägungen konkretisiert. Zu prüfen ist dabei jeweils das Fehlen von Rechtfertigungsgründen speziell im Hinblick auf die in Rede stehende – in grundsätzlich missbilligter Weise geschaffene oder nicht abgewendete – Schädigungsmöglichkeit, die sich realisiert hat, und zwar unter Berücksichtigung des Gesamtkontextes.²⁰

Richtigerweise kann sich eine Rechtfertigung eines tatbestandlich *grundsätzlich* zu missbilligenden Verhaltens allein aus dem Prinzip der Wahrung eines höherrangigen Interesses ergeben.²¹ Diesen Gedanken bestätigt auch die gesetzliche

¹⁴ S. dazu B.I.3.d)aa).

¹⁵ BGH 1 StR 134/11.

¹⁶ S. auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 253; eher zweifelnd *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 30f.; im Sinne eines eigenständigen Rechtfertigungsgrundes wohl auch *Jahn*, JuS 2007, 1146.

¹⁷ Vgl. dazu Übersicht bei *Paeffgen*, in: NK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 44 ff.; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Vor § 32 ff. Rn. 6 ff. m.w.N.

¹⁸ S. dazu etwa *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 5 ff.

¹⁹ S. dazu bspw. *Roxin/Greco*, AT, § 14 Rn. 42, der mit 5 Ordnungsprinzipien der Rechtfertigung arbeitet; *Metzger*, Strafrecht, S. 219 ff., 223 ff.; *Schmidhäuser*, FS Lackner, 1987, S. 77, 86; vgl. *Dreher*, FS Heinitz, 1972, S. 206, 218f.

²⁰ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 121.

²¹ *Freund/Rostalski*, AT § 3 Rn. 5.

Normierung einzelner Rechtfertigungsgründe: Am anschaulichsten hat das Prinzip des überwiegenden Interesses in § 34 StGB Ausdruck gefunden, speziellere Ausprägungen dieses Prinzips finden sich in § 904 BGB sowie in § 228 BGB. Auch das Notwehrrecht des § 32 StGB basiert wesentlich auf diesem Gedanken.²²

Insbesondere bei der Einwilligung – die im Rahmen dieser Arbeit als spezifisch in Betracht kommender Rechtfertigungsgrund vorzugswürdig zu erörtern ist – steht im Grundsatz die Wertabwägung bzw. Wertkollision im Vordergrund.²³ Während einige als Legitimationsgrundlage abstrakt auf den Einsatz des richtigen Mittels zum richtigen Zweck abstellen,²⁴ stehen sich in näherer Konkretisierung auf dem Prinzip des mangelnden²⁵ bzw. des überwiegenden Interesses²⁶ basierende Ansätze gegenüber. Die Kontroverse verliert jedoch ihre inhaltliche Schärfe, macht man sich klar, dass das mangelnde Interesse als Anknüpfungspunkt letztlich auch nur einen Unterfall des überwiegenden Interesses darstellt.²⁷ Schließlich kommt es darauf an, ob in der konkreten Situation ein materielles Rechtsgüterschutzinteresse besteht, auf dessen Basis eine Verhaltensmissbilligung, die ihrerseits dem Zweck der Verhaltensreglementierung dient, legitimierbar ist.

Die Einwilligung selbst, als Akt garantierter Selbstbestimmung,²⁸ ist als wesentliches Instrument der Interessenwahrnehmung konstruiert.²⁹ Damit rückt die Interessenwahrnehmung des Betroffenen im Zuge seiner Einwilligung nicht durch seine Disposition in den Hintergrund, sondern in der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts als überwiegendes Interesse kommt vielmehr gerade seine Disposition zum Ausdruck.³⁰ Autorisiert ein Rechtsgutsinhaber auf der Basis autonomer Entscheidung eine Verletzung seiner individuellen Rechtsgüter – in Bezug auf die er dispositionsbefugt ist –, ist dies aufgrund der Willensgemäßheit des Verhaltens keineswegs als eine Verletzung im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr als persönlicher Freiheitsgebrauch zu qualifizieren. Ist dies der Fall, besteht sogar ein massives Interesse des Betroffenen an der Vornahme der Handlung. Im

²² Dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 5; *Loose*, Strafrechtliche Grenzen, S. 148.

²³ *Noll*, ZStW 77 (1965), 1 ff.

²⁴ *Dohna*, Rechtswidrigkeit, S. 48.

²⁵ Die Rede ist an dieser Stelle auch vom sog. „Rechtsgutsverzicht“, s. etwa *Kühl*, AT § 9 Rn. 23; *Lenckner*, GA 1985, 295, 302 f.

²⁶ In diesem Sinne etwa *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 222 f.; *Paeffgen*, in: NK-StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 46; *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 5; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 269; *Rudolph*, GS Kaufmann, 1989, S. 371, 393; vgl. *Roxin/Greco*, AT, § 14 Rn. 40 (jedenfalls in Bezug auf die mutmaßliche Einwilligung).

²⁷ In diesem Sinne auch *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 9.

²⁸ BVerfGE NJW 1979, 1925, 1929 ff.

²⁹ *Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 90.

³⁰ Vgl. *Loose*, Strafrechtliche Grenzen, S. 150; anders *Noll*, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, S. 123, der vom Vermögen ausgeht, den Wert des Rechtsguts vor dessen Aufopferung einzuschätzen.

hier relevant werdenden Konflikt zwischen Selbstbestimmung und (abstrakt-objektivem) Rechtsgüterschutz durch die Rechtsordnung ist das Interesse sowohl des von dem Verhalten Betroffenen als auch des entsprechend autorisiert Handelnden an der Vornahme des Verhaltens innerhalb der erforderlichen Interessenabwägung als höherrangig und dementsprechend überwiegend anzuerkennen.³¹ Die rechtfertigende Wirkung leitet sich dabei aus dem subjektiv überwiegenden Interesse an Vornahme oder Nichtvornahme des Eingriffs in das betroffenen Rechtsgut ab.³²

Möchte man die hypothetische Einwilligung als eigenständigen Rechtfertigungsgrund etablieren, müsste sie demnach den an die Rechtfertigung zu stellenden Anforderungen gerecht werden; sich insbesondere in das Wesen des dahinterstehenden Legitimationsprinzips einfügen lassen.³³ Die hypothetische Einwilligung ist schon in ihrem Ausgangspunkt nicht auf die Wahrung eines überwiegenden Interesses gerichtet, vielmehr fehlt es im Tatzeitpunkt völlig an der rechtlich beachtlichen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, sodass von einem tatsächlichen Überwiegen keine Rede sein kann.³⁴ Ein generell überwiegendes Interesse zugunsten des mangelhaft bzw. nicht aufklärenden Arztes lässt sich zudem selbst dann nicht feststellen, wenn er vom Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung ausgeht.³⁵ Angesichts individueller Rechtsgüter, wie dem der körperlichen Unversehrtheit, sind die Interessen des Betroffenen als Ausdruck der persönlichen Freiheitsentfaltung anzuerkennen. Dementsprechend überwiegt die körperbezogene Selbstbestimmung innerhalb der Abwägung gegenüber dem abstrakt-generellen Schutz der Körperintegrität. Das hat zur Folge, dass sich erst in einer Gesamtbewertung unter Einbeziehung der Willensgemäßheit überhaupt ein relevantes Missbilligungsurteil treffen lässt. Lässt man bei der Abwägung bereits die *hypothetische Willensgemäßheit* genügen, bedeutet dies die vollständige Irrelevanz des tatsächlichen Willens des Betroffenen für die rechtliche Bewertung.³⁶ Dies erscheint jedoch keinesfalls interessengerecht. Die Tatsache, dass er möglicherweise eingewilligt hätte, ist nicht als abwägungsrelevanter Umstand der Interessenabwägung ex ante zu qualifizieren. Wendet man demgegenüber ein, die erforderliche Willensgemäßheit ließe sich aber durchaus nachträglich konstruieren, so ist dem eindringlich zu entgegnen, dass die erforderlichen Voraussetzungen im Falle einer wirksamen Rechtfertigung des Verhaltens bereits im verhaltensrelevanten *ex ante* Zeitpunkt vorliegen müssen und damit auch bereits zu

³¹ Vgl. dazu *Paeffgen*, in: NK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 46.

³² Vgl. *Loose*, Strafrechtliche Grenzen, S. 150.

³³ Vgl. *Tag*, ZStW 127 (2015) 523, 535 ff.; *Rönnau*, JuS 2014, 882, 884.

³⁴ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 332; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 269; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 212.

³⁵ *Roxin*, medstra 2017, 129, 132.

³⁶ Vgl. *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 215; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 166.

diesem Zeitpunkt für den Handelnden zumindest erkennbar sein müssen! Eine individuelle Verhaltensbewertung kann nur auf der Grundlage dessen vorgenommen werden, was der Handelnde (oder Unterlassende) im verhaltensrelevanten Zeitpunkt wissen bzw. leisten konnte. Umstände, die erst im Nachhinein oder aus einer „allwissenden Beobachterperspektive“ bekannt werden, sind nicht maßgeblich dafür, ob sich jemand in einer konkreten Situation im Hinblick auf fremde Rechtsgüter missbilligenswert oder aber korrekt verhält.³⁷ An dieser Stelle wird die vorgelagerte Frage der Existenz einer legitimierbaren Verhaltensnorm relevant: Ein legitimer Zweck des Rechtsgüterschutzes kann durch Verhaltensnormen nur dann erreicht werden, wenn ihr Adressat auch konkret im verhaltensrelevanten Zeitpunkt in der Lage ist, diese zu bilden und zu befolgen.³⁸ Soll dementsprechend ein Missbilligungsurteil mit verhaltensleitender Funktion getroffen werden, ist zwingend auf die Beurteilungsbasis Bezug zu nehmen, die sich dem Betroffenen im Verhaltenszeitpunkt darbietet; sie allein kann die Grundlage der Verhaltensnormbegründung sein.³⁹ Durfte etwa jemand aufgrund der sich ihm darbietenden Sachlage davon ausgehen, angegriffen zu werden, und übt er auf dieser Basis die erforderliche Verteidigung, die den berechtigterweise anzunehmenden Angreifer verletzt, fehlt es bereits an einem Verhaltensnormverstoß.⁴⁰ Dementsprechend scheidet auch eine Sanktionierung der sich korrekt verhaltenen Person aus. Anderseits liegt ein tatbestandsspezifischer und nicht gerechtfertigter Verhaltensnormverstoß des Täters auch dann vor, wenn zwar in bestimmter Hinsicht ein von Rechts wegen zu vermeidender Verlauf objektiv ausscheidet, die betreffende Person jedoch angesichts der sich ihr darbietenden Sachlage aus anderem Grund so nicht handeln durfte.⁴¹

b) Relevanz eines subjektiven Rechtfertigungselements

Der Rechtfertigung tatbestandsspezifisch missbilligten Verhaltens liegen im Grundsatz sowohl objektive als auch subjektive Aspekte zu Grunde. Wie bereits

³⁷ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 126. Zu dieser grundsätzlich maßgeblichen individuellen ex ante Perspektive für die Verhaltensbewertung vertiefend auch *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 28 ff.

³⁸ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 127.

³⁹ *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 21 ff.

⁴⁰ Zum fehlenden Verhaltensunrecht bei „unvermeidbarem“ Irrtum *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Vor § 32 ff. Rn. 21; *Roxin/Greco*, AT, § 14 Rn. 112; s. ergänzend *Arzt*, Die Strafrechtsklausur, S. 181 f.; *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 10 ff. – Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang der „Hells-Angels-Fall“; s. dazu BGH NStZ 2012, 272 (Tötung eines Polizeibeamten durch „Hells Angel“ im „unvermeidbaren Erlaubnisstatbestandsirrtum“); s. dazu etwa *Engländer*, NStZ 2012, 274 ff.; *Voigt/Hoffmann-Holland*, NStZ 2012, 362 ff.; ferner die Fallbearbeitung von *Freund/Telöken*, ZJS 2012, 796 ff.

⁴¹ Das klassische Beispiel bietet hier die Ehefrau, die davon ausgeht, den heimkommenen Ehemann mit dem Nudelholz zu traktieren, tatsächlich aber einen gefährlichen Einbrecher abwehrt; s. dazu *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 63.

dargestellt ist für die verbindliche Verhaltensbewertung (als endgültig missbilligt oder aber endgültig erlaubt) stets die individuelle *ex ante* Perspektive des Betroffenen maßgeblich. Diese Feststellung zeigt, dass es eine rein „objektiv“ zu bestimmende Verhaltensrechtfertigung nicht geben kann.

In diesem Zusammenhang wird nach inzwischen weit verbreiteter Auffassung das Erfordernis eines sogenannten subjektiven Rechtfertigungselements angenommen: Der Täter müsse zur vollständigen Rechtfertigung seines Verhaltens die objektiv feststellbaren Voraussetzungen der Rechtfertigung zumindest kennen und sein Verhalten in deren Bewusstsein entsprechend ausrichten.⁴² Die daraus resultierende – subjektive Aspekte berücksichtigende – Ausprägung der Verhaltensbeurteilung ist grundsätzlich durchaus zu begrüßen. Ein solches „subjektives Element“ der Rechtfertigung, das an die Stelle der „objektiven Wirklichkeit“ tritt, ist gerade deshalb wichtig, weil die Betroffenenperspektive im Verhaltenszeitpunkt den Ausgangspunkt jeglicher Verhaltensbewertung begründet.⁴³ Dennoch kann sich die pauschale Forderung der Kenntnis der Umstände, die die rechtfertigenden Sachlage begründen, aber auch als überflüssig und für die Bewertung u.U. sogar als sachlich falsch erweisen.⁴⁴ Das tritt etwa in den viel diskutierten Fällen des fehlenden subjektiven Rechtfertigungselements zu Tage. Vergegenwärtigen lässt sich dies an einem einfachen Beispiel:

Ein Arzt nimmt eine Operation an einem Patienten vor, wobei er irrig davon ausgeht, dass der Patient weder ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist noch in

⁴² Man spricht insofern auch von „Rechtfertigungsvorsatz“, *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 82; mit Recht kritisch gegenüber dieser Terminologie *Frisch*, FS *Lackner*, 1987, S. 113, 144, 148 (der insofern die Formulierung „eines negativen Merkmals des Unrechts“ bevorzugt; denn es kann letztlich nicht darum gehen, ob jemand „vorsätzlich“ einen Rechtfertigungegrund ausübt, vielmehr muss der Ausgangspunkt der Bewertung sein, ob eine rechtswidrige Tat vorliegt); s. auch *Kuhlen*, FS *Beulke*, 2015, S. 153, 162; zum Erfordernis des subjektiven Rechtfertigungselementes bezüglich der Fahrlässigkeitsdelikte grundlegend *Rath*, Subjektives Rechtfertigungselement, S. 314 ff. m.w.N.; BGHSt 25, 229, 231; generell zum Handlungsunrecht bei fahrlässiger Deliktsverwirklichung *Frisch*, FS *Lackner*, 1987, S. 113, 130ff., was jedoch letztlich aufgrund der mangelnden Strafbarkeit des fahrlässigen Versuchs i.E. kaum von praktischer Bedeutung ist; vgl. dazu *Kühl*, AT, § 17, Rn. 80 m.w.N.

⁴³ Vgl. *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 17; dies wird vor allem im Rahmen des Festnahmerechts des § 127 I STPO richtigerweise zunehmend betont. Hier ist nämlich nicht entscheidend, ob es sich tatsächlich um eine wirkliche Tatbegehung handelt, die die Festnahme rechtfertigt, sondern vielmehr ob der Festnehmende davon ausgehen durfte; vgl. dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 13 ff.; *Murmann*, GK, § 25 Rn. 135; *Roxin/Greco*, AT, § 17 Rn. 24 m.w.N.; a.A. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT, § 12 Rn. 616; *Kuhlen*, FS *Beulke*, 2015, S. 153, 159.

⁴⁴ S. dazu *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 135; s. vertiefend zu der damit verbundenen Frage nach der Kongruenz zwischen der Erfüllung der objektiven und der subjektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen bereits LG München NJW 1988, 1860; ablehnend dazu *Beulke*, Jura 1988, 641ff.; *Schroeder*, JZ 1988, 567ff.; *Puppe*, JZ 1989, 728 ff.; zustimmend *Mitsch*, JA 1989, 79, 86; ders., NStZ 1989, 26; *Krack*, in: Grundfragen des Strafrechts 2010, S. 145, 150 ff.

die Vornahme der Operation eingewilligt hat. Tatsächlich wurde der Patient allerdings bereits von einem Kollegen ordnungsgemäß und umfassend aufgeklärt und hat der Behandlung durch den handelnden Arzt diesem gegenüber autonom und wirksam zugestimmt. Dem operierenden Arzt war das alles bei Vornahme der Operation nur nicht mehr gegenwärtig.⁴⁵

Auf der Basis seiner Vorstellung handelt der Arzt vorsätzlich eigenmächtig. Tatsächlich ist sein Verhalten objektiv gesehen durch die wirksame Einwilligung des Patienten gerechtfertigt – genauer: Das was er tut und bewirkt, ist nichts, was den berechtigten Belangen des Patienten unter Berücksichtigung seines Selbstbestimmungsrechts zuwiderläuft. Allerdings fehlt dem Arzt die Kenntnis der Umstände, die die *insofern* rechtfertigende Sachlage begründen – genauer: Er weiß nicht, dass das, was er tut und bewirkt, exakt dem autonomen Willen des Patienten entspricht. Ermittelt man nun die Schaffung der entsprechenden Schädigungsmöglichkeit und nimmt diese als Anknüpfungspunkt für eine endgültige Missbilligungsprüfung, ergibt sich Folgendes: Um ein endgültiges Missbilligungsurteil hinsichtlich des Verhaltens des Arztes zu fällen, und zwar bezogen auf den Verlauf, der dadurch tatsächlich bewirkt worden ist, ist es erforderlich festzustellen, ob die Schaffung der *insofern* festzustellenden Schädigungsmöglichkeit auch unter Berücksichtigung des rechtfertigungsrelevanten Gesamtkontextes zu missbilligen ist. Unabhängig von der tatsächlichen Kenntnis der Rechtfertigungslage ist dies dann nicht der Fall, wenn der durch das in Rede stehende Verhalten ausgelöste Verlauf unter Berücksichtigung sämtlicher bewertungsrelevanter Umstände nicht als von Rechts wegen zu vermeidender Verlauf anzusehen ist. Die Unkenntnis dessen allein vermag es nicht, eine eigenständige Missbilligung des Verhaltens in dieser Hinsicht zu begründen. Stattdessen ist eine verständige Würdigung der sich *ex ante* darbietenden Situation vorzunehmen. Die Rechtsordnung kann dem Arzt nicht verbieten, vom Betroffenen autorisierte ärztliche Eingriffe durchzuführen, dies gilt unabhängig davon, ob er die Willensgemäßheit seines Handelns erkannt hat. Dass sich der Arzt vorstellt, der Patient habe nicht ordnungsgemäß eingewilligt, ändert nichts am Scheitern der endgültigen Missbilligung des Verhaltens im für die Vollendungstat einzig interessierenden Sinne: Der Schaffung der Schädigungsmöglichkeit im Verhältnis zu einer Person, die in die Vornahme der Handlung *nicht* eingewilligt hat. *Insofern* kommt es zu einer relativen Rechtfertigung, die gegenüber autorisierten ärztlichen Behandlungen wirksam wird. In diesem Fall handelt es sich nicht um einen Verlauf, der von Rechts wegen zu vermeiden war. Daher ist die „Verletzung“ als solche auch nicht als Unrechtserfolg zurechenbar. Davon unberührt bleibt freilich der Verhaltensnormverstoß im Hinblick auf die gleichzeitig aus seiner Sicht begründete Gefahrschaffung eines eigenmächtigen Eingriffs, der dem Willen des Patienten widerspricht.

⁴⁵ Die Lösung der Problematik des Fehlens des subjektiven Rechtfertigungselementes folgt an dieser Stelle inhaltlich *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 135 ff.

Dieser ist selbstständig zu beurteilen und vermag im Vorsatzfall, eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) Versuchs zu begründen.

So gesehen bedarf es zur vollständigen Rechtfertigung präzise ausgedrückt eines Handelns „in Anbetracht der rechtfertigenden Sachlage“.⁴⁶ Diese Annahme stützt nicht zuletzt auch die gesetzliche Systematik sowie insbesondere der Wortlaut der geschriebenen Rechtfertigungsgründe, der ein Handeln „um einen [...] Angriff abzuwehren“ (§ 32 StGB) bzw. „um die Gefahr [...] abzuwenden“ (§ 34 StGB) erfordert.⁴⁷ Bei Unkenntnis der rechtfertigenden Sachlage liegt ein tatbestandsspezifischer Verhaltensnormverstoß aufgrund des dafür erforderlichen endgültigen Missbilligungsurteils allerdings nur dann und insofern vor, als die Schaffung der entsprechenden Schädigungsmöglichkeit auch unter Einbeziehung sämtlicher rechtfertigungsrelevanter Aspekte des Gesamtkontextes im Endergebnis rechtlich zu missbilligen ist.

So ist es etwa für eine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung erforderlich, dass dem Täter die Unmöglichkeit der rechtzeitigen Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung bewusst ist, es aber gleichzeitig Anhaltspunkte einer mutmaßlichen Billigung gibt und er in Anbetracht dessen handelt.⁴⁸ Mit diesen Grundsätzen der Verhaltensrechtfertigung ist allerdings eine hypothetische Einwilligung nicht in Einklang zu bringen: Es kann wohl kaum gefordert werden, dass sich der Arzt im verhaltensrelevanten Zeitpunkt *ex ante* bewusst sein müsse, dass der Patient, sofern er ihn zuvor ordnungsgemäß aufgeklärt hätte, dem Eingriff zugestimmt hätte.⁴⁹ Sofern seine Vorstellung im Verhaltenszeitpunkt auf dieser Annahme basiert, ist er nach entsprechender Interessenabwägung vorrangig zu einer ordnungsgemäßen Aufklärung des Patienten zu verpflichten, die die Möglichkeit einer *tatsächlich* selbstbestimmten Entscheidung bietet. Auch entsteht ein eklatanter Wertungswiderspruch, den man sich bewusst machen sollte: Derjenige, der sich der Mängelhaftigkeit seiner Aufklärung bewusst ist und sich davon ausgehend eine hypothetische Einwilligung vorstellt, wäre nach dieser Maßgabe volumnäßig gerechtfertigt, während dem unbewusst unvollständig aufklärenden Arzt keine unmittelbare Rechtfertigung zuteilwürde.⁵⁰ Es erscheint unverständlich, weshalb vorhandenes Wissen um das eigene rechtlich fehlerhafte Verhalten den Arzt privilegieren sollte. Mehr noch: Stellt man die Voraussetzung

⁴⁶ Freund/Bünzel, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 121.

⁴⁷ Siehe auch Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 208.

⁴⁸ Vgl. Rönnau, in: LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 229.

⁴⁹ Böcker, JZ 2005, 925, 927; Bollacher/Stockburger, Jura 2006, 908, 913; zudem ist zu betonen, dass sich der Täter in den Fällen einer fahrlässigen Aufklärungspflichtverletzung erst gar keine Gedanken über das mögliche Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung machen könnte, sodass das subjektive Bewusstsein stets zu verneinen wäre, Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 205.

⁵⁰ Siehe dazu Garbe, Wille und Hypothese, S. 327; a. A. Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 165, der dies als konsequent erachtet.

auf, dass dem Arzt die Unvollständigkeit seiner Aufklärung bewusst ist und er dennoch willensgemäß in die Körperintegrität des Patienten eingreift, bedeutet dies vielmehr bewusste ärztliche Eigenmacht zu fördern, mit der die nicht ausschließbare Gefahr verbunden ist, den tatsächlichen Willen des Rechtsgutinhabers zu verfehlten⁵¹ Selbst wenn man als subjektive Rechtfertigungsvoraussetzung auf den Willen des Arztes abstellen würde, „zur Wahrung des Willens des Rechtsgutsinhabers handeln zu wollen“,⁵² wäre dem Schutz der körperbezogenen Selbstbestimmung mit dem bloßen guten Willen des Arztes allein wenig gedient. Auch die wohlgemeinte ärztliche Eigenmacht bleibt weiterhin eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen, die innerhalb der Interessenabwägung keinesfalls (pauschal) zu rechtfertigen ist. Eine sinnvolle subjektive Vorstellunggrundlage eines Handelns in Anbetracht einer rechtfertigenden Sachlage, lässt sich für den Fall der hypothetischen Einwilligung schlicht nicht konstruieren, was sie weiter vom konsistenten System anerkannter Rechtfertigungsgründe entfernt.⁵³

Böcker spaltet daher die hypothetische Einwilligung vom allgemeinen System der Rechtfertigungsgründe ab und versteht sie als Rechtfertigungsgrund, der vollständig ohne subjektive Momente auskommen soll,⁵⁴ in der Konsequenz soll damit eine Versuchsstrafbarkeit von vornherein ausscheiden.⁵⁵ Ein derartiges Vorgehen überzeugt allerdings kaum; denn subjektive Elemente bilden nicht ohne Grund einen wesentlichen Aspekt der Verhaltensrechtfertigung. Die Bewertung eines Verhaltens als rechtlich erlaubt oder als gegen eine legitimierbare Verhaltensnorm verstößend muss aufgrund der Wirkungsbedingungen von Verhaltensnormen zwingend die sich dem potentiellen Normadressaten darbietende Sachlage zugrunde legen. Eine strafrechtlich anknüpfungsfähige Verhaltensnorm ist nur, aber auch stets dann gegenüber dem Adressaten legitimierbar, wenn dieser aus seiner individuellen Perspektive im Verhaltenszeitpunkt die entsprechende Verhaltensnorm hätte bilden und befolgen können und – im Wege der erforderlichen Güter- und Interessenabwägung – auch müssen. Dementsprechend kommt eine „absolute“ Rechtfertigung eines Verhaltens allein auf der Basis einer objektiven Wirklichkeit – die im Falle der hypothetischen Einwilligung naturgemäß mit besonderen Unsicherheiten belastet ist – nicht in Betracht. Sie ist mit den Grundsätzen personalen Verhaltensrechts unvereinbar und daher abzulehnen.

⁵¹ *Beulke*, medstra 2015, 67, 72 ff., der sich selbst letztlich aber für die Anerkennung als Rechtfertigungsgrund ausspricht, solange stattdessen der Wille, das Selbstbestimmungsrecht des Rechtsgutträgers zu wahren“, als subjektive Rechtfertigungsvoraussetzung anerkannt wird, *Beulke*, medstra 2015, 67, 75.

⁵² Vgl. *Beulke*, medstra 2015, 67, 75.

⁵³ In diese Richtung auch *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 99; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 144, 207; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 365 f.; *Renzkowski*, FS Fischer, 2010, S. 365, 369.

⁵⁴ *Böcker*, JZ 2005, 925, 929.

⁵⁵ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 208.

*c) Problematisches Konkurrenzverhältnis
im Hinblick auf die mutmaßliche Einwilligung und deren Subsidiarität
gegenüber der tatsächlichen Einwilligung*

Ferner droht eine Anerkennung der hypothetischen Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund das Subsidiaritätsverhältnis der mutmaßlichen Einwilligung gegenüber einer tatsächlich eingeholten – ausdrücklichen – Einwilligung zu unterlaufen.⁵⁶ Zum besseren Verständnis dieses Einwandes erscheint zunächst eine präzise Klärung des Verhältnisses zwischen der tatsächlichen und der mutmaßlichen Einwilligung erforderlich. Zumeist findet man die Aussage, die tatsächliche Einwilligung ginge der mutmaßlichen Einwilligung vor. Demnach wäre die ausdrückliche Einwilligung als ein selbstständiges, von der mutmaßlichen Einwilligung unabhängiges Institut zu charakterisieren. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass ein solches Verständnis verfehlt ist. Tatsächlich hängen beide Institute eng miteinander zusammen; sie sind demselben Rechtsgedanken verpflichtet und ergänzen sich.⁵⁷ Den ausschlaggebenden Legitimationsaspekt der Rechtfertigung stellt nämlich in beiden Fällen der normativ beachtliche Wille des (ausdrücklich oder mutmaßlich) Einwilligenden dar: Allein die Tatsache, dass jemand einen entsprechenden Willen äußert, bedeutet dabei noch lange nicht, dass dies auch seinem normativ beachtlichen Willen entspricht. Denn über die bloße Äußerung hinaus ist für eine normativ maßgebliche Willensgemäßheit vielmehr entscheidend, ob der Einwilligende die Bedeutung und die Tragweite seiner Entscheidung erkannt hat und in der Lage ist, eine sachgerechte Beurteilung vorzunehmen. Demnach ist die ausdrücklich geäußerte Einwilligung nur für den Fall rechtlich beachtlich, dass der geäußerte Wille nach den Umständen des Einzelfalls als mit dem normativ beachtlichen Willen übereinstimmend anzusehen ist. Insofern ist die ausdrückliche Einwilligung nur als vorrangiger Spezialfall der mutmaßlichen anzusehen.⁵⁸

Basiert eine „Einwilligung“ auf einer mangelnden bzw. völlig fehlenden – jedoch entscheidungsrelevanten – Wissensgrundlage kann sie nicht als Artikulation des normativ maßgeblichen Willens gewertet werden. Sie ist dann nur eine scheinbare Einwilligung – also eine in der entscheidenden Hinsicht unwirksame. Damit ist insofern das Fehlen einer ausdrücklichen Einwilligung zu konstatieren. Zur Bestimmung des normativ maßgeblichen Willens als Legitimationsaspekt bedarf es in einem solchen Fall mitunter des Rückgriffs auf die Interessenabwägung der mutmaßlichen Einwilligung. Diesem Rückgriff sind allerdings enge Grenzen gesetzt, was sich aus der Natur der mutmaßlichen Einwilligung als Wahrschein-

⁵⁶ Sowada, NStZ 2012, 1, 7; Swoboda, ZIS 2013, 18, 26; Garbe, Wille und Hypothese, S. 223 f.; Kuhlen, JR 2004, 227; vgl. zudem Mitsch, JZ 2005, 279, 282, der über das Verhältnis der Subsidiarität hinaus von einer „Sperrwirkung“ spricht.

⁵⁷ Siehe dazu Loose, Strafrechtliche Grenzen, S. 158 ff.

⁵⁸ Loose, Strafrechtliche Grenzen, S. 161.

lichkeitsurteil und als nachrangiges Surrogat der ausdrücklichen ergibt: Sowohl die mutmaßliche als auch die hypothetische Einwilligung lassen sich grundsätzlich auf die Fragestellung konkretisieren, wie eine bestimmte, tatsächlich nicht getroffenen Entscheidung unter bestimmten (nicht erfüllten) Voraussetzungen ausfallen würde (bzw. ausgefallen wäre).⁵⁹ Die mutmaßliche Einwilligung stellt sich insofern als eine von einer Nutzen-Risikobilanz geprägte, auf persönlichen Bewertungsmaximen basierende, subjektive Güter- und Interessenabwägung dar.⁶⁰ Dabei handelt es sich nicht um eine objektive Interessenabwägung im tatsächlichen Sinne, sondern ihr liegt vielmehr ein Wahrscheinlichkeitsurteil bezüglich der Interessen des Rechtsgutinhabers durch Ermittlung des individuellen hypothetischen Willens zu Grunde.⁶¹ Im Fokus steht dabei, normativ zu bestimmen, was die betreffende Person, die sich aktuell zu der relevanten Frage nicht geäußert hat, im Rechtssinne „will“; denn nur so ist die Wahrung der Autonomie dennoch zu gewährleisten.⁶² Es ist insofern zu betonen, dass es sich lediglich um eine Mutmaßung, ein Wahrscheinlichkeitsurteil handelt, das sich nicht zwingend mit dem tatsächlichen Willen des Patienten decken muss. Zu dieser Mutmaßung besteht kein (berechtigter) Anlass, sofern die Möglichkeit der Einholung einer tatsächlichen Autonomieentscheidung besteht. Die stets bestehende Möglichkeit der Verletzung der Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers in Anwendung der mutmaßlichen Einwilligung ist nur für diejenigen Fälle hinnehmbar, in denen das mutmaßliche Interesse an der Durchführung aus *ex ante*-Gesichtspunkten überwiegt. Insofern gilt aus gutem Grund: Die zur Wahrung der Autonomie der Person besser geeignete ausdrückliche Einwilligung hat Vorrang vor einem mit erhöhtem Fehlerrisiko verbundenen Rekurs auf die mutmaßliche Einwilligung. Man kann auch sagen: Wer ohne unzumutbaren Aufwand eine ausdrückliche willensmangelfreie Einwilligung einholen könnte, kann sich für sein Handeln nicht auf eine mutmaßliche Einwilligung berufen.

Dementsprechend könnte auch die hypothetische Einwilligung das Verhaltensunrecht nur dann ausschließen, wenn sie *ex ante* ein überwiegendes Interesse an der Vornahme der ärztlichen Handlung begründen könnte: Gerade das ist in den der hypothetischen Einwilligung zugrunde liegenden Fallgestaltungen allerdings nicht der Fall, wenn der Patient selbst entscheiden *will und kann*, ob ein Eingriff in seine Körperintegrität vorgenommen werden darf.⁶³ Unzweifelhaft geht ange-

⁵⁹ Vgl. Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 131.

⁶⁰ Vgl. Loose, Strafrechtliche Grenzen, S. 152.

⁶¹ Bussmann, Ärztliche Heileingriffe, S. 78.

⁶² Loose, Strafrechtliche Grenzen, S. 153.

⁶³ Schiekofer, FS Puppe, 2011, S. 953, 966, der darauf aufmerksam macht, dass sich unter Annahme der erforderlichen Voraussetzungen eines Ausschlusses des Verhaltensunrechts die hypothetische Einwilligung deckungsgleich zur mutmaßlichen Einwilligung darstellen würde, sodass es zu widersprüchlichen Ergebnissen in der Anwendung der mutmaßlichen Einwilligung führen würde, das Verhaltensunrecht bereits kraft hypothetischer Einwilligung auszuschließen.

sichts dessen die Ermöglichung der unmittelbare Wahrnehmung der Autonomie in Form der konkreten Äußerung eines normativ maßgeblichen Willens rein hypothetischen Wahrscheinlichkeitsprognosen vor.

Mit der unreflektierten Anwendung der hypothetischen Einwilligung verlöre das Institut der mutmaßlichen Einwilligung mehr und mehr an Bedeutung.⁶⁴ Mit der hypothetischen Einwilligung würde die tatsächlich zum Ausdruck gebrachte Selbstbestimmung in ihrer Legitimationswirkung durch deren, auf eine vage Grundlage gestützte, Fiktion ersetzt.⁶⁵

d) Mögliche weitere Konzepte innerhalb des Aspekts der Rechtfertigung

Abweichend von der Einordnung in das bestehende System der anerkannten Rechtfertigungsgründe wird die hypothetische Einwilligung z.T. auch im Sinne einer besonderen Wertentscheidung innerhalb der Wirksamkeitsvoraussetzungen der ausdrücklichen Einwilligung behandelt.⁶⁶ Konkret geht es um eine normative Einschätzung dessen, ob trotz festgestellter Aufklärungsmängel mit Blick auf den hypothetischen Willen des Betroffenen ausnahmsweise dennoch von der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung auszugehen ist.⁶⁷ Dies soll der Fall sein, wenn besagte Aufklärungsmängel lediglich die Qualität der Aufklärung schmälern, nicht aber ihre Existenz berühren.⁶⁸ In der Sache wird damit eine Abwägung der Beachtlichkeit von Willensmängeln im Kontext der Irrtumsrelevanz vorgenommen. Als Mindestvoraussetzung dessen wird das Vorhandensein einer sogenannten Grundaufklärung gefordert.⁶⁹

Eine i.E. ähnliche Konstruktion findet sich bei *Garbe*: Für ihn ist allerdings anstelle einer Grundaufklärung ein „ernsthaftes Bemühen“ i.S. einer Analogie zu § 24 I 2 StGB entscheidend.⁷⁰ Inhaltlich sollen die Anforderungen des § 24 I S. 2 StGB, die zum Rücktritt ein „ernsthaftes Bemühen“ erfordern, sofern der Täter annimmt, er habe bereits alles zur Vollendung Notwendige getan, aus seiner Sicht exakt auf die Situationen der hypothetischen Einwilligung passen, in denen zwar eine mangelhafte Aufklärung vorliege, aber festzustellen sei, dass

⁶⁴ *Renzikowski*, FS Fischer, 2010, S. 365, 370; *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 334.

⁶⁵ Vgl. *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 19; *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 173; *Sowada*, NStZ 2012, 1, 7f.; *Hüttenrauch*, NJ 2013, 39, 40.

⁶⁶ Dazu *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 175 ff., der die Rechtsfigur selbst allerdings ablehnt, S. 183.

⁶⁷ *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 175 ff.; in eine ähnliche Richtung geht auch der Ansatz von *Yamanaka*, die hypothetische Einwilligung als Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung einzuordnen (*Yamanaka*, FS Maiwald, 2010, S. 865, 883).

⁶⁸ *Merkel*, in: NK-StGB, § 218a Rn. 41 f.; s. zu diesen Erwägungen bereits die vorangegangene Darstellung im Rahmen der Irrtumsrelevanz, A.VI. 1. d) und e).

⁶⁹ *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 176; in diesem Sinne wohl auch *Müller-Dietz*, NJW 1988, 280, 281; dies eher ablehnend *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 451.

⁷⁰ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 275 ff.

der Patient auch im Falle der ordnungsgemäßen Aufklärung eingewilligt hätte.⁷¹ Demnach läge es näher, eine analoge Anwendung des § 24 I S. 2 StGB vorzunehmen, statt eine Grundaufklärung zu fordern.⁷² In der Sache möchte er damit eine Art „Ausnahmetatbestand“ der Rechtfertigung etablieren, indem er ihre Voraussetzungen in die Wirksamkeitsanforderungen der Einwilligung integriert.⁷³ Ergänzend vertritt er innerhalb dieser Grundkonzeption die Auffassung, dass es in Fällen der hypothetischen Aufklärung und Einwilligung zwar an einer umfassenden autonomen Abwägungsentscheidung des Patienten gefehlt habe, das Vorliegen einer solchen allerdings nicht mit einem besseren Rechtsschutz der Körperintegrität des Patienten korrespondiert hätte: Denn die Verletzung des „Primärrechtsgutes“⁷⁴ wäre auch im Fall der Ermöglichung einer vollständigen Abwägung eingetreten.⁷⁵ Der rein akzessorische am Primärrechtsgut zu orientierende Schutz des Selbstbestimmungsrechts könne insofern nicht eingreifen, sofern – wie hier – keine Verletzung des Primärrechtsguts festzustellen ist.⁷⁶

Problematisch erscheint an *Garbes* Konzeption – neben seinem kritikwürdigen Verständnis der Körperintegrität – zunächst, dass er ein unmittelbares Kausalverhältnis zwischen der vollständigen Aufklärung und der erteilten Einwilligung annimmt⁷⁷: „Auch in den Fällen der hypothetischen Einwilligung fällt die Einwilligungserklärung (= Erfolg) als Mittel der Selbstbestimmung nicht weg, wenn hypothetisch ordnungsgemäß aufgeklärt (= Verhalten) wird.“⁷⁸ Diese Sichtweise offenbart gleich zwei Missverständnisse: Zum einen stellt eine wirksame Einwilligung in Beziehung zum pflichtgemäßen Verhalten der ordnungsgemäßen Aufklärung keinen „Erfolg“ im technischen Sinne dar. Vielmehr bewirkt die wirksame Einwilligung durch das zum Ausdruck bringen der Willensgemäßheit eine Modifikation der Verhaltensbewertung. Ärztliches Handeln bedarf insofern grundsätzlich des Vorliegens des informed consent, um einer negativen Verhaltensbewertung als Verletzung der Körperintegrität zu entgehen. Dieser informed consent basiert allerdings nicht im Sinne eines direkten Kausalverhältnisses auf vollständiger Aufklärung. Zum anderen erscheint die Verallgemeinerung „bei vollständiger Aufklärung wird eingewilligt – bei unvollständiger Aufklärung wird nicht eingewilligt“ mit dem Wesen des Willensbildungsprozesses und dem

⁷¹ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 280.

⁷² *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 288.

⁷³ I.E. auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 29; *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 311.

⁷⁴ Insofern sieht er das Primärrechtsgut der Körperintegrität als vom Willen des Dispositionsbefugten unabhängigen biologischen Bestand des Körpers an.

⁷⁵ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 294.

⁷⁶ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 294f.

⁷⁷ Vgl. *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 278: „ist die unterlassene vollständige Aufklärung nicht quasi-kausal“.

⁷⁸ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 278.

Gesamtzusammenhang der ärztlichen Behandlung unvereinbar.⁷⁹ Insbesondere ist zu bedenken, dass die mangelhafte Aufklärung für die auf dieser Basis erteilte unwirksame Einwilligung stets kausal in dem Sinne wird, dass der konkrete Verlauf beim Wegdenken der fehlerhaften Aufklärung entfiele.⁸⁰

Daneben wirft auch die Analogiebildung zu § 24 I 2 StGB erhebliche Zweifel auf. In Anwendung auf die hypothetische Einwilligung würde sie nicht nur eine Gleichsetzung eines tatsächlich vorliegenden Geschehens (ernsthaftes Bemühen zur Verhinderung der Vollendung) mit der hypothetischen Annahme vollständiger Aufklärung bedeuten.⁸¹ Auch in struktureller bzw. wertungsmäßiger Hinsicht ist auffällig, dass § 24 I 2 StGB an eine anerkennenswerte Umkehrleistung des Täter anknüpft,⁸² an der es im Falle der hypothetischen Fiktion einer Opferentscheidung augenscheinlich fehlt.⁸³

Die hinter beiden Konzepten stehende Vorstellung, eine unvollständige Aufklärung sei rechtlich nicht relevant, wenn auch eine pflichtgemäße Aufklärung nicht zu einer Verweigerung der Einwilligung geführt hätte,⁸⁴ ist unabhängig davon jedoch – in Grenzen – durchaus bedeutsam. Dabei geht es aber freilich nicht um die Berücksichtigung hypothetischer Alternativursachen. Vielmehr steht diesbezüglich die Frage im Vordergrund, ob dem konkret fehlenden Aspekt der Aufklärung überhaupt Relevanz für die Entscheidung des Patienten zukam. Derartige – in der Sache durchaus sinnvolle Erwägungen – stellen allerdings keinen Rechtserforschungsaspekt sui generis dar, sondern sind vielmehr in eine vorgelagerte Auseinandersetzung einzubeziehen. Konkret bedarf es dazu einer Auseinandersetzung mit den allgemeinen Irrtumsregeln und Autonomieanforderungen hinsichtlich der vorgelagerten normativen Bewertung der Wirksamkeit der Einwilligung.⁸⁵ Dabei ist sorgfältig zwischen dem Aspekt der abstrakt-generellen Gefährdung des Selbstbestimmungsrechts im Wege der mangelhaften Aufklärung und der Frage, ob sich die dem immanente Gefährdung im konkret vorliegenden Fall verwirklicht hat, zu differenzieren.⁸⁶ Die Relevanz des Aufklärungsmangels ist damit anhand der tatsächlich vorliegenden Sachlage und nicht auf der Basis hypothetischer Fiktionen der Willensgemäßheit zu bestimmen. Konkret bedeutet dass, dass es nicht darum gehen kann, ob sich der Patient auch im Falle ordnungsgemäßer Aufklärung ebenso entschieden *hätte*, sondern relevant ist, ob er sich *trotz*

⁷⁹ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 203.

⁸⁰ Vertiefend dazu C.I. 3. a).

⁸¹ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 202.

⁸² Dazu auch *Puppe*, NStZ 1986, 14, 17f.

⁸³ In diesem Sinne auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 204.

⁸⁴ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 270.

⁸⁵ S. dazu A.VI. 1. d)cc); dazu auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 225 ff.

⁸⁶ Vgl. *Merkel*, JZ 2013, 975, 977.

des Aufklärungsmangels eigenverantwortlich entschieden *hat*.⁸⁷ Entscheidend ist insofern allein, ob der Patient im entscheidungsrelevanten *ex ante*-Zeitpunkt eigenverantwortlich gehandelt hat. Dabei impliziert die Frage, welche Informationen für die Willensbildung des individuellen Patienten relevant sind, richtigerweise bereits die Wertung, ob in *concreto* eine eigenverantwortliche Entscheidung des Patienten vorlag.⁸⁸

Dieser Zusammenhang lässt sich durch folgendes Beispiel verdeutlichen⁸⁹: Wird eine Kassiererin mit einer Plastikwaffe, deren Beschaffenheit sie erkennt, bedroht und gibt das Geld heraus, um ihrem Chef übel mitzuspielen, obwohl sie sich in der konkreten Situation nicht bedroht fühlt, so handelt sie zwar infolge des Überfalls, aber dennoch aufgrund einer autonomen Entscheidung. Überträgt man diese Erwägungen auf die Situation der hypothetischen Einwilligung, so bedeutet dies, dass es maßgeblich darauf ankommen muss, ob trotz der mangelhaften ärztlichen Aufklärung von einer autonomen Entscheidung des Patienten auszugehen ist. Denn nur so kann dem umfassenden Schutz der körperbezogenen Selbstbestimmung innerhalb des Schutzes der Körperintegrität angemessen Rechnung getragen werden. Diese Erwägungen gilt es im Hinterkopf zu behalten.

e) Fazit

Eine Anerkennung der hypothetischen Einwilligung als eigenständigen Rechtfertigungsgrund liefe letztlich darauf hinaus, bereits dann von einer wirksamen Rechtfertigung auszugehen, wenn die Umstände grundsätzlich dafür sprechen, dass die Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes *hätten vorliegen können*.⁹⁰ Die hypothetische Einwilligung läuft in ihrem wesentlichen Charakter somit sämtlichen inhaltlichen Einzelaspekten des Systems der anerkannten Rechtfertigungsgründe zuwider. Unter Annahme des überwiegenden Interesses als maßgeblichen Aspekt lässt sich eine rechtfertigende Wirkung der hypothetischen Einwilligung nicht erklären.⁹¹ Selbst dann, wenn man das mangelnde Interesse als ausschlaggebenden Legitimationsaspekt der Einwilligung erachtet, ändert sich an der Bewertung nichts, da im Anwendungsfall der hypothetischen Einwilligung gerade *kein* wirksamer Verzicht vorliegt.⁹² Letztlich würde die Rechtfertigung auf dem zufällig (!) gleichen Ergebnis eines rein fiktiven Entscheidungsprozesses basieren.⁹³ Nach Auswertung der dargestellten Aspekte ist die hypothetische

⁸⁷ *Merkel*, JZ 2013, 975, 977.

⁸⁸ *Merkel*, JZ 2013, 975, 977.

⁸⁹ Beispiel nach *Merkel*, JZ 2013, 975, 977.

⁹⁰ *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 207.

⁹¹ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 17.

⁹² So auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 332; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 365; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 213.

⁹³ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 234.

Einwilligung folglich nicht als eigenständiger Rechtfertigungsgrund anzuerkennen.

3. Dogmatische Berechtigung der Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe

a) Die hypothetische Einwilligung als Fall fehlender Kausalität

In einzelnen Urteilen aus der Rechtsprechung klingt die Behandlung der hypothetischen Einwilligung als Kausalitätsproblem jedenfalls an.⁹⁴ Im Grundsatz ist zur Bestimmung der Kausalität die sogenannte *conditio sine qua non*-Formel heranzuziehen. Demnach ist jede Bedingung kausal für den Erfolg, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der konkrete Erfolg entfiele.⁹⁵ Diese Bedingungslehre führt allerdings angesichts alternativer oder hypothetischer Kausalitätsverläufe zu unbrauchbaren Ergebnissen⁹⁶: Insbesondere in Fällen, in denen es im Zusammenhang mit der Beteiligung des Täters nur zu einer Variation einer Verletzung, die auch sonst eingetreten wäre, gekommen ist, scheint die *conditio-Formel* zu versagen.⁹⁷ Ein Verhalten wäre demnach unzutreffender Weise nicht als kausal zu bewerten, wenn bei seinem Wegdenken zwar der Erfolg trotzdem eingetreten wäre, aber nur deshalb, weil andere Ursachen im Geschehen so angelegt waren, dass sie eigenständig zum Erfolg geführt hätten, sofern sie das tatsächlich kausal gewordene Verhalten nicht verdrängt hätte.⁹⁸ Bisweilen wird versucht, das Problem dadurch zu lösen, dass auf die konkrete Gestalt des Erfolgs abgestellt wird.⁹⁹ Denn die meisten Ersatzursachen divergieren in der räumlich-zeitlichen Gestalt bzw. in der Art und Weise der Erfolgsherbeiführung, sodass die Formel dahingehend präzisiert wird, dass der Erfolg *in seiner konkreten Gestalt* maßgeblich sein soll.¹⁰⁰ Diese Modifizierung des Erfolgsbegriffs ist jedoch nicht kritiklos geblieben und als ergebnisorientiert gerügt worden. Das Argument, man nehme ein Detail nur dann in die konkrete Gestalt des Erfolgs mit auf, wenn man

⁹⁴ S. dazu den O-Beinefall B.I.3.b)aa).

⁹⁵ BGHSt 1, 332, 333; BGHSt 39, 195, 197; *Fischer*, StGB, Vor § 13 ff. Rn. 21; *Hege*, in: Lackner/Kühl, Vor § 13 ff. Rn. 9 f.; *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 Rn. 306.

⁹⁶ *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 309; *Kaufmann*, FS Schmidt, 1961, S. 200, 207 ff.; *Jakobs*, AT 7/10; *Kühl*, AT, § 4 Rn. 11 ff.; *Otto*, AT, § 6 Rn. 18; *Puppe*, in: NK-StGB, Vor § 13 ff. Rn. 87 ff., 90 ff.

⁹⁷ Vgl. *Frisch*, FS Gössel, 2003, S. 51, 54.

⁹⁸ Vgl. *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 II 4; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 183.

⁹⁹ *Jakobs*, AT 7/15; *Blei*, AT, § 28 II, 100 f.; *Schlüchter*, JuS 1976, 518 f.; *dies.*, JA 1984, 673.

¹⁰⁰ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Vor § 13 ff. Rn. 79; s. dazu ebenfalls *Fischer*, StGB, Vor § 13 ff. Rn. 21; vgl. *Kühl*, AT, § 4 Rn. 13; *Otto*, AT § 6 Rn. 13; *Schlüchter*, JuS 1976, 518, sowie *Schultz*, VersR 1990, 811, der die Überlegungen der Konkretisierung auf die hypothetische Einwilligung überträgt.

letztlich erreichen wolle, dass der Erfolg im Ergebnis kausal herbeigeführt wurde,¹⁰¹ ist nicht von der Hand zu weisen. Darüber hinaus erweist sich dieses Vorgehen auch in einer weiteren Hinsicht als problematisch: Wäre der Erfolg auch ohne das zu betrachtende Täterverhalten zeitgleich und in gleicher Ausprägung eingetreten, so vermag ein Abstellen auf den Erfolg in seiner ganz konkreten Gestalt nicht zu verhindern, dass ein ersichtlich mitursächliches Verhalten plötzlich nicht mehr ursächlich erscheint.¹⁰² Nicht überzeugend ist das Konzept des „Erfolgs in seiner konkreten Gestalt“ folglich vor allem in Fällen, in denen der Enderfolg vollkommen identisch ist. Man denke insofern an das klassische Scharfrichter-Beispiel¹⁰³ wo das Verhalten des Vaters eine rechtswidrige Tötung begründet. Man darf nämlich insofern nicht den Fehler machen, lediglich den Anfangs- und den Endpunkt des schadensträchtigen Verlaufs in den Blick zu nehmen. Denn die Überlegung, ob das Verhalten nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass ein konkreter *Enderfolg* entfiele, verleitet dazu, irrelevante hypothetische Verläufe zu berücksichtigen.¹⁰⁴ Es dürfen jedoch keine Verläufe oder Umstände hinzugedacht werden, die nicht real geworden sind.¹⁰⁵ Vergiften etwa zwei Ärzte unabhängig voneinander ein Getränk des Patienten und stirbt dieser am Gift beider, wäre es verfehlt, die Kausalität der Giftgabe eines jeden jeweils mit dem Argument zu verneinen, dass der Tod des Opfers auch bei Hinwegdenken dessen aufgrund der Reserveursache (des bereits für sich zur Todesherbeiführung geeigneten Giftes des jeweils anderen) ohnehin eingetreten wäre.¹⁰⁶

Insbesondere im Hinblick auf den möglichen Wertgehalt der hypothetischen Einwilligung rückt die Frage in den Blick, welche Bedeutung der Einbeziehung hypothetischer Kausalverläufe in Bezug auf die grundsätzliche Missbilligung des Verhaltens und seiner spezifischen Folgen bzw. die damit verbundene Einordnung nach Verhaltens- und Erfolgsunrecht zukommt. Im Hinblick darauf zeigt sich wiederum das Versäumnis der h. L., nicht hinreichend zu konkretisieren, was ein unerlaubtes Risiko überhaupt materiell ausmacht.¹⁰⁷ Gemeint ist damit nichts anderes als der tatsächliche Kausalverlauf in seiner Antizipation, also dass der Täter durch sein Verhalten eine rechtlich zu missbilligende Ursache für den kon-

¹⁰¹ Vgl. *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863, 873; *Puppe*, ZStW 99 (1987), 595, 596.

¹⁰² *Frisch*, FS Gössel, 2003, S. 51, 54; a. A. *Schlüchter*, JuS 1976, 518 f.

¹⁰³ Siehe dazu *Frisch*, FS Gössel, 2003, S. 51, 54.

¹⁰⁴ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 33.

¹⁰⁵ Eingehend *Spandel*, Die Kausalitätsformel, S. 32 f., 38; *Frisch*, FS Gössel, 2003, S. 51, 54.

¹⁰⁶ S. *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 142 ff.

¹⁰⁷ Dazu *Haas*, GA 2015, 86, 89, sowie bereits *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 284 ff.; *Haas*, Die Strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik, in: Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung, S. 193, 209 ff.

kreten zum Erfolg führenden Verlauf setzt.¹⁰⁸ Es ist also zu betonen, dass nicht der *Enderfolg* als statischer Zustand, sondern der konkrete zum Erfolg führende Verlauf in den Blick zu nehmen ist. Entscheidend für die Kausalität kann immer nur der konkrete Verlauf von der Handlung (bzw. Unterlassung) zum Erfolg sein.

Statt der Anwendung einer hypothetischen Ergänzungsfrage ist demnach vielmehr der tatsächliche Kausalverlauf sorgfältig zu rekonstruieren und das fehlerhafte Verhalten des Täters zu extrahieren, um es einer normativen Bewertung zu unterziehen.¹⁰⁹ Sofern die Kausalität bekannt ist, bedarf es insofern jeglichen Wegdenkens überhaupt nicht.¹¹⁰ Neben dem tatsächlichen Kausalverlauf haben hypothetische Kausalverläufe oder sogenannte Reserveursachen aufgrund deren es unabhängig vom Täterverhalten ebenfalls zum Erfolg gekommen wäre, keine selbstständige Bedeutung: Sie haben dabei bereits per definitionem keinen Einfluss auf den realen Verursachungsprozess¹¹¹ und vermögen es erst recht nicht, die tatsächlich aufgrund der vorliegenden Ausführungshandlung hergestellte Kausalbeziehung auszuschließen.¹¹² Bei richtiger Betrachtung existiert demnach erst gar kein Anknüpfungspunkt der Berücksichtigung hypothetischer Kausalverläufe.¹¹³ „Die Wirklichkeit ist [schließlich] nicht davon abhängig, wie sie wäre, wenn einiges an ihr anders aussähe.“¹¹⁴ Differenziert man hier exakt, erkennt man, dass nicht wirkende hypothetische Ersatzursachen keinerlei Einfluss auf den realen Kausalverlauf haben können.¹¹⁵ Denn eine festgestellte tatsächliche Ursache ist auch dann kausal für den Erfolg, wenn eine weitere Ursache existiert, die den Erfolg *hätte herbeiführen können*.¹¹⁶ Für die Feststellung, dass A den B erschlagen hat, ist es schlicht nicht relevant, ob C den B ebenfalls getötet hätte, wenn dies nicht A zuvor getan hätte.¹¹⁷

Ebenso verhält es sich mit den der hypothetischen Einwilligung zu Grunde liegenden Fallgestaltungen: Ob der Patient, sofern er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, mit der Behandlung einverstanden gewesen wäre, ändert nichts daran, dass das Verhalten des Arztes eine Ursache hinsichtlich der Begründung eines schadensträchtigen Verlaufs im Hinblick auf die Körperintegrität des Pa-

¹⁰⁸ Vgl. *Haas*, GA 2015, 86, 89, der allerdings fälschlicherweise innerhalb dieser Betrachtung auf den „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“ und nicht auf den zu einem bestimmten Erfolg führenden konkreten Verlauf abstellt.

¹⁰⁹ Vgl. *Puppe*, NStZ 2004, 554, 555 f.

¹¹⁰ Vgl. *Jakobs*, AT 7/10; zu einem einschränkenden Kausalitätskonzept anhand subjektiver Rechtssphären vgl. *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 184 ff.

¹¹¹ *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 75.

¹¹² *Jakobs*, FS Lackner, 1987, S. 53, 55 ff.; *Krey/Esser*, AT, § 11 Rn. 310.

¹¹³ *Haas*, GA 2015, 86, 89.

¹¹⁴ *Jakobs*, FS Lackner, 1987, S. 53, 58.

¹¹⁵ *Kaufmann*, FS Schmidt, 1961, S. 200, 207.

¹¹⁶ BGHSt 2, 20, 24.

¹¹⁷ Bsp. nach *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 75.

tienten setzt, die sich entsprechend verwirklicht. Denn die tatsächlich fehlende Einwilligung des Patienten verliert ihre rechtliche Bedeutung nicht dadurch, dass an ihre Stelle ein anderer Verlauf *hätte treten können*, aber nicht getreten ist.¹¹⁸ Für die Verantwortlichkeit des Arztes genügt es insoweit bereits, dass der Patient seine Behandlungsentscheidung aufgrund des Aufklärungsversäumnisses auf der Grundlage unzureichender (bzw. fehlerhafter) Informationen getroffen hat. Die Frage wie er im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung entschieden hätte, ist eine rein hypothetische, die – wie auch sonst – nicht von Belang ist.¹¹⁹ Ist die unzureichende Information Grundlage der Entscheidung geworden, begründet sie regelmäßig auch eine Mitverantwortlichkeit für das konkrete erfolgsverursachende Geschehen, indem sie ein nicht zu vernachlässigendes Charakteristikum der in Rede stehenden Entscheidung ausmacht. Diese Situation verhält sich insofern parallel zu den klassischen Fallgestaltungen der Mitwirkung an einer Grenzenentscheidung bezüglich des Inverkehrbringens eines gefährlichen Produkts. Führt die Entscheidung letztlich zum Inverkehrbringen ist es unerheblich, ob dieses Ergebnis auch bei einer „Nein“-Stimme des zu betrachtenden Abstimmenden hypothetisch eingetreten wäre, denn ohne dessen Mitwirkung wäre die Entscheidung jedenfalls nicht dieselbe.¹²⁰ Das möglicherweise gleiche Endergebnis der Entscheidung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der dahin führende *konkrete Verlauf* nicht derselbe ist. Der tatsächlich festgestellte Verlauf verliert seine rechtliche Bedeutung insofern nicht dadurch, dass an seine Stelle ein anderer getreten wäre, aber nicht getreten ist.¹²¹ In der Sache erkennt dies auch der BGH innerhalb des sogenannten „Klinikinsassenfalls“¹²²: Nutzt ein Psychiatriepatient seinen pflichtwidrig gewährten Ausgang u. a. für mehrere Vergewaltigungsversuche, so ist es im Hinblick auf die Bewertung der Ausgangsgewährung irrelevant, dass der Patient andernfalls möglicherweise auch gewaltsam aus der Psychiatrie *ausgebrochen wäre*, mit der Folge dass es zu denselben Taten *hätte kommen können*.¹²³ Das Bestehen einer solchen Möglichkeit ist für den konkret eingetretenen schadensträchtigen Verlauf schlicht nicht von Belang. Es handelt es sich insofern um eine rein tatsächliche Frage, die keiner Wertung zugänglich ist. Ist die Kausalität einmal festgestellt, kann sie nicht deshalb bestritten werden, weil der Erfolg hypothetisch auch bei pflichtgemäßem Verhalten eingetreten wäre: entweder

¹¹⁸ *Puppe*, JR 2004, 469, 471; vgl. ebenfalls BGHSt 13, 13, 14.

¹¹⁹ Eine andere Auffassung vertritt der BGH im sogenannten „Fuhrunternehmerfall“ BGHSt 52, 159. Diese Entscheidung wurde innerhalb der Literatur aber zurecht kritisch gesehen. S. dazu etwa *Freund*, in: Münchener Kommentar, § 13 Rn. 224; *Puppe*, Strafrecht AT, § 30 Rn. 20f.; ergänzend *Schales*, Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe, S. 12.

¹²⁰ Näheres dazu *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 346 ff.

¹²¹ BGHSt 13,13; siehe dazu zudem *Schlüchter*, JuS 1976, 378, 381; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 184.

¹²² BGHSt 49, 1, 4f.

¹²³ Vertiefend dazu *Schatz*, NStZ 2003, 581.

besteht ein Kausalzusammenhang oder eben nicht.¹²⁴ Was geschehen wäre (wenn), beeinflusst die Wirklichkeit, also das, was geschehen *ist*, nicht.¹²⁵

b) Veränderung der Bewertung sofern man die Quasi-Kausalität der Unterlassung der gebotenen Aufklärung betrachtet

Teilweise findet sich in der Literatur auch die sogenannte „Unterlassungslösung“, die an die Unterlassung der gebotenen Aufklärung anknüpft und demnach das Verhalten des Täters und dessen Folgen unter Anwendung der Formel zur Bestimmung der Quasikausalität zu berücksichtigen sucht.¹²⁶ Dieser dogmatischen Konstruktion lässt sich jedoch ihre Relevanz für die Betrachtung recht einfach absprechen: Von einem Unterlassen als Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit auszugehen, vermag nicht zu überzeugen.¹²⁷ Denn das allein anknüpfungsfähige Unterlassen (das Unterlassen einer vollständigen Aufklärung seitens des Arztes) liegt stets im Vorfeld der überhaupt erst gefährdenden Handlung.¹²⁸ Die unterlassene Aufklärung ist für sich genommen gar nicht rechtlich relevant. Die rechtliche Relevanz erlangt sie erst mittelbar dadurch, dass anschließend die Verletzungshandlung der *Vornahme* der ärztlichen Behandlung *ohne wirksame Einwilligung* folgt.¹²⁹ Bleibt der Eingriff aus, kommt ihr überhaupt keine strafrechtliche Bedeutung zu.¹³⁰ Daher kann darin wohl kaum der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegen. Unabhängig davon würde eine Verschiebung der Problematik in den Bereich der Unterlassungsstrafbarkeit hinsichtlich der in Rede stehenden Problematik ohnehin wenig Gewinn bringen, da die dort zu bewältigenden Sachprobleme normativ gesehen mit denen der Strafbarkeit des aktiven Tuns identisch

¹²⁴ *Kaufmann*, FS Schmidt, 1961, S. 200, 218; *Spendel*, FS Schmidt, 1961, S. 183, 186; *Ulsenheimer*, Pflichtwidrigkeit, S. 109.

¹²⁵ *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 336; ähnlich auch *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht BT II, Rn. 524 unter Bezugnahme auf den Darlehensfall BGHSt 13, 13; *Roxin*, StV 2004, 484, 486.

¹²⁶ Dieser Ansatz findet sich vielfach in der zivilrechtlichen Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1982, 697, 698; OLG Bamberg VersR 1998, 1025, 1026; OLG Karlsruhe NJW 1966, 399, 402; OLG Nürnberg VersR 1995, 1057, 1058. In der strafrechtlichen Rechtsprechung findet er dagegen kaum Resonanz. Dort findet er sich eher in der Literatur wieder – dargestellt bei *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 202; *Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 683, 693.

¹²⁷ *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345; 348; kritisch demgegenüber auch *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 202.

¹²⁸ Insofern besteht eine Parallel zum bekannten Ziegenhaarfall RGSt 63, 211, in dem ein Pinselhaarfabrikant Ziegenhaare ohne vorherige Desinfektion in den Verkehr brachte, wobei sich einige seiner Arbeiter mit Milzbrand infizierten. Im Zeitpunkt, in dem die Desinfektion erforderlich gewesen wäre, bestand noch gar keine konkrete Gefährdung; *Brammsen*, GA 2002, 193, 209; *Otto*, Jura 2000, 549, 550; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 218.

¹²⁹ Vgl. *Otto/Albrecht*, Jura 2010, S. 264, 268.

¹³⁰ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 218.

sind. Denn normativ entscheidend kann allein der Verstoß gegen eine tatbestandsspezifische Verhaltensnorm sein, sodass die normativen Kriterien der Tatbestandsverwirklichung tatsächlich völlig identisch sind.¹³¹

c) Rechtmäßiges Alternativverhalten

Sofern die hypothetische Einwilligung als Problem der Kausalität behandelt wird, konkretisiert sich die Kausalitätsproblematik allerdings zumeist gar nicht auf den zuvor dargestellten „mechanisch-naturwissenschaftlichen Zusammenhang“ – der unbezweifelbar gegeben ist – sondern vielmehr auf einen „Ursachenzusammenhang im strafrechtlichen Sinne“.¹³² Man spricht insofern auch von der „juristischen Kausalität“ bzw. insbesondere in Bezug auf die Fahrlässigkeitsdelikte von einem rechtmäßigen Alternativverhalten, das in die Bewertung einzubeziehen sein soll. Diesem liegt der Gedanke zu Grunde, dass der Schädiger denselben Schaden entweder auch durch normgerechtes Verhalten hätte herbeiführen dürfen oder dieser auch dann eingetreten wäre, wenn er sich ordnungsgemäß verhalten hätte.¹³³ In der Radfahrer-Entscheidung wurde dieser ursprünglich primär zivilrechtlich geprägte Gedanke erstmals vom BGH aufgegriffen und auf das Strafrecht übertragen.¹³⁴ Von einem relevanten rechtmäßigen Alternativverhalten sei aus strafrechtlicher Sicht dann auszugehen, wenn der eingetretene schadensträchtige Verlauf zwar durch das pflichtwidrige Verhalten des Täters verursacht worden ist, ein pflichtgemäßes Täterverhalten aber denselben Verlauf ausgelöst hätte.¹³⁵ Der tatbestandliche Erfolg war dann jedenfalls im Endergebnis für den Täter im verhaltensrelevanten Zeitpunkt tatsächlich unvermeidbar.¹³⁶

In der Praxis handelt es sich, wenn das rechtmäßige Alternativverhalten diskutiert wird, allerdings zumeist um Fälle, in denen die Normbefolgung vermutlich geholfen hätte bzw. zur Risikoverringerung beigetragen hätte und sich lediglich nicht ausschließen lässt, dass der Erfolg bei korrektem Verhalten ebenfalls eingetreten wäre.¹³⁷ Wenn die Normbefolgung die Gefahr lediglich vermindert bzw. das „rechtmäßige Alternativverhalten“ nur unter Umständen zur Erfolgsvermeidung geführt hätte, stößt man auf die sog. Risikoerhöhungslehren.¹³⁸ Nach die-

¹³¹ Freund, in: Strafrecht und Gesellschaft, S. 379, 386 ff.; sowie vertiefend auch Freund, FS Herzberg, 2008, S. 225, 228 ff.

¹³² Vgl. dazu die „Radfahrerentscheidung“ des BGH BGHSt 11, 1, 7, sowie den „Klinikinsassenfall“ BGHSt 49, 1.

¹³³ Oetker, in: Münchener Kommentar, § 249 BGB Rn. 217.

¹³⁴ Vgl. BGHSt 11, 1.

¹³⁵ Grundlegend BGHSt 11, 1, 7; BGHSt 33, 61, 63 f.; Fischer, StGB, Vor § 13 ff. Rn. 29; Eisele, in: Schönke/Schröder, Vor § 13 ff. Rn. 99a.

¹³⁶ Vgl. Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 260.

¹³⁷ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 267; Kühl, AT, § 17 Rn. 50.

¹³⁸ Vgl. Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 267; Kühl, AT, § 17 Rn. 50.

sen soll die Erfolgszurechnung bereits dann zu bejahen sein, wenn feststeht, dass der Sorgfaltswidrigkeit das Risiko auch noch ex post betrachtet in rechtlich relevanter Weise erhöht hat; es kommt nicht darauf an, ob der Erfolg ohne den Sorgfaltswidrigkeit verstoß sicher ausgeblieben wäre.¹³⁹ Die Annahme der Risikoerhöhungslehre missachtet allerdings, dass die Sanktionierung des Erfolgsdelikts darauf basiert, dem Täter mehr anzulasten als die reine unerlaubte Gefährdung.¹⁴⁰ Die Sanktionierung nach einem Verletzungsdelikt würde insofern einen Verstoß gegen Art. 103 II GG bedeuten. Dementsprechend gerät die Risikoerhöhungslehre auch in Konflikt mit dem in *dubio*-Grundsatz sowie „dem richtigen Schuldspruch“.¹⁴¹

Schließlich sieht man sich in Anwendung des rechtmäßigen Alternativverhaltens als Fallgruppe auch der nicht zu unterschätzenden Gefahr ausgesetzt, eine deutlich zu weitgehende Anerkennung hypothetischer Ersatzursachen im Strafrecht vorzunehmen. Ihrer ursprünglichen Intention nach wurzelt die Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens vielmehr in der Frage, ob das in Rede stehende Verhalten „erfolgsrelevant“ war.¹⁴² Im Kern geht es also eher um eine Zurechnungsfrage bzw. die normative Feststellung dessen, ob sich die in zu missbilligender Weise geschaffene Schädigungsmöglichkeit im konkreten erfolgsverursachenden Geschehen realisiert hat und die übertretene Verhaltensnorm explizit darauf gerichtet war, genau derartige schadensträchtige Verläufe zu verhindern.¹⁴³ Konkretisiert bedeutet das, dass das Verhalten des Täters erst gar nicht als Gefahrschaffung in Richtung auf diese konkrete Schädigungsmöglichkeit zu missbilligen ist, wenn der konkrete zum Erfolg führende Verlauf auch bei normgemäßem Verhalten eingetreten wäre. Demnach bedarf es der Umschreibung des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei präziser Bestimmung der entsprechenden Verhaltensmissbilligung gar nicht.

Wäre der konkrete zum Erfolg führende Verlauf sicher feststellbar auch bei normgemäßem Verhalten eingetreten, liegt in dem Verhalten in dieser Hinsicht schon gar kein Unrecht. Die Nichtmissbilligung des Verhaltens in dieser Hinsicht resultiert dabei aus der, den Verhaltensnormen zugrundeliegenden, Güter- und Interessenabwägung.¹⁴⁴ Erkennt man diese dogmatische Ausprägung des rechtmäßigen Alternativverhaltens, so erscheint es zielführender, die dahinterstehende Problematik und ihre Anwendbarkeit auf die hypothetische Einwilligung im Rah-

¹³⁹ S. dazu *Roxin/Greco*, AT, § 11 Rn. 89 ff. als Begründer der Risikoerhöhungslehre.

¹⁴⁰ *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 59.

¹⁴¹ Der bestimmte Schulterspruch muss nach seinem Inhalt exakt der Verantwortlichkeit für die angemalte Verhaltensweise und deren mögliche Fehlverhaltensfolgen entsprechen, s. dazu *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 151.

¹⁴² *Ulsenheimer*, Pflichtwidrigkeit, S. 148; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 289.

¹⁴³ In diesem Sinne ebenfalls *Frisch*, JZ 2022, 971, 976.

¹⁴⁴ Vgl. dazu etwa *Küper*, FS Lackner, 1987, S. 247, 272 ff.

men der Zurechnung bzw. der entsprechenden (spezifischen) Verhaltensmissbilligung und etwaiger spezifischer Fehlverhaltensfolgen zu vertiefen. Dieser Gedanke soll insofern im folgenden Abschnitt aufgegriffen werden.

Unabhängig davon ist angesichts eines möglichen Verständnisses der hypothetischen Einwilligung als rechtmäßiges Alternativverhalten ergänzend bereits an dieser Stelle vor der Erweiterung des rechtmäßigen Alternativverhaltens hin zu einem rechtmäßigen Alternativverlauf zu warnen.¹⁴⁵ Auch angesichts der ärztlichen Aufklärungspflichtverletzung ist bezüglich des strafrechtsrelevanten pflichtwidrigen Verhaltens allein auf die konkrete Körperverletzungshandlung abzustellen, sofern die normative Bestimmung des spezifischen Körperverletzungsunrechts im Raum steht.¹⁴⁶ Es darf insofern nicht argumentiert werden, dass das Opfer im Falle der ordnungsgemäßen Aufklärung vermutlich wirksam eingewilligt hätte; sondern es kommt als taugliche Vergleichsgrundlage allein das „Nichtoperieren“ in Betracht.¹⁴⁷ Das lässt sich anhand folgender Beispiele verdeutlichen: Lässt sich A von seinem unerkannt fahruntüchtigen Freund B nach Hause fahren und wird er infolge eines Unfalls schwer verletzt, stellt mit Recht niemand die Überlegung an, ob die Zurechnung zu verneinen sei, weil A möglicherweise auch in die Heimfahrt eingewilligt hätte, wenn ihm der Zustand des B bewusst gewesen wäre.¹⁴⁸ Neben bzw. statt einem Ersatztäterverhalten ist keineswegs zusätzlich auch ein gewünschtes Opferverhalten zu konstruieren.¹⁴⁹ Ein Opferverhalten darf überhaupt nur dann in die Wertung einbezogen werden, wenn es unmittelbar im Tatgeschehen angelegt ist; keinesfalls darf ein vermeintlich passendes Opferverhalten Eingang in die Vergleichshypothese finden.¹⁵⁰ Die hypothetische Einwilligung beschränkt sich in ihrer Anwendung allerdings nicht darauf, das hypothetische Verhalten des Arztes zu fingieren – was für sich genommen angesichts des konkret interessierenden schadensträchtigen Verlaufs für die Konkretisierung der Verhaltensmissbilligung schon äußerst zweifelhaft erscheint –, sondern dem Opfer ist zusätzlich eine hypothetisch wirksame Einwilligungentscheidung zu unterstellen.¹⁵¹ Verändert man in den der hypothetischen Einwilligung zu Grunde liegenden Fallgestaltungen lediglich die Qualität der Aufklärung, verbunden mit der Ermöglichung einer autonomen Patientenentscheidung, lässt sich nämlich nicht automatisch auf eine wirksame Einwilli-

¹⁴⁵ *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 350 ff., 353; *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 116.

¹⁴⁶ *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 350 ff., der diesen Ansatz durch das Urteil des BGH im „Klinikinsassenfall“ BGHSt 49, 1 ff. bestätigt sieht; dazu *Roxin*, StV 2004, 484; *Puppe*, NSTZ 2004, 554 ff.; *Ogorek*, JA 2004, 356 ff.

¹⁴⁷ So auch *Jäger*, JA 2012, 70, 71, 72.

¹⁴⁸ Beispiel nach *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 350, 352.

¹⁴⁹ Vgl. *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 290.

¹⁵⁰ *Puppe*, in: NK-StGB, Vor § 13 ff. Rn. 218; *Puppe*, JZ 1985, 295, 297.

¹⁵¹ Siehe dazu *Conrad/Koranyi*, JuS 2013, 979, 983; *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 181; *Jäger*, JA 2012, 70, 72; *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 22.

gungserklärung schließen: Sie ist vielmehr Teil eines selbstständigen Entscheidungsprozesses.¹⁵² In der Sache bedeutet das, dass der Täter sich aufgrund eines fiktiven Verhaltens seines Opfers zu exkulpieren sucht.¹⁵³

Weiterhin darf sich das Alternativverhalten nur auf den der konkreten Verhaltensbewertung zu Grunde liegenden Verlauf beschränken und keine fiktiven Handlungsmöglichkeiten fingieren. Nehmen wir an, ein Chirurg lässt sich nicht – wie vorgeschrieben – regelmäßig auf Hepatitis B testen, ist unbekannt erkrankt und infiziert zahlreiche Menschen. Unterstellt man weiterhin, dass seine Erkrankung auch dann, wenn er sich getestet hätte, möglicherweise unerkannt geblieben wäre, soll dies zu einer Verneinung des Realisierungszusammenhangs führen.¹⁵⁴ Aber auch unter diesen Voraussetzungen realisiert sich bei exakter Betrachtung eine unerlaubt geschaffene Schädigungsmöglichkeit. Denn bereits dadurch, dass er sich pflichtwidrig nicht testen lässt, setzt er eine Schädigungsmöglichkeit im Hinblick auf die Körperintegrität und das Leben seiner Patienten, die so nicht sein darf. Denn die Pflicht, sich testen zu lassen, verfolgt als solche einen guten Sinn und lässt sich ohne Weiteres zum Schutz der Körperintegrität anderer als Verhaltensanforderung des Arztes legitimieren. Anders wäre dies nur dann zu bewerten, wenn er sich pflichtgemäß testen lässt, bei diesem Test aber trotz bestehender Infektion ein negatives Ergebnis herauskäme.

Das Unterlassen der Untersuchung auf Hepatitis B – stellt es auch ein zunächst nicht selbstständig strafwürdiges Vorverhalten dar –, ist somit der normativen Verhaltensbewertung des konkreten schadensträchtigen Verlaufs zu Grunde zu legen: Als pflichtgemäßes Verhalten kommt hier einzig ein Unterlassen der Operationen bzw. die Durchführung nach vorheriger Infektionstestung in Betracht.¹⁵⁵ Dasselbe gilt für den Fall der Aufklärungspflichtverletzung. Fehlt es an einer ordnungsgemäßen Aufklärung, ist dieser Umstand ein Charakteristikum der Schaffung des schadensträchtigen Verlaufs, das mit der Vornahme der ärztlichen Maßnahme strafrechtliche Relevanz im Hinblick auf das spezifische Körperverletzungsunrecht erlangt. Allein dieses konkrete Verhalten kann den Anknüpfungspunkt für eine entsprechende Missbilligungsprüfung bilden. Möchte man untersuchen, ob der erforderliche normative Realisierungszusammenhang zwis-

¹⁵² Vgl. *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 287 f.; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 412 f.; sowie *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 188 f. (seiner Auffassung nach dürfen überhaupt nur feststellbare Tatsachen in die Hypothesenbildung einbezogen werden; a. A. RGSt 15, 151 ff.).

¹⁵³ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 22; vgl. dazu ebenfalls *Otto*, AT, § 10 Rn. 25, der das anschauliche Bsp. eines Steinbruchunternehmers erörtert, der die Baugrube unzureichend abgesichert hat und sich ebenfalls im Falle des tödlichen Sturzes eines Kindes nicht darauf berufen kann, dass das Kind im Falle der ordnungsgemäßen Absicherung möglicherweise über den Zaun geklettert wäre und sich derselbe Erfolg ereignet hätte.

¹⁵⁴ Bsp. nach *Haas*, GA 2015, 147, 154 unter Bezugnahme auf BGH StV 2007, 211.

¹⁵⁵ *Haas*, GA 2015, 147, 154.

schen gegebenen Elementen besteht, dürfen diese Aspekte des realen Geschehens nicht unter der Hand verändert werden.¹⁵⁶ Das bestätigte auch der BGH im „Klinikinsassenfall“.¹⁵⁷ Welches Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre, bestimmt sich im Hinblick auf den Pflichtverstoß, der als unmittelbare Schadensursache in Betracht kommt.¹⁵⁸ Als konkrete Tatsituation sind dabei nur solche Bedingungen zu Grunde zu legen, die im Tatgeschehen bereits unmittelbar angelegt sind.¹⁵⁹ Umso deutlicher wird dies, sofern man – in Anwendung der hypothetischen Einwilligung – aufgrund der potentiellen Möglichkeit alternativer Kausalverläufe im Handlungszeitpunkt das verwirklichte Unrecht nachträglich auszuschließen sucht. Um dies zu verdeutlichen, sei auf ein Bsp. von *Otto* verwiesen: Ein Steinbruchunternehmer, der es sorgfaltwidrig unterlassen hat, die Baugrube mit einem Sicherheitszaun abzusichern, kann sich im Falle des tödlichen Unfalls eines Kindes auch nicht dadurch entlasten, dass das Kind, sofern es einen Zaun gegeben hätte, diesen möglicherweise überstiegen hätte und dennoch in die Grube gefallen wäre.¹⁶⁰ Derartigen beliebig konstruierbaren Ersatzursachen darf innerhalb der Bewertung des konkreten erfolgsverursachenden Geschehens aus strafrechtlicher Sicht keine Bedeutung zukommen.¹⁶¹ Denn ansonsten ersetzt man nicht nur das pflichtwidrige Verhalten, sondern denkt einen ergänzenden hypothetischen Verlauf hinzu, was es dem Täter letztlich ermöglichen würde, sich zur Entlastung auf jede beliebige Ersatzursache zu berufen.¹⁶²

Insofern ist wiederum zu betonen, dass es gerade nicht um die Bewertung alternativer Verläufe geht, sondern einzig und allein die normative Bewertung des

¹⁵⁶ *Sickor*, JR 2008, 179, 180; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 86.

¹⁵⁷ BGHSt 49, 1 ff. Diesem Urteil lag es zu Grunde, dass Ärzte eines psychiatrischen Krankenhauses einer gefährlichen Person unbeaufsichtigt Ausgang gewährt hatten. Im Zuge dessen begann der Patient mehrere Gewaltverbrechen, darunter zwei Morde. Die Abteilung, in der er sich befand, war zudem derart mangelhaft gesichert, dass er in der Vergangenheit bereits zwei Mal durch ein morschес Fenster entflohen war. Davon ausgehend sprach das LG die Ärzte mit der Argumentation frei, dass es nicht auszuschließen sei, dass der Patient im Falle der Ausgangsverweigerung durch die Ärzte durch das Fenster geflohen wäre und dieselben Taten begangen hätte.

¹⁵⁸ Vgl. BGH StV 2004, 484; ein möglicher gewaltssamer Ausbruch bedarf einer vom vorliegenden Tatgeschehen unabhängigen autonomen Willensbildung.

¹⁵⁹ Vgl. *Schatz*, NStZ 2003, 581, 584; dies bejaht der BGH etwa im Hinblick auf das eigene Verhalten von Verkehrspfbern; BGHSt 11, 1 f.; *Saliger*, JZ 2004, 976, 980.

¹⁶⁰ Bsp. nach *Otto*, AT, § 10 Rn. 25.

¹⁶¹ Innerhalb der Lehre wird vereinzelt dennoch die Forderung aufgestellt, hypothetische Ersatzursachen zugunsten des Täters entlastend zu berücksichtigen, zumindest sofern es sich um natürliche Ursachen handelt; im Sinne eines Rechtsgutschancensaldos ausdrücklich *Kaufmann*, FS Schmidt, 1961, S. 200 ff., 229; vgl. zudem *Jakobs*, FS Lackner, 1987, S. 53, 60 ff. Dies birgt allerdings die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass demjenigen Rechtsobjekt, dem der alsbaldige Untergang droht, jeglicher Schutz versagt würde; *Puppe*, GA 2003, 764, 768, die zudem das daraus folgende Prinzip: „was fällt, das darf man auch noch stoßen“ als „rechtsethisch bedenklich“ beurteilt.

¹⁶² *Schatz*, NStZ 2003, 581, 584.

mit dem konkreten Verhaltens verbundenen – tatsächlich Wirklichkeit gewordenen – Verlaufs, der zum Erfolg geführt hat, vorzunehmen ist.¹⁶³ Die Verhaltensanforderung an den Normadressaten verliert nicht schon deshalb ihre Gültigkeit, weil das Schutzbau daneben noch weiteren Bedrohungen ausgesetzt ist.¹⁶⁴ Die Realisierung des unerlaubten Risikos im konkreten Erfolg wird nicht dadurch gehindert, dass sich bei rechtmäßigem Verhalten möglicherweise ein anderes Risiko realisiert hätte.

d) Fazit

Übertragen auf die hypothetische Einwilligung bedeutet das Folgendes: Die kausale Verletzung des Patienten in seiner körperlichen Integrität, ohne sich deren Willensgemäßheit gewiss sein zu dürfen, ist zweifelsfrei zu bejahen.¹⁶⁵ Ein hypothetisch rechtmäßiges Verhalten kann schon deshalb nicht ursächlich sein, weil es keinen Einfluss auf die Realität nimmt.¹⁶⁶ Selbst wenn es möglich wäre, die hypothetische Einwilligung nachträglich mit vollständiger Gewissheit zu bejahen, steht doch fest, dass sich der Arzt im Verhaltenszeitpunkt über das Selbstbestimmungsrecht hinweggesetzt hat und der Patient eine dahingehende Entscheidung selbst nie getroffen hat.¹⁶⁷ Nachträgliche hypothetische Erwägungen bezüglich der Willensgemäßheit sind insoweit als völlig unerheblich zu bewerten.¹⁶⁸ Das in Rede stehende Verhalten bedingt eindeutig die im Grundsatz rechtlich missbilligte Schaffung einer tatbestandlich abstrakt-generell erfassten Schädigungsmöglichkeit im Hinblick auf die Körperintegrität des Patienten.

4. Die hypothetische Einwilligung als Kriterium zum Ausschluss der (objektiven) Zurechnung?

Vor allem innerhalb der Literatur wird die hypothetische Einwilligung häufig als Aspekt im Rahmen der sog. „Zurechnung“ von Erfolgsunrecht verstanden. Insofern wird in Bezug auf die hypothetische Einwilligung eine Ausweitung der Kategorie der Zurechnung auf die Rechtfertigungsebene postuliert. Die folgende Darstellung hat davon ausgehend den Anspruch, zunächst die normative Bedeu-

¹⁶³ Zu dieser präzisen Wertungsfrage *Freund/Bünzel*, Elemente der Straftat, § 1 Rn. 61.

¹⁶⁴ *Jakobs*, FS Lackner, 1987, S. 53, 58 Fn. 8 m.w.N.; *Jakobs*, AT, 7/91 f.

¹⁶⁵ Vgl. *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 336, 387; *Nüßgens*, FS Nirk, 1992, S. 745, 750; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 140; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 203; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 164.

¹⁶⁶ *Kaufmann*, FS Schmidt, 1961, S. 200, 208; *Ulsenheimer*, Pflichtwidrigkeit, S. 102 f.; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 204.

¹⁶⁷ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 198; *Puppe*, JR 2004, 470, 471.

¹⁶⁸ *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 60; *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 350; *Jäger*, Zurechnung, S. 25 f.

tung der Zurechnung eines Erfolgs (als spezifische Fehlverhaltensfolge) zu erarbeiten und sich im Anschluss damit auseinanderzusetzen, ob eine Ausweitung dieses Gedankens auf die Rechtswidrigkeitsebene sinnvoll erscheint. Schließlich ist herauszuarbeiten, welche Bedeutung der hypothetischen Übereinstimmung mit dem Willen des Patienten im Hinblick auf das Erfolgsunrecht der Körperverletzung zukommt.

*a) Die Funktion der Zurechnung
im Hinblick auf die Unrechtsbestimmung*

Von einer missbilligten Gefahrschaffung ist auszugehen, sofern das Verhalten gerade wegen der ihm anhaftenden Gefahr – genauer: wegen einer ganz bestimmten mit ihm verbundenen Schädigungsmöglichkeit – nach den Wertungen der Rechtsordnung zu unterbleiben hat.¹⁶⁹ Um darüber hinaus im Falle des Hinzutreten eines (tatbestandsspezifischen) Erfolgs vom Unrechtsgehalt einer vollendeten Tat ausgehen zu können, muss die Beziehung zwischen Erfolg und Fehlverhalten gewissen qualitativen Merkmalen genügen: Grundlegend ist dabei die Einsicht, dass die kausal herbeigeführten Folgen des Täterverhaltens die Realisierung einer vom Täter geschaffenen missbilligten Gefahr darstellen müssen.¹⁷⁰ Kausalität und Zurechnung stehen sich insoweit nicht als Regel-Ausnahme-Verhältnis gegenüber, sondern konstituieren einen normativen Zusammenhang, mit der Folge, dass die Zurechnung eine verantwortlichkeitsbegründende Wirkung einnimmt.¹⁷¹ Eine tatbestandsspezifische Fehlverhaltensfolge ist demnach dadurch charakterisiert, dass sich in ihr genau diejenige rechtlich missbilligte Gefahr verwirklicht hat, die durch ein entsprechendes Fehlverhalten (beim Fahrlässigkeitsdelikt eine spezifische Sorgfaltspflichtverletzung) des Täters geschaffen oder nicht abgewendet wurde.¹⁷² Über das rein empirische Kausalitätserfordernis hinaus muss sich ein schadensträchtiger Verlauf ereignet haben, dessen Vermeidung ex ante Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.¹⁷³

Oft spricht man bei dieser normativen Bewertung von der Anwendung der Lehre von der „objektiven Zurechnung“. Dogmentechnisch ist die Zurechnung inzwischen zu einer Art „Superkategorie“ herangewachsen, die sämtliche Fallgruppen und Themenbereiche vereinnahmt hat, die strafatsystematisch betrachtet eher eine Konkretisierung des tatbestandsmäßiges Verhaltens darstellen – genauer gesagt: die Kriterien des für die Verwirklichung eines Erfolgsdelikts vor-

¹⁶⁹ *Frisch*, JuS 2011, 116.

¹⁷⁰ *Frisch*, JuS 2011, 116.

¹⁷¹ Dazu eingehend *Otto*, Jura 1992, 90, 91; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 261f.

¹⁷² *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, § 12 Rn. 42 f.; *Kühl*, AT, § 17 Rn. 47.

¹⁷³ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 53 ff.

ausgesetzten tatbestandsspezifisch missbilligten Verhaltens bilden.¹⁷⁴ Sofern man nämlich die missbilligte Risikoschaffung oder Risikonichtabwendung vorzugs-würdiger Weise als einen Verstoß gegen eine Verhaltensnorm, die konkrete schadensträchtige Verläufe zu verhindern sucht, versteht, liegt ein Verständnis als Anforderung an das tatbestandsmäßige Verhalten nahe.¹⁷⁵ Denn es ist jedenfalls dogmatisch ungenau, von der Zurechnung einer Fehlverhaltensfolge zum tatbestandsspezifisch missbilligten Verhaltens zu sprechen, da der Feststellung einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge bereits die Vornahme eines in diesem Sinne zu missbilligenden Fehlverhaltens vorausliegt.

Letztlich darf die terminologische Frage aber auch nicht überbewertet werden: Unabhängig davon, ob man vom „Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhang“, dem „spezifischen Schutzzweck der Garantenpflicht“ oder von der „objektiven Zurechnung“ spricht, geht es in der Sache stets doch um dasselbe. Was nämlich interessiert ist, ob der Erfolg auf das mit der Vornahme der Handlung verbundene Risiko, weswegen diese verboten war, rückführbar ist.¹⁷⁶ Entsprechendes gilt für das Unterlassen (einer Handlung). In der Sache geht es somit stets darum, ob das Verhalten, das später den in Rede stehenden Erfolg bedingt hat, *ex ante* gerade wegen der Schaffung oder Nichtabwendung der Möglichkeit des tatbestandsspezifischen schadensträchtigen Verlaufs rechtlich zu missbilligen ist.¹⁷⁷ Ausgangspunkt dieser Wertung auf der dem Strafrecht vorgelegerten Ebene der Verhaltensnorm muss beim Vollendungsdelikt allein der schadenssträchtige Verlauf sein, der sich später *tatsächlich* realisiert hat. Manifestiert dieser genau die tatbestandsspezifische (Art und Weise der) Rechtsgutsverletzung, deren Vermeidung im Verhaltenszeitpunkt *ex ante* Legitimationsgrund für die übertretene Verhaltensnorm war, handelt es sich um eine spezifische Fehlverhaltensfolge, für die der Täter die Verantwortung trägt. Man kann auch sagen: das Ergebnis seines Verhaltens ist ihm „zurechenbar“. Die präzise Bestimmung dessen, um welchen Schadensverlaufs willen die Handlung überhaupt verboten ist, bedeutet dabei eine dem Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg vorgelegerte Weichenstellung der Verhaltensbewertung.¹⁷⁸ Denn andernfalls zählt der eingetretene Verlauf erst gar nicht zu denjenigen Verläufen, deren Verhinderung

¹⁷⁴ *Frisch*, JZ 2022, 971, 974; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 12; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 9 ff.

¹⁷⁵ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 59; in diesem Sinne auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 92; ähnlich i. E. *Kuhlen*, FS Roxin 2001, S. 331, 338.

¹⁷⁶ *Frisch*, JZ 2022, 971, 978.

¹⁷⁷ *Schiekofer*, FS Puppe, 2011, S. 953, 955; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 50 ff., 524 ff. Eine derartige sachgerechte Beschränkung der strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen ist dabei insbesondere auch dann wichtig, wenn es von vornherein an einem potentiell zurechenbaren Erfolg fehlt und allein die Frage der Versuchsstrafbarkeit im Raum steht; s. dazu *Freund*, FS Frisch, 2013, S. 677, 682.

¹⁷⁸ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 65, 524 ff.; *Schiekofer*, FS Puppe, 2011, S. 953, 956.

die Intention der in Rede stehenden Norm war. Dementsprechend liegt in dieser Hinsicht schon keine missbilligte Risikoschaffung vor.¹⁷⁹ Insofern ergibt sich, dass es gar nicht erst erforderlich ist, den Erfolg im Wege einer erneuten (zusätzlichen) Wertung „zuzurechnen“, sofern man bereits die konkrete Verhaltensmissbilligung zuvor individuell konkretisierend im Hinblick auf den entsprechenden Legitimationsgrund der Verhaltensnorm bestimmt. Verabreicht man etwa einer anderen Person ein sehr langsam wirkendes tödliches Gift und wird diese auf dem Weg zum Arzt im Rahmen eines normalen Verkehrsunfalls überfahren, hat sich die mit der Giftgabe durchaus verbundene missbilligte Schädigungsmöglichkeit im konkreten Verlauf nicht realisiert. Im Hinblick auf die Schaffung genau der Schädigungsmöglichkeit, die sich realisiert hat, kann schon kein entsprechender Verhaltensnormverstoß festgestellt werden: Die Verabreichung von Gift kann im verhaltensrelevanten Zeitpunkt *ex ante* unter den gegebenen Umständen nicht deshalb als Tötungsverhalten rechtlich missbilligt werden, weil damit die Gefahr des Versterbens bei einem „normalen“ Verkehrsunfall verbunden ist, den der Betroffene erleidet, weil er einen Arzt aufsuchen möchte.¹⁸⁰

Hat man die konkreten Legitimationsgründe der übertretenen Verhaltensnorm bereits zutreffend konkretisierend bestimmt, kann man die Feststellung der spezifischen Folgenverantwortlichkeit auf eine reine Tatsachenfeststellung dahingehend beschränken, ob tatsächlich einer der durch normgemäßes Verhalten von Rechts wegen zu vermeidenden Verläufe vorliegt.¹⁸¹ Insofern erscheint es zielführender, die Prüfung der rechtlichen Missbilligung des Verhaltens bereits unmittelbar auf den schadensträchtigen Verlauf zu beziehen, der sich konkret ereignet hat, um zu einer abschließenden Wertung des tatbestandspezifischen Verhaltensrechts zu gelangen.¹⁸² Angesichts dessen lässt sich mitunter zwar die Ursächlichkeit des Verhaltens für den Erfolg nicht leugnen, wohl aber die spezifische strafrechtliche Relevanz des veranlassenden Verhaltens.

b) Die Zurechnung als normativer Bestandteil der Verhaltenskonkretisierung

Die Verhaltensmissbilligung ist dementsprechend ausgehend von dem konkret vorliegenden schadensträchtigen Verlauf zu konkretisieren. Für den Unwertgehalt einer Vollendungstat muss sich zur Bestimmung des tatbestandspezifischen

¹⁷⁹ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 94; *Puppe*, Erfolgszurechnung, S. 118 m.w.N.

¹⁸⁰ Anders ist der Fall freilich dann zu beurteilen, wenn die Giftgabe den Unfall in spezifischer Weise beeinflusst – etwa wenn es durch eine giftbedingt herabgesetzte Reaktionsfähigkeit des Opfers zum Unfall kommt. – S. zum klassischen Beispieldfall des Reifendefekts des Krankenwagens *Jakobs*, AT 7/79.

¹⁸¹ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 61; näher dazu *Freund*, in: Butenheimer Gespräche, 2022, S. 83 ff.

¹⁸² *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 97.

Fehlverhaltens über das rein empirische Kausalitätserfordernis hinaus ein schadensträchtiger Verlauf ereignet haben, dessen Vermeidung ex ante Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm war.¹⁸³ Die sogenannte Risikoverwirklichung bildet insofern eine Spezifizierung der Kausalität, indem speziell diejenigen Verhaltensaspekte, die der Fällung des Missbilligungsurteils über das Verhalten zu Grunde liegen, den Erfolg bedingt haben.¹⁸⁴ Bei der fehlenden Risikoverwirklichung fehlt es sozusagen an der rechtlichen Relevanz der zuvor festgestellten (grundsätzlichen) Kausalität des Verhaltens.¹⁸⁵ Das ist etwa dann anzunehmen, wenn die Vermeidung des konkret eingetretene Schadensverlauf nicht die Intention der Verhaltensnorm widerspiegelt. In diesen Fällen hat sich die unerlaubt geschaffene Gefahr nicht im Erfolg realisiert¹⁸⁶: Eine Bestrafung aus dem Erfolgstatbestand muss entfallen, da sich eine Bestrafung nicht auf der Grundlage einer Verhaltensnorm legitimieren lässt, deren spezifischer Schutzzweck im konkreten Fall überhaupt nicht einschlägig ist.¹⁸⁷ Der Schutzzweck der Norm, um dessentwillen sie legitimiert ist, ist dabei als Teilanforderung des Realisierungszusammenhangs anzusehen.¹⁸⁸

Nimmt man die Prüfung des rechtlich zu missbilligenden Verhaltens jedoch – wie bislang üblich – teilweise auf der Tatbestandsebene (vorläufiges Missbilligungsurteil) und teilweise auf Rechtswidrigkeitsebene (endgültiges Missbilligungsurteil) vor, lässt sich die Bestimmung des Vorliegens einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge mit dem normativen Unrechtsgehalt einer vollendeten Tat freilich nicht auf den Tatbestand beschränken, ohne dass dies zu sachwidrigen Ergebnissen führt.¹⁸⁹ Andernfalls blieben entscheidende unrechtsrelevante Umstände außerhalb der Betrachtung – nämlich all jene, auf die es erst im Rahmen der Rechtfertigung ankommt.¹⁹⁰ Es reicht insofern nicht, dass die Handlung des Täters in unspezifischer Hinsicht rechtswidrig und kausal für den eingetretenen Erfolg war, um diesen als spezifische Fehlverhaltensfolge anzusehen; denn das wäre klassische *versari in re illicita*-Haftung.¹⁹¹ Vielmehr muss sich gerade derjenige Aspekt der Handlung realisiert haben, der ihre rechtliche Missbilligung ausmacht: Diejenige Eigenschaft, um deretwillen das Verhalten des Täters der Normenordnung widerspricht, muss notwendiger Bestandteil der vollständigen

¹⁸³ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 53 ff.

¹⁸⁴ *Jakobs*, FS Lackner 1987, S. 53, 59 f.

¹⁸⁵ *Jakobs*, FS Lackner 1987, S. 53, 60.

¹⁸⁶ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 55 m.w.N.; *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 223 m.w.N.; *Küper*, FS Lackner, 1987, S. 247, 254.

¹⁸⁷ *Ulsenheimer*, JZ 1969, 364, 368.

¹⁸⁸ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 96; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 66.

¹⁸⁹ *Kuhlen*, FS Roxin 2001, S. 331, 332.

¹⁹⁰ *Schiekofer*, FS Puppe, 2011, S. 953, 956 ff.

¹⁹¹ *Puppe*, JZ 1989, 728, 729.

und tatsächlichen Herbeiführung des Erfolgs sein.¹⁹² Insofern genügt es auch nicht, dass das Verhalten in spezifischer Hinsicht nur auf der Ebene des Tatbestands i. e. S. *grundsätzlich* zu missbilligen ist. Vielmehr erfordert eine spezifische Fehlverhaltensfolge, dass ein *endgültiger* spezifischer Verhaltensnormverstoß vorliegt. Insbesondere dürfen keine Rechtfertigungsgründe eingreifen.

Dementsprechend bedarf es einer umfassenden Berücksichtigung der Gesamtumstände, was innerhalb der weiteren Darstellung zu verdeutlichen sein wird. Vorrangig erweist sich angesichts der einheitlichen Bestimmung des Verhaltensrechts jedoch noch eine dem vorausliegende Detailfrage der grundsätzlichen Anwendbarkeit dieser Betrachtung auf verschiedene Verwirklichungsformen des Fehlverhaltens als klärungsbedürftig.

c) Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Vorsatzdelikte übertragbar?

Umstritten ist, ob der Gedanke des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs überhaupt auf Vorsatzdelikte anwendbar oder vielmehr auf Fahrlässigkeitsdelikte zu beschränken ist.¹⁹³ Teilweise wird insofern nämlich vertreten, der BGH hätte den Gedanken des rechtmäßigen Alternativverhaltens allein für die Fahrlässigkeitsdelikte entwickelt; nur innerhalb dieses Deliktsbereichs könne es überhaupt ein erlaubtes Risiko geben, denn der Vorsatz schließe ein solches aus.¹⁹⁴ Aufgrund dessen, dass die Verhaltensbewertung auf dem Kenntnisstand basiere, seien an den Vorsatztäter höhere Anforderungen zu stellen, was die Existenz eines erlaubten Risikos ausschließe.¹⁹⁵ Aus Sicht des Vorsatztäters gäbe es bereits keinen anerkennenswerten Grund für sein Handeln.¹⁹⁶ Um das aus dieser Annahme folgende Missverständnis zu verdeutlichen, lohnt es sich, den Ziegenhaarfall¹⁹⁷ des Reichsgerichts in den Blick zu nehmen. Wandelt man den Fall in der Weise ab, dass der Täter die Ziegenhaare vorsätzlich ohne vorherige Desinfektion im Bewusstsein ihrer Gefährlichkeit durch die Kontamination mit Milzbranderregeren unter Inkaufnahme des Todes von Menschen abgegeben hat, habe er nach der Auffassung *Albrechts* bereits durch dieses Verhalten eine konkrete Todesgefahr geschaffen, die sich im Erfolg realisiert habe, ohne dass es weiterer Erwägungen bezüglich der Missbilligung des tatbestandsmäßigen Verhaltens bedürfe.¹⁹⁸ Die-

¹⁹² *Puppe*, JZ 1989, 728, 729; *dies.*, ZStW 99 (1987), 595, 601.

¹⁹³ Siehe dazu *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 299 ff.; *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 178.

¹⁹⁴ *Kindhäuser*, GA 1994, 197, 221; vgl. zudem die Darstellung bei *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 300; s. zudem *Hengstenberg*, Hypothetische Einwilligung, S. 306 ff., die ein aliud-Verhältnis zwischen Vorsatz- und Fahrlässigkeit annimmt.

¹⁹⁵ *Kindhäuser*, FS Maiwald, 2010, S. 397, 404 f.; a. A. s. *Herzberg*, JR 1986, 6, 7; ebenfalls in dieser Thematik weiterführend *Duttge*, FS Maiwald 2010, S. 133, 135 ff.

¹⁹⁶ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 302 f.

¹⁹⁷ RGSt 63, 211.

¹⁹⁸ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 303.

ser Annahme kann so pauschal allerdings nicht gefolgt werden. Zutreffend ist sicherlich, dass die Verhaltensanforderung an den Täter – und die damit verbundene Missbilligung – grundsätzlich von seinem Wissenshorizont und der für ihn im Verhaltenszeitpunkt erkennbaren Gefährdungslage abhängig ist. Dennoch sind die *Kriterien* des Verstoßes gegen eine tatbestandsspezifische Verhaltensnorm unabhängig davon, ob nur ein fahrlässiger oder aber sogar ein vorsätzlicher Verstoß vorliegt. Der Verhaltensnormverstoß, der die Normgeltung in Frage stellt, ist grundsätzlich uneingeschränkt sowohl beim Vorsatz- als auch beim Fahrlässigkeitstäter festzustellen.¹⁹⁹ Lediglich die Qualität und Intensität der Infragestellung der Norm variiert insofern, als der Vorsatztäter die Legitimationsgründe der übertretenen Verhaltensnorm im Handlungszeitpunkt zutreffend erfasst und vor Augen hat, während er sich dennoch für den Normverstoß entscheidet.²⁰⁰

Richtigerweise ist daher zu differenzieren: Gab er die Ziegenhaare im Bewusstsein ihrer Gefährlichkeit in den Verkehr und nahm dabei eine tödliche Infektion der Arbeitenden in Kauf, so setzt er mit der Abgabe der Haare eine unerlaubte Gefahr, die sich im Tod der Arbeitenden realisiert. Folglich ist einer Realisierung der Gefahrschaffung im konkreten schadensträchtigen Verlauf zuzustimmen. Ging er dagegen von der Wirksamkeit des Desinfektionsverfahrens aus, beschränkt sich die ihm gegenüber legitimierbare Verhaltensanforderung darauf, keine Ziegenhaare ohne vorherige Desinfektion in den Verkehr zu bringen. Vertraut er nun auf die grundsätzliche Wirksamkeit der Desinfektion und bringt die Ziegenhaare dennoch ohne Desinfektion in den Verkehr ist an dieser Stelle zwar zwischen der vorsätzlichen bzw. fahrlässigen Unterlassung des erforderlichen Desinfektionsverfahrens zu unterscheiden. Im Hinblick auf die normative Bewertung des Todes der Arbeiter als Fehlverhaltensfolge macht es aber keinen Unterschied ob der anknüpfungsfähige Verhaltensnormverstoß in Form des Vorsatzes oder der Fahrlässigkeit gegeben ist. An dieser Stelle ist es einzig entscheidend, ob die Vornahme der erforderlichen Desinfektion Einfluss auf den konkreten vorliegenden schadensträchtigen Verlauf genommen hätte. Denn nur dann, wenn der eingetretene schadensträchtige Verlauf letztlich auf dem zu missbilligenden Fehlverhaltens basiert, kann auch von einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge ausgegangen werden.²⁰¹

¹⁹⁹ Freund/Rostalski, AT, § 7 Rn. 38.

²⁰⁰ S. dazu auch Freund/Rostalski, AT § 7 Rn. 38; Rönnau, JuS 2010, 675; Stuckenberg, Vorstudien Vorsatz, S. 428 ff.: „Der Vorsatztäter drückt einen größeren Mangel an Normbefolgungsmotivation aus.“

²⁰¹ So i. E. ebenfalls Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 118, insbesondere Fn. 491, der die Schlussfolgerung Albrechts, die Bedingungen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs seien im Falle vorsätzlichen Verhaltens nicht erforderlich, um eine Vollendungsstrafbarkeit zu begründen (Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 303 f.), zutreffend als inkonsistent kritisiert.

Bedeutsam für die Übertragbarkeit ist letztlich das zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit bestehende Verhältnis. Oft wird diesbezüglich für ein bestehendes Exklusivitätsverhältnis plädiert.²⁰² Die Folge ist, dass aufgrund der derart markant unterschiedlichen Struktur von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten eine Anwendung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf Fahrlässigkeitsdelikte ausgeschlossen sei.²⁰³ Als Argument wird unter anderem die Formulierung des § 16 I 2 StGB herangezogen: Die Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung könne nur dann von den Auswirkungen des Irrtums „unberührt bleiben“, sofern es sich um einen Gegensatz der beiden Delikte handele; ein Vorsatzdelikt könne demnach vorliegen, ohne dass gleichzeitig Fahrlässigkeit gegeben sei.²⁰⁴ Der Wortlaut diverser Fahrlässigkeitsdelikte, der die Formulierung „durch“ enthalte biete den entscheidenden Anhaltspunkt dafür, dass es nur angesichts dieser Delikte auf eine Bestimmung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ankäme, um eine versari in *illicita*-Haftung auszuschließen,²⁰⁵ während der Vorsatztäter im Gegensatz dazu „bewusst auf die Rechtsgutsverletzung zusteure“.²⁰⁶ Unabhängig von einem bestehenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang mit der eingetretenen Folge ziehe beim Vorsatzdelikt schließlich bereits der Handlungsunwert allein Strafe nach sich.²⁰⁷ Trotz der vehementen Annahme eines Exklusivitätsverhältnisses der beiden Begehungsformen soll jedoch widersprüchlicher Weise im Falle eines sogenannten *non liquet* aus Gründen des „Strafbedürfnisses“ kraft „wertender Beurteilung“ eine Verurteilung wegen des weniger schwerwiegenden Vorwurfs (hier der fahrlässigen Begehung) erfolgen.²⁰⁸

Zunächst einmal sollte man nicht den Fehler machen, Vorsatz mit einem Handlungsmotiv gleichzusetzen.²⁰⁹ Verhält sich jemand in Bezug auf die drohende Rechtsgutsverletzung vorsätzlich, so heißt das zunächst nicht mehr, als dass er bei seinem Handeln oder Unterlassen die tatbestandspezifische Unwertdimension im Zeitpunkt seines Verhaltens erfasst hat. Im Zuge dessen hat der Vorsatztäter die mögliche Fehlverhaltensfolge erfasst und aus seiner Sicht korrekt gedanklich antizipiert.²¹⁰ Er hat damit genau die Legitimationsgründe des Verhaltensnorm-

²⁰² *Safferling*, Vorsatz, S. 192 f.; BGHSt 4, 340, 344; *Duttge*, in: Münchener Kommentar, § 15 Rn. 102 ff.

²⁰³ *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 203, der betont, dass sich die Lehre vom Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf die Dogmatik des Fahrlässigkeitsdelikts beschränkt und im Hinblick auf Vorsatzdelikte aus guten Gründen ausscheidet.

²⁰⁴ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 306 f.

²⁰⁵ Dazu *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 312 f. m.w.N.

²⁰⁶ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 319.

²⁰⁷ *Ulsenheimer*, Pflichtwidrigkeit, S. 157.

²⁰⁸ *Duttge*, GA 2003, 451, 468; *Duttge*, in: Münchener Kommentar, § 15 Rn. 104 unter Betonung dessen, dass dieses Vorgehen keine Rückschlüsse auf das dogmatische Verhältnis der beiden Deliktsformen erlauben solle.

²⁰⁹ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 118.

²¹⁰ *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 39.

verstoßes, die ihn dazu veranlassen sollen, von seinem Vorhaben Abstand zu nehmen, vor Augen und entscheidet sich dennoch für den Normverstoß.²¹¹ Die daraus resultierende Vertiefung des Normgeltungsschadens gegenüber einer fahrlässigen Begehung ist vollkommen unabhängig davon, ob der Eintritt der Folge *beabsichtigt* wird.²¹² Allein diese Tatsache der Vertiefung des Normgeltungsschadens durch den Vorsatztäter bildet den qualitativen Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit: Im Gegensatz zur fahrlässigen Begehungsweise ist in der vorsätzlichen Begehung ein spezifisches „Mehr“ an Unwertgehalt enthalten. Insofern stellt die vorsätzliche Begehung sozusagen einen Spezialfall gegenüber der Fahrlässigkeit dar.²¹³ Sachlich erfüllt der Vorsatztäter alle Voraussetzungen der Fahrlässigkeit und darüber hinaus zusätzlich das Vorsatzerfordernis.²¹⁴ Das äußert sich schließlich anhand der jeweils angemessenen strafrechtlichen Reaktion, die an den spezifischen Rechtsgüterschutz anzupassen ist.²¹⁵ Auch die fehlende Versuchsstrafbarkeit im Falle fahrlässiger Begehung basiert auf einer selektiven Entscheidung des Gesetzgebers. Es ist schlicht nicht jedes Fehlverhalten strafbewehrt. Neben der erforderlichen Tatbestandsspezifität erscheint die strafrechtliche Reaktion, die ihrerseits den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügen muss, nur bei gravierenden Verhaltensnormverstößen angemessen.²¹⁶ Die Tatsache, dass bei fahrlässiger Begehungsweise die reine Verwirklichung des Verhaltensunwerts in der Regel nicht als sanktionswürdig erscheint, beruht damit auf der Relevanz des Fehlverhaltens aus strafrechtlicher Sicht bzw. des hinreichenden Gewichts zu missbilligender Verhaltensnormverstöße und ermöglicht keine darüber hinausgehenden Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen der vorsätzlichen und fahrlässigen Begehungsweise.

Vielmehr zeigt sich bei genauerer Betrachtung, dass in jeder Vorsatztat der Unwertgehalt einer Fahrlässigkeitstat als Minus enthalten ist; es besteht insofern gerade kein aliud-Verhältnis.²¹⁷ Die Beziehung der beiden Deliktsausprägungen ist vielmehr vergleichbar mit dem Stufenverhältnis zwischen Totschlag und Mord bzw. Diebstahl und Raub.²¹⁸ Demzufolge beinhaltet die Vorsatztat alle relevanten

²¹¹ *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 37, 73.

²¹² *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 37, 73; zur Unwertdimension der Vorsatztat vertiefend *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 46 ff.; *Stam*, JZ 2018, 601 ff. m.w.N.; *Herzberg*, JZ 2018, 122, 130.

²¹³ Eingehend dazu *Wolter*, 140 Jahre GA 1993, 269, 278 ff., 307 ff.

²¹⁴ *Freund*, FS *Herzberg*, 2008, S. 225, 228.

²¹⁵ Vgl. *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 37.

²¹⁶ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 10.

²¹⁷ *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 39; *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 Rn. 299; *Puppe*, in: NK-StGB, Vor § 13 Rn. 154; § 15 Rn. 5 „Vorsatz als Spezialfall der Fahrlässigkeit“; *Puppe*, JZ 1989, 728, 729; *Rostalski*, GA 2016, 73, 79 ff.; *Herzberg*, NStZ 2004, 593, 597; *Herzberg*, JuS 1996, 377, 381.

²¹⁸ S. dazu *Freund*, FS *Küper*, 2007, S. 63, 80.

Aspekte der fahrlässigen Begehung. Sind darüber hinaus die Anforderungen an eine vorsätzliche Begehungsweise erfüllt, begründet dies lediglich eine intensivere Infragestellung der Verhaltensnormgeltung in quantitativer und qualitativer Hinsicht.²¹⁹ Daher folgen richtigerweise sowohl die Vorsatz- auch als die Fahrlässigkeitsdelikte identischen Zurechnungsregeln.²²⁰ Diese Sichtweise stützt auch die Existenz des § 18 StGB der an die Stelle des § 56 StGB a.F. trat, dessen erklärtes Ziel es wiederum war, die letzten Überreste einer Erfolgshaftung nach dem versari in re illicita-Gedanken zu beseitigen.²²¹

d) Zurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene

Ausgehend von den vorangegangenen Erkenntnissen zur Verhaltenskonkretisierung ist nun auf eine erweiterte Betrachtung der Verhaltensmissbilligung einzugehen. Einige Befürworter der hypothetischen Einwilligung wollen nämlich bei näherem Hinsehen nicht auf eine Rechtfertigung der Tat im klassischen Sinne hinaus, sondern haben vielmehr eine innovative Methode entwickelt, die bisher allein im Rahmen des Tatbestands angewendete Lehre von der (objektiven) Zurechnung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit fruchtbar zu machen, um in ihrer Anwendung das Erfolgsunrecht auf Rechtfertigungsebene zu verneinen.²²² In Bezug auf die hypothetische Einwilligung wurde diese Konzeption maßgeblich von *Kuhlen* entwickelt. Bereits zuvor hatten allerdings einige Stimmen im Schrifttum betont, dass es „Zeit werde“ die Weiterentwicklung der Lehre von der objektiven Zurechnung auch auf Rechtfertigungsebene anzuwenden.²²³ Schließlich gehe es letztlich sowohl auf Tatbestands- als auch auf Rechtswidrigkeitsebene um die Zurechnung des Erfolgs.²²⁴ Ist diese auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu verneinen, soll es am Unrecht eines vollendeten Delikts fehlen. Fehlt es demnach an der Zurechenbarkeit des Erfolgs, schließt das zwar das Vorliegen eines vollendeten Erfolgsdelikts aus, lässt aber die Möglichkeit einer Versuchsstrafbarkeit weiter bestehen.²²⁵ Ob die Lehre von der (objektiven) Zurechnung auf Rechtfertigungsebene tatsächlich die Hypothetische Einwilligung überflügeln kann, ist jedoch eine andere Frage.

²¹⁹ *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 1 Rn. 51; s. zudem *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 94.

²²⁰ *Roxin/Greco*, AT, § 11 Rn. 49; *Hirsch*, FS Lampe, 2003, S. 515, 516; *Puppe*, Erfolgszurechnung, S. 1, 73; *Jakobs*, AT 7/40; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 115 ff.; *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 201 ff.

²²¹ *Schiekofer*, FS Puppe, 2011, S. 953; zu § 56 StGB a.F. s. auch BT-Drucks. 1/3713, S. 18; zu § 18 StGB s. BT-Drucks. V/4095, S. 10.

²²² Vgl. *Mitsch*, JZ 2005, 279, 281; vgl. *Kraatz*, § 3 Rn. 73 m.w.N.

²²³ *Puppe*, JZ 1989, 728, 729 (Warnschussfall); *Krauß*, FS Bockelmann, 1979, S. 557, 573 ff.; in diesem Sinne auch *Schiekofer*, FS Puppe, 2011, S. 953, 960, 961; a.A. *Duttge*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 185; *Schünemann*, GA 1999, 207, 215.

²²⁴ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 332, 339.

²²⁵ *Kuhlen*, JR 2004, 227, 229; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, S. 69 ff. In der Praxis wird die Versuchsstrafbarkeit allerdings sehr von der Nachweisbarkeit des Tatvorsatzes abhängen, speziell im Bereich der hypothetischen Einwilligung wäre sie sehr

tigungsebene in Betracht kommt, stehe dabei in Abhängigkeit zum jeweiligen Rechtfertigungsdefizit: Bei den zurechnungssirrelevanten tiefgreifenden Rechtfertigungsdefiziten (z. B. dem gänzlichen Fehlen einer Notwehrlage oder der Einwilligung²²⁶) sei in Abgrenzung zu den zurechnungsrelevanten bloßen Rechtfertigungsmängeln (z. B. Mängeln innerhalb der Erforderlichkeit der Verteidigung oder konkret bezogen auf die Einwilligung: die unzureichende Information, den Einfluss von Drohung oder Zwang sowie die Überschreitung der Schranke des § 228 StGB²²⁷) kein Ausschluss der (objektiven) Zurechnung denkbar; insbesondere eine gegen den erklärten Willen vorgenommenen Körperverletzung sei immer als vollendetes Unrecht zu qualifizieren.²²⁸

aa) Dogmatische Möglichkeit der Übertragung von Zurechnungskriterien auf die Rechtfertigungsebene

Kritik ist diesem Ansatz dahingehend entgegengeschlagen, dass aufgrund der Struktur des Verbrechensaufbaus sämtliche unrechtsbegründenden Elemente in den Tatbestand gehörten, das Unrecht auf der Ebene der Rechtswidrigkeit demgegenüber nur noch durch das Eingreifen eines allgemeinen Rechtfertigungsgrundes entfallen könne.²²⁹ Tatbestand und Rechtswidrigkeit seien insofern nicht als „einheitliche Durchgangsstufen“ zu begreifen, sondern ständen im Verhältnis von Grund und Gegengrund.²³⁰ Die unterschiedlichen Ausprägungen von Tatbestand und Rechtswidrigkeit, die sich aus den unterschiedlichen Handlungsanforderungen und Schutzzügen ergäben, verböten es daher, eine einheitliche Zurechnung vorzunehmen.²³¹ Dementsprechend stelle sich auf Tatbestands- und

stark von der Aussage des Arztes abhängig, was die Gefahr birgt, dass die Strafbarkeit zu einer „Dummensache“ werden könnte; s. dazu *Böcker*, JZ 2005, 925, 928; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 154.

²²⁶ *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 440.

²²⁷ *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 441, 447.

²²⁸ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331, 339; *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 434, 439 ff. – A. A. *Dreher*, der ein einheitliches Abgrenzungsmodell entwickelt hat, wann ein Zurechnungsausschluss in Frage kommt. Im Gegensatz zu *Kuhlen* sieht er es bspw. auch bei gänzlich fehlender Aufklärung als möglich an, die Zurechnung auf Rechtfertigungsebene zu verneinen; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, S. 54 ff. Das zeigt, dass insofern eine nähere Konkretisierung der Voraussetzungen innerhalb der Konzeption erforderlich ist. *Böckers* Einwand, dass auch im Falle gänzlich fehlender oder in selbstständig zu missbilligender Weise erschlichener Einwilligung die Zurechnung nicht auszuschließen sei, sofern man die Übertragung der Zurechnung auf die Rechtfertigungsebene annimmt (*Böcker*, JZ 2005, 925, 930), vermag daher nicht zu überzeugen.

²²⁹ *Duttge*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 185; in diesem Sinne auch *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 110 f.

²³⁰ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 295; *Duttge*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 185 f.

²³¹ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 238, 243.

Rechtswidrigkeitsebene keine identische Zurechnungsproblematik.²³² Bei der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung handle es sich um ein „Urteil“ als Ergebnis einer Bewertung, während der Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Tatbestandsebene auf einer Tatsachenfeststellung beruhe.²³³ Insbesondere der Schutz des Selbstbestimmungsrechts käme allein im Verhaltensappell der Rechtfertigung in Betracht und sei dementsprechend nicht in die Verhaltensbewertung des Tatbestands einzubeziehen.²³⁴

Der geäußerten Kritik kann nicht gefolgt werden. Während angesichts der Bewertung eines Risikos auf Tatbestandsebene lediglich von einem – unter der Bedingung fehlender Rechtfertigung stehenden und daher nur – vorläufigen, abstrakten Missbilligungsurteil auszugehen ist,²³⁵ bedarf es zur endgültigen Missbilligung des Verhaltens als tatbestandsspezifisches *Fehlverhalten* der Einbeziehung der Wertungen der Rechtswidrigkeit. Das ergibt sich vor allem daraus, dass die endgültige Missbilligung des Verhaltens auf individuellen, die konkrete Tat-situation betreffenden spezifischen Gesichtspunkten basiert, die über die tatbestandlich vertretenen Merkmale hinausgehen.²³⁶ Wenn ein bestimmtes Verhalten nach normativer Beurteilung aufgrund der damit verbundenen spezifischen Schädigungsmöglichkeit, die sich realisiert hat, eine spezifische *Fehlverhaltensfolge* begründen soll, muss diese „Zurechnung“ auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit geprüft und positiv festgestellt werden.²³⁷ Hintergrund dessen ist nämlich die materielle Frage, ob sich das in rechtlich zu missbilligender Weise geschaffene Risiko im vorliegenden Erfolg realisiert hat, sodass von einem entsprechenden Erfolgsunrecht auszugehen ist. Dieses Endurteil über Verhaltens- und Erfolgsunrecht lässt sich nur unter Bezugnahme auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit – genauer: der endgültigen Verhaltensmissbilligung – treffen; alles andere bedeutet lediglich eine vorläufige Beurteilung.²³⁸

Folgt man innerhalb der Verhaltensbewertung dagegen einer strikten Trennung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit spaltete man das *ex ante* Urteil der Verhaltensmissbilligung in zwei Teilbereiche auf und müsste nach der Prüfung und Feststellung des „pflichtwidrigen“ tatbestandsmäßigen Verhaltens (i. S. e. bloßen Vorbehaltssurteils) eine Prüfung des „definitiv pflichtwidrigen“ Verhaltens

²³² *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 296; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 394 ff., 397.

²³³ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 298.

²³⁴ *Garbe*, Wille und Hypothese, S. 239.

²³⁵ *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, S. 51, 60.

²³⁶ So auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 121.

²³⁷ *Kuhlen*, FS Roxin, 2001, S. 331 ff.; *ders.*, JR 2004, 227 ff.

²³⁸ *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, S. 39 ff., 46; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 7 Rn. 11; *Kühl*, AT, § 3 Rn. 2, § 6 Rn. 9; i.E. auch *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 73.

auf Rechtswidrigkeitsebene durchführen.²³⁹ Andernfalls führt es bspw. bei der Verwirklichung eines Erlaubnissatzes schnell zu Normwiderrüchen, sofern man ein endgültiges Missbilligungsurteil allein aus dem Tatbestand zu begründen sucht.²⁴⁰ Die Zurechnung eines Erfolgs innerhalb des Tatbestands i. e. S., ohne vorab das spezifische Fehlverhalten unter allen Wertungsgesichtspunkten bestimmt zu haben, ist höchst gefährlich.²⁴¹ Denn nach dieser Vorgehensweise wird bereits eine Fehlverhaltensfolge festgestellt, ohne dass klar ist, ob dem überhaupt ein spezifisches *Fehlverhalten* zu Grunde liegt.²⁴² Stattdessen ist vielmehr zu klären, ob der konkrete Verlauf, der tatsächlich eingetreten ist, aus der *ex ante* Perspektive im verhaltensrelevanten Zeitpunkt auch unter Berücksichtigung des Kontextes sämtlicher wertungsrelevanter Gesichtspunkte als Legitimationsgrund einer entsprechenden spezifischen Vermeidepflicht dient.²⁴³ Selbstverständlich müssen in dieses Urteil dann auch die Wertungen der Rechtswidrigkeit als eine Art negatives Merkmal der Verhaltensmissbilligung einfließen, um zu einer konkretisierten Verhaltensbewertung zu gelangen. Die Ebenen des Tatbestands und der Rechtswidrigkeit stehen sich demnach im Deliktsaufbau keinesfalls als abgeschlossene, gar gegensätzliche, Instanzen gegenüber, sondern ermöglichen erst in ihrer Aufeinanderbezogenheit eine sinnvolle abschließende Verhaltensbewertung. Hinsichtlich dessen ist es darüber hinaus unerheblich, ob man nun die körperbezogene Selbstbestimmung vorzugswürdigerweise bereits als entscheidenden Aspekt innerhalb der grundsätzlichen Verhaltensmissbilligung im Tatbestandsbereich i. e. S. mitdenkt oder als rechtfertigungsrelevantes selbstständiges Schutzbau in einen Gegensatz zum Rechtsgut der Straftatbestände rückt²⁴⁴: Beides beinhaltet nämlich die Erkenntnis, dass die Wahrnehmung der Selbstbestimmung jedenfalls in die endgültige Bewertung des körperverletzenden Verhaltens einzubeziehen ist.²⁴⁵

Ausgehend vom Grundgedanken der Zurechnung auf Rechtfertigungsebene bietet es sich an, derartige Wertungen schon im Rahmen der grundsätzlichen tatbestandspezifischen Verhaltensmissbilligung zu berücksichtigen.²⁴⁶ Vergegenwärtigen lässt sich dies etwa am Beispiel des Abstellens von lebenserhaltenden Maßnahmen auf Wunsch des Patienten. Nach der vorgeschlagenen Verhaltenskonkretisierung unter Einbeziehung der schon für eine grundsätzliche Verhaltensmissbilligung notwendigen Wertungen ist an dieser Stelle aufgrund der Autorisierung durch den Betroffenen bereits von vornherein kein missbilligtes Ver-

²³⁹ *Kuhlen*, FS *Roxin*, 2001, S. 332, 338 f.

²⁴⁰ *Schiekofer*, FS *Puppe*, 2011, S. 953, 960, 961.

²⁴¹ *Freund/Bünzel*, *Die Elemente der Straftat*, § 1 Rn. 63.

²⁴² *Freund/Bünzel*, *Die Elemente der Straftat*, § 1 Rn. 63.

²⁴³ *Freund/Bünzel*, *Die Elemente der Straftat*, § 1 Rn. 65, § 2 Rn. 95.

²⁴⁴ S. zu dieser Sichtweise *Garbe*, *Wille und Hypothese*, S. 239.

²⁴⁵ In diesem Sinne auch *Sturm*, *Hypothetische Einwilligung*, S. 139.

²⁴⁶ *Freund/Bünzel*, *Die Elemente der Straftat*, § 1 Rn. 65.

halten seitens des Handelnden denkbar. Davon ausgehend erübrigt es sich, den eingetretenen Tod als mögliche Fehlverhaltensfolge zu diskutieren oder gar auf Tatbestandsebene auf der Basis eines unsauberer Missbilligungsurteils „vorläufig“ (unter Vorbehalt stehend) zuzurechnen. Sachlich ändert sich nichts, wenn man die erforderlichen Wertungen erst auf der Rechtfertigungsebene anstellt. Festzuhalten bleibt daher an dieser Stelle, dass der Gedanke der Übertragung der Zurechnung auf die Ebene der Rechtfertigung eine im Grundsatz begrüßenswerte Entwicklung darstellt, die es ermöglicht, weiter konkretisierte Verhaltensbewertungen vorzunehmen.

bb) Übertragung auf die hypothetische Einwilligung

In Bezug auf die hypothetische Einwilligung wird nun angesichts der Übertragung der Zurechnung auf Rechtfertigungsebene folgender Gedanke fruchtbar gemacht: Wenn festzustellen ist, dass der Patient hypothetisch eingewilligt hätte, habe sich gerade kein unerlaubtes Risiko im Erfolg realisiert.²⁴⁷ Der eingetretene Erfolg begründe nach wertungsmäßiger Betrachtung kein Erfolgsunrecht, weil der Rechtsgutsinhaber in den Fallgestaltungen der hypothetischen Einwilligung dem ärztlichen Eingriff in jedem Fall zugestimmt hätte.²⁴⁸ Im Ergebnis stellt man also darauf ab, dass sich die missbilligte Risikoschaffung im Erfolg nicht realisiert habe, indem die korrekte Aufklärung „nichts gebracht hätte“.²⁴⁹ Was demnach verbliebe, sei das Handlungsunrecht, was es u.U. vermag, eine Versuchsstrafbarkeit zu begründen. Dazu bedarf es allerdings eines entsprechenden Tatentschlusses. Daran soll es fehlen, wenn der handelnde Arzt annimmt, dass der Betroffene im Falle einer pflichtgemäßen Aufklärung zugestimmt hätte.²⁵⁰

Im Folgenden soll untersucht werden, ob diese Einschätzung im Hinblick auf die hypothetische Einwilligung zutrifft. Bezogen auf die Verwirklichung des Erfolgsunwert ist nunmehr zweierlei relevant. Zum einen ist insoweit auf die vorherige Rechtsgutsbestimmung des § 223 StGB zurückzugreifen, wobei es im Besonderen um die Frage geht, ob die „bloße“ Willensverletzung als spezifisches Körperverletzungsunrecht i.S.d. § 223 StGB zu erfassen ist.²⁵¹ Zum anderen stellt sich die Frage, wie sich nachträgliche Feststellungen bezüglich der (hypothetischen) Willensübereinstimmung auf die Realisierung der dahingehend begründeten Gefahrschaffung auswirken.

²⁴⁷ Rosenau, FS Maiwald, 2010, S. 683, 691.

²⁴⁸ Rönnau, JR 2004, 801, 802, der den Grundüberlegungen im Ergebnis zustimmt.

²⁴⁹ Vgl. Kühl, AT, § 9 Rn. 47a; wenn der Patient im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung selbst eingewilligt hätte, wäre es schließlich zu demselben Körperverletzungserfolg gekommen, Dreher, Objektive Erfolgszurechnung, S. 106.

²⁵⁰ Kuhlen, JR 2004, 227, 230.

²⁵¹ S. dazu A.V. 1.b).

*(1) Grundsätzliche Möglichkeit des Entfallens des Erfolgsunrechts
trotz vorangegangener mangelhafter Aufklärung*

Tritt als Folge des ärztlichen Eingriffs eine gesundheitliche Schädigung des Patienten ein, so stellt sich die Frage, ob diese über die abstrakt-generell bestehende Schädigungsmöglichkeit hinaus als Realisierung einer tatbestandlich erfassten *Fehlverhaltensfolge* zu begreifen ist. Dazu bedarf es einer individuellen Verhaltenskonkretisierung unter Einbeziehung sämtlicher wertungsrelevanter Aspekte des Gesamtkontextes – also auch denen der Rechtfertigung. Inwieweit diese Anforderungen auf den erforderlichen Zusammenhang zwischen einer Aufklärungspflichtverletzung und einer eingetretenen Schädigung übertragbar sind, sollen die folgenden Erwägungen verdeutlichen.

Im Falle spezifischer Aufklärungsdefizite ist anhand des Verlaufs, der sich konkret im Erfolg manifestiert hat, zu bestimmen, ob dieser Verlauf nach der tatbestandsspezifischen Verhaltenskonkretisierung um eben dieser Folge willen von Rechts wegen zu vermeiden war.²⁵² Um sich dies zu vergegenwärtigen, eignet sich folgendes Beispiel²⁵³: Ein Arzt führt eine medizinisch indizierte Behandlung durch, ohne den Patienten zuvor vollumfänglich über sämtliche Risiken der Behandlung aufgeklärt zu haben. Explizit hingewiesen hat er ihn aber darauf, dass er während der Behandlung nicht rauchen darf, weil sonst die Gefahr eines Herzinfarkts bestünde. Der Patient entscheidet sich freiverantwortlich dafür, dieses Risiko einzugehen und raucht weiter. Infolge der Wechselwirkung mit dem Medikament kommt es zu einem tödlichen Herzinfarkt. Zwar liegt in diesem Fall durchaus ein pflichtwidriges Verhalten des Arztes vor, jedoch realisiert sich im tödlichen Verlauf die eigenverantwortliche und für ihn letztlich tödliche Entscheidung des Patienten, trotz des Hinweises weiter zu rauchen. Die *ex ante* bestehende, aber verletzte Pflicht zur vollständigen Aufklärung hatte gerade nicht die (Schutz-)Funktion, den Patienten vor genau dem schädigenden Verlauf zu bewahren, der sich tatsächlich zugetragen hat. Auf der Basis dieser Feststellung kann auch gesagt werden: der Tod des Patienten als Erfolg ist nicht zurechenbar. Folglich muss an dieser Stelle eine strafrechtliche Sanktionierung auf der Basis

²⁵² Auch zivilgerichtlich ist insofern anerkannt, dass zwischen dem eingetretenen Schaden und der Zielrichtung der verletzten Aufklärungspflicht ein Zusammenhang bestehen muss, vgl. BGH NJW 1991, 2346, 2347, allerdings unter der Voraussetzung, dass zumindest eine Grundaufklärung stattgefunden hat; s. dazu *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 223 Rn. 103. *Puppe* kritisiert wiederum bei der Anwendung des von *Kuhlen* entwickelten Konzeptes auf die hypothetische Einwilligung, dass dabei eine Übertragung der Zurechnung auf den Rechtsfertigungsmangel vorgenommen werde, die nach einer Kausalität zwischen diesem Mangel und dem Erfolgseintritt suche, um die Strafbarkeit positiv zu begründen. *Puppe*, GA 2003, 764, 770; so auch *Paeffgen*, FS *Rudolphi*, 2004, S. 187, 208 Fn. 89. Ein solches Verständnis erscheint jedoch verfehlt, wie die weiteren Ausführungen zeigen werden.

²⁵³ Nachgebildet nach dem Heilpraktikerbeispiel bei *Schiekofer*, FS *Puppe*, 2011, S. 953, 954.

eines Vollendungsdelikts ausscheiden und es kommt alleine die Begründung einer möglichen Versuchsstrafbarkeit in Betracht. Insofern kommt es darauf an, ob der Arzt bezüglich der Vornahme der Behandlung ohne vorherige den Anforderungen genügende Aufklärung vorsätzlich oder nur fahrlässig gehandelt hat.

Ähnlich verhält es sich in den Fällen, in denen zwar eine mangelhafte ärztliche Aufklärung festzustellen ist, die Einwilligung aber auch bei mangelhafter Aufklärung durch den Arzt zumindest partiell wirksam sein kann. Dazu folgendes Beispiel: A will sich aus ästhetischen Gründen die Ohren operativ anlegen lassen. Der Arzt führt die Operation durch – allerdings ohne die A zuvor ordnungsgemäß über die erheblichen Risiken dieser Operation aufzuklären. Die OP gelingt ohne Komplikationen. Der Arzt verwirklicht angesichts dieser Sachlage zwar Verhaltens- aber kein Erfolgsunrecht. Nimmt man wie hier vertreten²⁵⁴ an, dass eine Einwilligung auch bei mangelhafter Aufklärung zumindest partiell wirksam sein kann, ist an dieser Stelle zu differenzieren: Die Unwirksamkeit der Einwilligung beschränkt sich auf den defizitären Teil, mit der Folge, dass nicht von einer autonomen Verantwortungsübernahme durch die A für die Durchführung der Operation samt der ihr unbekannten Risiken ausgegangen werden kann. Auf dieser Basis liegt zwar insoweit Verhaltensunrecht vor, als die Operation nicht hätte durchgeführt werden dürfen. Vom Missbilligungsurteil über das Verhalten nicht betroffen, sind aber die Schnitte etc. in Bezug auf deren körperbeeinträchtigende Wirkung, weil eine (insofern partiell) wirksame Einwilligung vorliegt. In der Konsequenz fehlt es immer dann, wenn sich die Risiken, über die nicht aufgeklärt wurde, nicht realisieren, an einer spezifischen Fehlverhaltensfolge. Somit liegt in diesen Fällen gerade kein Erfolgsunrecht vor.

Schließlich ist auf eine letzte Fallgestaltung zu verweisen: Patient P wurde nicht ordnungsgemäß aufgeklärt. Er wusste aber über die relevanten Umstände bereits Bescheid, weil er sich – ohne dass der behandelnde Arzt dies wusste – selbst sachkundig gemacht hatte. Auch in diesem Fall bleibt es bei der Verwirklichung des Verhaltensunrechts, unabhängig davon, ob eine vermeintliche „Fehlverhaltensfolge“ eintritt. Denn der sich unter dieser Prämisse tatsächlich zutragende schadensträchtige Verlauf ist jedenfalls keiner, der durch pflichtgemäßes Verhalten des Arztes hätte vermieden werden müssen. Denn P hatte in diesem Fall die normativ relevante autonome Entscheidung in Bezug auf die Vornahme der Behandlung getroffen.

Diese Betrachtung zeigt, dass es grundsätzlich begrüßenswert erscheint, die Verhaltensmissbilligung in der Verhaltenskonkretisierung im Hinblick auf den konkret eingetretenen schadensträchtigen Verlauf zusätzlich auch auf die Aspekte der Rechtswidrigkeit zu beziehen. Anders als im Falle der hypothetischen Einwilligung liegen der vorangegangenen Darstellung allerdings Situationen zu-

²⁵⁴ S. dazu A.V.3.b).

grunde, in denen die normative Wertung auf tatsächlich vorliegenden Gesichtspunkten basiert. Für die hypothetische Einwilligung soll die Verhaltensmissbilligung darüber hinaus an fiktive Elemente der Verhaltensbewertung anknüpfen. Ob die gewonnenen Erkenntnisse in diesem Fall ebenfalls übertragbar sind und ihre Berechtigung innerhalb der Verhaltensbewertung haben, soll die folgende Auseinandersetzung zeigen.

(2) Entfallen des Erfolgsunrechts bei hypothetischer Übereinstimmung mit dem Willen des Betroffenen unter Berücksichtigung der Zielsetzung der ärztlichen Aufklärung

Um ein endgültiges Missbilligungsurteil über das Verhalten fällen zu können, stellt sich bezogen auf die Einordnung der hypothetischen Einwilligung die Frage, wie sich eine (nachträglich) feststellbare hypothetische Übereinstimmung des ärztlichen Verhaltens mit dem Willen des Patienten auf das Verhaltens- bzw. Erfolgsunrecht der ohne wirksame Einwilligung erfolgenden und daher – eigenmächtigen Behandlung auswirkt. Als essentieller Bestandteil der wertungsmäßigen Bestimmung des Legitimationshintergrundes der an den Arzt adressierten Verhaltensnorm ist diesbezüglich vorab zu klären, welche rechtliche Intention die ärztliche Aufklärung verfolgt. Genauer gesagt konkretisiert sich die primäre Fragestellung darauf, ob die Anforderung, ordnungsgemäß aufzuklären, im Einzelfall (nachträglich) als funktionslos bewertet werden kann, wenn der Patient die Behandlung im Grundsatz billigt. Anders ausgedrückt ist die weitere Bewertung schließlich davon abhängig, ob im Falle der hypothetischen Einwilligung möglicherweise der Zweck der Aufklärung erreicht wird.²⁵⁵ Das ist seinerseits davon abhängig, welchem Zweck die ärztliche Aufklärung dient.

Es kommt einerseits eine Zwecksetzung als reine Vorsichtsregel in Betracht, deren Schutzeffekt darin besteht, dem Patienten die Möglichkeit zu geben, die Behandlung zu verweigern.²⁵⁶ Nimmt man dies als Legitimationsgrund der Aufklärungspflicht an, so könnte man zu der Auffassung gelangen, dass – sofern sich eine hypothetische Übereinstimmung der Behandlung mit dem Willen des Patienten (nachträglich) feststellen lässt – eine hypothetisch ordnungsgemäß durchgeführte Aufklärung auf den tatsächlichen Verlauf keinen Einfluss genommen hätte. Liegt der Sinn der Aufklärung nämlich nur darin, zu einer Zustimmungsverweigerung zu führen, bleibt sie scheinbar im Hinblick auf die Realisierung des Fehlverhaltens in der tatbestandspezifischen Fehlverhaltensfolge wirkungslos, weil sie im tatsächlich vorliegenden Geschehensverlauf keine Berücksichtigung mehr finde. Dies wirkt jedoch nur auf den ersten Blick so. Setzt man sich mit der Qualität dieses Verlaufs auseinander, so erkennt man, dass er jedenfalls man-

²⁵⁵ Vgl. zu dieser Fragestellung *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 147 ff.

²⁵⁶ Siehe dazu *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 147.

gelbehaftet ist: Denn tatsächlich wurde der Patient behandelt, ohne die *Möglichkeit* der Verweigerung in Kenntnis aller relevanten Umstände zu haben. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn festzustehen scheint, dass der Patient auch ohne Willensmängel zugestimmt hätte.

Dass es über die reine Verweigerung hinaus eines differenzierteren Maßstabs der Willensgemäßheit bedarf, erkennt auch *Kuhlen* innerhalb seiner Konzeption an. Er sieht die ratio des Aufklärungserfordernisses – abstellend auf das reine Ergebnis der Abwägungsentscheidung – darin, eine Übereinstimmung der Behandlung mit dem Patientenwillen zu gewährleisten, was angesichts der hypothetischen Einwilligung nachträglich der Fall wäre.²⁵⁷ Davon ausgehend konkretisiert er aus seiner Sicht den Legitimationsgrund der Missbilligung nicht als Schutz der unmittelbaren Wahrnehmung von Selbstbestimmung durch den Rechtsgutsinhaber, sondern vielmehr in der Wahrung „der Maßgeblichkeit der auf die Rechtsgüter Gesundheit und körperliche Integrität bezogenen Interessendefinition des Patienten“.²⁵⁸ Diese werde im Falle der hypothetischen Einwilligung nicht verletzt, weil der Täter insofern das „Glück“ habe, das sein Verhalten nachträglich betrachtet mit dem Willen des Betroffenen übereinstimmt – mit der Folge, dass sich das Risiko des Handelns gegen den Willen nicht verwirklicht habe.²⁵⁹

Diese Sichtweise leuchtet jedoch nur dann ein, wenn man das Ergebnis der Willensübereinstimmung an den Anfang der Überlegungen setzt. Vor dem Hintergrund der bisherigen Feststellungen im Bezug auf die ratio der ärztlichen Aufklärungspflicht erscheint dies jedoch verfehlt: Die Aufklärung des Patienten dient im Kern dazu, das Wissensdefizit des Patienten im medizinischen Bereich auszugleichen, um ihm eine autonome Entscheidung auf Augenhöhe zum Behandelnden zu ermöglichen.²⁶⁰ Sie dient demnach dazu, die materielle Willensbildung als autonomen Prozess der Patientenautonomie zu gewährleisten. Legitimationsgrund der Aufklärungsanforderung ist es, eine selbstbestimmte Entscheidungsfindung des Patienten zu ermöglichen.²⁶¹ Dabei steht nicht allein die Willensübereinstimmung im Hinblick auf die Vornahme der Behandlung, sondern vielmehr die Ermöglichung einer autonomen Willensbildung bezüglich höchstpersönlicher gesundheitlicher Entscheidungen im Vordergrund. Den wesentlichen Gesichtspunkt der Autonomiegewährleistung bildet letztlich nicht das Endergebnis, sondern die Ermöglichung eines eigenverantwortlichen Abwä-

²⁵⁷ *Kuhlen*, JR 2004, 227; *Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, S. 127.

²⁵⁸ *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 442.

²⁵⁹ *Mitsch*, JZ 2005, 179, 282, bezugnehmend auf *Kuhlen*, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431, 448.

²⁶⁰ S. dazu A.VI.2.

²⁶¹ In diesem Sinne auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 148.

gungsprozesses als Herzstück autonomer Entscheidungsmacht.²⁶² Sieht man die Funktion der Aufklärung richtigerweise in der Ermöglichung bzw. Unterstützung eigener Entscheidungsmacht zur Wahrung der körperbezogenen Selbstbestimmung, kann sie in den Fallgestaltungen der hypothetischen Einwilligung freilich nicht mehr erreicht werden, da dem Patienten die Entscheidung bereits zuvor abgenommen wurde.²⁶³ Denn als wesentlicher Gesichtspunkt der Autonomie ist der verbleibende Entscheidungsspielraum innerhalb persönlich individueller Abwägung zu betonen. Die schützenswerte Autonomie ist insbesondere nicht nachträglich herstellbar.²⁶⁴ Selbst für den Fall, dass man mit hundertprozentiger Sicherheit davon ausgehen könnte, dass der Patient auch bei vollständiger Aufklärung eingewilligt *hätte*, ändert dies nichts daran, dass er eine solche Entscheidung dennoch nicht getroffen *hat* – mit der Folge, dass sich der Arzt definitiv – irreversibel – über das Selbstbestimmungsrecht seines Patienten hinweggesetzt hat.²⁶⁵ Dieses tatsächliche Geschehen in der Vergangenheit wird durch eine nachträgliche Hypothesenbildung nicht rückwirkend beeinflusst.²⁶⁶ Angesichts des in Rede stehenden Rechtsguts kann es von vornherein erst gar nicht auf eine materielle Genehmigungsfähigkeit ankommen.²⁶⁷ Nachträgliche hypothetische Erwägungen bezüglich der Willensgemäßheit sind insoweit als völlig unerheblich zu bewerten.²⁶⁸

Um diesen Aspekt greifbarer zu machen, ist ein weiteres ähnlich gelagertes Beispiel anzuführen:²⁶⁹ Wird eine Frau von einem maskierten Mann überfallen und vergewaltigt und stellt sich später heraus, dass ihr dieser Mann bekannt war, ändert seine Behauptung wenn er sich zu erkennen gegeben hätte, hätte die Frau zugestimmt, nichts am Unrechtsgehalt der Tat, und zwar selbst dann nicht, wenn die Frau die Hypothese bestätigt. Denn obzwar der hypothetische Verlauf rechtmäßig gewesen wäre, hängt die endgültige Verhaltensmissbilligung nicht von der Hypothese, sondern der tatsächlich vorliegenden Verletzung des Selbstbestimmungsrechts ab. Denn vor dem Hintergrund der Zielsetzung des Strafrechts ist

²⁶² Schutz des Abwägungsprozesses als wesentlicher Aspekt, hervorgehoben von Tag – wiedergeben bei Brodowski, ZStW 127 (2015), 691, 697; Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 154; Mosenheuer, in: Aktuelle Fragen, S. 1320, 1328 ff.; a. A. Grabe, Wille und Hypothese, S. 293 f.

²⁶³ Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 159.

²⁶⁴ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 78.

²⁶⁵ Puppe, JR 2004, 469, 471.

²⁶⁶ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 352.

²⁶⁷ Krüger, FS Beulke, 2015, S. 137, 143 unter Verweis darauf, dass die bloße Genehmigungsfähigkeit eines ungenehmigten Verhaltens auch an anderer Stelle bspw. im Umweltstrafrecht richtigerweise als irrelevant anzusehen ist; s. dazu Ransiek, in: NK-StGB, § 324 Rn. 27 sowie Alt, in: Münchener Kommentar, § 324 Rn. 128, 132 jeweils m.w.N.

²⁶⁸ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 60; Jäger, FS Jung, 2007, S. 345, 350; Jäger, Zurechnung, S. 25 f.

²⁶⁹ Bsp. nach Merkel, JZ 2013, S. 975, 978; ähnlich auch Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365, 375.

eine hypothetisch konstruierte rückwirkende Betrachtung wesensfremd.²⁷⁰ Anknüpfend an die vorangegangenen Feststellungen ist zu betonen, dass auch die nachträgliche Rekonstruktion der Einwilligung an der infolge mangelhafter ärztlicher Information vereitelten tatsächlichen Ausübung von Selbstbestimmung nichts ändern kann.²⁷¹

Selbstverständlich korrespondiert Autonomie mit der Pflicht, für die gewählte Entscheidung Verantwortung zu übernehmen und etwaige der Entscheidung immanente Begleiterscheinungen und Folgen zu tragen.²⁷² Insofern offenbart es ein verfehltes Verständnis autonomer Entscheidungsmacht, eine umfassende Verantwortungsübernahme des Patienten für sämtliche ihm unbekannte Folgen und Risiken daraus abzuleiten, dass nachträglich festgestellt werden kann, der Patient hätte auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung über sein Primärrechтsgut in gleicher Weise disponiert.²⁷³ Denn in einem solchen Fall bestand aus Sicht des Patienten aufgrund der mangelhaften Aufklärung erst gar nicht die Möglichkeit zu einer den Ansprüchen der Autonomie genügenden Entscheidungsfindung zu gelangen, aus der eine selbstbestimmte Verantwortungsübernahme resultieren könnte. Die nach eigenen Maßstäben gebildete Autonomieentscheidung als Anknüpfungspunkt der Folgenverantwortlichkeit ist insofern nicht einfach durch die nachträglich von einem Dritten angenommene (gerichtliche Einschätzung) bezüglich des hypothetischen Willens des Rechtsgutsinhabers im *ex ante* Zeitpunkt zu ersetzen.²⁷⁴ Die Relevanz eines bestimmten Risikos innerhalb der persönlichen Willensbildung als Abwägungsprozess lässt sich nicht nachträglich durch einen Außenstehenden absprechen.

*(3) Nachträgliche Relevanz der lediglich fiktiven Willensbildung
für die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts
unter Einbeziehung psychologischer Aspekte*

Die vorangegangenen Überlegungen machen deutlich, dass es sich bei der Ausübung richtig verstandener Patientenautonomie um einen Willensbildungsprozess handelt, der nachträglichen Konstruktionen nicht mehr zugänglich ist. Die bewertungsrelevante Patientenentscheidung im *ex ante* Zeitpunkt ist nicht wiederholbar und auch nicht annähernd ersetzbar.²⁷⁵ Mit welchem Recht sollte

²⁷⁰ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 240.

²⁷¹ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 78.

²⁷² Vgl. Garbe, Wille und Hypothese, S. 293.

²⁷³ So aber Garbe, Wille und Hypothese, S. 293 f.

²⁷⁴ So auch Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 159.

²⁷⁵ So auch Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 127, 156 ff.; Puppe, GA 2003, 764, 769; Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 78; ebenfalls den Schutz des Entscheidungsprozesses hervorhebend Tag, protokolliert von Brodowski, ZStW 127 (2015), 691, 697; jegliche Möglichkeit der Autonomieaktualisierung ist dem Patienten im *ex post*-Zeitpunkt genommen; Mosenheuer, Aktuelle Fragen, S. 1320, 1328 f.

man auch den Patienten auf eine bestimmte fiktive Entscheidung festnageln dürfen, die dieser selbst nie getroffen hat.²⁷⁶ Denn nicht einmal der Patient selbst kann mit Sicherheit sagen, wie er auf eine ordnungsgemäße Aufklärung im Entscheidungszeitpunkt reagiert hätte, wenn sie nie stattgefunden hat.²⁷⁷ Eine solche Frage, wie sich jemand entschieden hätte, wenn er andere Wahlmöglichkeiten gehabt hätte, die er in Wirklichkeit nicht hatte, wäre lediglich dann sinnvoll zu beantworten, wenn diese Entscheidung allgemeinen Gesetzen unterworfen wäre.²⁷⁸ Existentielle höchstpersönliche Entscheidungen, wie es diejenigen über die Zustimmung zu einer ärztlichen Behandlung regelmäßig sind, sind aber gerade nicht determiniert und demzufolge insbesondere von Dritten nicht angemessen zu treffen.²⁷⁹ Denn auch wenn es grundsätzlich zwar möglich ist, eine Person als risikoaffin, optimistisch, risikoavers etc. zu charakterisieren, lässt sich daraus nicht folgern, es existiere – unabhängig davon, ob eine vergleichbare Entscheidung schon einmal getroffen wurde – eine bestehende Präferenzenordnung, auf die der Mensch in der konkreten Entscheidungssituation zurückgreift.²⁸⁰ Es ist auch nicht etwa eine objektiv vernünftige Entscheidung als Maßstab zugrunde zu legen. Denn in einem freiheitlichen Staat muss dem Bürger, solange es lediglich seine eigenen gesundheitlichen Belange betrifft, zugestanden werden, sich völlig unvernünftig auf der Basis irrationaler gefühlsbetonter Aspekte zu entscheiden.²⁸¹ Niemanden kann von Verfassungs wegen aufgezwungen werden, nach den Maßstäben Dritter „vernünftig“ zu entscheiden.²⁸² Insbesondere das gesellschaftliche Umfeld, Erziehung, Religion, persönliche Wertvorstellungen und eigene Erfahrungen prägen u. a. die Behandlungsentscheidung maßgeblich.²⁸³ Zwar neigen Menschen dazu, aus einer abstrahierenden Perspektive rationale Entscheidungen zu erwarten, die Wirklichkeit lehrt uns aber, dass sich die handelnden Personen oft nicht rational entscheiden; insofern herrscht eine deutliche

²⁷⁶ *Renzkowski*, FS Fischer 2010, S. 365, 377.

²⁷⁷ *Roxin*, medstra 2017, 129, 131.

²⁷⁸ *Puppe*, GA 2003, 764.

²⁷⁹ *Puppe*, GA 2003, 764, 769; von einem determinierten Prozess kann nur dann die Rede sein, wenn bezüglich seines Ablaufs hundertprozentige Gewissheit herrscht; *Puppe*, JR 1994, 514, 517; *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 200; vgl. zudem zur psychischen Kausalität *Renzkowski*, FS *Puppe*, 2011, S. 201 ff.; *Duttge*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 189; a. A. *Weber*, FS *Puppe*, 2011, S. 1059, 1064, der betont, dass es angesichts der mutmaßlichen Einwilligung ebenfalls anerkannt sei, sich mit solchen nicht determinierten Fragen auseinanderzusetzen; s. auch *Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 683, 692, der eine Parallelie zum „Bestimmen“ des § 26 StGB aufzeigt.

²⁸⁰ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 156.

²⁸¹ *Paeffgen*, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 209; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 187.

²⁸² *Nüßgens*, FS Nirk, 1992, S. 745, 756; BVerfGE 52, 131; vgl. zudem die Ausführungen unter A. II. 1.a)bb).

²⁸³ *Magnus*, Patientenautonomie, S. 28 ff.; vgl. *Schöne-Seifert*, in: Verhandlungen des 63. Juristentages, Leipzig 2000, Bd. II 2001, K 41 ff.

Diskrepanz zwischen rationalen Entscheidungen und tatsächlich in Handlungssituationen getroffenen Entscheidungen.²⁸⁴ Darüber hinaus sind die Entscheidungen vom Kontext und weiteren Rahmenbedingungen der Informationsgenerierung abhängig: Kognitive Schwäche, begrenzte Willensstärke sowie subjektive Wahrnehmungsverzerrungen spielen dabei eine Rolle.²⁸⁵ Oftmals bedienen sich Menschen zudem sogenannter Heuristiken, vereinfachter Abwägungsverfahren, die auf individueller Intention und eigenen Verknüpfungen aus der Erinnerung bestehen, was effizientere Urteile und Problemlösungen ermöglicht, die meist schneller, aber auch fehleranfälliger sind.²⁸⁶ Schließlich ist der Patient unmittelbar durch die konkrete Darstellungsart und Gewichtung der Details der jeweiligen Therapieform deutlich beeinflussbar (sogenannter issue-framing-Effekt).²⁸⁷ Die unermessliche Variabilität der menschlichen Psyche lässt es daher erst gar nicht zu, etwaige Entscheidungen exakt zu bestimmen, sondern allenfalls mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit abzuschätzen.²⁸⁸

Nimmt man den bewertungsrelevanten zeitlichen Anknüpfungspunkt (ex ante) der hypothetischen Einwilligung ernst, so müsste zudem inzwischen erworbene Wissen über den Heilerfolg oder das Misslingen der Behandlung bei der Rekonstruktion der Entscheidungssituation konsequent ausgeblendet werden.²⁸⁹ Aus psychologischer Sicht ist es allerdings unmöglich, nachträglich erworbene Wissen bei der zu treffenden hypothetischen Entscheidung zu ignorieren.²⁹⁰ „Es liegt so nahe, das hinterher leicht Begriffene in ein vorher leicht Begreifbares umzu-deuten.“²⁹¹ Was *Binding* bereits 1919 umschrieb, wurde 1975 schließlich erstmals durch Studien psychologisch nachgewiesen: Die Rede ist vom sogenannten hindsight bias, der Unmöglichkeit gewonnenes Ergebniswissen zu ignorieren und einen naiveren Geisteszustand zu reproduzieren.²⁹² Das gewonnene Ergebniswissen wird nämlich sofort mit dem bereits vorhandenen Wissen in Verbindung gebracht, mit der Folge, dass jegliche Rekonstruktion einer vergangenen Entschei-

²⁸⁴ Prittwitz, Strafrecht und Risiko, S. 362.

²⁸⁵ Joost, in: Roxin/Schroth, S. 383, 431 ff.

²⁸⁶ Stangl, (2022), Stichwort: „Heuristik – Online Lexikon für Psychologie und Pädagogik“. Online Lexikon für Psychologie und Pädagogik. Abrufbar unter <https://lexikon.stangl.eu/1963/heuristik> (2022-02-03).

²⁸⁷ Joost, in: Roxin/Schroth, S. 383, 431 ff.; ausführlich zu den genannten Aspekten van Aaken, Begrenzte Rationalität, S. 112 ff.; Englerth, Behavioral Law and Economics, S. 63 ff.

²⁸⁸ Deutsch, NJW 1989, 2313; Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 225.

²⁸⁹ Swoboda, ZIS 2013, 18, 23.

²⁹⁰ Roxin, medstra 2017, 129, 131; Edlbauer, Hypothetische Einwilligung, S. 425 ff. zum Phänomen des sogenannten hindsight bias.

²⁹¹ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. IV 1919, S. 646 f.

²⁹² von der Beck, I knew it all along – Hindsight bias before and after the fact, S. 8; vertiefend zum hindsight bias Oeberst, in: Rechtswissenschaft 2019, S. 180 ff., 192 m.w.N.; Oeberst/Goeckenjan, Psychology Public Policy and Law 2016, S. 271 ff., 275, im Studiendesign angelehnt an BGHSt 49, 1.

dung auf das spezifische inzwischen bekannte Ereignis ausgerichtet erfolgt.²⁹³ Die eigene Einschätzung passt sich demzufolge aufgrund der hinzugewonnenen Information, ohne sich der Tatsache dieser Korrektur bewusst zu sein, in Richtung des tatsächlichen Ereignisses an.²⁹⁴ In der Rückschau überschätzen die Patienten damit nicht nur, was aus ihrer Sicht vorhersehbar war, sondern meinen sogar, dass das, was tatsächlich geschehen ist, sich für sie schon vorher als unausweichlich dargestellt hat.²⁹⁵ Stellt man im Nachhinein fest, wie sich ein Patient entschieden hätte, weist diese Entscheidung eine völlig andere Qualität auf, weil von ihr nichts mehr abhängt, die Entscheidung bereits *gefallen* ist.²⁹⁶ Nachträglich befindet sich der Patient in einer völlig anderen Gemütslage: die Kenntnis über den tatsächlichen Ausgang nimmt ihm jegliche Ängste und die Ungewissheit bezüglich des Eingriffs.²⁹⁷ Die subjektive Wahrnehmung des Patienten wird regelmäßig aufgrund der Euphorie der gelungenen ärztlichen Maßnahme verzerrt sein.²⁹⁸ Letztlich wird dadurch vor allem der Heilerfolg maßgeblich für die nachträgliche Einschätzung des Patienten hinsichtlich der Einwilligung sein. So nachvollziehbar dies ist, so sehr geht es an der eigentlichen Fragestellung bezüglich der Entscheidungsrekonstruktion im relevanten *ex ante* Zeitpunkt vorbei.²⁹⁹ Gerichtlich ist es dabei nicht verlässlich feststellbar, ob tatsächlich der Versuch der Rekonstruktion einer *ex ante* Entscheidung unternommen wird oder (mehr oder weniger) willentlich eine *ex post* Auffassung einfließt.³⁰⁰

Davon ausgehend bewertet *Puppe* bereits die Rekonstruktion des hypothetischen Willens des Patienten als „sinnlos“, weil die Frage, wie sich jemand entschieden hätte, wenn es andere Ausgangssituationen gegeben hätte, nicht zu beantworten ist.³⁰¹ Dagegen wendete sich *Kuhlen* in kritischer Auslegung des Begriffs „sinnlos“ der auf unverständliche bzw. widersprüchliche Aussagen zu reduzieren sei, die vorliegend nicht in Rede stünden.³⁰² Weiterhin verweist er

²⁹³ von der Beck, I knew it all along – Hindsight bias before and after the fact, S. 9.

²⁹⁴ Hüber/Schmid, WZB 2010, 33.

²⁹⁵ Schweiter/Jäger, Schweizerische Ärztezeitung 2005 (86), 1940 Rn. 620; vgl. *Puppe*, JR 1994, 515, 516.

²⁹⁶ Conrad/Koranyi, JuS 2013, 979, 983; Saliger, FS Beulke, 2015, S. 257, 265; Sowada, NStZ 2012, 1, 7; a. A. Wiesner, Hypothetische Einwilligung, S. 168.

²⁹⁷ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 228.

²⁹⁸ Sowada, NStZ 2012, 1, 6.

²⁹⁹ Sowada, NStZ 2012, 1, 6; der hypothetische Wille des Patienten *ex ante* wird dabei maßgeblich durch die Zufriedenheit mit der durchgeführten Behandlung verzerrt; *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 67.

³⁰⁰ Roxin, medstra 2017, 129, 131. Das birgt eine enorme Missbrauchsgefahr. Es besteht sogar die Befürchtung, der Arzt könne sich nachträglich die Erklärung, er habe bei einer ordnungsgemäßen Durchführung dem Eingriff zugestimmt, vom Patienten erkaufen; s. dazu auch Gropp, FS Schroeder, 2006, S. 197, 200; Saliger, FS Beulke, 2015, S. 257, 267; Jäger, FS Jung, 2007, S. 345, 349, 356.

³⁰¹ Puppe, GA 2003, 764, 775 f.; Puppe, JR 2004, 469.

³⁰² Kuhlen, JR 2004, 227, 228.

darauf, dass die Frage nach hypothetischen, tatsächlich nicht getroffenen Entscheidungen in der Praxis häufig gestellt werde und diese keinesfalls als unbeantwortbar anzusehen seien.³⁰³ Zwar ist grundsätzlich anzuerkennen, dass sämtliche Hypothesen über menschliches Entscheidungsverhalten im Bereich des „subjektiven“ Tatbestands von Plausibilitätswägungen abhängen, was sie als nicht weniger entscheidbar charakterisiert als der Falsifizierung zugängliche empirische Hypothesen.³⁰⁴ Auch angesichts der hypothetischen Einwilligung ist die Hypothese dem Grunde nach darauf gerichtet, bestätigt zu werden.³⁰⁵ Dennoch ist *Puppes* Einwand i. E. als zutreffend zu bewerten. Die Aussage des Patienten ist bezogen auf die Gesamtsituation insofern sinnlos, als sie nicht wahrheitsgemäß zu beantworten ist, da der Patient höchstens eine eigene Mutmaßung aus seiner Sicht anstellen kann, die jedoch nicht den Charakter einer anknüpfungsfähigen Tatsache aufweist.³⁰⁶

(4) Bewertung der nachträglichen Berücksichtigung der Willensgemäßheit unter Berücksichtigung der Gefahr der genehmigungsnahen ex post-Betrachtung

Davon abgesehen rückt die Berücksichtigung ex post gewonnener Feststellungen in Bezug auf die normative Bewertung des Verhaltensunrechts in bedenkliche Nähe zur nachträglichen Genehmigung.³⁰⁷ Das ist ein Kritikpunkt, der auch innerhalb der vorliegenden Darstellung nicht zu vernachlässigen ist. Genau genommen handelt es sich zwar nicht um eine Genehmigung im klassischen Sinne, indem der Zielsetzung nach auf ein vor dem Eingriff liegendes alternatives Geschehen – und eben nicht auf eine nachträgliche Zustimmung – abgestellt wird,³⁰⁸ im Ergebnis entspricht dieses Vorgehen aber weitestgehend der Fiktionswirkung der Genehmigung und kommt dieser damit bedenklich nahe.³⁰⁹ Eine

³⁰³ *Kuhlen*, JR 2004, 227, 228.

³⁰⁴ *Merkel*, JZ 2013, 975, 977; ausführlich dazu auch *Merkel*, in: *Schuld und Strafe* 2012, S. 19 ff.

³⁰⁵ *Merkel*, JZ 2013, 975, 977.

³⁰⁶ *Puppe*, JR 2004, 469, 470.

³⁰⁷ *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 253.

³⁰⁸ Dies betonende *Rosenau*, FS *Maiwald*, 2010, S. 683, 685 f., ob der Patient in einen Entscheidungskonflikt geraten sei, sei gerade keine Frage einer nachträglichen Genehmigung, sondern eine für den Zeitpunkt des Eingriffs ex ante zu beantwortende Frage.

³⁰⁹ *Roxin*, *medstra* 2017, 129, 130; ebenfalls die bedenkliche ex post Betrachtung rügend *Otto*, *Jura* 2004, 679, 683; *Jäger*, FS *Jung*, 2007, S. 345, 355, 359, der es zutreffend als „einen Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin“ bewertet. Die hypothetische Einwilligung ist zwar dogmatisch dabei immer noch von der nachträglichen Genehmigung zu unterscheiden, kommt ihr aber aufgrund der Gegebenheiten der menschlichen Psyche bedenklich nahe, *Sowada*, *NStZ* 2012, 1, 6; *Gropp* bewertet das Vorgehen im Ergebnis überspitzt als Etablierung des Rechtfertigungsgrundes der „Genehmigung rechtswidriger Heileingriffe durch den Patienten“, *Gropp*, FS *Schroder*, 2006, S. 197, 207 f.

solche nachträgliche Hypothesenbildung führt nämlich zu einer Art Rückwirkungsfiktion, die nur schwer mit den Grundsätzen des Strafrechts vereinbar ist.³¹⁰ Denn aus Sicht der Verhaltenssteuerung mutet es misslich an, wenn ex post-Bewertungen von Fehlverhaltensfolgen diesen den Unrechtscharakter zu entziehen vermögen.³¹¹ Ergibt sich nämlich im Nachhinein aus anderer Perspektive eine veränderte Sachlage, berührt dies die ursprüngliche Legitimierbarkeit der Missbilligung gewisser Verhaltensweisen mit Blick auf deren mögliche Folgen nicht.³¹² Das entsprechende Unrecht muss vielmehr im Zeitpunkt der Tat zweifelsfrei feststehen. Fiktive, rein hypothetisch gebliebene Verhaltensweisen und Willensbeteiligungen dürfen nicht Grundlage der Verhaltensbewertung (unter Berücksichtigung etwaiger möglicher Folgen) sein.³¹³ Die Verhaltensmissbilligung im Sinne der Diebstahlsstrafbarkeit gem. § 242 StGB entfällt schließlich auch nicht, wenn man später zu dem Schluss kommt, der Eigentümer hätte dem Dieb die Sache andernfalls auch geschenkt; auch der Hausfriedensbruch gem. § 123 StGB wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Täter auf entsprechende Bitte vom Berechtigten eingeladen worden wäre.³¹⁴ Derartige nachträglich gewonnenen Erkenntnisse in Bezug auf hypothetische Geschehnisse vermögen an der Verhaltensmissbilligung im Tatzeitpunkt nichts zu verändern. Denn der Achtungsanspruch eines strafrechtlich geschützten Rechtsguts im Verhaltenszeitpunkt, auf dessen Basis die Annahme einer rechtswidrigen Rechtsgutsbeeinträchtigung gründet, verliert nicht dadurch seinen Wert, dass der Rechtsgutsinhaber zu einem späteren Zeitpunkt rückblickend auf den strafrechtlichen Schutz verzichtet hätte, aber tatsächlich nicht hat.³¹⁵ Die bloße Möglichkeit, dass etwas anders hätte sein können, darf keinen Einfluss auf die Bewertung der Geschehnisse nehmen.³¹⁶ Das nachträglich zum Ausdruck gebrachte mangelnde Interesse, basiert ohnehin maßgeblich auf der nachträglichen Aktualisierung der Entscheidung und ist damit als ein normativ rekonstruiertes Interesse aufzufassen.³¹⁷ Ein solches Interesse vermag es nicht mehr, verhaltenssteuernd zu wirken, sodass es verfehlt wäre, derartige Interessenfiktionen in die Verhaltensbewertung ex ante – insbesondere in die Wirksamkeit der Einwilligung – zu integrieren.³¹⁸

³¹⁰ Jäger, FS Jung, 2007, S. 354 f. unter Hervorhebung dessen, dass der strafrechtliche Normappell bereits im Verhaltenszeitpunkt sicher feststehen muss.

³¹¹ Dies erkennt sogar Mitsch selbst, s. JZ 2005, 179, 285.

³¹² Dazu Freund/Rostalski, AT, § 2 Rn. 32; s. dagegen zu einer ex post-Bestimmung des normwidrigen Verhaltens Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 55 f.

³¹³ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 188.

³¹⁴ Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365, 376; zur Irrelevanz von Reserveursachen auch Groppe, FS Schroeder, 2006, S. 197, 201.

³¹⁵ Otto, Jura 2004, 479, 683.

³¹⁶ Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 147.

³¹⁷ Zabel, GA 2015, 219, 233.

³¹⁸ So auch Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 154.

cc) Auswirkungen dieser Betrachtungsweise
auf das Verhaltensunrecht

Der Vollständigkeit halber sei ergänzend noch zu den Erwägungen zur Verwirklichung des Handlungsunrechts durch den Arzt Stellung genommen. Folgt man hier *Kuhlen*, so ist es Voraussetzung des Tatentschlusses, dass der Arzt im Handlungszeitpunkt davon ausgeht, aufgrund seines pflichtwidrigen Verhaltens einen missbilligenswerten Erfolg bewirken zu können; dafür ist es jedoch erforderlich, dass er die Einwilligung des Patienten im hypothetischen Fall einer ordnungsgemäßen Aufklärung zwar für möglich, aber nicht für sicher hält.³¹⁹ Diesen Erwägungen im Hinblick auf den Tatentschluss ist im Grundsatz zuzustimmen. Es ist erforderlich, dass der Täter die maßgebliche Unwertdimension, insbesondere die Legitimationsgründe der von ihm übertretenen Verhaltensnorm vollumfänglich erfasst hat, um alle Anforderungen an ein vorsätzliches (Versuchs-)Verhalten zu erfüllen.³²⁰ Weiterhin ist es im Hinblick auf das spezifische Unrecht der Körperverletzung erforderlich, dass der Täter bereits im Verhaltenszeitpunkt die Verletzung der Körperintegrität als in concreto mögliche Verhaltensfolge gedanklich antizipiert sowie das weitere Geschehen in dieser Hinsicht ohne Fehleinschätzung zu Ende gedacht hat.³²¹ Gleichzeitig ist aber bereits dann von einem hinreichenden Tatentschluss auszugehen, wenn der Täter es ernstlich in Kauf nimmt, dass sein Verhalten zur Tatbestandsverwirklichung einschließlich des Erfolgseintritts führt.³²²

Davon ausgehend stellt sich die Frage, wie es sich auf den Tatentschluss auswirkt, wenn man annimmt, dass der Arzt im Zeitpunkt seines eigenmächtigen Vorgehens die hypothetische Einwilligung des Patienten „für sicher hielt“. Festzuhalten ist zunächst Folgendes: Ein Mediziner, der sich ohne Sicherstellung des Patientenwillens darauf verlässt, dass die ärztliche Maßnahme vermutlich mit dem Patientenwillen übereinstimmen werde, geht dabei bewusst das Risiko einer nicht willensgemäßen Behandlung ein.³²³ Aus medizinisch-objektiver Perspektive ließe sich zwar grundsätzlich in manchen Konstellationen vertreten, dass es denknotwendig gar keine andere Option gibt, als der Behandlung zuzustimmen. Das bedeutet aber gleichzeitig nicht, dass vom Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit auszugehen wäre. Denn selbst wenn anzuerkennen ist, dass die irrationale Verdrängung einer konkret bestehenden Möglichkeit zu einem vorsatzausschließenden Wissensdefizit

³¹⁹ *Kuhlen*, JR 2004, 227, 230.

³²⁰ Dazu vertiefend *Freund/Rostalski*, AT, § 8 Rn. 4 ff.

³²¹ *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 38; ähnlich *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 40.

³²² Eingehend dazu *Frisch*, GS Meyer, 1990, S. 533, 536 ff.; s. zudem *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 69.

³²³ Vgl. *Mitsch*, JZ 2005, 279, 282.

führt;³²⁴ ist es überaus fraglich, inwiefern der Arzt die fiktive Einwilligungsentcheidung des Patienten überhaupt im normativ interessierenden Sinne für sicher halten kann. Ihm ist im Handlungszeitpunkt *ex ante* durchaus bewusst, dass die Einwilligung des Patienten von einem autonomen Willensakt eines Individuums abhängt, die keinerlei Regeln unterworfen ist. Wie die vorausgehenden Erwägungen bereits gezeigt haben, besteht der Wertgehalt der Autonomie gerade in der selbstbestimmten Entscheidungsfindung. Die Wahrnehmung der Patientenautonomie ist demnach keinesfalls so gestaltet, dass sich der Arzt eines möglichen Ausgangs überhaupt im rechtlich relevanten Sinne sicher sein kann.

dd) Exkurs: Weiterentwicklung von *Kuhlens* zurechnungsbasiertem Ansatz durch *Mitsch*

Vom Grundgedanken der Erfolgsrelevanz des Bestehens der hypothetischen Willensgemäßheit ist auch *Mitsch* geleitet. Er möchte *Kuhlens* zurechnungsbasierten Ansatz weiterentwickeln.³²⁵ Sein Konzept stellt in den Fallgestaltungen der hypothetischen Einwilligung unter bestimmten Voraussetzungen die Verwirklichung des Erfolgsunrechts in Frage. Seine Wertung beruht dabei maßgeblich auf dem Ergebnis der ärztlichen Maßnahme. *Mitsch* präzisiert seine Auffassung dahingehend, dass für den Fall, dass sich *ex post* zeigt, dass der eigenmächtige ärztliche Eingriff die Heilungschancen erhöht hat und deshalb vom Patienten gebilligt worden wäre, zwar der Handlungsunwert der eigenmächtigen Behandlungsvornahme bestehen bliebe, aber der Erfolgsunwert zu verneinen wäre.³²⁶ Er unterstellt dabei nicht nur, dass jeder Eingriff, der die Heilungschance erhöht hätte, vom Patienten gebilligt worden wäre, sofern eine ordnungsgemäße Aufklärung stattgefunden hätte.³²⁷ Sondern darüber hinaus soll die (nachträglich) festgestellte Heilungschance die Tat rückblickend als „einwilligungsfähig“ charakterisieren.³²⁸ Das hat zur Folge, dass sich die Frage nach dem Vorliegen des Unrechts- oder Pflichtwidrigkeitszusammenhangs im Hinblick auf die vollendete Tat überhaupt nur dann stellen könnte, wenn die ärztliche Maßnahme *ex post* betrachtet keine Heilungschance oder keinen Heileffekt aufweist.³²⁹ Ob die ärzt-

³²⁴ Insofern ist zu betonen, dass die für vorsätzliches Verhaltensunrecht zutreffende Situationseinschätzung im Falle irrationalen Vertrauens auf einen guten Ausgang nicht durch eine in besonderem Maße vorwerfbare Fehlleistung ersetzt werden darf; s. dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 7 Rn. 76 unter spezieller Bezugnahme auf die (Berliner) Raserfälle.

³²⁵ Er kritisiert dabei insbesondere, dass sich die Frage nach der Zurechnung des Erfolges überhaupt erst dann stelle, wenn grundsätzlich vom Vorliegen des Erfolgsunrechts ausgegangen werden kann, was im Hinblick auf die Gesundheit fördernde Eingriffe möglicherweise entfiele, *Mitsch*, JZ 2005, 279, 283 f.

³²⁶ *Mitsch*, JZ 2005, 279, 283.

³²⁷ *Mitsch*, JZ 2005, 279, 283 f.

³²⁸ *Mitsch*, JZ 2005, 279, 283.

³²⁹ *Mitsch*, JZ 2005, 279, 284.

liche Maßnahme eine Verletzung des Rechtsguts der körperlichen Integrität bewirke, richte sich letztlich nach dem Erfolg, den die Behandlung herbeiführe: Befürwortet der Patient den Erfolg nach der Behandlung derart stark, dass er in Anbetracht dessen (hypothetisch) in den Eingriff eingewilligt hätte, entfalle im Hinblick darauf die Rechtsgutsverletzung.³³⁰

Kuhlen erkennt darin die „Rechtfertigungsversion der Erfolgstheorie“.³³¹ Während im Hinblick auf die Verhaltensbewertung eine *ex ante* Sichtweise in Unkenntnis des Ausgangs der ärztlichen Maßnahme zwingend geboten ist, sind einzelne Erfolgsbestandteile zwar durchaus *ex post* bestimmbar. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass diese lediglich mittelbar verhaltensrelevant werden, da sie bereits im Verhaltenszeitpunkt als Schädigungsmöglichkeiten im Verhalten angelegt waren. Es handelt sich insofern um eine bereits *ex ante* innerhalb der Verhaltensmissbilligung berücksichtigungsfähige Bedingung. Demgegenüber orientiert sich *Mitschs* Konzeption im Hinblick auf die Verhaltensbewertung maßgeblich am Erfolg der Behandlung. Dieser erfolgsbasierte Ansatz stelle letztlich nicht die hypothetische Willensbildung des Patienten, sondern vielmehr die *ex post* Bewertung hinsichtlich des medizinischen Heilerfolgs in den Mittelpunkt.³³² *Mitsch* selbst betont in einem auf *Kuhlens* Kritik bezogenen Schlusswort schließlich, dass ihm eine solche *ex post* Betrachtung der Rechtfertigungs-wirkung – die selbstverständlich nur *ex ante* zu begründen sei – fernliege und aus diesem Grund nämlich nicht auf den festgestellten Heilerfolg, sondern vielmehr auf die potentielle Heilungschance abzustellen sei.³³³ Dabei bleibt jedoch zum einen unklar, welchen Wert die Heilungschance innerhalb der Bewertung neben der davon unabhängigen Vermutung bezüglich des hypothetischen Willens einnehmen soll. Zum anderen lässt sich aus der Konzeption nicht ableiten, unter welchen Voraussetzungen überhaupt eine bloße Heilungschance – die ja gerade nicht zum tatsächlichen Eintritt der Heilung führen muss – Anlass zur Neubewertung hinsichtlich des Unwerts des Körperverletzungserfolgs bieten soll.³³⁴ Insofern bedürfte es eines objektivierbaren Maßstabs, ab welcher Intensität einer Heilungschance Relevanz zukommen soll bzw. ob dies von der spezifischen Erkrankung abhängt. Neben der daraus resultierenden Unbestimmtheit der Berücksichtigung des Heilungsspekts ist weiterhin zu betonen, dass die rein heilungsbezogenen Erwägungen es ohnehin nicht vermögen, den Erfolgsausschluss des Körperverletzungsunrechts zu begründen.³³⁵ Körperverletzungserfolg und Heilerfolg sind strikt voneinander zu trennen: Auch im Falle der erfolgreichen Behandlung kann ein Eingriff in die Körperintegrität als Fehlverhaltensfolge vor-

³³⁰ *Mitsch*, JZ 2005, 279, 285.

³³¹ *Kuhlen*, JZ 2005, 713, 717.

³³² *Kuhlen*, JZ 2005, 713, 716.

³³³ *Mitsch*, JZ 2005, 718.

³³⁴ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 141.

³³⁵ So auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 141.

liegen: Es wäre verfehlt zu argumentieren, dass in diesem Fall nur das Selbstbestimmungsrecht, nicht aber die Körperintegrität betroffen sei.³³⁶ Denn das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht ist als integrativer Bestandteil der Körperintegrität anzusehen und muss zwingend mitberücksichtigt werden.³³⁷

e) Abschließende Stellungnahme

Das eigenmächtige ärztliche Verhalten begründet zunächst eine im Grundsatz rechtlich missbilligte Schaffung einer tatbestandsspezifisch abstrakt-generell erfassten Schädigungsmöglichkeit im Hinblick auf die Körperintegrität des Patienten. Um darüber hinaus von der endgültigen Verhaltensmissbilligung in der hier interessierenden Hinsicht und der Realisierung eines konkret durch das Fehlverhalten ausgelösten schadensträchtigen Verlaufs auszugehen, bedarf es über die festgestellte Schädigungsmöglichkeit hinaus einer Verhaltenskonkretisierung anhand sämtlicher wertungsrelevanter Kriterien des Gesamtkontextes sowie unter Berücksichtigung der Legitimationsgrundlage der Verhaltensnorm.³³⁸ In diese Gesamtbewertung müssen selbstverständlich auch Rechtfertigungserwägungen – als negative Merkmale der Verhaltensmissbilligung – einfließen. Denn nur unter Einbeziehung dessen lässt sich ein Endurteil über Verhaltens- und Erfolgsunrecht fällen.

Speziell bezogen auf die Situation der hypothetischen Einwilligung ist es dabei allerdings essentiell, sich den Wertgehalt der Gewährleistung von Patientenautonomie vor Augen zu führen: Ein ergebnisbezogenes Autonomieverständnis wird der Bedeutung der Autonomie der Person nicht gerecht. Zu dieser gehört auch und gerade der Prozess der eigenen Entscheidungsfindung. Eine solche ist nur gewährleistet, wenn alle wesentlichen Aspekte bekannt sind. Das ist in den für die hypothetische Einwilligung relevanten Konstellationen nicht der Fall. Denn schon rein tatsächlich betrachtet ist die relevante Entscheidungsfindung, die im verhaltensrelevanten Zeitpunkt hätte stattfinden können und müssen, aufgrund der Struktur der menschlichen Psyche und der Unmöglichkeit nachträglich Erfahrenes innerhalb der späteren Rekonstruktion der Entscheidung auszublenden, schlicht nicht nachholbar. Dogmatisch gesehen erscheint im Hinblick auf die normative Verhaltensbewertung folgender Aspekt noch deutlich gewichtiger: Selbst, wenn es möglich wäre, die ursprüngliche Entscheidungssituation zu simulieren, würde dies nicht das Geringste daran ändern, dass die Behandlung durch den Arzt ohne die dafür erforderliche Wahrung der Autonomie des Patienten stattgefunden hat.

³³⁶ Groppe, FS Schroeder, 2006, S. 197, 204.

³³⁷ Im Übrigen ist auf die gegenüber der Erfolgstheorie geäußerte Kritik im Rahmen der tatbestandsspezifischen Missbilligung als spezifisches Körperverletzungsunrecht zu verweisen; A.V. 1. cc)(1).

³³⁸ S. dazu D.I.2. b) und c).

Stellt man zutreffend den Aspekt der Gewährleistung der autonomen Entscheidungsmacht in den Mittelpunkt der Betrachtung, kann die hypothetische Einwilligung des Patienten als Zurechnungsaspekt auf Rechtfertigungsebene keine Relevanz beanspruchen.³³⁹ Denn sie vermag im Falle ihres Vorliegens allenfalls den Erfolgsunwert der rein körperlichen Folgen, nicht aber die eindeutig vorliegende, unumkehrbare Verletzung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts zu tilgen.³⁴⁰ Erkennt man nun richtigerweise das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht als zwingenden integrativen Bestandteil des Schutzes der Körperintegrität an, ist der Ausschluss des Erfolgsunrechts insofern unmöglich, als sich feststellbar gerade die tatbestandlich abstrakt-generell erfasste Schädigungsmöglichkeit realisiert hat, aufgrund deren die rechtliche Missbilligung der Verhaltensweise besteht.³⁴¹ Die hypothetische Einwilligung basiert dementsprechend auf reiner Fiktion und vermag es daher nicht, als Ausschluss des Erfolgsunrechts zu fungieren.

5. Die hypothetische Einwilligung auf der Ebene der Strafbarkeit

Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, dass den Fiktionen, auf denen eine hypothetische Einwilligung beruht, in Bezug auf das tatsächlich verwirklichte Unrecht der Tat kein Einfluss zukommt. Das gilt sowohl für die Verwirklichung des (personalen) Verhaltensunrechts als auch für die Verwirklichung des entsprechenden Erfolgsunrechts. Möglicherweise könnte eine solche hypothetische Einwilligung aber für dessen konkret-individuelle Gewichtung und damit für die Schuld und hier insbesondere für die Strafzumessung von Bedeutung sein.³⁴² Eine Berücksichtigung der hypothetischen Erwägungen im Wege der Strafzumessung bzw. der Einstellungsvorschriften böte zudem den Vorteil der flexiblen, wertenden Erfassung des nachträglichen Einzelfallgeschehens.³⁴³ Ausgehend von dieser Überlegung werden verschiedene Möglichkeiten der Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung innerhalb der Schuld diskutiert.

³³⁹ So auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 198.

³⁴⁰ *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 78, 113; was allerdings angesichts seines eigenen Konzeptes, innerhalb dessen er das additive Zusammenkommen einer Verletzung der Körperintegrität und des Selbstbestimmungsrechts fordert, widersprüchlich anmutet; vgl. dazu A.V.1.b)(3) sowie *Gropp*, FS Schroeder, 2006, S. 197, 204.

³⁴¹ *Jäger*, FS Jung 2007, S. 345, 349 f., der die Selbstbestimmung allerdings nicht als unmittelbar über § 223 StGB einbezogen, sondern erst in der Einwilligung zum Ausdruck gelangen sieht; *Jäger*, Zurechnung, S. 25 f.; vgl. zudem *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, S. 59 f.

³⁴² Zur grundsätzlichen Bedeutung hypothetischer Ersatzursachen im Rahmen der Schuld *Hirsch*, LK-StGB, 10. Auflage, § 46 Rn. 53; *Roxin*, ZStW 74, (1962), 411, 427, 429; *Theune*, in: LK-StGB, § 46 Rn. 144, allerdings jeweils eingeschränkt auf Vermögenswerte. Dazu eingehend *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411, 427, 429 f.; *Spendl*, JZ 1997, 1186, 1187 f. In Bezug auf die hypothetische Einwilligung auch *Mosenheuer*, in: Akuelle Fragen, S. 1320, 1331.

³⁴³ *Böcker*, JZ 2005, 925, 932.

*a) Hypothetische Einwilligung als Strafausschließung
bzw. Strafaufhebungsgrund*

Böcker führt die Option ins Feld, die hypothetische Einwilligung als Strafausschließungs- bzw. Strafaufhebungsgrund zu begreifen.³⁴⁴ Während Strafausschließungsgründe an besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse anknüpfen, die zur Zeit der Tat vorliegen, beziehen sich Strafaufhebungsgründe auf im Zeitpunkt der Tat noch nicht vorliegende nachträglich eingetretene oder herbeigeführte Verhältnisse.³⁴⁵ Das Wesen eines Strafaufhebungsgrundes ist dabei dadurch gekennzeichnet, dass zwar im Grundsatz die Strafbewehrtheit des Verhaltens besteht, diese allerdings nachträglich aufgrund besonderer Gesichtspunkte wieder aufgehoben wird. Als Beispiel eines besonderen persönlichen Strafaufhebungsgrundes ist etwa der Rücktritt vom Versuch zu nennen.

Zunächst wird im Hinblick auf die hypothetische Einwilligung differenziert, ob – wenn überhaupt – ein Strafausschließungs- oder ein Strafaufhebungsgrund in Betracht zu ziehen ist. Für *Hengstenberg*, die die Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung als schon im Verhaltenszeitpunkt vollständig vorhanden ansieht und dementsprechend jegliche Rückwirkung ablehnt, läge es – unabhängig davon, dass sie es selbst nicht vertritt – wenn überhaupt näher, von einem Strafausschließungsgrund auszugehen.³⁴⁶ Dagegen liegt für *Albrecht* die Annahme eines Strafausschließungsgrundes aufgrund der rückwirkenden Hypothesenbildung nach der Tat fern, sodass aus seiner Sicht allein eine bedingte Parallele zu einem Strafaufhebungsgrund in Betracht käme.³⁴⁷ Letztlich ist es insoweit entscheidend, wie man den Umstand bewertet, dass sich die Hypothesenbildung bei der hypothetischen Einwilligung zwar auf Gesichtspunkte im Zeitpunkt der Tatbegehung bezieht, aber andererseits erst nach der Tat rückwirkend festgestellt wird. Auch wenn anhand des hier vertretenen Verständnisses an dieser Stelle die besseren Argumente für die Annahme eines Strafaufhebungsgrundes sprechen würden, bedarf es hinsichtlich dessen keiner abschließenden Entscheidung, da sich die beiden Aspekte ihrer Struktur nach derart ähneln, dass sich bezüglich der Einordnung innerhalb der Dogmatik für den hier interessierenden Zweck lediglich zu vernachlässigende Divergenzen ergeben.

Sowohl die Voraussetzungen eines Strafausschließungs- als auch eines Strafaufhebungsgrundes müssen tatsächlich gegeben sein und dürfen nicht nur hypo-

³⁴⁴ Böcker, JZ 2005, 925, 929.

³⁴⁵ Paeffgen/Zabel, in: NK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 302 f.; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Vor § 32 ff. Rn. 133.

³⁴⁶ Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 334.

³⁴⁷ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 480 f., der dies allerdings selbst ebenfalls so nicht vertritt.

thetisch in Betracht kommen.³⁴⁸ Die reine Fiktion möglicher im Hinblick auf die Strafzumessung in Betracht zu ziehender Anknüpfungspunkte genügt dem nicht. Die hypothetische Einwilligung fügt sich damit bereits ihrer Struktur nach nicht in das Wesen der Strafausschließungs- bzw. Strafaufhebungsgründe ein.³⁴⁹ Ferner bedürfen sowohl Strafausschließungs- als auch Strafaufhebungsgründe als außerordentliche Wertentscheidung des Gesetzgebers einer gesetzlichen Grundlage.³⁵⁰ Zwar wäre es denkbar, dass eine Analogie in Betracht kommt bzw. ausnahmsweise ein ungeschriebener Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund anzuerkennen wäre. Dazu müsste die Zielsetzung jedoch wenigstens mit der ratio der Strafaufhebungsgründe vereinbar sein. Im Falle der hypothetischen Einwilligung besteht abweichend davon jedenfalls keine anerkennenswerte Täterleistung. Es mangelt an einer freiwilligen Verhinderung des Erfolgsunrechts. Damit fehlt z. B. jegliche Parallele zum Rücktritt.

*b) Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung
im Rahmen der Einstellungsvorschriften der § 153ff. StPO*

Puppe bringt als weitere Lösungsalternative die Einstellungsvorschriften der StPO zum Umgang mit der hypothetischen Einwilligung ins Spiel, die bei geringer Schuld des Arztes denkbar bessere Möglichkeiten zur billigen Rücksichtnahme auf die Gesamtsituation böten.³⁵¹ Auch der BGH hat diese Möglichkeit im Surgibone-Dübel-Fall anklingen lassen.³⁵² Die strafprozessuale Handhabung innerhalb der Einstellungsvorschriften böte dabei den Vorteil, dass sie nicht nur mit einer Beschleunigung bzw. Vereinfachung des Verfahrens verbunden sei, sondern darüber hinaus in Bezug auf die Erreichung von Einzelfallgerechtigkeit besonders reizvoll erschiene.³⁵³

Problematisch erscheint an diesem Lösungsweg allerdings, dass der Einstellung kein in Rechtskraft erwachsendes Urteil folgt³⁵⁴ und eine Einstellung unter

³⁴⁸ *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 376 ff.; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 481; in diesem Sinne für die Strafausschließungsgründe auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 335.

³⁴⁹ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 480.

³⁵⁰ *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 376.

³⁵¹ *Puppe*, GA 2003, 764, 776.

³⁵² BGH MedR 1996, 22, 25; *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 164; *Rosenau*, in: *Rosenau/Hakeri*, S. 215, 222.

³⁵³ *Puppe*, GA 2003, 764, 776.

³⁵⁴ Es tritt gerade kein Strafklageverbrauch ein; RGSt 67, 315; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 153 Rn. 37; *Mavany*, in: *Löwe/Rosenberg*, § 153 Rn. 56, 93 f. In diesem Sinne auch *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 340. Vielmehr kann das Verfahren im Falle der Einstellung nach § 153 StPO sogar jederzeit bei Vorliegen sachlicher Gründe wiederaufgenommen werden; *Rieß*, NSTZ 1981, 2, 9; *Schroeder*, NStZ 1996, 319, 320; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 153 Rn. 37.

Auflagen im Einzelfall u. U sogar belastender sein kann als ein Urteil.³⁵⁵ Aufgrund der gesetzgeberischen Intention der Einstellungsvorschriften, die im Kern auf die Bewältigung von Bagatellkriminalität abzielen, kommt eine Einstellung im Falle des Vorliegens schwerer Rechtsgutsverletzungen ohnehin nicht in Betracht.³⁵⁶ Insbesondere im Falle des Vorliegens einer schweren Tatauswirkung – die gerade im medizinischen Bereich häufig denkbar ist – ist der Weg über die Einstellungsvorschriften versperrt.³⁵⁷ Darüber hinaus geben die Einstellungsmöglichkeiten nach der StPO nur schwer kontrollierbaren Ermessenserwägungen Raum, sodass sie schon deshalb keine gleichwertige Alternative zu einer materiell-rechtlichen Lösung bieten können.³⁵⁸ Als wichtigster Aspekt ist mit Blick auf die hypothetische Einwilligung insofern festzuhalten, dass die Wertung, welches Verhalten Strafe erfordert und verdient, möglichst im materiellen Recht feststehen und sich nicht erst durch Rückschlüsse aus dem Prozessrecht ergeben sollte.³⁵⁹

*c) Hypothetische Einwilligung als besonderer Strafmilderungsgrund
(de lege lata und de lege ferenda)*

Möglicherweise ließe sich im Falle des Vorliegens der Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung ein besonderer Strafmilderungsgrund etablieren,³⁶⁰ mit der Folge, dass die Frage, ob der Patient im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung die ärztliche Behandlung autorisiert hätte, für die Strafzumessung i. e. S. relevant sein könnte.³⁶¹ Ein solcher Umstand könnte somit ganz konkret in die Abwägung nach § 46 II StGB einbezogen werden. Als Anknüpfungspunkt dieser Überlegungen innerhalb der Rechtsprechung kommt insofern zunächst ein Verweis auf das erstinstanzliche Urteil des LG Ravensburg im Bandscheibenfall in Betracht, in dem das Gericht in Betracht zieht, die hypothetische Willensgemäßheit in Bezug auf die Durchführung der ärztlichen Behandlung im Rahmen

³⁵⁵ Rosenau, in: Rosenau/Hakeri, S. 215, 227; Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 57; sowie Wiesner, Hypothetische Einwilligung, S. 164 f.

³⁵⁶ Koch, Entkriminalisierung, S. 116; BT-Drucks. 12/1217, S. 34.

³⁵⁷ Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 203a.

³⁵⁸ Diemer, in: KK-StPO, § 153 Rn. 17; eine Verpflichtung zur Einstellung ist dem Gesetz auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen nicht zu entnehmen; a. A. Mavany, in: Löwe/Rosenberg, § 153 Rn. 41 m. w. N.; ebenfalls diesen Umstand kritisierend Sturm, Hypothetische Einwilligung, S. 57; Wiesner, Hypothetische Einwilligung, S. 165; Saliger, FS Beulke, 2015, S. 257, 269.

³⁵⁹ Frisch, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69, 105, 98; grundsätzlich kritisch gegenüber prozessualen Lösungen eines materiellen Problems auch Koch, Entkriminalisierung, S. 164 ff.; Naucke, FS Grünwald, 1999, S. 403, 410 ff.

³⁶⁰ Dazu Engisch, Kausalität, S. 18 Fn. 1.

³⁶¹ Arzt, in: Arzt und Recht, S. 49, 58, insbesondere Fn. 24; vgl. zudem allgemein zur fakultativen Strafmilderung aufgrund hypothetischer Ersatzursachen Kaufmann, FS Schmidt, 1961, S. 200 ff.

der Strafzumessung zu berücksichtigen.³⁶² Materiell begründet werden könnte dies möglicherweise mit der Erwägung, dass es, sofern der Rechtsgutsinhaber hypothetisch eingewilligt hätte, mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit zu derselben oder einer vergleichbaren Schädigung gekommen wäre, die erlittene Rechtsgutsverletzung also sozusagen „ohnehin“ unabhängig vom pflichtwidrigen Verhalten des Täters letztlich eingetreten wäre.

In diesem Zusammenhang bietet sich ein Seitenblick auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs an, das sich mit einem Tötungsversuch an einem todkranken Krankenhauspatienten beschäftigte. Im Zuge dessen gab der BGH zu bedenken, dass unter dem Gesichtspunkt der Auswirkungen der Tat zu berücksichtigen ist, dass das potentielle Oper ohnehin einen Tag später verstorben wäre.³⁶³ Diskutabel sei eine Strafmilderung davon ausgehend für diejenigen Fälle, in denen das Oper auch ohne die (tatbestandlich zu missbilligende) Einwirkung des Täters zur selben Zeit gestorben wäre bzw. mit derselben gesundheitlichen Schädigung zu rechnen gewesen sei, denn das Ausmaß der Beeinträchtigung des Rechtsfriedens sei dadurch zwar nicht vollkommen beseitigt, aber jedenfalls relativiert.³⁶⁴ Diese „Relativierung“ mit Blick auf das betroffene Rechtsgut müsse die Strafzumessung berücksichtigen.³⁶⁵

Überträgt man diese Erwägungen auf die Konstellationen, in denen die hypothetische Einwilligung regelmäßig zur Anwendung gelangt, so würde das bedeuten, dass die Strafe der eigenmächtigen Vornahme ärztlicher Eingriffe grundsätzlich zu mildern wäre, sofern dieselbe gesundheitliche Schädigung oder der Tod des Patienten mit gewisser Wahrscheinlichkeit auch dann eingetreten wäre, wenn der Patient nach ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung eingewilligt hätte. Dabei ist allerdings nicht nur zu bedenken, dass eine grundsätzlich gegenüber dem Normadressaten zu missbilligende Schädigung selbstverständlich nicht deshalb als geringer zu bewerten ist, weil sie wegen einer bereitstehenden Ersatzursache in einem gewissen Maße ohnehin wahrscheinlich gewesen wäre.³⁶⁶ Sonder eine solche Sichtweise verkennt überdies, den normativen Wert der Missachtung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts als integrativen Bestandteil innerhalb des Eingriffs in die Körperintegrität. Schon dann, wenn eine Verkürzung um eine „echte Entscheidungsalternative“ feststellbar ist, müsste eine so begründete Strafmilderung unter Zugrundelegung eines zutreffenden Rechtsgutsverständnisses ohnehin versagt werden.³⁶⁷ Denn selbst dann, wenn

³⁶² BGH NStZ-RR 2004, 16.

³⁶³ BGH JZ 1997, 1185.

³⁶⁴ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 568, Fn. 220.

³⁶⁵ *Kinzig*, in: Schönke/Schröder, § 46 Rn. 20; zur Berücksichtigung des Umstandes, dass etwas ohnehin todgeweiht ist, auch *Engisch*, Kausalität, S. 18.

³⁶⁶ *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, § 46 Rn. 34; *Spendel*, JZ 1997, 1186, 1188.

³⁶⁷ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 496.

sich die Patientenentscheidung als vollständig determiniert charakterisieren ließe, bliebe es im Falle der externen Entscheidungersetzung durch den Arzt immer noch bei einem Eingriff in die Körperintegrität des Patienten, der nicht weniger gewichtig erscheint.³⁶⁸ Zwar ließe sich in den Fällen der hypothetischen Einwilligung ggf. anführen, dass sich bereits das Vorliegen der *Möglichkeit* der Übereinstimmung mit dem hypothetischen Willen im verhaltensrelevanten *ex ante* Zeitpunkt strafmildernd auswirken müsse; sofern es sich nachträglich bestätige. Ein solches Verständnis hebelt jedoch die Autonomie des Patienten innerhalb der medizinischen Behandlung vollständig aus. Ausschlaggebend dafür ist insofern die tatsächlich fehlende Disposition des berechtigten Rechtsgutsinhabers. Ein eindeutig vorliegender Gesichtspunkt der Verhaltensbewertung darf nicht durch hypothetische Überlegungen ausgehebelt werden.

Ferner ist eindringlich zu betonen, dass jedenfalls das Leben als höchstpersönliches gewichtiges Rechtsgut bestimmten Bewertungen – jedenfalls seitens Dritter – entzogen ist.³⁶⁹ Eine andere Betrachtungsweise ist mit dem verfassungsrechtlichen Schutzauftrag des Staates nicht vereinbar, denn sie würde insbesondere in medizinischen Grenz- und Konfliktsituationen eine nicht zu rechtfertigende Schutzlosstellung kranker oder geschwächter Menschen bedeuten. Auch ein schwerstkranker Mensch, der um sein Leben ringt, ist aus Sicht der Rechtsordnung selbstverständlich nicht weniger schutzwürdig als jeder andere.³⁷⁰ Ebenso wie die Tötung eines jungen Menschen, der sein Leben noch vor sich hat, strafshärfend wirkt, darf die Tötung eines Todkranken oder Sterbenden zu einer Strafmilderung führen.³⁷¹ In ähnlicher Form lässt sich diese Wertung auch analog auf die Körperintegrität des Patienten übertragen. Nur deshalb, weil sich die Einwilligung in das ärztliche Handeln als relativ wahrscheinlich, da medizinisch vernünftig oder, um die Chance der Heilung zu erreichen, alternativlos darstellt, darf man den Patienten nicht der Möglichkeit einer selbstbestimmten Entscheidung berauben. Zur Gewährleistung dessen ist es wichtig, dass innerhalb der strafrechtlichen Bewertung die in den Fällen der hypothetischen Einwilligung tatsächlich fehlende autonome Disposition des berechtigten Rechtsgutsinhabers ausschlaggebend ist; dieser Umstand darf nicht durch hypothetische Überlegungen konterkariert werden.

³⁶⁸ Dazu auch *Merkel*, JZ 2013, 975, 979.

³⁶⁹ *Roxin*, ZStW 74 (1962), 411, 427, 429.

³⁷⁰ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 496. Zu der andernfalls sehr bedenklichen Folgerung „Was fällt darf man auch noch stoßen“ *Puppe*, GA 2003, 764, 768.

³⁷¹ Dazu eingehend *Spendel*, JZ 1997, 1186, 1187f.; der BGH lehnt es insofern auch ab, das Alter des Opfers als beachtlichen Strafzumessungsgrund zu werten, vgl. BGH StV 1995, 634; *Kinzig*, in: *Schönke/Schröder*, § 46 Rn. 20 m.w.N.

*d) Besondere (körperverletzungsspezifische) nachträgliche Billigung
des Verhaltens als ein an die tatsächliche Genehmigung
anknüpfender Strafaufhebungsgrund de lege ferenda*

Die Erwägungen, die *Mitsch* bereits im Rahmen der Erfolgszurechnung bezüglich der Berücksichtigung des Heilerfolgs bei der Bewertung der hypothetischen Willensgemäßheit angestellt hat,³⁷² ließen sich auch im Sinne eines besonderen Strafaufhebungsgrundes deuten. Sie wären in diesem Fall gerichtet auf die Etablierung eines besonderen Strafaufhebungsgrundes, der als eine Art nachträgliche Billigung des ärztlichen Handelns konzipiert ist und maßgeblich vom eingetretenen Heilerfolg abhängig sein soll.³⁷³ *Mitsch* selbst verweist im Zuge dessen darauf, dass der die hypothetische Einwilligung, als teilweise Erfüllung eines Rechtfertigungsgrundes, insofern auch als Strafzumessungsgesichtspunkt Bedeutung zukäme.³⁷⁴

Auch *Weber* plädiert in diesem Sinne für die Berücksichtigung des nachträglichen Genehmigungsverhalten des Geschädigten: Angesichts einer strafbaren rechtsgeschäftlichen Verfügung über fremde Vermögenswerte soll eine nachträgliche Billigung des Rechtsgutsinhabers nach seiner Auffassung zwar nicht rechtfertigend wirken, aber dem Verhalten nachträglich die Strafbedürftigkeit entziehen.³⁷⁵ Insofern soll materiell eine Parallele zum strafbefreienden Rücktritt von der vollendeten Tat (§ 158 StGB) bestehen: Trotz vollständiger Tatbestandverwirklichung fehle es nämlich am Eintritt einer gravierenden Rechtsgutsverletzung.³⁷⁶ Dabei spielt nicht zuletzt der Gedanke des in diesen Fällen angenommenen verminderten Normgeltungsschadens eine Rolle. Ob eine solche normative Wertung der nachträglichen Billigung allerdings auch bei einem Realakt, wie dem Eingriff in die körperliche Unversehrtheit als angemessen erscheint, lässt *Weber* ausdrücklich offen.³⁷⁷

Dass die nachträgliche Zustimmung bzw. Genehmigung als Strafaufhebungsgrund dem Strafrecht grundsätzlich nicht völlig fremd ist, zeigen die Vorschriften der §§ 331 III, 333 StGB.³⁷⁸ Allerdings ist die Berücksichtigung von Nach-

³⁷² S. dazu C. I. 4. d) dd).

³⁷³ *Mitsch*, JZ 2005, 718; zu einer analogen Anwendung der allgemeinen Rücktrittsvorschriften vgl. zudem *Kohlrausch/Lange*, § 46 StGB Anm. IV 1 für den Unternehmensstatbestand.

³⁷⁴ *Mitsch*, JZ 2005, 279, 284.

³⁷⁵ *Weber*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 6 Rn. 106g.

³⁷⁶ *Weber*, FS Baur, 1981, S. 133, 144.

³⁷⁷ *Weber*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 6 Rn. 106g.

³⁷⁸ Dazu *Heine/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, § 331 Rn. 62 m.w.N.; sowie *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 336.

tatverhalten für die Begründung der Strafbarkeit regelmäßig irrelevant.³⁷⁹ Genauer betrachtet steht zudem gar kein Nachtatverhalten des Täters in Rede, sondern man würde vielmehr an ein nachträgliches Opferverhalten anknüpfen.³⁸⁰ Schließlich erscheint es zweifelhaft, die „objektive“ Gesundheitsverbesserung des Betroffenen zum entscheidenden Anknüpfungspunkt der Genehmigungsfähigkeit zu erheben. Denn im hier interessierenden Zusammenhang ist das Rechtsgut der Körperintegrität untrennbar mit dem körperbezogenen Selbstbestimmungsrecht verbunden, dessen Verletzung nachträglich nicht mehr relativiert werden kann.

e) Ausgestaltung als reines Antragsdelikt und die Etablierung eines übergesetzlichen Strafaufhebungsgrundes de lege ferenda

Ebenso denkbar wäre es, die Strafverfolgung der ärztlichen Eigenmacht durch die Etablierung eines absoluten Antragsdelikts einzuschränken. In seinen rechts-tatsächlichen Auswirkungen käme ein solches Vorgehen ebenfalls einer Art Berücksichtigung der nachträglichen Billigung des ärztlichen Verhaltens durch den Rechtsgutsinhaber gleich. Denn wer mit seiner Behandlung im Ergebnis zufrieden ist, wird kaum einen Strafantrag stellen.³⁸¹ Ein gleichwohl gestellter Strafantrag soll unter Umständen wegen Verwirkung unbeachtlich und ein besonderes öffentliches Strafverfolgungsinteresse regelmäßig zu verneinen sein.³⁸²

Daneben wird die Konstruktion eines übergesetzlichen Strafaufhebungsgrundes für die Anwendungsfälle der hypothetischen Einwilligung erwogen.³⁸³

Beiden Ansätzen ist es allerdings immanent, dass letztlich der Patient in reiner Willkür nachträglich über die Strafbedürftigkeit des ärztlichen Verhaltens entscheidet.³⁸⁴ Das hat zur Folge, dass die Strafbarkeit des Arztes unkontrollierbaren individuellen Ermessenserwägungen und nicht zuletzt dem Zufall anheimgestellt wird. Eine so ausgestaltete strafrechtliche Verhaltensbewertung bietet nicht nur Anlass für Fehlanreize, sondern lässt sich auch in ihrer normativen Wertung in Bezug auf den ärztlichen Verhaltensunwert kaum begründen.

f) Fazit

Die Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung innerhalb der Strafzumessung erweist sich als eher „geringfügig entschärfende Alternative“³⁸⁵ Auch

³⁷⁹ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 483 unter Verweis auf den Rücktritt als Ausnahmenorm; s. zudem *Weber*, GS Schlüchter, 2002, S. 243 Fn. 20 mit weiteren Ausnahmen.

³⁸⁰ Ähnlich auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 487.

³⁸¹ *Mitsch*, FS Achenbach, 2011, S. 299, 310.

³⁸² *Mitsch*, FS Achenbach, 2011, S. 299, 310.

³⁸³ *Spandel*, FS Engisch, 1969, S. 509, 523.

³⁸⁴ So auch *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 489.

³⁸⁵ *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 57.

innerhalb dieser Deliktstufe erscheint die hypothetische Einwilligung aufgrund ihres fiktiven Charakters als Fremdkörper. Auch auf der Ebene der Strafbarkeit könnte sich allenfalls eine partielle Verbesserung der Gesamtsituation ergeben. Denn eine solche „Lösung“ führte – ebenso wie eine Heranziehung der prozessualen Einstellungsvorschriften – zu kaum kontrollierbaren Opportunitäts- und Ermessenserwägungen.

II. Strafprozessuale und systematische Kritikpunkte gegenüber der Anwendung des Gedankens der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht

Über die unmittelbar mit der konkreten Einordnung im strafrechtlichen Deliktsaufbau verbundenen Kritik hinaus, erscheint die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht auch im Hinblick auf übergreifende strafrechtliche Prinzipien und strafprozessuale Erwägungen kritikwürdig. Dies gilt es im Folgenden zu thematisieren.

1. Anwendung des *in dubio pro reo*-Grundsatzes

Aufgrund der komplexen Beweislastverteilung bleibt die hypothetische Einwilligung innerhalb der zivilrechtlichen Anwendung weiterhin patientenfreundlich.³⁸⁶ Aus strafrechtlicher Sicht gestaltet sich dies allerdings oft anders. Denn materiellstrafrechtlich müssen die Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung zwar vorliegen, jedoch gilt für den Fall, dass dieses Vorliegen nicht ausgeschlossen werden kann, nach allgemeiner Auffassung der *in dubio pro reo*-Grundsatz. Das bedeutet, dass auch bei zweifelhaftem Vorliegen – anders als im Zivilrecht – davon auszugehen ist, dass die Einwilligung trotz mangelhafter Aufklärung ordnungsgemäß erteilt worden wäre.³⁸⁷ Der BGH geht insoweit von der uneingeschränkten Feststellungsbedürftigkeit der *Nichteinwilligung* bei hypothetisch ordnungsgemäßer Aufklärung aus. Regelmäßig ergibt sich in den entsprechenden Fällen aber ein *non liquet*.³⁸⁸ Im Falle eines solchen *non liquet* gelangt der BGH in Strafsachen dann zu einem anderen Ergebnis als die Zivilgerichte: In Anwendung des *in dubio pro reo*-Grundsatzes kommt es regelmäßig zu einem Freispruch des Arztes, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Patient auch im Falle einer ordnungsgemäßen Aufklärung der Behandlung zugestimmt hätte.³⁸⁹ Grund dafür ist vor allem, dass im Zivilverfahren, in dem es *cum grano salis* um die gerechte Verteilung von Kosten geht, eine spezielle Beweislastverteilung herrscht, die im Strafrecht aufgrund der Unschuldsvermutung nach Art. 6

³⁸⁶ Sickor, JA 2008, 11, 14.

³⁸⁷ BGH NStZ 1996, 34, 35; NStZ-RR 2004, 16, 17.

³⁸⁸ Dutige, FS Schroeder, 2006, S. 179, 184.

³⁸⁹ Renzikowski, FS Fischer, 2010, S. 365, 369.

II EMRK und letztlich auch im Hinblick auf den Gesetzlichkeitsgrundsatz in dieser Weise nicht etabliert werden kann.³⁹⁰

Dies zeigt, dass die Übertragung der Grundsätze der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht nicht nur eine Strafbarkeitseinschränkung bedeutet, sondern in Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes de facto zum fast vollständigen Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes führt.³⁹¹ Denn jedenfalls solange es sich um einen ansonsten *lege artis* durchgeführten Eingriff handelt, kann – von Sonderfällen abgesehen – wohl kaum vollkommen ausgeschlossen werden, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte.³⁹² Zugespitzt bedeutet das, dass man in Anwendung der hypothetischen Einwilligung die Strafbarkeit zunächst bewusst von einer objektiv nicht rekonstruierbaren Entscheidung des Patienten im Eingriffszeitpunkt abhängig macht, nur um anschließend in dubio pro reo freizusprechen.³⁹³ Dies führt in der Praxis entweder zu einem Freispruch des Angeklagten, obwohl allen Beteiligten die Missachtung des Selbstbestimmungsrechts bewusst ist, oder aber der Richter selbst ersetzt die höchstpersönliche Patientenentscheidung durch „eigenes Bauchgefühl“.³⁹⁴ Eine derartige Handhabung reduziert den Schutz der körper- und gesundheitsbezogenen Selbstbestimmung in nicht zu rechtfertigender Weise.³⁹⁵

Nicht vollständig geklärt ist, ob der in dubio pro reo-Grundsatz auf die hypothetische Willensübereinstimmung im Verletzungszeitpunkt überhaupt Anwendung finden darf. Wie bereits zuvor dargestellt, folgt der Entschluss des Patienten in eine ärztliche Maßnahme einzuwilligen, keinen objektiv nachvollziehbaren Bedingungen, sondern ist von mannigfältigen persönlichen Motiven geleitet. Demzufolge lässt sich die fiktive Entscheidung allenfalls mit einiger Wahr-

³⁹⁰ *Renzkowski*, FS Fischer, 2010, S. 365, 369; *Roxin*, medstra 2017, 129, 131; in der Sache auch *Puppe*, JR 2004, 469, 471.

³⁹¹ *Sickor*, JA 2008, 11, 14.

³⁹² *Puppe*, AT, § 11 Rn. 19 f.

³⁹³ *Puppe*, GA 2003, 764, 769. Dagegen wird der Einwand erhoben, innere Tatsachen bereiteten aus prozessualer Sicht immer Beweisschwierigkeiten; die Beispiele aus den Zivilverfahren zeigten jedoch, dass auch insoweit Entscheidungen möglich sind (*Rosenau*, FS Maiwald, 2010, S. 683, 692). Dieser Einwand kann jedoch die forensischen Einwände nicht entkräften. Das liegt u. a. daran, dass bereits auf die unterschiedliche Beweislastverteilung im Zivilprozess verwiesen worden ist und diese als maßgeblicher Faktor des unterschiedlichen Umgangs mit der Rechtsfigur eine bedeutende Relevanz besitzt.

³⁹⁴ *Swoboda*, ZIS 2013, 18, 29; um zu verhindern, dass der Arzt stets mit dem Argument gehört wird, es sei nicht ausgeschlossen, dass der Patient im Falle ordnungsgemäßer Einwilligung eingewilligt hätte, wird nach a. A. eine restriktive Handhabung des Zweifelsgrundsatzes versucht; s. *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 60; *Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff, S. 81. Ob dies jedoch in Gänze überzeugt, erscheint zweifelhaft.

³⁹⁵ *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 538.

scheinlichkeit abschätzen, was letztlich aber nicht den Anforderungen an eine hinreichende Widerlegung der Unschuldsvermutung³⁹⁶ genügt.³⁹⁷ Stuft man die Aussage hinsichtlich des eigenen fiktiven Verhaltens richtigerweise nicht als objektiv feststehende Tatsache, sondern treffender als reine Mutmaßung ein, kann der in *dubio pro reo*-Grundsatz darauf ohnehin keine Anwendung finden.³⁹⁸ Wenn der Zweifelsatz an dieser Stelle richtigerweise keine Anwendung finden darf, bedeutet das zugleich, dass – sofern der Patient auf eine eigene Einschätzung verzichtet – vom (normativen) Normalfall auszugehen ist, nämlich, dass sich die Einwilligung nur auf diejenigen Risiken bezieht, auf die sich die vorhandene Aufklärung erstreckt.³⁹⁹

2. Strafprozessualer Kritikpunkt: Antragsdelikt

Gem. § 152 I StPO gilt die Offizialmaxime, das bedeutet, dass die Strafverfolgung dem Staat i. S. eines Verfolgungszwangs obliegt: Der staatliche Strafan spruch ist im allgemeinen Interesse notfalls auch gegen den konkreten Willen des durch die Tat Betroffenen durchzusetzen.⁴⁰⁰ Dies äußert sich z. B. darin, dass das Opfer jenseits der Privatklage- bzw. der Antragsdelikte grundsätzlich nicht selbst über das „Ob“ oder den „Abbruch“ der Strafverfolgung entscheiden kann. Die Etablierung eines Antragsdelikts resultiert dabei in der Regel aus dessen Bagatellcharakter.⁴⁰¹ Als weiteres Motiv ist die Rücksichtnahme auf das Interesse des Tatopfers, insbesondere der Schutz von dessen Privatsphäre zu nennen.⁴⁰²

Gem. § 230 I StGB besteht im Hinblick auf die einfache Körperverletzung eine alternative Strafverfolgungsvoraussetzung: Das bedeutet, zur Verfolgung ist entweder ein Strafantrag erforderlich oder aber, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.⁴⁰³ Mit einer Anerkennung der hypothetischen Einwilligung schafft man allerdings ein zusätzliches Instrument, das

³⁹⁶ In Auslegung des § 261 StPO stehen nur solche Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln in einer für den Schuldspruch relevanten Frage Anlass geben, einer Verurteilung entgegen. In diesem Fall ist „*in dubio pro reo*“ zu entscheiden; *Tiemann*, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, § 261 Rn. 12; vgl. auch *Rönnau*, in: LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 231.

³⁹⁷ *Duttge*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 189.

³⁹⁸ *Puppe*, GA 2003, 764, 769; *Stratenwerth*, FS Gallas, 1973, S. 227, 233 ff.; *Paeffgen*, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 208.

³⁹⁹ *Zabel*, GA 2015, 219, 233.

⁴⁰⁰ *Kühne*, Strafprozessrecht, § 16 Rn. 297; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, § 152 Rn. 1.

⁴⁰¹ *Mitsch*, JA 2014, 1, 2; vgl. z. B. § 248a StGB, § 263 StGB, § 263 IV StGB, § 265a StGB, § 265a III StGB.

⁴⁰² *Mitsch*, JA 2014, 1, 2; was z. B. bei § 201 StGB, § 201a, StGB, § 202 StGB, § 203 StGB und § 204 StGB in Betracht zu ziehen ist.

⁴⁰³ *Hardtung*, in: Münchener Kommentar, § 230 Rn. 2.

es dem Opfer ermöglicht, auf die Strafbarkeit des Täterverhaltens erheblichen Einfluss zu nehmen – und zwar ohne Rücksicht auf ein etwa bestehendes besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung.⁴⁰⁴ In der Sache modifiziert die Möglichkeit der (nachträglichen) hypothetischen Einwilligung des Patienten die Tatbestände der Körperverletzung – und u.U. sogar die Tötungsdelikte! – zu absoluten Antragsdelikten, indem sie einen „in das Gewand des materiellen Rechts gekleideten Strafantrag“ darstellt.⁴⁰⁵ Es erscheint insofern unbillig, dass der Einzelne – trotz anders lautender gesetzlicher Regelungen – über den staatlichen Strafanspruch verfügt.⁴⁰⁶ Denn während es im Zivilrecht allein um den Ausgleich von Vermögensschäden geht, auf den das Opfer selbstverständlich auch nachträglich verzichten kann, steht der staatliche Strafanspruch in der Regel nicht zur Disposition des Betroffenen.⁴⁰⁷

3. Gefahr der Ausweitung auf weitere Delikte

Schließlich ist auf einen weiteren problematischen Aspekt hinzuweisen: Erkennt man die hypothetische Einwilligung innerhalb des Medizinstrafrechts an, gelangt man in Erklärungsnot, warum sie auf diesen Themenkomplex beschränkt und nicht auf andere Delikte übertragbar sein soll.⁴⁰⁸ Mitunter wird die Anwendung der hypothetischen Einwilligung auf den Untreuetatbestand erwogen.⁴⁰⁹ Weiterhin ließe sich etwa die Verantwortlichkeit des Diebes mit der Erwägung ausschließen, dass der Eigentümer dem Dieb die Sache, falls er ihn zuvor gefragt hätte, womöglich freiwillig geschenkt hätte.⁴¹⁰ Im Rahmen der Rekonstruktion seines Willens könnte etwa der bestohlene Eigentümer angeben, dass er hypothetisch

⁴⁰⁴ Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 230.

⁴⁰⁵ Jäger, FS Jung, 2007, S. 345, 349, 355 f.; in strafprozessualer Hinsicht ist zudem zu betonen, dass die materielle Rechtskraft der richterlichen Entscheidung in einem solchen Fall gem. Art. 103 III GG eine erneute Strafverfolgung gegen den Täter wegen eben dieser Tat unmöglich macht („ne bis in idem“); vgl. Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 203 unter Bezugnahme auf Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Einl. Rn. 171.

⁴⁰⁶ Roxin/Greco, AT, § 13 Rn. 79.

⁴⁰⁷ Jäger, JA 2012, 70, 72.

⁴⁰⁸ Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 2; Eisele, FS Strätz, 2009, S. 163, 182; befürwortend zur Anwendung über das Medizinstrafrecht hinaus Kuhlen, FS Roxin, 2011, S. 332 ff.; Kuhlen, FS Müller-Dietz, 2001, S. 431 ff., dort insbesondere bezogen auf den Schusswaffengebrauch ohne vorherigen Warnschuss; Rosenau, FS Maiwald, 2010, S. 683 ff.

⁴⁰⁹ S. dazu insbesondere OLG Hamm NStZ-RR 2012, 374, 375; Rönnau, StV 2011, 753, 755 f.; Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung, S. 425; Walischewski, FG Feigen, 2014, S. 293, 315; Seier, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Teil Kap. 2 Rn. 211.

⁴¹⁰ Bsp. nach Eisele, JA 2005, 252, 254; Otto, Jura 2004, 679, 683; Duttge, FS Schroeder, 2006, S. 179, 188; befürwortend zu der Möglichkeit des nachträglichen Einverständnisses mit einem Diebstahl Garbe, Wille und Hypothese, S. 346, 350 ff.

tisch nicht nur mit dem tatsächlichen Gewahrsamswechsel, sondern darüber hinaus auch mit einem Eigentumswechsel einverstanden gewesen wäre. In Betracht zu ziehen ist weiterhin die – besonders geschmacklose, aber unter der Prämisse der grundsätzlichen Anerkennung der Rechtsfigur durchaus nicht völlig von der Hand zu weisende – Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung. In diesem Fall könnte sich der Vergewaltiger darauf berufen, dass das Opfer möglicherweise auch ohne Zwang seinem unwiderstehlichen Charme erlegen wäre.⁴¹¹ Schließlich wird auch die Anwendung auf den Schwangerschaftsabbruch diskutiert,⁴¹² was mit einer besonders komplexen Konfliktsituation einherginge.

III. Weitere typischerweise thematisierte Kritikpunkte gegenüber der Anwendung der hypothetischen Einwilligung

Neben den bereits genannten gewichtigen Gesichtspunkten der irreversiblen Verletzung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen, die gegen eine Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht sprechen, werden zuweilen noch weitere zumeist eher rechtstatsächliche – Erwägungen diskutiert, die möglicherweise ebenfalls einer Anwendung entgegenstehen. Diese sollen im Folgenden thematisiert werden. Sie vermögen es allerdings teilweise nicht, vollumfänglich zu überzeugen, was ebenfalls in der gebotenen Kürze darzustellen sein wird.

1. Mangelnde Feststellbarkeit der Willensgemäßheit bei tödlichem Ausgang der Behandlung

Zunächst ist in diesem Zusammenhang auf den besonderen Fall des Todes des Patienten infolge der Behandlung einzugehen. Vollends unfeststellbar ist der hypothetische Wille des Patienten dann, wenn er infolge des Eingriffs verstirbt,⁴¹³ denn dann beruht die Einschätzung seines Willens auf reiner Spekulation. Demzufolge sind mit dem Tod des Patienten beachtliche Strafbarkeitslücken verbunden; das wird in der Praxis immer wieder zu non liquet-Situationen führen.⁴¹⁴

Aufgrund dessen, dass sich der Betroffene nun nachträglich nicht mehr äußern kann, muss nach Auffassung des BGH⁴¹⁵ zugunsten des Arztes in Anwendung des in dubio pro reo-Grundsatzes unterstellt werden, dass der Patient auch im

⁴¹¹ *Duttge*, FS Schroeder, 2006, S. 179, 188.

⁴¹² *Merkel*, in: *Roxin/Schroth*, S. 295 ff.

⁴¹³ *Fischer*, StGB, § 223 Rn. 34; *Roxin*, medstra 2017, 129, 131; *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 67.

⁴¹⁴ *Paeffgen*, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 208.

⁴¹⁵ S. dazu B.I.3.e).

Falle ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte.⁴¹⁶ Damit resultiert aus dem Tod des Patienten für den Arzt letztlich eine Besserstellung, weil ihm das Erfolgsunrecht nach dem Grundsatz in *dubio pro reo* nicht mehr zugerechnet werden kann.⁴¹⁷ Das hat für den Arzt den angenehmen Effekt, dass er im Falle des tödlichen Ausgangs trotz eines u.U. scherwiegenden Aufklärungsmangels keine Bestrafung zu erwarten hat, weil mangels Aussage des Verstorbenen nicht mehr plausibel gemacht werden kann, dass jener bei korrekter Aufklärung anders entschieden hätte.⁴¹⁸ Ein solches Ergebnis kann nicht interessengerecht sein.

2. Gefahr des andauernden Schwebezustands der Verhaltensbewertung

Ferner wird innerhalb der Literatur auf die Gefahr eines andauernden Schwebezustands der Verhaltensbewertung bei Anwendung der hypothetischen Einwilligung hingewiesen.⁴¹⁹ Richtigerweise ist es als essentielle Voraussetzung des strafrechtlichen Normappells zu akzentuieren, dass sämtliche *verhaltensrelevanten* Bedingungen der Strafbarkeit nach ihrem Inhalt und Umfang bereits im Verhaltenszeitpunkt feststehen müssen.⁴²⁰ Die Einbeziehung von nachträglichen Feststellungen in die Strafbarkeitsfrage eröffnet insofern einen (misslichen) Schwebezustand bezüglich der Strafbewehrtheit des Verhaltens. So wird etwa kritisiert, angesichts der Berücksichtigung der hypothetischen Willensgemäßheit – wie sie die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung erfordert – lasse sich das endgültige *spezifische* Missbilligungsurteil über das Täterverhalten erst weit nach der Tat fällen.⁴²¹ Bezogen auf diesen Kritikpunkt ist jedoch Vorsicht geboten. Zwar ist es zutreffend, dass sich der angesprochene Schwebezustand hinsichtlich der Verhaltensbewertung möglicherweise bis hin zu einem die Rechtssicherheit in unerträglichem Maße strapazierenden Zeitraum ausdehnen kann: z.B. dann, wenn es sich um einen infolge der Behandlung lange Zeit komatösen Patienten handelt, dessen Willensäußerung nicht einfach übergangen werden kann. Dennoch sind Konstellationen, in denen die Strafbarkeit von nachträglichen Aspekten abhängt, dem Strafrecht durchaus nicht fremd. Grundsätzlich könnte man zudem rein theoretisch so konstruieren, dass das Nichteingreifen einer hypothetischen Einwilligung als bereits *ex ante* bei der Verhaltensmissbilligung berücksichtigungsfähige Bedingung integriert wird. Nimmt man dies an, so könnte man

⁴¹⁶ Jäger, JA 2012, 70, 72; Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 241.

⁴¹⁷ Jäger, JA 2012, 70, 72.

⁴¹⁸ Paeffgen, FS Rudolphi 2004, S. 187, 208.

⁴¹⁹ Vgl. zum Problem des Schwebezustands bei nachträglicher Hypothesenbildung Jäger, FS Jung, 2007, S. 345, 358; Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 240 f.; Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 367.

⁴²⁰ Jäger, FS Jung, 2007, S. 345, 349, 355; Schwartz, Hypothetische Einwilligung, S. 240 f.; Sternberg-Lieben, StV 2008, 190, 192.

⁴²¹ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 367.

unproblematisch auf die spätere Auswertung dessen zurückgreifen, ohne dabei gegen strafrechtliche Grundsätze zu verstößen. Diese Betrachtung zeigt, dass dieser Gesichtspunkt allein keine überzeugende Argumentationsgrundlage für die Kritik gegenüber der in Rede stehenden Rechtsfigur bilden kann.

3. Aus der Anwendung der hypothetischen Einwilligung resultierende Problematik in Bezug auf die Duldung von möglichen Gegenrechten

Weiterhin wird innerhalb der Literatur kritisiert, dass sich aus der Situation des rechtlichen Schwebezustands eine Folgeproblematik in Bezug auf die Zulässigkeit möglicher Gegenrechte gegenüber der (nachträglich) durch hypothetische Einwilligung gedeckten ärztlichen Maßnahme ergäbe: Die Heilbehandlung würde unter Annahme der hypothetischen Einwilligung nachträglich mit der Gesamtrechtsordnung übereinstimmen,⁴²² daraus würde aus Sicht etwaiger Gegenrechte eine fiktive Duldungspflicht resultieren.⁴²³ Demnach wäre das aus Sicht der Rechtsordnung unbillige Ergebnis denkbar, dass das im Tatzeitpunkt als rechtmäßig charakterisierte Verhalten eines Nothelfers nachträglich als rechtswidriges – und u.U. sogar strafbewehrtes! – Verhalten zu missbilligen wäre.⁴²⁴ Eine solche Gefahr der Duldungspflicht des Nothelfers besteht allerdings de facto nicht. Denn das Verhalten des Arztes bliebe ohnehin – auch unter Annahme der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung – im Hinblick auf die stets bestehende *Möglichkeit* des Nichteingreifens der hypothetischen Einwilligung weiterhin rechtswidrig. Sodass sich für den Zeitpunkt der Verhaltensbewertung des Nothelfers diese Problematik nicht stellt.

IV. Kritische Gesamtwürdigung der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht

Die bisherigen Überlegungen haben vor allem *eines* deutlich gezeigt: Dass der Patient bei korrekter Aufklärung über alle wesentlichen Umstände *möglicherweise* eingewilligt hätte, kann nicht über die reale Verletzung des Selbstbestimmungsrechts hinwegtäuschen. Denn es ändert nichts daran, dass der tatsächlich vorgenommene Eingriff eine eklatante Verletzung seines körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts darstellt.⁴²⁵ Im Behandlungszeitpunkt wird das berechtigte Interesse des Dispositionsbefugten verletzt, *selbst* über seinen eigenen Körper zu entscheiden, obwohl genau die Wahrnehmung dieses Rechts durch die mögliche

⁴²² Vgl. Rönnau, in: LK-StGB, Vor § 32 ff. Rn. 105.

⁴²³ Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 371.

⁴²⁴ Dazu vertiefend Albrecht, Hypothetische Einwilligung, S. 373 f.

⁴²⁵ S. dazu A. II. 1. a) bb); A. V. 1. b); C. I. 4. d) cc); Nüßgens, FS Nirk, 1992, S. 745, 750.

und nach Sachlage auch gebotene korrekte ärztliche Aufklärung zu gewährleisten wäre. Denn in diesem Moment ist der Patient bereits zum Objekt ärztlicher Vernunft geworden und sieht sich mit vollendeten Tatsachen konfrontiert.⁴²⁶ Diese Missachtung des Subjektstatus führt zu einer teilweisen Wiederbelebung bereits überwunden geglaubter Ansätze von ärztlichem Paternalismus. Sie widerspricht nicht nur eklatant den aktuellen Entwicklungen im Medizinrecht, sondern lässt auch die strafrechtliche Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts in den Schutz der körperlichen Unversehrtheit nachträglich ins Leere laufen.⁴²⁷ Zur angemessenen Ausübung der Patientenautonomie genügt es nicht, dass sich eine zufällige Übereinstimmung des ärztlichen Verhaltens mit dem ergibt, was der Patient vielleicht gewollt hätte. Vielmehr ist es dafür erforderlich, dass der Patient rechtzeitig *vor* dem ärztlichen Verhalten auf der Basis einer zutreffenden und auch vollständigen Information einen entsprechenden Willen selbst tatsächlich bildet und die relevante Entscheidung selbst tatsächlich trifft.⁴²⁸ Auf ein geringerwertiges Surrogat darf nur dann zurückgegriffen werden, wenn die höherwertige Möglichkeit nicht zur Verfügung steht. Das trifft zwar auf die mutmaßliche, aber nicht auf die hypothetische Einwilligung zu. Die erforderliche höchstpersönliche Entscheidung, die vor dem Eingriff zu treffen ist, kann nachträglich schlechterdings nicht (wieder)hergestellt werden.⁴²⁹ Diese, vor dem Eingriff zu treffende, höchstpersönliche Entscheidung des Patienten, sich unter bestimmten Bedingungen und trotz bestimmter Risiken behandeln zu lassen, kann und darf ihm niemand abnehmen, solange der Patient bei korrekter Information in der Lage wäre, diese Entscheidung selbst zu treffen.⁴³⁰ Daher bleibt es dabei: Ein ärztlicher Eingriff ohne wirksame Einwilligung des Patienten missachtet dessen körperbezogenes Selbstbestimmungsrecht und ist als Körperverletzung zu qualifizieren.⁴³¹

V. Fazit

Die Übernahme des zivilrechtlichen Haftungskorrektivs der hypothetischen Einwilligung zur Eindämmung der als zu umfangreich empfundenen ärztlichen Aufklärungspflichten überzeugt aus strafrechtlicher Sicht nicht.⁴³² Auf Grundlage der vorangegangenen Analyse konnte hinsichtlich ihrer aktuellen Ausgestal-

⁴²⁶ *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 134 f.

⁴²⁷ *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 67. Insoweit für das Zivilrecht KG MDR 2015, 278; *Krautz*, § 3 Rn. 75, der mahnt, dass in jüngerer Zeit der Einwand der hypothetischen Einwilligung zum Regelfall zu werden scheint.

⁴²⁸ *Jäger*, JA 2012, 70, 72; *Jäger*, FS Jung 2007, S. 345, 349 f.

⁴²⁹ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 7; *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 347; *Schiekofer*, FS Puppe, 2011, S. 953, 966 f.

⁴³⁰ *Nüßgens*, FS Nirk, 1992, S. 745, 752.

⁴³¹ *Roxin*, medstra 2017, 129, 130; A.V. 1.b).

⁴³² *Kriminalpolitischer Kreis*, medstra 2021, 65, 66.

tung keine Auslegung der „Rechtsfigur“ zugrundegelegt werden, die in der gebotenen Weise mit dem dogmatischen Gesamtsystem vereinbar wäre.⁴³³ Aufgrund der möglichen Ausdehnung auf weitere Deliktsbereiche außerhalb des Medizinstrafrechts ist zudem zu besorgen, das einhergehend mit der Anerkennung der hypothetischen Einwilligung die Rechtsfigur der Genehmigung zukünftig – quasi durch die Hintertür – Eingang ins Strafrecht finden könnte.⁴³⁴

Dass die hypothetische Einwilligung dennoch in der Praxis weiterhin angewendet wird, zeigt lediglich den Bedarf an, nicht die Lösung.⁴³⁵ Gleichzeitig rückt die ursprüngliche Intention der hypothetischen Einwilligung – die Korrektur als überspannt wahrgenommener Aufklärungspflichten – immer mehr in den Hintergrund. Stattdessen scheint sie als unbeabsichtigte Nebenfolge weitergehend zum Instrument der Entkriminalisierung des ärztlichen Verhaltens zu mutieren. Um im Hinblick auf die ursprüngliche Intention der hypothetischen Einwilligung zu einer vorzugswürdigen Alternative zu gelangen, gilt es, den Fokus darauf zu richten, ob die Einwilligung in diesen Fällen möglicherweise trotz vorhandener Aufklärungsmängel dennoch als eigenverantwortliche Patientenentscheidung zu qualifizieren ist. Richtigerweise muss die Fragestellung somit dahingehend konkretisiert werden, welche Aspekte der fehlerhaften Aufklärung im strafrechtlichen Sinne dahingehend Relevanz beanspruchen, dass sie den Patienten der Möglichkeit berauben, eigenverantwortlich zu entscheiden.⁴³⁶ Darüber hinaus gilt es, den Blick im Folgenden auf eine mögliche Entkriminalisierung (zu) leichter Verhaltensnormverstöße zu richten. Diese vermag es u. U. auch, angemessener auf ärztliches Fehlverhalten zu reagieren, ohne damit gleichzeitig ein problematisches Sonderstrafrecht zu schaffen.

⁴³³ S. dazu auch *Roxin*, medstra 2017, 129, 131.

⁴³⁴ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 6.

⁴³⁵ *Gaede*, Limitiert Akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 4.

⁴³⁶ S. dazu A.VI. 1. d) dd). In diesem Sinne auch *Merkel*, JZ 2013, 975, 977.

D. Denkbare Lösungsmöglichkeiten und Ausblick

„Es gilt eine Lösung zu finden, bei der ein gewissenhafter Arzt in seinen Behandlungsmethoden nicht eingeschränkt wird, gleichzeitig aber ein anmaßender Arzt in seine Schranken verwiesen wird; bei der ein spekulierender Patient nicht gewinnt, aber ein in seiner Menschenwürde verletzter Patient zu seinem Recht kommt.“¹

I. Problematische Entwicklung bezüglich der Aufklärungsanforderungen und mögliche Alternativen bezüglich der strafrechtlichen Relevanz von Aufklärungspflichtverstößen

Die bisherigen Feststellungen zeigen, dass der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht keine Berechtigung zukommt. Ungeachtet dessen bleibt jedoch das Grundproblem der als überspannt wahrgenommenen Aufklärungsanforderungen an den Arzt bestehen. Außerdem erscheint eine unbedingte strafrechtliche Reaktion auf sogar leichteste Aufklärungspflichtverletzungen als unbillig.

Im Grundsatz sind die Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht durchaus nachvollziehbar. Doch während die Komplexität der Medizin in vielen Fachbereichen – ganz gleich ob bei Diagnostik, Therapie oder Prävention – immer weiter zunimmt, gestaltet sich die erforderliche Aufklärung des Patienten nicht minder komplex.² Meist kommt nicht mehr nur eine Vorgehensweise in Betracht, sondern es hat sich eine wachsende Zahl verschiedener Eingriffsvarianten samt der zugehörigen kontrovers diskutierten Veröffentlichung – deren Autoren sich nicht selten selbst widersprechen – entwickelt.³ Dem Arzt kommt die Aufgabe zu, die für den Patienten essentiellen Aspekte herauszufiltern und sie ihm zutreffend und verständlich, gleichzeitig aber auch möglichst tiefgehend und umfassend zu erläutern.⁴ Überspitzt formuliert bedeutet das: „was bis gestern noch gesichertes Wissen des Arztes war, ist am nächsten Morgen veraltet, was der Patient gestern schon kaum verstanden hat, versteht er heute erst recht nicht mehr.“⁵ Dabei darf nicht aus den Augen verloren werden, dass die Erfüllung uferloser Aufklärung die Ärzte regelmäßig überfordert⁶ und mit rechtlicher Un-

¹ Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 108.

² Eberbach, MedR 2019, 1.

³ Eberbach, MedR 2019, 1, 3.

⁴ Eberbach, MedR 2019, 1, 3.

⁵ So Eberbach, MedR 2019, 1, 5.

⁶ Schmidt, JZ 1964, 232, 233.

sicherheit konfrontiert.⁷ Recht und Realität der ärztlichen Aufklärung scheinen sich immer weiter auseinander zu entwickeln.⁸

In der Praxis wird zumeist auf das Konzept der sogenannten Stufenaufklärung zurückgegriffen: Dabei erhält der Patient eine schriftliche Grundinformation, die im Anschluss durch mündliche Aufklärung ergänzt wird.⁹ Beweisrechtlich gesehen hat dieses Vorgehen für den Arzt den Vorteil, dass der Inhalt seiner Aufklärung zusätzlich auch schriftlich dokumentiert wurde.¹⁰ Zur Erfüllung der inhaltlich umfassenden Anforderungen sind Formulare und Aufklärungsbroschüren in der ärztlichen Aufklärungspraxis inzwischen ubiquitär.¹¹ Manche von ihnen sind aufgrund der Komplexität der verwendeten Begriffe mit einem eigenen Glossar versehen und weisen nicht selten einen Umfang von bis zu 50 Seiten und mehr auf.¹² Diese Art der Aufklärung scheint zwar den teilweise exorbitanten rechtlichen Anforderungen zu entsprechen, ist aber für den Patienten selbst kaum hilfreich. Der Gebrauch derartiger Aufklärungsformulare verunsichert ganz im Gegenteil den Patienten und beeinträchtigt nicht selten das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient.¹³ Die Nutzung solcher umfassenden Aufklärungsmaterialien ermöglicht dem Patienten kaum eine selbstbestimmte Behandlungsentscheidung; im Gegenteil: Studien bewerteten die Aufklärungsformulare als schwer lesbar, unverständlich und hinsichtlich der relevanten Risiken immer noch als unvollständig.¹⁴ Wenn der Patient aufgrund der dargebotenen Informationsschwemme gar nicht mehr zu einer angemessenen Bewertung in der Lage ist, verfehlt die Aufklärung ihre eigentliche Schutzz intention in Bezug auf das Selbstbestimmungsrecht.¹⁵ Damit kann der „Rückzug des Arztes auf Formulare

⁷ Bereits 1983 berichtete *Tröndle* von einem tatsächlichen Fall, in dem ein angesehener Chefarzt nach Auftreten medizinisch unvorhergesehener Komplikationen direkt aus dem Operationssaal einen befreundeten Strafrechtsprofessor anrief, um sich zu versichern, dass er die begonnene OP rechtskonform fortsetzen durfte; *Tröndle*, MDR 1983, 881, 886.

⁸ *Eberbach*, MedR 2019, 1.

⁹ *Weißauer*, 52. DJT 1978 I, S. 29 ff.

¹⁰ *Knauer*, in: *Roxin/Schroth*, S. 11, 28; auch wenn diese schriftliche Fixierung nach ständiger Rechtsprechung nur Indizwirkung entfalten kann.

¹¹ *Eberbach*, MedR 2019, 111.

¹² Dargestellt bei *Eberbach*, MedR 2019, 111 bezugnehmend auf die Broschüre „Therapie mit Isotretinoin“ gegen schwere Akne, Actavis Deutschland GmbH & Co KG sowie Aknenormin Therapie-Begleitheft für Patientinnen, insbesondere mit Risiken der Einnahme während der Schwangerschaft, Fa. Admirall.

¹³ *Wachsmuth/Schreiber*, NJW 1981, 1985; eine derartige Praxis wurde dementsprechend nicht selten als „defensive Formularpraxis“ kritisiert.

¹⁴ Bezugnehmend auf verschiedene Studien hinsichtlich der Verständlichkeit von Aufklärungsbögen abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wissen/medizin-ernaehrung/fehlende-aufklaerung-beim-arzt-wenn-patienten-keine-ahnung-haben-15613963.html>.

¹⁵ *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 VI Rn. 383; *Knoche*, NJW 1989, 757, 758; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 548.

und Merkblätter“ leicht das Wesen der Aufklärung verkehren.¹⁶ Im Mittelpunkt der Aufklärung sollte stattdessen das vertrauensvolle Gespräch stehen; Infoblätter können dieses allenfalls ergänzen, machen es aber keinesfalls entbehrlich.¹⁷

Juristische Komplexität und die Überspitzung der Aufklärungsanforderungen tragen dazu bei, dass das „aufgeklärte Einverständnis“ zwischen Patienten und Arzt rechtlich wie tatsächlich meist als reine Illusion erscheint.¹⁸ Zwar betont die Rechtsprechung immer wieder das Erfordernis einer Aufklärung im Großen und Ganzen, das jeglichen Anforderungen genügen soll, etabliert gleichzeitig aber selbst immer neue, noch detailreichere Ausdifferenzierungen im Rahmen eigener Kasuistik.¹⁹ Es steht in Frage, ob es wirklich der richtige Weg ist, die Ausdehnung der medizinischen Komplexität in der Etablierung derart hypertropher Aufklärungspflichten einzufangen.²⁰ Insbesondere die vollständige Übernahme der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten, ohne sie unter strafrechtlichen Gesichtspunkten angemessen zu reflektieren, nur um sie dann im Anschluss in Anwendung der hypothetischen Einwilligung wieder bedeutungslos zu stellen, ist dem Selbstbestimmungsrecht nicht dienlich. Welchen Sinn hat die Etablierung strengster Aufklärungsanforderungen, wenn deren Verletzung am Ende doch kein Einfluss auf die Wirksamkeit der Einwilligung zukommen soll?²¹ Hier zeigt sich, dass es aufgrund der Überspitzung der Aufklärungspflichten möglicherweise erforderlich ist, die Grenze des Strafbaren neu zu definieren.

1. Möglichkeit einer Eingrenzung der Aufklärungspflichten

Statt immer weniger erfüllbare Aufklärungsanforderungen zu etablieren, täte dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten möglicherweise eine Reduzierung der Aufklärungspflichten gut, was derzeit vielfach als Alternative zur hypothetischen

¹⁶ Vgl. BGH NJW 1985, 1399 ff.; Studien bewerteten die Aufklärungsformulare als schwer lesbar, unverständlich und hinsichtlich der relevanten Risiken als unvollständig. Die wenig patientenfreundliche Sprache macht auch die Etablierung von Plattformen wie „Was-habe-ich.de“ deutlich, in deren Rahmen Medizinstudenten die kostenlose Übersetzung von ärztlichen Befunden anbieten; dargestellt von Eberbach, MedR 2019, 111, 115, bezugnehmend auf verschiedene Studien hinsichtlich der Verständlichkeit von Aufklärungsbögen abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wissen/medizin-ernaehrung/fehlende-aufklaerung-beim-arzt-wenn-patienten-keine-ahnung-haben-15613963.html>.

¹⁷ Vgl. Schöch, in: Roxin/Schroth, S. 53, 65; Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/ Lipp, Arztrecht, Teil V Rn. 57.

¹⁸ Vgl. Eberbach, MedR 2019, 111, 115.

¹⁹ Vgl. BGH GuP 2017, 71; Pentz, MedR 2017, 437, 438 ff. m.w.N.; BGH MedR 2018, 43; Pentz, MedR 2018, 283 ff.; Eberbach, MedR 2019, 1, 6.

²⁰ Eberbach, MedR 2019, 1, 6.

²¹ In diesem Sinne auch Immig, Die Selbstbestimmungsaufklärung, S. 139.

Einwilligung gefordert wird.²² Uneinigkeit besteht jedoch darüber, nach welchen Kriterien diese Reduzierung erfolgen soll. Im Zuge dessen ist es vorab wesentlich zu klären, ob die Rechtsordnung eine Parallelität der zivilrechtlichen und strafrechtlichen Aufklärungsanforderungen erfordert. In neueren Stellungnahmen wird inzwischen nämlich regelmäßig eine Einschränkung der Akzessorietät der strafrechtlich relevanten Aufklärungssaspekte zu den zivilrechtlich etablierten Anforderungen entwickelt.²³ Davon ausgehend ist zunächst klärungsbedürftig, ob eine konträre Entwicklung der Aufklärungsanforderungen in den unterschiedlichen Rechtsgebieten überhaupt möglich ist.

a) Einheit der Rechtsordnung

Als ausschlaggebendes Argument vollständig kongruenter Handhabung der zivil- und strafrechtlichen Aufklärungspflichten soll regelmäßige der Gedanke der *Einheit der Rechtsordnung* fruchtbar gemacht werden.²⁴ Daraus wird mitunter die Forderung abgeleitet, die Rechtswidrigkeit einer Handlung einheitlich zu beurteilen.²⁵ Insbesondere die Rechtswidrigkeit von Aufklärungsfehlern in Zivil- und Strafrecht müsse einheitlich beurteilt werden,²⁶ dies erfordere schon allein die besonders enge Verzahnung der beiden Rechtsgebiete im Bereich des Schutzes der körperlichen Integrität.²⁷

In einer ausdifferenzierten Rechtsordnung bewährt sich die Einheit der Rechtsordnung allerdings gerade dadurch, dass auch im Rahmen der Rechtswidrigkeitsbeurteilung den unterschiedlichen Aufgaben der zugrunde liegenden Rechtsbereiche Rechnung getragen wird: Dementsprechend bedeutet Einheit der Rechtsordnung gerade keine sachwidrige Gleichstellung der Rechtsfolgen eines Sachverhalts innerhalb verschiedener, hinsichtlich ihres Aufgabenbereichs divergierender Regelungsbereiche.²⁸ Vielmehr bildet sie ein Bindeglied zwischen den

²² S. dazu z. B. *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, *Saliger*, FS Beulke, 2015, S. 257, 269; *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 472 ff.; *Sowada*, *NStZ* 2012, 1, 10; *Valerius*, *HRRS* 2014, 22 f.; *Sternberg-Lieben*, FS Beulke, 2015, S. 299, 306; *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2019, 185, 189; vgl. zudem *Eberbach*, *MedR* 2019, 111, 116.

²³ Näher dazu etwa *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 48 ff. Eine solche limitierte Zivilrechtsakzessorietät findet angesichts der strafrechtsautonomen Gewichtungsfragen bereits Anwendung auf den Untreuetatbestand des § 266 StGB; vgl. dazu vertiefend *Günther*, FS *Weber*, 2004, S. 311, 314; *Lüderssen*, FS *Lampe*, 2003, S. 727, 729; *Beulke*, FS *Eisenberg*, 2009, S. 245, 253; *Sternberg-Lieben*, FS *Beulke*, 2015, S. 299, 308 m.w.N.

²⁴ Vgl. etwa *Beulke*, *medstra* 2015, 67, 72; *Rosenau*, FS *Maiwald*, 2010, S. 693, 698.

²⁵ *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 159 f.; *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, S. 37.

²⁶ *Spickhoff*, *ZRP* 2012, 65, 68; *Rosenau*, FS *Maiwald*, 2010, S. 683, 698; *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 178.

²⁷ *Beulke*, *medstra* 2015, 67, 72; a. A. *Tag*, *ZStW* 127 (2015), 523, 544.

²⁸ *Sternberg-Lieben*, FS *Beulke*, 2015, S. 299, 304.

Teilrechtsordnungen, das eine widerspruchsfreie Lösung im Einzelfall verlangt, die sich in die Gesamtrechtsordnung einfügt.²⁹ Die Feststellung einer zivilrechtlichen Pflichtwidrigkeit – selbst wenn sie mit einem Schadenseintritt einhergeht – darf noch lange nicht pauschal als strafrechtlich relevantes Fehlverhalten gewertet werden.³⁰

Während es im Strafrecht um rechtliche Missbilligung und Sanktionierung von *dafür* hinreichend gewichtigem (!) individuellen Fehlverhalten geht, bezweckt die zivilrechtliche Statuierung der Aufklärungspflichten primär den finanziellen Ausgleich materieller und immaterieller Interessen des Geschädigten.³¹ Im Zivilrecht unterliegen die Parteiinteressen davon ausgehend allein der Disposition der Betroffenen.³² Die strafrechtliche Rechtsgutsverletzung und der zivilrechtliche Schaden sind dementsprechend keineswegs gleichzusetzen.³³ Nicht nur die Differenzierung zwischen Eingriffserfolg und Schädigung, sondern auch die zivilrechtliche Aufschlüsselung in haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität ist dem Strafrecht in dieser Weise fremd.³⁴ Als strafrechtlicher „Schaden“ ist vielmehr dasjenige Verhalten anzusehen, aus dem die nachteilige Veränderung der strafrechtsspezifisch geschützten Rechtsposition resultiert.³⁵ Vor diesem Hintergrund erscheint es verfehlt, die zivilrechtlichen Maßstäbe der Aufklärungspflicht unreflektiert der strafrechtlichen Verhaltensbewertung zu Grunde zu legen.³⁶ Nicht alles, was haftungsrechtlich von Bedeutung ist, ist auch zwingend in Bezug auf den strafrechtlichen Schutz der körperlichen Unversehrtheit relevant.³⁷ Vielmehr bedarf es einer angemessenen Bestimmung strafrechtlich relevanter Aufklärungspflichten und des für Schuldspruch und Strafe erforderlichen Gewichts ihrer Verletzung.³⁸

²⁹ *Kirchhoff*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 37 f.; *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Vor § 32 ff. Rn. 27.

³⁰ Vgl. zur aktuellen Diskussion zum zwingenden Erhalt der strafrechtlichen Bewertungsebene als Ausprägung des *ultima ratio* Prinzips z.B. *Gärditz*, JZ 2016, 641 ff.; *Jahn/Brodowski*, JZ 2016, 969 ff.; *Kindhäuser*, ZStW 129 (2017), 382 ff.

³¹ *Schöch*, in: *Roxin/Schroth*, S. 53, 55; *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil I V Rn. 337 f.

³² *Jäger*, FS Jung, 2007, S. 345, 355.

³³ *Haas*, GA 2015, 86, 91; i. E. ebenso *Jakobs*, AT 7/74.

³⁴ Dies zutreffend betonend *Edlbauer*, Hypothetische Einwilligung, S. 415, sowie *Haas*, GA 2015, 147, 158.

³⁵ *Haas*, GA 2015, 86, 91; *Puppe*, ZStW 92 (1980), 863, 878 ff.; *Puppe*, in: *NK-StGB*, Vor § 13 ff. Rn. 72 f.

³⁶ *Schreiber*, in: *Roxin/Widmaier*, BGH-FG, S. 503, 513; *Haas*, GA 2015, 147, 158; a. A. i. E. *Wiesner*, Hypothetische Einwilligung, S. 166 ff., 171.

³⁷ *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 544; dementsprechend zieht nicht jeder zivilrechtlich anerkannte Aufklärungsfehler *eo ipso* eine strafrechtliche Sanktionierung nach sich; *Krüger*, medstra 2017, 12, 15, der diesen Umstand zuvor bereits in anderem Zusammenhang dargetan hat: vgl. *Krüger/Helml*, GesR 2011, 584.

³⁸ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 10; *Sternberg-Lieben*, FS Beulke, 2015, S. 299, 306; *Valerius*, HRRS 2014, 22.

Allerdings liegt es nach einem einheitlichen rechtlichen Verständnis nahe, sofern sich die Aufklärung innerhalb der zivilrechtlich definierten Anforderungen bewegt, erst recht ein strafbares Verhalten auszuschließen.³⁹ Vorsicht ist jedoch geboten, wenn die zivilrechtliche Haftungsrelevanz aus anderen Gründen als fehlendem Verhaltensunrecht zu verneinen ist: Zu denken ist dann immer noch an eine strafrechtliche Versuchsstrafbarkeit; deren Gegebensein ist von einer haftungsrechtlich Flankierung unabhängig.⁴⁰ Auch umgekehrt ergibt sich jedenfalls kein zwingender Automatismus, der einer autonomen Einschränkung des strafrechtlichen Erfassungsbereichs entgegenstünde.⁴¹ Im Gegenteil: der Einsatz des Strafrechts fungiert als ultima ratio. Als schärfste Form der Verhaltenssanktionierung muss das Strafrecht nicht jegliche aus zivilrechtlicher Perspektive charakterisierte Verhaltensmissbilligung sanktionieren.⁴² In Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bedeutet das die schadensersatzorientierten Kriterien des Zivilrechts nicht unbesehen zur Bestimmung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit heranzuziehen.⁴³ Ein strafrechtliches Tätigwerden ist dementsprechend nur in Betracht zu ziehen, wenn das inkriminierte Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich ist und ein für Schuldspruch und Strafe hinreichendes Gewicht aufweist.⁴⁴

Denn die strafrechtlich bedeutsamen Verhaltenspflichten dienen der Konkretisierung entsprechender persönlicher Verantwortlichkeit auf der Basis sozialethischer – genauer: besonders gewichtiger rechtlicher Missbilligung,⁴⁵ während der zivilrechtliche Schadensausgleich primär auf wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

³⁹ *Lechner*, MedR 2013, 429, 432; ein zivilrechtlich erlaubtes Verhalten darf gerade nicht strafrechtlich sanktioniert werden; vgl. in diesem Sinne auch *Beulke*, FS Eisenberg, 2009, S. 245, 251.

⁴⁰ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 8f.; *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 189 unter Verweis darauf, dass sich auch aus der Geltung des ultima ratio-Grundsatzes des Strafrechts kein allgemeiner Grundsatz ableiten ließe, dass bei übereinstimmender Verhaltensbewertung eine strafrechtliche Sanktionierung stets ausscheiden müsse, sofern keine zivilrechtliche Haftung bestehe.

⁴¹ *Valerius*, medstra 2021, 2; insbesondere § 630h BGB kann als zivilrechtliche Haftungsregelung keine strafrechtliche Relevanz beanspruchen; *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 188; a. A. *Beulke*, medstra 2015, 67, 72, der in derartigen Lösungsansätzen eine Missachtung des strafrechtlichen ultima ratio-Gedankens sieht.

⁴² *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 189 unter Verweis auf die Straflosigkeit der fahrlässigen Sachbeschädigung; *Krüger*, medstra 2017, 12, 15.

⁴³ *Sternberg-Lieben*, FS *Beulke*, 2015, S. 299, 307; *ders.*, MedR 2019, 185, 190; sowie vertiefend *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, S. 394. In diesem Sinne auch BGHSt 37, 106, 115.

⁴⁴ Vgl. Minderheitsvotum *Hassemer*, BVerfGE 120, 224, 256. – Allg. zum Straftat erfordernis des hinreichend gewichtigen Verhaltensnormverstoßes *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 45 f., § 4 Rn. 92; *Freund/Bünzel*, Die Elemente der Straftat, § 2 Rn. 150 ff.

⁴⁵ *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 190.

und Versicherbarkeit beruht.⁴⁶ Folglich ist die strafrechtsbegründende Orientierung an außerstrafrechtlichen Verhaltenspflichten nur für den Fall anzuerkennen, dass dies auch aus Sicht des strafbewehrten Rechtsgüterschutzes im Hinblick auf das Gewicht bestimmter Verhaltensnormverstöße erforderlich erscheint.⁴⁷ Daraus ergibt sich zunächst, dass sämtliche zivilrechtliche „Aufklärungspflichten“, die schon gar nicht darauf abzielen, dem Patienten zu verdeutlichen, worauf er sich im Hinblick auf seine Körperintegrität einlässt, strafrechtlich keine Relevanz in Bezug auf die Wirksamkeit der Einwilligung beanspruchen können.⁴⁸ Das Ziel der strafrechtspezifischen Beurteilung, den Bereich strafwürdigen Unrechts herauszufiltern, würde verfehlt, wenn man die strafrechtsspezifischen Eingrenzungskriterien außer Betracht ließe.⁴⁹ Strafrechtlich relevant können von vornherein lediglich solche Aufklärungspflichten sein, die sich tatsächlich im legitimen tatbestandsspezifischen Rechtsgüterschutzzinteresse als „echte“ rechtliche Verhaltensanforderungen legitimieren lassen.⁵⁰ Selbst der Verstoß gegen eine solche von der Rechtsordnung „ernst gemeinte“ Verhaltensanforderung führt jedoch nicht automatisch zu einer Straftat. Für eine solche im materiellen Sinne muss der in concreto aufweisbare Verstoß überdies ein hinreichendes Gewicht aufweisen.⁵¹

Zur Klarstellung: Eine divergierende Entscheidung bezüglich der Anwendbarkeit der hypothetischen Einwilligung in Zivil- und Strafrecht bedeutete keine unterschiedliche Verhaltenssteuerung entgegen der Einheit der Rechtsordnung. Erkennt man die hypothetische Einwilligung im Kontext der strafrechtlich relevanten Verhaltensbewertung nicht an, so resultiert daraus kein Wertungswiderspruch. Denn zivilrechtlich geht es lediglich um eine Regel der Schadenszurechnung und nicht etwa um einen echten Erlaubnissatz.⁵²

⁴⁶ Vgl. *Kuhlen* in Bezug auf die Produkthaftung: *Kuhlen*, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, S. 91 f., 150.

⁴⁷ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rn. 216 m.w.N.; *Sternberg-Lieben*, *MedR* 2019, 185, 188; *Jerouschek*, *JuS* 1999, 746, 749; *Zwiehoff*, *MedR* 2004, 364, 357 f.; *Kuhlen*, *FS Müller-Dietz*, 2001, S. 431, 437 f.

⁴⁸ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 54, ein Gleichlauf zwischen zivilrechtlichen und strafrechtlich relevanten Aufklärungspflichten ist nicht angezeigt; *Rosenau*, *FS Maiwald*, 2010, S. 215, 222; a. A. *Knauer/Brose*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 223 StGB Rn. 98.

⁴⁹ *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 177; *Günther*, Strafrechtswidrigkeit, S. 309 ff.; *Kirchhoff*, Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, S. 8.

⁵⁰ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 85 ff., 88.

⁵¹ Zu den Konsequenzen für die sachgerechte Eingrenzung der Strafbarkeit s. noch unten D I 2. c) cc).

⁵² *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 187; i. E. auch *Conrad/Koranyi*, *JuS* 2013, 979, 984 f.

b) Absenkung des Patientenschutzes durch die Eingrenzung strafrechtlich relevanter Aufklärungspflichtverletzungen

Auf den ersten Blick liegt die Annahme nahe, Einschränkungen der strafrechtlich relevanten Aufklärungspflichtverletzungen könnten zu einer nachlässigeren Aufklärung führen und somit letztlich der Patientenautonomie schaden. Das trifft allerdings so nicht zu: Zunächst einmal haben die zuvor erwähnten Studien hinsichtlich der Patientenautonomie bereits gezeigt, dass ein „Mehr“ an Aufklärungspflichten nicht zwangsläufig mit einem besseren Schutz der Patientenautonomie korreliert. Das Gegenteil ist der Fall, weil sich die Aufklärung aktuell immer unübersichtlicher und unverständlicher entwickelt. Darüber hinaus blieben trotz Einschränkung des Umfangs der Aufklärungspflichten, die auch strafrechtliche Relevanz beanspruchen, die zivilrechtliche Haftung sowie standesrechtliche Sanktionierungsmöglichkeiten des Arztes unberührt.⁵³ Schließlich würde sich in bestimmten Fällen infolge der damit einhergehenden Ablehnung der Figur der „hypothetischen Einwilligung“ das Risiko der potentiellen strafrechtlichen Erfassung aus Sicht des Arztes sogar erhöhen.

**2. Denkbare strafrechtsspezifische Eingrenzungen
der Aufklärungspflichten und des Gewichts
ihrer Verletzung in concreto**

Bezüglich der strafrechtsspezifischen Eingrenzung der Aufklärungspflichten und des Gewichts konkreter Verstöße sind verschiedene Überlegungen denkbar, die im Folgenden dargelegt werden sollen. Als gemeinsamer Ausgangspunkt gilt, dass sich der Umfang der strafrechtlich relevanten Aufklärungspflichten an der individuellen Bestimmung der Rechtspflichten in Bezug auf strafrechtlich geschützte Rechtsgüter orientieren muss: Angesichts dessen profitiert man von einer präzisen Konkretisierung strafrechtlich relevanter Verhaltenspflichten. Die ordnungsgemäße Aufklärung ist jedenfalls nicht unmittelbar als strafrechtlich relevante Verhaltensanforderung zu begreifen; sie dient nicht unmittelbar dem Zweck, den Täter vom Missbilligungsurteil über einen Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zu befreien.⁵⁴ Vielmehr liegt das verhaltensnormwidrige Verhalten darin, dass der Arzt eine Behandlung vornimmt, die er ohne wirksame Einwilligung nicht vornehmen darf. Für sich genommen kommt einem Aufklärungsfehler keine strafrechtliche Bedeutung zu. Er gewinnt allein dadurch an Relevanz, dass er mittelbar für das Unrecht einer Behandlung, die (möglichweise) nicht dem Willen des Rechtsgutsinhabers entspricht, konstitutiv ist.⁵⁵ Dies gilt es angesichts

⁵³ *Immig*, Die Selbstbestimmungsaufklärung, S. 170; *Sternberg-Lieben*, FS Beulke, 2015, S. 299, 307.

⁵⁴ *Haas*, GA 2015, 147, 157.

⁵⁵ Siehe dazu *Haas*, GA 2015, 147, 154.

der Bedeutung einzelner Aufklärungsgesichtspunkte aus strafrechtlicher Perspektive zu berücksichtigen.

a) Vollständige Herausnahme einzelner Teilbereiche aus der strafrechtlich relevanten Patientenaufklärung

Gaede ist der Meinung, dass aus strafrechtlicher Sicht lediglich die – zu einem Irrtum führende – Verletzung *eingriffsbezogener* Aufklärungspflichten, namentlich solcher, die den konkreten Umfang der Behandlung oder mögliche Eingriffsfolgen betreffen, relevant sein soll.⁵⁶ Aus dieser Feststellung leitet er die Versagung der strafrechtlichen Relevanz in Bezug auf einzelne Teilgebiete der Aufklärung ab. Die Diagnoseaufklärung etwa betreffe aus seiner Sicht lediglich das Motiv für den Eingriff, und sei damit strafrechtlich unbeachtlich, sofern der Patient sich unabhängig davon bewusst ist, in welchem konkreten Umfang er seine Körperintegrität preisgibt.⁵⁷ In diese Richtung sind auch einige weitere Ansätze innerhalb der Literatur zu deuten. So soll z. B. die Aufklärung über Behandlungsalternativen strafrechtlich keine Relevanz beanspruchen, weil sie primär der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts diene und damit das Rechtsgut des § 223 StGB nicht berühre.⁵⁸ Schließlich sollen mögliche Spätfolgen, die über die körperbezogenen Folgen des Eingriffs, als unmittelbar bewirkte körperliche Veränderungen, hinausgehen (bspw. spätere Unfruchtbarkeit infolge eines Schwangerschaftsabbruchs) als nichtverletzende Nebenumstände in Bezug auf die Wirksamkeit der strafrechtlichen Einwilligung von vornherein nicht relevant sein.⁵⁹

Als erste Reaktion auf derartige Ansätze ist zunächst festzustellen, dass sie zum größten Teil von einem falschen Rechtsgutsverständnis der Körperintegrität ausgehen. Das körperbezogene Selbstbestimmungsrecht bildet einen essentiellen und untrennbar mit der Körperintegrität des Patienten verbundenen Bestandteil des geschützten Rechtsguts. Die Bestimmung des Schutzmfangs der körperlichen Unversehrtheit gelingt nur unter Berücksichtigung der körperbezogenen Dispositionsfreiheit. Dementsprechend kann die Lösung nicht darin zu suchen sein, ganze Aufklärungsbereiche wie Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung auszuklammern.⁶⁰ Diese Aufklärungsbereiche bauen vielmehr inhaltlich wie materiell-rechtlich angesichts ihrer Zielsetzung – der Wahrung des Selbstbestim-

⁵⁶ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 52 ff.

⁵⁷ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 65 ff.

⁵⁸ *Iversen*, HRRS 2018, 475, 481 unter Bezug auf BGH NJW 2006, 2477, 2478; BGH NStZ 1996, 34; dort findet diese Argumentation allerdings nur eine vermeintliche Stütze, indem es in den Ausführungen des BGH zum Surgibone-Dübel Fall primär um die davon zu trennende Frage ging, ob die fehlende Zulassung eines verwendeten Produktes aufklärungsrelevant sei.

⁵⁹ *Sternberg-Lieben*, MedR 2019, 185, 190.

⁶⁰ So auch *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 544.

mungsrechts des Patienten – aufeinander auf: Kennt der Patient seine Diagnose nicht, kann er zu keiner fundierten Abwägung gelangen. Hat er keine Kenntnis von möglichen Behandlungsalternativen, kann er die möglichen Risiken seiner Entscheidung nicht hinreichend einschätzen.⁶¹ Die Aufklärung über Diagnose und Erfolgsaussichten eines Eingriffs ist also grundsätzlich im Hinblick auf eine selbstbestimmte Entscheidungsfindung in gleichem Maße von Belang wie die Aufklärung über Art, Umfang und typische Risiken des Eingriffs.⁶² Die subjektive Einschätzung hinsichtlich des erhofften Nutzens ist für die persönliche Abwägung nicht weniger wichtig als die Einschätzung bezüglich unmittelbar eingriffsbezogener Nachteile.⁶³ Wer diesen Aufklärungsaspekten pauschal eine strafrechtliche Relevanz abspricht, vernachlässigt die wesentliche Intention ärztlicher Aufklärung: die Ermöglichung einer Abwägungsentscheidung in Kenntnis aller individuell relevanten Aspekte.

b) Anpassung anhand der Aufklärungstiefe und Relevanz der Information

Demnach erscheint eine Anpassung der Aufklärungstiefe und des Umfangs der gebotenen Informationen vorzugswürdig.⁶⁴ Angesichts dessen findet sich die Forderung nach einer sogenannten „Grundaufklärung“, die die strafrechtsrelevanten Verhaltensanforderungen an den Arzt konkretisieren soll. Diese Grundaufklärung soll dabei im Wesentlichen dazu dienen, dem Patienten aufzuzeigen, was der konkrete Eingriff für seine persönliche Lebensführung bedeutet und ihm gleichzeitig einen Eindruck von Art und Schwere des Eingriffs vermitteln.⁶⁵ Demgegenüber soll die exakte medizinische Darstellung aller aus abstrakt-medizinischer Sicht in Betracht zu ziehenden Risiken gerade nicht Gegenstand einer solchen Einschränkung der Aufklärung auf die wesentlichen Aspekte sein.⁶⁶ Es könnte bspw. genügen, dem Patienten neben den statistisch häufigsten eingriffs-spezifischen Risiken⁶⁷ zusätzlich die aus seiner Sicht schwerstmöglichen Gefah-

⁶¹ Siehe dazu *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 544 f.

⁶² *Kuhlen*, GA 2015, 709, 710; weiterhin ist zu kritisieren, dass *Gaede* angesichts der vorsätzlichen Täuschung eine dogmatisch kaum überzeugende Rückausnahme seiner Einschränkung vornimmt; ebenfalls kritisch *Roxin*, medstra 2017, 129, 135.

⁶³ *Tag*, ZStW 127 (2015), 253, 545; in diesem Sinne argumentiert auch *Sturm*, Hypothetische Einwilligung, S. 20 ff., der zudem auf die schwierige bis unmögliche Differenzierung zwischen strafrechtlichem Bestandschutz und Optimierung verweist.

⁶⁴ *Tag*, ZStW 127 (2015), 523, 544; a. A. *Schmidt*, Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung, S. 177, der die Beschränkung der ärztlichen Aufklärungspflicht aus strafrechtlicher Sicht unter Verweis auf das Selbstbestimmungsrecht und die festen Grenzen der Aufklärungspflicht im Zivilrecht pauschal ablehnt.

⁶⁵ *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 270.

⁶⁶ *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 270 in Bezug auf OLG Oldenburg VersR 1992, 1005; BGH NJW 1989, 1533, 1535; BGH JZ 1991, 983, 984.

⁶⁷ *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 VI Rn. 374 ff.

ren, unabhängig ihrer Wahrscheinlichkeit zu nennen.⁶⁸ Ferner soll eine Aufklärung über Behandlungsalternativen nur für den Fall relevant sein, dass diese tatsächlich als echte Wahlmöglichkeit anzusehen sind.⁶⁹

aa) Einschränkung der Risikoaufklärung
aufgrund statistischer Wahrscheinlichkeitsprognosen

Eine restriktive Bestimmung der strafbewehrten Aufklärungspflicht ist im Ergebnis durchaus erstrebenswert. Als „Herzstück“ beinhaltet die sogenannte Grundaufklärung in der bisherigen Diskussion allerdings eine deutliche Einschränkung der Risikoaufklärung aus strafrechtlicher Sicht, was diskussionswürdig erscheint. Angesichts der kaum überschaubaren Anzahl potentieller Risiken spitzt sich die Problematik der Relevanz einzelner Risiken innerhalb der ärztlichen Aufklärung in der Sache auf die Frage zu, ob der Patient grundsätzlich über alle in Betracht kommenden Risiken, auch über jene, die lediglich im entferntesten denkbar erscheinen, aufzuklären ist.⁷⁰ Davon ausgehend wird vielfach gefordert, die Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos als ausschlaggebenden Indikator nutzbar zu machen.⁷¹ Auf den ersten Blick bietet es sich an, die Relevanz der Risikoaufklärung anhand von statistisch-empirischen Grenzwerten abzuschichten. In der Konsequenz wäre der Arzt strafrechtlich lediglich dazu zu verpflichten, über diejenigen Risiken aufzuklären, die innerhalb einer zuvor bestimmten Wahrscheinlichkeitsgrenze rangieren.⁷² In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings das allgegenwärtige Problem der Spezifizierung von Gefahren: Wo setzt man die Erheblichkeitsschwelle des sozial nicht mehr Hinnehmbaren an?⁷³ Bezuglich der Entindividualisierung der Gefahreinschätzungen ist es seit längerer Zeit üblich, entsprechende Grenzwerte von Fachkommissionen festlegen zu lassen.⁷⁴ Derartige Grenzwerte sind regelmäßig als normative Festlegung einer quantitativen Beschreibung eines noch zu tolerierenden Risikos aufzufassen.⁷⁵ An dieser Stelle ist es allerdings wichtig, eine wesentliche phänomenologische Differenz zu den vergleichbaren Rechtsgebieten zu betonen: Während die Grenzwertfestsetzung im Technik- und Umweltrecht auf wissenschaftlich erforschbaren Sachverhalten einer bestimmten Häufigkeit, die austauschbare Va-

⁶⁸ Schöch, in: Roxin/Schroth, S. 53, 67.

⁶⁹ Otto/Albrecht, Jura 2010, 264, 270.

⁷⁰ Vgl. Paeffgen, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 203 f.

⁷¹ Vgl. Iversen, HRRS 2018, 475, 481.

⁷² In ähnliche Richtung bereits Tröndle, MDR 1983, 881, 886.

⁷³ Siehe dazu Paeffgen, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 192.

⁷⁴ Paeffgen, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 192; man denke in diesem Zusammenhang etwa an den weitgehend anhand von Grenzwerten reglementierten Bereich des Umweltstrafrecht; vgl. dazu Rudolphi, NStZ 1984, 193, 197.

⁷⁵ Vgl. Paeffgen, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 193.

riablen beinhaltet, beruht, stehen dem aus medizinischer Sicht die Unwägbarkeiten des menschlichen Körpers und die Beobachtung weniger Einzelfälle gegenüber.⁷⁶ Davon ausgehend muss auch bei einem sich selten verwirklichenden Risiko die Entscheidung, ob man sich diesem aussetzen möchte, zwingend beim Patienten verbleiben: Das gilt selbst dann, wenn eine andere Behandlungsweise nicht in Betracht kommt oder im Falle der Nichtbehandlung die Wahrscheinlichkeit eines vergleichbaren Risikos deutlich erhöht ist.⁷⁷ Nimmt man die Autonomie des Patienten, die unabhängig von seinem Gesundheitszustand jederzeit zu gewährleisten ist, ernst, so lässt sich eine Vorenthaltung einzelner Risiken auf der Basis zuvor festgelegter objektiver Wahrscheinlichkeiten nicht legitimieren. Aufgrund der charakteristischen Ausprägung der Körperintegrität verbunden mit den von dieser Entscheidung ausgehenden unmittelbaren Konsequenzen für die persönliche Lebensführung des Betroffenen kann die individuelle Relevanz einzelner Risiken nicht pauschal vorab festgestellt werden. Denn im Falle eines Risikoabwägungsdefizits geht es i. E. um die Beschränkung der Risikobeherrschungsmöglichkeiten seitens des Patienten.⁷⁸ Die Risikoabwägung erweist sich aber gerade im Hinblick auf den Schutz der Körperintegrität des Patienten als besonders wichtig, was in der Abwägung des potentiellen Nutzens gegenüber einem möglichen Schaden zum Ausdruck kommt.⁷⁹ Dabei ist als Mindestvoraussetzung zu gewährleisten, dass die Entscheidung, welche Risiken der individuelle Patient bereit ist, zugunsten des Behandlungserfolgs einzugehen, bei demjenigen zu belassen ist, der seine Interessen selbst am besten einzuschätzen vermag: dem betroffenen Patienten.⁸⁰

Gleichzeitig wäre es jedoch nicht interessengerecht, davon auszugehen, dass jedes Informationsdefizit innerhalb der Risikoabwägung – unabhängig vom Gewicht oder der Eintrittswahrscheinlichkeit – pauschal eine eigenverantwortliche Entscheidungswahrnehmung des Patienten ausschließt.⁸¹ Stattdessen bietet es sich an, die Eigenverantwortung des Patienten situations- und konfliktspezifisch als eine Form von personaler Eigen- und Mitverantwortung auszulegen⁸²: Kon-

⁷⁶ *Paeffgen*, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 193, in diesen Fällen läuft die Einschätzung aufgrund des individuellen Bezugspunktes der Körperintegrität vielmehr auf eine wissenschaftlich viel weniger belastbare Gefahrenprognose hinaus.

⁷⁷ BGH NJW 1984, 1397, 1398, die Komplikationsdichte ist für die Frage der Aufklärung regelmäßig von geringem Wert; vgl. BGH NJW 1994, 3012. Für den Patienten ist nicht der Wahrscheinlichkeitsgrad eines Risikos relevant, sondern die Bedeutung, die es für seine persönliche Entschließung hat; vgl. BGHZ 90, 103, 107.

⁷⁸ Siehe *Zabel*, GA 2015, 219, 229 f.

⁷⁹ *Zabel*, GA 2015, 219, 232.

⁸⁰ *Paeffgen*, FS Rudolphi, 2004, S. 187, 204.

⁸¹ Vgl. *Zabel*, GA 2015, 219, 231; zur Problematik der defizitären Einwilligungen im ganzen auch *Ameling*, ZStW 109 (1997), 490.

⁸² Dazu umfassend *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht, sowie *Köhler*, FS Küper, 2007, S. 275, 284 ff.

kret bedeutet das einen strikten Bezug des Informationsmangels zur intendierten Schutzrichtung des § 223 StGB und der Willensbetätigung des Patienten zu fordern.⁸³ Dabei stellt sich freilich das Problem, unter welchen Voraussetzungen eine defizitäre Risikoabwägung dennoch als einvernehmliche Zustimmung angesehen werden kann: Ausschlaggebend dafür dürfte wohl sein, ob aus Sicht des Patienten grundsätzlich die Möglichkeit einer sinnvollen Risikoabwägung bestand, er also zumindest über die wesentliche Tatsachengrundlage verfügte, um Entscheidungen treffen zu können.⁸⁴

Kurz anzusprechen ist an dieser Stelle ferner, dass mitunter vertreten wird, die erforderliche Aufklärung des Patienten vollständig durch ein Fragerecht des Patienten zu ersetzen.⁸⁵ Diese Überlegungen erscheinen allerdings schon deshalb nicht ernsthaft diskussionswürdig, weil es sich bei dem Patienten um einen medizinischen Laien handelt, der nicht einmal weiß, in welche Richtung er fragen müsste, um die für ihn relevanten Informationen zu erlangen.⁸⁶

bb) Einschränkung des Aufklärungsumfangs anhand des Legitimationsgrundes der Verhaltensnormen, deren Übertretung von §§ 223 ff. StGB in Bezug genommen wird

In der Sache ist es in Anknüpfung an die vorherigen Feststellungen erstrebenswert, die Einschränkung der strafbewehrten Aufklärungspflichten vom Ausgangspunkt der tatbestandsspezifischen Verhaltensmissbilligung her zu bestimmen. Das bedeutet konkret, dass der Aufklärungsmangel sich auf das Schutzgut des § 223 StGB beziehen, und zu einer defizitären Willensbildung im Hinblick auf die Disposition über die eigene Körperintegrität führen muss. Das ist der Fall, wenn das Verhalten einen solchen tatbestandsspezifischen schadensträchtigen Verlauf begründet, dessen Verhinderung Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm ist. Hinsichtlich der Körperintegrität ist dabei zu berücksichtigen, dass in der körperlichen Unversehrtheit die körperbezogenen Dispositionsfreiheit untrennbar einbezogen ist, sodass sich auch die normative Bewertung von Aufklärungsmängeln daran orientieren muss.⁸⁷ Die strafrechtlich relevanten Aufklärungspflichten sind so zu bestimmen, dass die körperbezogene Autonomie des Patienten stets gewahrt bleibt, jedoch gleichzeitig von hypertrophen Aufklärungspflichten Abstand genommen wird.⁸⁸ Ausschlaggebend ist es also, ob sich

⁸³ Zabel, GA 2015, 219, 231.

⁸⁴ Zabel, GA 2015, 219, 232.

⁸⁵ S. dazu Bockelmann, NJW 1961, 945, 946.

⁸⁶ So auch Hartmann, Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung, S. 108 f.

⁸⁷ Grundsätzlich in diesem Sinne auch Iversen, HRRS 2018, 475, 479; Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 52.

⁸⁸ Immig, Die Selbstbestimmungsaufklärung, S. 80 ff., verbunden mit dem Plädoyer des Gleichlaufs zwischen Aufklärungspflicht und Irrtumsbeachtlichkeit.

die Zustimmung des Patienten, trotz des Aufklärungsmangels und dem daraus resultierenden Informationsdefizit, im Entscheidungszeitpunkt noch als eigenverantwortliches Handeln darstellt.⁸⁹ Konkret ist damit entscheidend, ob infolge des Aufklärungsdefizits von einem insofern wesentlichen Willensmangel auszugehen ist, der die Wirksamkeit der Einwilligung ausschließt.⁹⁰

Daneben muss das als Anlasspunkt genommene Fehlverhalten den Anforderungen der Untergrenze des Strafrechts genügen. Welche Anforderungen man an dieser Stelle wiederum stellt, hängt nicht zuletzt davon ab, unter welchen Voraussetzungen überhaupt ein strafrechtliches Eingreifen legitimierbar erscheint. Insofern rücken im Hinblick auf die mangelhafte Aufklärung Konstellationen in den Blick, in denen die Annahme strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens jedenfalls zweifelhaft erscheint.⁹¹ Wenn der durchaus gegebene Normverstoß des Täters ein für Schuldspruch und Strafe zu geringes Gewicht aufweist, kann von einer Straftat in materieller Hinsicht keine Rede sein. Dabei geht es nicht nur um solche Verhaltensnormverletzungen, die auch einem im höchsten sorgfältig agierenden Normadressaten leicht unterlaufen können und die selbstverständlich für eine Straftat nicht ausreichen. Vielmehr ist für die gravierenden Konsequenzen des Schuldspruchs und der Strafe wegen einer Kriminalstraftat weitergehend ein bestimmter Mindestunwertgehalt zu verlangen. In der Sache ergibt sich das zwingend aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹² Übertragen auf die strafrechtliche Relevanz eines Aufklärungsfehlers bedeutet das, dass das Fehlverhalten von einem gewissen Gewicht sein muss, damit eine strafrechtliche Sanktionierung legitimierbar ist. Davon ausgehend erscheint eine Auseinandersetzung mit der Qualität des strafrechtlich relevanten Fehlverhaltens lohnenswert, was eine Entkriminalisierung bestimmter Verhaltensweisen schon de lege lata zur Folge haben könnte.

c) Entkriminalisierung aufgrund der Schwere der Pflichtverletzung

Hinsichtlich dessen existieren bereits einige Ansätze innerhalb der Literatur, die sich mit der Entkriminalisierung einzelner Deliktsbereiche in Anknüpfung an die niedrige Qualität bzw. das zu geringe Gewicht des Fehlverhaltens beschäftigen. Die fahrlässige Verwirklichung des Verhaltensunrechts bietet dazu einen möglichen Anknüpfungspunkt. Beim Fahrlässigkeitstäter handelt es sich in der Regel um einen sozial „unauffälligen Jedermann“, der grundsätzlich die Verhaltensanforderungen der Gemeinschaft achtet und lediglich einer plötzlichen, uner-

⁸⁹ *Saliger*, FS Beulke, 2015, S. 257, 269 f.; i. E. *Zabel*, GA 2015, 219, 231.

⁹⁰ S. dazu A.VI. 1. e).

⁹¹ Vgl. *Freund*, in: Wolter/Freund, Straftat, Strafzumessung und Strafprozess, S. 43, S. 60; *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 227 ff.

⁹² Dazu *Freund*, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 188 ff., 191, 223; *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69, 97.

warteten Situation nicht gewachsen ist.⁹³ Der Normadressat weist also in diesen Bereichen eine prinzipiell intakte Verhaltenssteuerung auf.⁹⁴ Wenn „Fehler“ unterlaufen, resultieren diese oftmals aus einer praktisch unvermeidbaren Fehlerquote bei automatisierten Verhaltensweisen.⁹⁵ Bei exakter Analyse liegt dann noch nicht einmal ein Verhaltensnormverstoß vor. Denn dieser setzt in concreto individuelle Vermeidbarkeit voraus. Selbst wenn ein Verhaltensnormverstoß begründbar sein sollte, kann das Maß der Vermeidemacht so niedrig sein, dass ein strafrechtlicher Vorwurf (noch) nicht berechtigt ist. Zumindest für den Bereich der Straßenverkehrsdelikte lässt sich auch aus kriminologischer Sicht belegen, dass der Fahrlässigkeitstäter jedenfalls in Bezug auf Vorbelastungsquote und Kriminalitätsbelastung eher einem Normalbürger entspricht, der einer punktuellen Anforderung nicht gerecht wurde.⁹⁶ Ähnliche Erscheinungen wie im Straßenverkehr lassen sich auch im Arztstrafrecht beobachten, wo inzwischen ein deutlichen Anstieg der einschlägigen Ermittlungsverfahren vor allem wegen fahrlässiger Körperverletzung zu vermerken ist.⁹⁷

Auch im hochtechnisierten automatisierten Klinikalltag kommt es immer wieder zu Fehleranfällen und punktuell starken Belastungen der Verhaltensnormadressaten. Zudem bedingt der medizinische Fortschritt stets strenger werdende Sorgfaltsanforderungen an die Ärzte, was angesichts der konkreten Verhaltensmissbilligung gegenüber dem Arzt als Normadressaten gelegentlich nicht hinreichend gewürdigt wird.⁹⁸ Nicht oft genug ist in diesem Zusammenhang zu betonen, dass gerade auch im Medizinrecht zwischen Schicksal und Verhaltensverantwortlichkeit bzw. personaler Schuld zu unterscheiden ist.⁹⁹ Das wird vor allem deshalb relevant, weil der menschliche Körper eben nicht wie eine Maschine beherrschbar ist und die ärztliche Arbeit bereits ihrer Natur nach regelmäßig mit Risiken verbunden ist.¹⁰⁰ Dementsprechend erscheint es auch angesichts der Zielsetzung dieser Arbeit im Blick auf die Abläufe im Gesundheitswesen zielführend, sich mit der Legitimation der Bestrafung der Fahrlässigkeit auseinanderzusetzen,

⁹³ Koch, Entkriminalisierung, S. 81.

⁹⁴ Roxin, FS Henkel, 1973, S. 171, 193.

⁹⁵ Frisch, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69, 97: „Das kann doch jedem passieren.“ Diese Annahme im Bereich der automatisierten und hochroutinierten Tätigkeiten lässt sich zudem auch psychologisch belegen; s. dazu z. B. Brunstein/Heckhausen, in: Motivation und Handeln, S. 155 ff. sowie zum Straßenverkehrsbericht Roth, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, S. 14; Bockelmann, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, S. 215 f.

⁹⁶ S. dazu Koch, Entkriminalisierung, S. 80 ff. m.w.N.; Eisenberg, § 46 Rn. 2; Kaiser, Verkehrsdelinquenz, S. 218 f.

⁹⁷ Ulsenheimer, MedR 1992, 127 m.w.N.

⁹⁸ Greiff, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 28.

⁹⁹ Laufs, NJW 1987, 1449.

¹⁰⁰ Greiff, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 27; Marquard, Gynäkologie, Band 22 (1989), 339, 342: „Absolute Ansprüche – auch und gerade an die Medizin können nur enttäuscht werden.“

wenn deren Gewicht an der strafrechtlichen Untergrenze oder jedenfalls in deren Nähe anzusiedeln ist. Für die aktuelle Problematik beansprucht diese Auseinandersetzung nicht zuletzt deshalb besondere Relevanz, weil die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in der Praxis innerhalb des Medizinstrafrechts den größten Raum einnimmt.

Allein mit der Feststellung, dass eine bestimmte Tätigkeit aufgrund ihrer Eigenart regelmäßig auch mit Unaufmerksamkeiten und Fehlern ansonsten sorgfältiger Normadressaten verbunden ist, woraus Schäden für einzelne Rechtsgüter resultieren können, ist mit Blick auf die strafrechtliche Wertung bzw. die generelle strafrechtliche Relevanz der einzelnen konkreten Fehlleistungen jedoch noch nicht viel gewonnen.¹⁰¹ Weiterführend erscheint es dagegen zu klären, ob der fahrlässige Verhaltensnormverstoß überhaupt innerhalb der legitimationsbezogenen Grenzen des Strafrechts liegt und welche Bedingungen er ggf. erfüllen muss.¹⁰²

aa) Funktion und Legitimation von Schulterspruch und entsprechender Strafe

Als Grunderwägung lässt sich insofern feststellen, dass die Strafe auf den (mittelbaren) Schutz von Rechtsgütern vor bestimmten Beeinträchtigungen begrenzt ist, und nur insoweit legitimierbar ist, als es sich um ein bezogen auf diese Güter strafwürdiges und strafbedürftiges Verhalten handelt.¹⁰³ Allein auf der Basis dieser Definition ist allerdings für die Konkretisierung des strafbaren Verhaltens noch nicht viel gewonnen. Denn sie enthält gerade keine Anhaltspunkte dafür, wie die Untergrenze der strafbewehrten Verhaltensweisen zu ziehen ist. Üblicherweise wird die Strafbedürftigkeit dahingehend näher konkretisiert, dass sie ausscheidet, sofern bestimmten Verhaltensweisen auch mit Mitteln unterhalb des Strafrechts begegnet werden kann.¹⁰⁴ Diese Feststellung ist zwar abstrakt gesehen richtig, hilft aber nicht weiter, solange der materielle Bezugspunkt von Schulterspruch und entsprechender Strafe noch nicht genau bestimmt ist. Dieser Bezugspunkt ist der tatbestandsspezifische Verhaltensnormverstoß. Bevor Strafrecht zum Einsatz gelangen kann, ist zunächst auf vorgelagerter Ebene zu bestimmen, welche Verhaltensweisen überhaupt tatbestandsspezifisch missbilligt werden können.¹⁰⁵ Hat man diese Verhaltensbewertung unter allen in Betracht kommenden Aspekten zutreffend vorgenommen, werden die Erwägungen zur

¹⁰¹ *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 106.

¹⁰² *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 124. – Allgemein zur Untergrenzenproblematik des Strafrechts *Freund/Rostalski*, AT, § 2 Rn. 45f.; *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69 ff.

¹⁰³ Vgl. *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1993, S. 69, 70, der allerdings selbst die Praktikabilität dieser Aussage nachträglich in Zweifel zieht.

¹⁰⁴ *Kaufmann*, FS Henkel, 1974, S. 89 ff.; *Maiwald*, FS Maurach, 1972, S. 9 ff.

¹⁰⁵ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 82; *Stree*, Deliktsfolgen und Grundgesetz, S. 3 f. Dazu bereits eingehend unter A.I.1.

Adäquität von Schuldspruch und Strafe relevant: Nach zutreffender Auffassung darf das strafrechtliche Instrumentarium nur dann zum Einsatz kommen, wenn nicht nur überhaupt ein (tatbestandsspezifischer) Verhaltensnormverstoß vorliegt, sondern wenn dieser außerdem genau dafür auch hinreichend gewichtig ist. Insofern hängt der Einsatz von Schuldspruch und Strafe entscheidend davon ab, wie man diesen Einsatz versteht.¹⁰⁶ Nach dem materiellen Verbrechensbegriff ist der Einsatz der Strafe allein für strafwürdige und strafbedürftige – also für besonders gravierende – Verhaltensweisen vorbehalten.¹⁰⁷ Reagierte man (zu) pauschal auf jede unerwünschte Verhaltensweise sogleich mit *strafrechtlicher* Sanktionierung kann man nicht erwarten, dass allein die Kennzeichnung als Straftat und ihre Ahndung mit Strafe zum Ausdruck bringen, dass ein gravierender Normverstoß begangen wurde.¹⁰⁸ Die besondere Bedeutung der strafrechtlichen Sanktionierung „nutzt“ sich sozusagen aufgrund eines undifferenzierten Einsatzes ab. Wer stattdessen wirklich die ultima ratio-Funktion des Strafrechts ernst nimmt und die Strafe als aussagekräftige und angemessene Reaktion auf schwere und schwerste Bedrohungen der Normgeltung erhalten möchte, muss sie nicht nur für besonders gewichtige Güter reservieren, sondern darüber hinaus auch den besonders gravierenden Angriffen auf diese Güter vorbehalten.¹⁰⁹ Geht man vorzugsweise von einem adäquat gefassten Verständnis von Schuldspruch und Strafe aus, erscheint dieses Instrumentarium nur dann als angemessene Reaktion gegenüber der zu beanstandenden Verhaltensweise, wenn ihr Einsatz auf den Kernbereich der besonders missbilligenswerten Angriffe auf die Normgeltung beschränkt bleibt. Um die Aussagekraft als angemessen missbilligende Reaktion auf den Normverstoß zu erhalten, ist es erforderlich, ihren Einsatz für besonders missbilligenswerte, gravierende Fehlverhaltensweisen zu reservieren.¹¹⁰ Insofern ist die Untergrenze des Strafrechts jedenfalls dann noch nicht erreicht, wenn sich das vorwerfbare Verhalten in einer kleinen, wenn auch mitunter folgenreichen Unaufmerksamkeit erschöpft, die nur schwer zu vermeiden ist.¹¹¹

Ist das vorwerfbare Fehlverhalten in der Qualität eher einem bedauerlichen Versehen vergleichbar als einer ernstzunehmenden – für Schuldspruch und Strafe hinreichend gewichtigen – Infragestellung der übertretenen Verhaltensnorm, erscheint daher für diesen Bereich der Fahrlässigkeit eine Entkriminalisierung als dringend geboten.¹¹² Eine strafrechtliche Sanktionierung wäre in Relation zum

¹⁰⁶ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 85.

¹⁰⁷ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69 ff.; vertiefend zum materiellen Straftatbegriff *Zipf*, Kriminalpolitik, S. 106 ff.

¹⁰⁸ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 85.

¹⁰⁹ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 95.

¹¹⁰ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 97.

¹¹¹ *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 97.

¹¹² *Frisch*, FS Stree/Wessels, 1973, S. 69, 98; *Schlüchter*, Grenzen, S. 83; vgl. zudem auch *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rn. 203a ff. m.w.N. zu

erheblichen Verhaltensvorwurf nicht angemessen und schon deshalb nicht zu legitimieren. Vor diesem Hintergrund sei nur nebenbei angemerkt: Eine wünschenswerte Präventionswirkung im Hinblick auf die Einhaltung der Verhaltensanforderungen ist im hier interessierenden Bereich auch außerstrafrechtlich erreichbar. Insbesondere lassen sich auch mittels zivilrechtlicher Reaktionen über den konkreten Schutzgutschutz hinausgehende präventive Effekte im Hinblick auf die Erhaltung und Stärkung des Rechtsbewusstseins erzielen: Denn derjenige, der bei sorgfaltswidrigem Verhalten finanzielle Nachteile fürchtet, wird sich erfahrungsgemäß jedenfalls darum bemühen, sich sorgfaltsgemäß zu verhalten.¹¹³

Speziell bezogen auf die fehlerhafte Aufklärung, in Bezug auf die dem Arzt gegenüber in *concreto* lediglich ein Vorwurf geringfügiger Fahrlässigkeit zu erheben ist, ließe sich eine den allgemeinen Straftatkriterien entsprechende „Entkriminalisierung“ schon *de lege lata* erreichen. Der strafrechtliche Erfassungsbereich würde eingeschränkt auf Fälle gesteigert fahrlässiger oder gar vorsätzlicher Falschaufklärung. Ein anderer möglicher Anknüpfungspunkt wäre es z. B., aufgrund einer Differenzierung anhand eines groben Aufklärungsfehlers eine normative Korrektur vorzunehmen.¹¹⁴ Insofern ist im Folgenden klärungsbedürftig, wie das Anliegen der Entkriminalisierung konkret auszustalten ist und welche Folgen sich daraus im Hinblick auf die Strafbarkeit im Zusammenhang mit einem ärztlichen Heileingriff ergeben.

bb) Sektorale oder allgemeine Entkriminalisierung

Als Ausgangspunkt der konkreten Ausgestaltung der Entkriminalisierung ist zunächst eine Entscheidung darüber zu treffen, ob eine sektorale gegenüber einer allgemeinen Entkriminalisierung als vorzugswürdig erscheint. Dies liegt insbesondere deshalb nahe, weil die Problematik leicht fahrlässigen Handelns und dessen Strafwürdigkeit *prima vista* in deliktischen Einzelbereichen auftritt.¹¹⁵ Gerade mit Blick auf den medizinischen Bereich sind die Anforderungen und

möglichen Entkriminalisierungsansätzen der Fahrlässigkeit. S. dazu auch den im 1966 als Gegenentwurf zum Regierungsentwurf 1962 vorgestellten Alternativentwurf eines Strafgesetzbuches, der in § 16 II eine Entkriminalisierung fahrlässigen Verhaltens vorsah; *Baumann* u. a. (Hrsg.), Alternativentwurf.

¹¹³ *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 136; *Eser*, ZStW 97 (1985), 1, 45; *Taupitz*, MedR 1995, 475; a. A. *Tröndle*, der betont eine Entkriminalisierung leichter Fahrlässigkeit werde zu einer sorgloseren Einstellung der Bevölkerung gegenüber diesen Rechtsgütern und damit letztlich zu einer höheren Gefährdung von Leib und Leben führen, *Tröndle*, DRiZ 1976, 129, 130.

¹¹⁴ *Krüger*, medstra 2017, 12, 18. *Krüger* möchte allerdings bei leicht fahrlässigen Aufklärungsfehlern weiterhin die hypothetische Einwilligung anwenden, insofern ähnelt seine Einschränkung derjenigen von *Hengstenberg*, die die hypothetische Einwilligung generell auf Fahrlässigkeit beschränken möchte; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung, S. 379, 383.

¹¹⁵ *Greiff*, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 346.

Erwartungen an das ärztliche Handeln nahezu stetig angestiegen. Fast im Sinne eines Anspruchsdenkens kann inzwischen anscheinend ausnahmslos bei jeder medizinischen Heilbehandlung neben der Gewährleistung einer maximalen Sicherheit ein minimales Risiko und damit stets ein optimales Behandlungsergebnis erwartet werden.¹¹⁶ Angesichts der berufsspezifischen Risiken sehen sich die Ärzte in ihrer Arbeit der ständigen Bedrohung durch Ermittlungs- und Strafverfahren ausgesetzt.¹¹⁷ Zudem sei bereits die Strafverfolgung selbst, unabhängig davon, ob das Verfahren später eingestellt wird, für den Mediziner mit immensen Einschnitten verbunden und käme einem Berufsverbot nahe.¹¹⁸ Daher erscheint es zunächst diskussionswürdig, inwiefern aufgrund des mit dem Berufsbild verbundenen Gefahrenpotentials eine bereichsspezifische Beschränkung der Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens denkbar wäre. Es käme insofern eine Entkriminalisierung für fahrlässiges ärztliches Verhalten im Rahmen ihrer Berufsausübung nach dem Vorbild des § 88 II Nr. 2 öStGB in Betracht. Dahingehend wird vertreten, dass sich eine solche sektorale Entkriminalisierung am Vorbild des arbeitsrechtlichen Instituts des innerbetrieblichen Schadensausgleichs bzw. der gefahrgeneigten Arbeit orientieren solle.¹¹⁹ Wenn die strafrechtliche Schuld von den individuellen Fähigkeiten des Normadressaten im Verhaltenszeitpunkt abhängen solle, so müsse die Berücksichtigung gefahrgeneigter Arbeit im Strafrecht mindestens bei leichter Schuld, wenn nicht sogar bei nicht schwerer Schuld zur Versagung der Bewertung als strafrechtlich relevantes fahrlässiges Verhalten führen.¹²⁰ Aus der grundsätzlich zutreffenden Beschreibung der Schuld als personal vorwerfbare Verhaltensunrechtfertigung resultiert allerdings nicht zwangsläufig diese Schlussfolgerung. Der Arzt ist vielmehr in seinem Handeln, wie jeder andere auch, an die Rechtsordnung zu binden. Allein die besondere Gefahrträchtigkeit des ärztlichen Berufs vermag eine bereichsspezifische Ausnahme von der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nicht zu rechtfertigen. Überdies ist zu betonen, dass sich die Verhaltenspflichtkonkretisierung gegenüber dem Arzt als Normadressaten ohnehin auf für ihn *nach seinen individuellen Verhältnissen erfüllbare* (!) Verhal-

¹¹⁶ *Taupitz*, MedR 1995, 475; *Tröndle*, MDR 1983, 881, 887; *Ulsenheimer*, MedR 1987, 207, 211.

¹¹⁷ *Ulsenheimer/Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 I Rn. 6.

¹¹⁸ Siehe *Rosenau*, FS Maiwald 2010, S. 215, 228.

¹¹⁹ *Ostler*, NJW 1962, 1229 f.; grundlegender Beschluss des BAG dazu war BAG 1957, 5, 1, 7 ff. Einschränkend ist jedoch zu bemerken, dass das Merkmal der „Gefahrgeneigtheit“ inzwischen innerhalb der zivilrechtlichen Haftungsbeschränkung nach vielfacher Kritik als zu unbestimmt aufgegeben worden ist: Innerhalb der Haftungsbeschränkung des innerbetrieblichen Schadensausgleiches kommt die Gefahrgeneigtheit nur noch als eines der Kriterien, von denen es abhängt, ob und in welcher Höhe die Schadensersatzpflicht besteht, zum tragen; BAGE, 78, 56, 67; Gms-OGB NJW 1994, 856.

¹²⁰ *Ostler*, NJW 1962, 1229, 1231; *Schewe/Janssen*, Beiträge zur gerichtlichen Medizin, Bd. 37 (1979), 91, 97, 103.

tensanforderungen bezieht, sodass die Rechtsordnung nicht Unmögliches verlangt. Eine solche individuelle Konkretisierung des Missbilligungsurteils im Hinblick auf den konkreten Verhaltensnormadressaten ist nicht von bestimmten Berufsgruppen abhängig. Legt man zudem die bereits eingangs erwähnte These zu Grunde, dass sich vor allem die monotonen Tätigkeiten bei routinemässiger Ausübung als fehleranfällig erweisen, widerspricht es geradezu dem individuellen Aspekt der Schuld, diese Verhaltensnormkonkretisierung nur im Hinblick auf objektiv (?) gefahrgeneigte Tätigkeitsfelder vorzunehmen.¹²¹ Überdies basiert die schadensrechtliche Figur des innerbetrieblichen Schadensausgleichs im Arbeitsrecht maßgeblich auf dem spezifischen Beziehungsverhältnis bzw. dem sozialen Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.¹²² An einem solchen Verhältnis fehlt es jedoch nicht nur im Arztrecht, sondern generell innerhalb der Etablierung strafbewehrter Verhaltensweisen. Ferner ändert die Bewertungskorrektur selbst im Arbeitsrecht nichts an der formell individuellen Verantwortlichkeit des Arbeitnehmers für den Schaden – was u.U. einem strafrechtlichen Schuldvorwurf vergleichbar wäre –, sondern betrifft allein die finanzielle Verantwortlichkeit im Verhältnis Arbeitnehmer und Arbeitgeber.¹²³ Daher erscheint der zivilrechtliche Grundsatz der gefahrgeneigten Arbeit kaum geeignet, eine strafrechtliche Einschränkung der Strafbarkeit in einzelnen Sonderbereichen zu begründen.

Eine sektorale Entkriminalisierung stünde darüber hinaus letztlich immer unter dem Legitimationsdruck, die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen, was hier kaum in konsensfähiger Weise geschehen kann.¹²⁴ Gegenüber zahlreichen anderen gefahrgeneigten Berufen lässt sich die privilegierende Sonderbehandlung des ärztlichen Handelns nicht rechtfertigen.¹²⁵ Daneben ist zu beachten, dass die ärztliche Tätigkeit – anders als die meisten anderen gefahrgeneigten Verhaltensweisen – nicht nur auf die Wahrung eigener Interessen gerichtet ist, sondern darüber hinaus auch die Wahrung fremder Interessen zum Gegenstand hat.¹²⁶ Insbesondere betreffen die vorab zur Entkriminalisierung herangezogenen Thesen die gesamte Verhaltenssteuerung und nicht nur einzelne Sonderbereiche.¹²⁷ Insofern bestehen bereits ganz grundsätzliche Bedenken im Hinblick auf die kriminalpolitische Plausibilität, sofern man eine Haftungsprivilegierung allein

¹²¹ Ähnlich *Koch*, Entkriminalisierung, S. 218.

¹²² *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 63; *Koch*, Entkriminalisierung, S. 88; *Greiff*, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 138.

¹²³ *Greiff*, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 138.

¹²⁴ *Zipf*, in: FS Krause, 1990, S. 437, 447.

¹²⁵ *Koch*, Entkriminalisierung, S. 348; *Schlüchter*, FS Kaiser, 1999, S. 359, 372. – S. auch *Ida*, in: FS Rüßmann, 2013, S. 711, 713 ff.

¹²⁶ *Greiff*, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 351.

¹²⁷ *Volk*, GA 1976, 161, 163 f.

für eine bestimmte Berufsgruppe anstrebt.¹²⁸ Denn jede Forderung nach einer Entkriminalisierung einzelner Lebensbereiche sieht sich der Kritik ausgesetzt, dass (leicht) fahrlässiges Verhalten auch in anderen Lebensbereichen vorkommt.¹²⁹ Es könnte insofern nur dann von einem adäquaten Sonderstrafrecht ausgegangen werden, wenn in diesem Bereich Besonderheiten vorlägen, aufgrund derer der partiell zu entkriminalisierende Sektor als deutlich abweichend vom Idealtypus der Deliktsart zu charakterisieren ist.¹³⁰ Das ist vorliegend bezogen auf die Situation der ärztlichen Behandlung gerade nicht der Fall.

cc) Allgemeine Entkriminalisierung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit

Die vorangegangenen Überlegungen führen zu dem Schluss, dass im Hinblick auf den Bereich leichtester Fahrlässigkeit eine allgemeine Entkriminalisierung anzustreben ist. Daran anknüpfend stellt sich im Folgenden die Frage, wie sich dies konkret umsetzen lässt.

(1) *Straflosigkeit leichtester Fahrlässigkeit aufgrund des (schuldrelevanten) Verhaltensunwerts*

Nach einzelnen Auffassungen innerhalb der Literatur ist eine solche Entkriminalisierung bereits de lege lata mittels eines bestimmten Verständnisses der Schuld möglich und bedarf keiner weiteren konkretisierenden Umsetzung. *Jakobs* arbeitet insofern, solange es um einen bestimmten Grad der Erfolgsvermeidung geht, innerhalb der Verhaltensmissbilligung mit der Figur des erlaubten Risikos: nur diejenigen Erkenntnisse zur Erfolgsvermeidung, die sich noch mit verhältnismäßigem Aufwand gewinnen lassen, sollen die Erlaubtheit des Handelns übersteigen und zu einer Strafbarkeit führen.¹³¹ Das tolerierbare Risiko sei insofern zwischen nur theoretisch denkbaren Höchstleistungen und dem Verzicht auf soziale Interaktion auszutarieren.¹³² Seiner Auffassung nach resultiert in diesen Fällen die Straflosigkeit der (leicht) fahrlässigen Verhaltensweise daraus, dass es an einer präventiven Bestrafungsmöglichkeit und demnach an der Schuld fehlt.¹³³ Eine ähnliche Auffassung findet sich bei *Roxin*, der vertritt, dass es unterhalb der strafrechtlichen Strafwürdigkeitsgrenze liege, wenn ein „an sich sorgfältiger Mensch bei gefahrgeneigter Arbeit die Grenzen des erlaubten Risikos nur unbeträchtlich verfehle oder einmal einer kleinen Unachtsamkeit schul-

¹²⁸ *Koch*, Entkriminalisierung, S. 217 f.

¹²⁹ *Pfěfferkorn*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, S. 188.

¹³⁰ *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 147.

¹³¹ *Jakobs*, AT 9/26.

¹³² *Jakobs*, AT 9/26.

¹³³ *Jakobs*, Schuld, S. 25; *Jakobs*, AT 9/26.

dig werde.¹³⁴ In diesem Zusammenhang findet sich ferner auch die These, dass unbewusste Fahrlässigkeit keine Schuld enthalte,¹³⁵ da Schuld eine bewusste und gewollte Entscheidung für das Unrecht impliziere.¹³⁶ Nach *Bockelmann* ist kriminelle Schuld daher nur da anzunehmen, wo der Normadressat bewusst dem Bösen vor dem Guten den Vorrang einräumt.¹³⁷ Widersprüchlicherweise erachtet er aber in Fällen grober unbewusster Fahrlässigkeit eine Strafe ohne Schuld dennoch für zulässig.¹³⁸ *Stratenwerth* stellt dagegen auf die Nichterweislichkeit der Vermeidbarkeit im Einzelfall ab; er begründet die Entkriminalisierung im Bereich der leichten Fahrlässigkeit damit aus einer Art *in dubio pro reo*-Wertung.¹³⁹ Dagegen ist jedoch einzuwenden, dass die generalisierte Anwendung eines prozessualen Instituts zur Lösung abstrakt-materieller Rechtsfragen nicht geeignet ist.¹⁴⁰

Die eingangs dargestellten Sichtweisen basieren maßgeblich auf dem zu Grunde gelegten Schuldverständnis¹⁴¹: So vertritt etwa *Jakobs* ein funktionales Schuldverständnis, wobei die Schuld allein durch die Präventionswirkung der Strafe zweckbestimmt ist.¹⁴² „Die Stabilisierung des durch das deliktische Verhalten gestörten Ordnungsvertrauens“ wird als alleiniger die Schuld bestimmender Zweck propagiert.¹⁴³ Der aus dem Bruch der Norm resultierenden Enttäuschung sei strafrechtlich im Rahmen der Schuld zu begegnen, wobei die Notwendigkeit der Verarbeitung dieser Enttäuschung bei unvermeidbarem Fehlverhalten schwächer sei als bei bewusst eingeschlagenem Fehlverhalten.¹⁴⁴ Ist das Verhalten unvermeidbar, ließe dies in der Analyse nicht einmal den Schluss zu, dass der Täter die Norm ignoriere.¹⁴⁵ Dies resultiere auf einer Umdefinition des Fehlverhaltens in „Unglück“, sofern es sich um eine unvermeidbare bzw. nur noch mit unverhältnismäßigen Aufwand vermeidbare Verhaltensweise handelt.¹⁴⁶ *Roxins* Erwägungen zum Gegenstand der Schuld gehen in eine ähnliche Richtung. Er

¹³⁴ *Roxin/Greco*, AT, § 24 Rn. 126; *Roxin*, FS Henkel, 1974, S. 171, 192.

¹³⁵ *Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 98 f.; *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, S. 213.

¹³⁶ *Kaufmann*, Unrechtsbewusstsein, S. 99.

¹³⁷ *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, S. 213.

¹³⁸ *Bockelmann*, Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze, S. 217 f.; kritisierend *Koch*, Entkriminalisierung, S. 116.

¹³⁹ *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 15 Rn. 55 ff.

¹⁴⁰ *Pfefferkorn*, Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, S. 183; *Koch*, Entkriminalisierung, S. 149 f.; *Roth*, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, S. 182 ff.; *Volk*, GA 1976, 176, 177.

¹⁴¹ *Koch*, Entkriminalisierung, S. 112.

¹⁴² *Jakobs*, Schuld, S. 8 f.; *Jakobs*, AT 17/18.

¹⁴³ *Jakobs*, Schuld, S. 31.

¹⁴⁴ *Jakobs*, Schuld, S. 24 f.

¹⁴⁵ *Jakobs*, Schuld, S. 25.

¹⁴⁶ *Jakobs*, Schuld, S. 25; *Jakobs*, ZStW 86, Beiheft, 6, 12 m.w.N.

definiert zunächst die Schuld als „Verantwortlichkeit“ und etabliert als gleichrangige Voraussetzung innerhalb der Schuld die präventive Bestrafungsnotwendigkeit.¹⁴⁷ „Schuld“ ist demnach nach diesem Verständnis nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung für die Zurechnung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.¹⁴⁸

Der rein funktionale Schuldbegriff wird überwiegend abgelehnt,¹⁴⁹ und das aus gutem Grund: Zunächst sind die Aspekte der Schuld und der Prävention notwendig zu trennen.¹⁵⁰ Während sich die Schuld auf die personale Verantwortlichkeit einer zurechenbaren Verhaltensweise bezieht, ist die Intention und Legitimation der Strafe im Hinblick auf das Normgefüge und die Normgeltung davon zu unterscheiden. Die strafrechtliche Sanktionierung wird dabei erst auf sekundärer Ebene relevant, nachdem die materiellen Kriterien der Strafbarkeit – und damit insbesondere auch die hinreichende Schuld – feststehen. Darüber hinaus ist die Verfassungsmäßigkeit einer allein auf präventiven Gesichtspunkten basierenden Begründung der Strafe in Zweifel zu ziehen.¹⁵¹ Denn insofern bestünde die akute Gefahr, dass die limitierende Funktion der Schuld entfiele und die Strafe über das dem individuellen Tatverhalten angemessene Maß hinausginge.¹⁵² Wäre dies der Fall, wäre die staatliche Sanktionierung nicht mehr mit dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu vereinbaren. Sie würde ferner nicht mehr das ultima ratio-Prinzip des Strafrechts wahren. Vielmehr würde Strafe „zum Zauberhut“ mutieren, „aus dem man doch nur das heraushole, was man zuvor hineingelegt habe“.¹⁵³ Ähnlich problematisch erscheint die abgeschwächte Modifikation *Roxins*, in der die Schuld auf eine die Strafe nach oben limitierende Funktion verkürzt wird.¹⁵⁴ Wenn *Roxin* weiterhin das Geringfügigkeitsprinzip bzw. die Unzumutbarkeit als Gesichtspunkt der fehlenden Schuld nutzbar macht,¹⁵⁵ so ist dazu zu sagen, dass diese Aspekte richtigerweise bereits zuvor im Rahmen der Verhaltensbewertung zu berücksichtigen sind. Eine Überfrachtung der Schuldfrage mit den Gesichtspunkten der individuell konkretisierten Verhaltensmissbilligung erscheint an dieser Stelle wenig zielführend. Schließlich

¹⁴⁷ *Roxin/Greco*, AT, § 19 Rn. 47 ff.

¹⁴⁸ *Roxin*, FS Bockelmann, 1979, S. 279, 284; *Roxin/Greco*, AT, § 19 Rn. 47 ff.

¹⁴⁹ *Hirsch*, ZStW 106 (1994), 746, 752 ff.; *Koch*, Entkriminalisierung, S. 145 ff.; *Maurach/Zipf*, AT 1, § 30 Rn. 49; *Otto*, GA 1981, 481 ff.; *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 71.

¹⁵⁰ *Maurach/Zipf*, AT 1, § 30 Rn. 49; vgl. zudem *Jescheck/Weigend*, AT, § 22 VI.

¹⁵¹ *Roxin/Greco*, AT, § 19 Rn. 35; *Otto*, GA 1981, 481, 494; *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 71.

¹⁵² *Kaufmann*, FS Wassermann, 1985, S. 889; *Hirsch*, ZStW 106 (1994), 746, 753; *Jürges*, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 71.

¹⁵³ *Kaufmann*, FS Wassermann, 1985, S. 889, 896.

¹⁵⁴ *Hirsch*, ZStW 106 (1994), 746, 756.

¹⁵⁵ Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rn. 203a.

kennt jedenfalls das geltende Recht darüber hinaus keine Verengung der Verantwortlichkeit auf bewusst vorgenommene Willensakte.¹⁵⁶

(2) Erfolgsbasierte Entkriminalisierung der Fahrlässigkeit

Erkennt man nun richtigerweise an, dass die Entkriminalisierung der (leichten) Fahrlässigkeit auf dogmatischer Ebene unmittelbar am Verhalten des potentiellen Täters ansetzen muss, so stellt sich zunächst die Frage, ob dem Erfolgsunwert innerhalb der Bewertung eine ausschlaggebende Funktion zuzugestehen ist. Demnach wäre es zunächst denkbar, je nach Schwere der eingetretenen Verletzung unterschiedliche Sorgfaltsanforderungen aufzustellen.¹⁵⁷ Als Vorbild dazu lässt sich wiederum die österreichische Rechtslage heranziehen: Gem. § 88 II Nr. 2 öStGB ist der Täter, sofern aus der Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit einer anderen Person von mehr als vierzehntägiger Dauer erfolgt, nur dann strafbar, wenn er grob fahrlässig gehandelt hat. Dabei wurden angesichts der Konkretisierung der Entkriminalisierung innerhalb der normativen Wertung sowohl Aspekte des Handlungs- als auch des Erfolgsunrechts kombiniert.¹⁵⁸ In Bezug auf das Erfolgsunrecht soll demnach die Dauer und Intensität der Verletzung entscheidend sein.¹⁵⁹ In eine ähnliche Richtung weisen diejenigen Ansätze, die sich an der Schwere des eingetretenen Erfolgs, insbesondere dem qualifizierten Erfolg der Körperverletzung nach § 226 StGB orientieren:¹⁶⁰ Sofern ein qualifizierter Erfolg eintritt, soll jede – auch leichteste – Fahrlässigkeit die Strafbarkeit begründen, während bei leichteren Verletzungen nur leichtfertiges bzw. grob fahrlässiges Verhalten strafbar sein soll.¹⁶¹

Bezogen auf das Metier der medizinischen Behandlung würde das bedeuten, dass nur dann, wenn eine Gesundheitsschädigung von einem gewissen Grad festzustellen ist, ein leicht fahrlässig verursachter Aufklärungsmangel strafrechtliche Relevanz erlangt. Eine solche Sichtweise steht jedoch vor einem ganz generellen Problem, nämlich der Frage, inwiefern es überhaupt gerechtfertigt erscheint, dem Erfolgsunwert bei der strafrechtlichen Reaktion auf bestimmte Verhaltensnormverstöße eine derartige Relevanz beizumessen.¹⁶² Es mutet insofern widersprüchlich an, im Hinblick auf die Verhaltensqualität des Täters überhaupt auf den Er-

¹⁵⁶ Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 203.

¹⁵⁷ Hoffmann, NZV 1993, 209, 212; Müller-Metz, NZV, 89, 90; Zipf, FS Krause, 1990, S. 437, 442.

¹⁵⁸ Lampe, ZStW 83 (1971), 177, 200; Hirsch, ZStW 83 (1971), 104, 164, 174; Volk, GA 1976, 161, 180; Zipf, FS Krause, 1990, S. 437, 442, 447; Koch, Entkriminalisierung, S. 210.

¹⁵⁹ Dargestellt bei Volk, GA 1976, 161, 180 f.

¹⁶⁰ Vgl. Lampe, ZStW 83 (1971), 177, 200, 202.

¹⁶¹ Hoffmann, NZV 1993, 209, 212; Müller-Metz, NZV 1994, 89, 96.

¹⁶² Siehe auch Greiff, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 288.

folgsunwert abzustellen, obwohl doch der Umstand, ob leicht fahrlässiges Verhalten zu leichten oder schweren Verletzungen bzw. gar dem Tod des Opfers führt, regelmäßig allein vom Zufall abhängt.¹⁶³ Vor diesem Hintergrund erscheint es inkonsequent, wenn nicht sogar willkürlich, die Entkriminalisierung vom Erfolgsunwert abhängig zu machen.¹⁶⁴ Eine derartige Nutzbarmachung des sogenannten Zufallsarguments¹⁶⁵ erweist sich innerhalb der Argumentation allerdings als wenig überzeugend. Denn der Zufall kann in diesem Zusammenhang richtigerweise nicht für den Erfolgseintritt, sondern lediglich für das Ausbleiben des Erfolgs bedeutsam werden.¹⁶⁶ Insofern geht das Zufallsargument bereits de lege lata ins Leere, denn es verdeutlicht nur die gesetzgeberische Entscheidung folgenlos gebliebene Unachtsamkeiten grundsätzlich nicht unter Strafe zu stellen.¹⁶⁷ Im Grundsatz fehlt es nicht deshalb an der Verantwortlichkeit des Normbrüchigen, weil es letztlich vom Zufall abhängt, ob die (befürchtete) Fehlverhaltensfolge eintritt; denn es ist gerade der Sinn der übertretenen Verhaltensnorm, diesen Zufall auszuschließen.¹⁶⁸

Dass die Anknüpfung an den Eintritt schwerer Folgen als maßgebliches Kriterium angesichts einer angestrebten Entkriminalisierung im Bereich der Fahrlässigkeit dennoch nicht vorzugswürdig erscheint, lässt sich vielmehr unmittelbar anhand des Verhaltensnormverstoßes selbst begründen. Dass die Auferachtlassung der Fehlverhaltensfolgen dennoch gerade im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte so polarisierend wirkt, liegt darin begründet, dass selbst leichteste Fahrlässigkeit zu schwersten Folgen führen kann.¹⁶⁹ Dementsprechend soll zwar grundsätzlich eine Entkriminalisierung bestimmter fahrlässiger Begehungsweisen angestrebt werden, jedoch soll die Strafbarkeit, selbst wenn der Täter nur leicht fahrlässig gehandelt hat, dann wieder aufleben, wenn durch sein Verhalten ein erheblicher Erfolgsunwert eingetreten ist.¹⁷⁰ Eine solche Vorgehensweise wäre allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn es sich bei Handlungs- und Erfolgsunwert um gleichrangige Komponenten innerhalb der normativen Bewertung des Unrechts handeln würde. Richtigerweise begründet der individuelle Verhaltensnormverstoß als „Herzstück“ des Verhaltensunrechts die Strafbedürftigkeit des Verhaltens, während potentielle Fehlverhaltensfolgen erst auf sekundärer Ebene

¹⁶³ Volk, GA 1976, 161, 164.

¹⁶⁴ Tröndle, DRiZ 1976, 129; Koch, Entkriminalisierung, S. 215.

¹⁶⁵ Im Rahmen der Erfolgsdelikte auch unter dem Vorwurf eines Glück-Pech-Strafrechts zu finden; s. dazu die Darstellung bei Kaufmann, Strafrechtsdogmatik, S. 133 ff. m.w.N.

¹⁶⁶ Jakobs, AT 9/27; Roxin/Greco, AT, § 10 Rn. 98.

¹⁶⁷ Koch, Entkriminalisierung, S. 94.

¹⁶⁸ Freund/Rostalski, AT, § 2 Rn. 69.

¹⁶⁹ Burgstaller, ZVR Sonderheft 1978, 20.

¹⁷⁰ Vgl. Dittrich, DAR 1972, 35, 37; in diesem Sinne auch Eser, ZStW 97 (1985), 1, 44 ff.

bzw. innerhalb der Strafzumessung bedeutsam werden.¹⁷¹ Möchte man die partielle Entkriminalisierung der Fahrlässigkeitsdelikte vom Eintritt möglicher schwerer Folgen abhängig machen, müssten sich diesbezügliche Anhaltspunkte demnach bereits *ex ante* im Verhalten des Täters im Zeitpunkt des Verhaltensnormverstoßes niederschlagen. Im für die Verhaltensbewertung relevanten *ex ante*-Moment lässt sich naturgemäß selten erkennen, ob das sorgfaltswidrige Verhalten – wenn überhaupt – eine schwere oder glücklicherweise nur leichte Schädigung nach sich zieht.¹⁷² Es erscheint demnach höchst widersprüchlich, derartige Aspekte des Erfolgsunwerts zum Maßstab der strafrechtlichen Sanktionierung zu erheben, wenn leicht fahrlässiges Verhalten sowohl zu leichten als auch zu schweren Rechtsgutsverletzungen führen kann, ohne dass dem Täter im Handlungszeitpunkt Einfluss auf das konkrete Ausmaß der Folgen seines Handelns zukommt.¹⁷³

(3) Erfolgsunabhängige Entkriminalisierung basierend auf dem Verhaltensunwert

Auf Grundlage der bisher gewonnenen Erkenntnisse erscheint es demnach vorzugswürdig, die Entkriminalisierung der Fahrlässigkeit allein am Grad des vorwerfbaren Verhaltensunrechts auszurichten.

Bezogen auf die ärztliche Behandlung wird in diesem Zusammenhang im Speziellen eine Differenzierung anhand des Vorliegens eines groben bzw. gravierenden Aufklärungsfehlers diskutiert. Eine ähnliche Herangehensweise findet sich *de lege lata* innerhalb des Untreuetatbestands. Über die primäre Verletzung außerstrafrechtlicher Pflichten hinaus hält der BGH hier eine besonders „gravierende“,¹⁷⁴ bzw. „evident klare“ Pflichtverletzung für erforderlich, um von spezifischer strafrechtlicher Unrechtsqualität auszugehen.¹⁷⁵ Diese Vorgehensweise hat mittlerweile auch das BVerfG aufgrund der Notwendigkeit einer Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 266 StGB (im Interesse der Bestimmtheit) ausdrücklich anerkannt.¹⁷⁶ In Entsprechung dazu könnte ein hinreichend gravierender Aufklärungsmangel z.B. in Anlehnung an das zivilrechtliche Kriterium der groben Fahrlässigkeit als Mindestvoraussetzung der Strafbewehrtheit des Verhaltens bestimmt werden.¹⁷⁷ In weiterer Konkretisierung stellt Krüger eine Paral-

¹⁷¹ Freund, in: Münchener Kommentar, Vor § 13 ff. Rn. 244.

¹⁷² Jürges, Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung, S. 231.

¹⁷³ Greiff, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 324.

¹⁷⁴ BGHSt 47, 148, 150, 152; BGHSt 50, 331, 344; BGH NStZ 2013, 715.

¹⁷⁵ Jahn/Ziemann, ZIS 2016, 552, 559.

¹⁷⁶ BVerfGE 126, 170, 210.

¹⁷⁷ Vgl. Sternberg-Lieben, MedR 2019, 185, 191; s. parallel dazu die ähnlichen Einschränkungen der restriktiven Auslegung der Pflichtverletzung im Rahmen der Strafbarkeit des § 266 StGB durch die Rechtsprechung. Erforderlich soll insofern eine „gravierende“ Pflichtverletzung sein; BGHSt 47, 187. Zustimmend Beulke, FS Eisenberg,

lele zur medizinrechtlich anerkannten Haftungsfigur des groben Behandlungsfehlers auf.¹⁷⁸ Diese Vergleichbarkeit hinkt allerdings dahingehend, als Behandlungsfehler ihrer Natur nach nur den Eingriff unmittelbar betreffen, während Aufklärungsfehler deutlich vielschichtiger sein können, was eine derartige Abgrenzung deutlich schwieriger macht.¹⁷⁹ Die Etablierung eines groben Aufklärungsmangels im Sinne eines evidenten Aufklärungsverstoßes erscheint davon ausgehend wenig präzise und gerade bei individueller Ausrichtung der Aufklärung schwer bestimmbar.¹⁸⁰ Unabhängig davon korreliert das Maß der tatbestandsmäßigen Pflichtverletzung nicht notwendigerweise mit der Schwere des einzelnen Aufklärungsdefizits.¹⁸¹ Es ist insofern denkbar, dass der Arzt leicht fahrlässig die Aufklärung bezüglich eines Aspekts der Aufklärung unterlässt, der seinerseits allerdings als evidenter Aufklärungsmangel zu bewerten ist. Andererseits kann aus der individuellen Patientensicht ein anerkennenswertes schutzwürdiges Interesse am Schutz der Körperintegrität auch dann anzunehmen sein, wenn nur ein leichter Aufklärungsmangel festzustellen ist,¹⁸² der möglicherweise aber aus grober Fahrlässigkeit des Behandelnden resultiert.

Unabhängig davon würde sich die dargestellte Lösungsmöglichkeit wiederum allein partiell auf eine strafrechtliche Bewertungskorrektur innerhalb eines spezifischen Tatbestands beschränken. Die angestrebte generelle Lösung der aufgezeigten Problematik der Untergrenze des Strafrechts ließe sich auf diesem Wege nicht volumänglich zufriedenstellend konstruieren.

Demnach erscheint es vorzugswürdig, stattdessen eine generelle Beschränkung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf einen gesteigerten Grad der Fahrlässigkeit in den Blick zu nehmen, der sich an den in Frage stehenden Rechtsfolgen des Schuldspruchs und der Strafe orientiert. Auch an dieser Stelle lohnt sich ein rechtsvergleichender Perspektivwechsel: Im englischen Strafrecht bspw. bedarf es hinsichtlich der strafrechtlichen Erfassung grundsätzlich einer qualifizierten Form der Fahrlässigkeit, während negligence (eine der unbewussten Fahrlässigkeit vergleichbare Begehungsform) grundsätzlich als zivilrechtliche Angelegenheit gilt.¹⁸³ Lediglich einigen wenigen Tatbeständen des common law genügt bereits die leichte Begehungsform der unbewussten Fahrlässigkeit – jedoch nur,

2009, S. 245, 254; *ders.*, JR 2005, 37, 40f.; *Deiters*, ZIS 2006, 152, 157f.; *Kubiciel*, NStZ 2005, 353, 357; *Rönnau*, NStZ 2006, 218, 220.

¹⁷⁸ *Krüger*, medstra 2017, 12, 18.

¹⁷⁹ *Roxin*, medstra 2017, 129, 135.

¹⁸⁰ *Saliger*, FS Beulke, 2015, S. 257, 269f.

¹⁸¹ *Schiekofer*, FS Merkel, 2020, S. 745, 751.

¹⁸² *Schiekofer*, FS Merkel, 2020, S. 745, 754, der zudem richtigerweise darauf verweist, dass gleichzeitig auch trotz Vorliegens eines groben Aufklärungsfehlers ein schutzwürdiges Interesse des Patienten fehlen kann, z. B. dann, wenn ihm das infolge des groben Aufklärungsfehlers nicht mitgeteilte Detail bereits bewusst war.

¹⁸³ *Scott*, General Practitioner, S. 121.

sofern diese ihrerseits einen außergewöhnlich hohen Grad an Fahrlässigkeit aufweist (sog. gross negligence).¹⁸⁴ Auch das spanische Strafrecht kennt ein abgestuftes Verantwortlichkeitssystem innerhalb der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit: Man unterscheidet im Rahmen der Körperverletzung und Tötung zwischen leichter (leve), schwerer (grave) und beruflicher (profesional) Fahrlässigkeit.¹⁸⁵ Man kann insofern von einer positiven Bestimmung als strafwürdig erachteter Verhaltensweisen sprechen.¹⁸⁶ Die Einführung einer solchen Graduierung der Fahrlässigkeit bietet sich auch für das deutsche Strafrecht an. Als bestimmbarer Anknüpfungspunkt ließe sich z. B. der Gedanke der gesteigerten Verantwortlichkeit bei leichtfertigem oder zumindest in diese Richtung gehenden Verhalten¹⁸⁷ nutzbar machen. Insbesondere im Hinblick auf die ärztliche Verantwortlichkeit ist speziell die Leichtfertigkeit als generelles Einschränkungsmerkmal der Strafbarkeit bereits diskutiert worden.¹⁸⁸

Der Vorteil des Rückgriffs auf das Merkmal der Leichtfertigkeit besteht insofern darin, dass dieser Rechtsbegriff bereits im geltenden Strafrecht als Regelbeispiel oder als besondere Ausprägung der erfolgsqualifizierten Delikte existiert¹⁸⁹ und sich bereits in der gerichtlichen Rechtsanwendung in der Praxis ausreichend bewährt hat.¹⁹⁰ Unter dieser Prämisse ist von einer für die Rechtsprechung voraussehbaren Auslegung der Leichtfertigkeit auszugehen. Unter Leichtfertigkeit ist dabei ein hoher Grad der Fahrlässigkeit zu subsumieren, der etwa mit der groben Fahrlässigkeit des Zivilrechts gleichzusetzen ist.¹⁹¹ Es handelt sich demnach um eine gegenüber der Verantwortlichkeit der „normalen“ Fahrlässigkeit wesentlich gesteigerte Verhaltensform.¹⁹² Während die leichte Fahrlässigkeit in

¹⁸⁴ *Ryan*, Criminal Law, S. 62; *Smith/Hogan*, Criminal Law, S. 63 ff., 74; so z. B. im Falle des „manslaughter“ einem minder schweren Fall der Tötung. An dieser Stelle soll jedoch nicht verschwiegen werden, dass durchaus einige Tatbestände außerhalb des common law im englischen Recht existieren, für die einfache Fahrlässigkeit als Schuldform ausreicht; dazu *Ryan*, Criminal Law, S. 62 f. Gleichzeitig besteht eine gewisse Tendenz zur Vorfeldkriminalisierung und das englische Recht kennt mit der Figur der strict liability sogar Delikte, die eine nach deutschem Strafrecht unzulässige Strafe ohne Schuld begründen; dazu *Arzt*, GS Schröder, 1978, S. 138 f., 140.

¹⁸⁵ Art. 152 III spanStGB, Art. 142 III spanStGB; *Eser*, FS Hirsch, 1999, S. 465, 477.

¹⁸⁶ *Cramer*, DAR 1974, 312, 322; in diesem Sinne auch *Volk*, GA 1976, 161, 177.

¹⁸⁷ Ähnlich auch im französischen Recht s. dazu Art. 121-3 Abs. 4 CP „faute caractérisée“.

¹⁸⁸ *Eser*, FS Hirsch, 1999, S. 465, 480; *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132, 133; dazu auch *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder*, § 15 Rn. 203a; *Lilie*, in: *Rosenau/Hakeri*, S. 191, 201.

¹⁸⁹ Siehe z. B. § 176d StGB; § 178 StGB; § 218 II Nr.2 StGB; § 239a III StGB; § 251 StGB, u. v. a.

¹⁹⁰ *Koch*, Entkriminalisierung, S. 225; *Greiff*, Notwendigkeit einer Entkriminalisierung, S. 282.

¹⁹¹ RGSt 71, 174; 176; BGHSt 20, 315, 324.

¹⁹² *Roth*, Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, S. 83.

einer umfassenden Gesamtabwägung einen eher geringen Unrechts- und Schuldanteil aufweist,¹⁹³ handelt es sich bei der Begehungsform der Leichtfertigkeit um eine besonders elementare Pflichtverletzung, die sich in ihrem Unwertgehalt bereits der vorsätzlichen Begehung annähert.¹⁹⁴ Oft wird daher angesichts der Bestimmung der Leichtfertigkeit auch eine qualitative Eingrenzung im Wege der Rücksichtslosigkeit oder Gleichgültigkeit vorgenommen.¹⁹⁵ Qualitativ kann man also festhalten, dass im Falle der Leichtfertigkeit das zu bewertende Verhalten anhand seiner erheblichen Gefährlichkeit nur unter der Annahme schlüssig wird, der Betroffene habe die in Rede stehende Gefahr entweder erkannt oder zwar verkannt, dies jedoch in geradezu unverständiger Nachlässigkeit.¹⁹⁶ In jedem Fall ist allerdings innerhalb der Konkretisierung maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalles abzustellen.¹⁹⁷

Eine allein am Kriterium der Leichtfertigkeit orientierte Entkriminalisierung fahrlässigen Verhaltens erscheint allerdings als zu weitgehend. Denn die Leichtfertigkeit kommt in ihrem Unwertgehalt der vorsätzlichen Begehung doch schon sehr nahe. Zwischen den entkriminalisierungswürdigen Begehungsformen der Fahrlässigkeit und der Leichtfertigkeit existiert demnach mindestens noch eine weitere Bewertungsstufe strafwürdiger Fahrlässigkeit, bei der Schuldspruch und Strafe eine angemessen missbilligende Reaktion darstellen können. Genauer gesagt ist es damit erforderlich, die Frage nach der Reichweite der Straflosigkeit im Bereich leichter Fahrlässigkeit zu stellen. Insofern gilt es im Zuge der angestrebten Entkriminalisierung die „leichtesten“ Formen der Fahrlässigkeit von „normal“ fahrlässigem Verhalten abzuschichten. Dazu bietet es sich an, die für die Leichtfertigkeit entwickelten Maßstäbe in die entgegengesetzte Richtung zu wenden.¹⁹⁸ Es handelt sich dabei um Sorgfaltspflichtverletzungen, die einen minimalen Unwertgehalt widerspiegeln. Diese begründen gegenüber der „normalen“ Fahrlässigkeit herabgesetztes Verhaltensunrecht. Im Falle dieser leichtesten bzw. leichten Fahrlässigkeit ist das personale Verhaltensunrecht gerade nicht hinreichend gewichtig, um eine strafrechtliche Reaktion auszulösen. Das erforderliche hinreichende Gewicht des Verhaltensnormverstoßes lässt sich dabei unproblematisch im Zuge der Konkretisierung des personalen Verhaltensunrechts bestimmen. Sofern es sich um einen besonders leichten Grad der Fahrlässigkeit handelt, ergibt sich dies bereits aus der situationsadäquaten Einschätzung des Unwertgehalts des Verhaltens. Der gegenüber der Herausnahme leichter Fahrlässigkeit aus der Erfassung der Strafbarkeit erhobene Einwand, die Etablierung eines dritten

¹⁹³ *Webel*, Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, S. 200, 264.

¹⁹⁴ *Wegscheider*, ZStW 98 (1986), 624, 650; *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, § 42 Rn. 44.

¹⁹⁵ *Cramer*, DAR 1974, 312, 322.

¹⁹⁶ OLG Köln VRS 38, 288.

¹⁹⁷ So schon RGZ 163, 104, 106.

¹⁹⁸ Vgl. *Roxin/Greco*, AT, § 24 Rn. 93.

Grads der Fahrlässigkeit würde zu Abgrenzungsproblemen und Rechtsunsicherheit führen,¹⁹⁹ überzeugt insofern nicht.

Fraglich erscheint hingegen, inwieweit es zur Eingrenzung der Strafbarkeit ausreichend ist, allein am Verhaltensunrecht anzuknüpfen, wenn infolge der zu bewertenden Verhaltensweise bereits (schweres) Erfolgsunrecht verwirklicht wurde. Insofern müsste die Nichtberücksichtigung der Verhaltensfolgen angesichts einer allein an der Verhaltensqualität orientierten Entkriminalisierung zwingend problematisiert werden.²⁰⁰ Davon ausgehend gibt es diverse Vorschläge, als alternatives Merkmal neben dem Grad der Fahrlässigkeit den Eintritt einer besonderen Fehlverhaltensfolge innerhalb der Abgrenzung zu etablieren. So würde eine bestimmte Verhaltensweise etwa dann strafrechtliche Relevanz beanspruchen, wenn das Verhalten des Täters eine gesteigerte Form der Fahrlässigkeit aufweist oder infolge der Tat eine besonders schwere Folge eingetreten ist.²⁰¹

Als anknüpfungsfähiger Zeitpunkt hinsichtlich einer Entscheidung über die strafrechtliche Erfassung einer Verhaltensweise kommt jedoch allein der Verhaltenszeitpunkt *ex ante* in Betracht.²⁰² Im Hinblick auf den Zweck der Verhaltensnorm ist dies gar nicht anders denkbar, denn nur in diesem Moment ist eine Verhaltensbeeinflussung des Subjekts überhaupt möglich.²⁰³ Nachträglich eintretende schlimme Folgen vermögen an der Qualität des Verhaltensunrechts als materiell-rechtlichen Kern der Strafbedürftigkeit nichts zu ändern.²⁰⁴ Eine strengere Bestrafung ließe sich aus verfassungsrechtlicher Sicht nur dann rechtfertigen, wenn angesichts der Herbeiführung der Tatfolge bereits im verhaltensrelevanten Zeitpunkt aus der Perspektive des Normadressaten entsprechend gesteigertes Verhaltensunrecht vorläge. Im Kern geht es nämlich darum, ob dem Täter entsprechende Fehlverhaltensfolgen anzulasten sind. Genügt an dieser Stelle bereits das Fehlverhalten nicht den Anforderungen der strafrechtlichen Untergrenze, ist bereits nicht von einem strafrechtlich relevanten Fehlverhalten auszugehen. In konsequenter Fortführung dieses Gedankens kann auch keine Verhaltensfolge in strafrechtlich relevanter Weise angelastet werden.

Insofern bietet es sich als eine vorzugswürdige Lösungsmöglichkeit an, sowohl bei der Körperverletzung als auch bei den Tötungsdelikten allein an eine für Schuldspruch und Strafe hinreichend gewichtige Fahrlässigkeit als Untergrenze anzuknüpfen.²⁰⁵

¹⁹⁹ Koch, Entkriminalisierung, S. 223.

²⁰⁰ Vgl. Koch, Entkriminalisierung, S. 174.

²⁰¹ Siehe dazu Hoffmann, NZV 1993, 209, 212; Müller-Metz, NZV 1994, 89, 90.

²⁰² I. E. auch Koch, Entkriminalisierung, S. 230.

²⁰³ Vgl. dazu Freund, FS Frisch, 2013, S. 677, 680.

²⁰⁴ Frisch, FS Wessels/Stree, 1993, S. 69, 98.

²⁰⁵ Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt, S. 201; vgl. bezogen auf eine Entkriminalisierung in Anknüpfung an das Merkmal der Leichtfertigkeit Jürges, Die Beschränkung der

d) Fazit

Nach allem Bisherigen stellt sich die Beschränkung der Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung bzw. Tötung auf einen für Schuldspruch und Strafe hinreichend gewichtigen Grad der Fahrlässigkeit als vorzugswürdige Alternative dar. Eine Entkriminalisierung der – für eine strafrechtliche Reaktion nicht hinreichend gewichtigen – zu leichten Fahrlässigkeit führt nicht nur im Medizinrecht zu einer erstrebenswerten Lösung des Problems der übersteigerten Pflichtanforderungen an den Behandelnden, sondern erlangt auch darüber hinaus im Hinblick auf die Bestimmung der Untergrenze des Strafrechts Bedeutung. Freilich muss sich eine solche Entkriminalisierung, um ihrer Zielsetzung gerecht zu werden, allein an der Qualität des vorwerfbaren – im Verhaltenszeitpunkt *ex ante* zu bestimmenden – Verhaltensunrechts orientieren. Denn nur zu diesem Verhaltenszeitpunkt ist eine Verhaltensbeeinflussung des Normadressaten überhaupt möglich. Potentiell eingetretene gravierende Folgen zu leichter Fahrlässigkeit müssen zur Bestimmung der Strafbewehrtheit des Verhaltens unberücksichtigt bleiben.

In der Reduzierung der als strafwürdig erachteten Verhaltensweisen auf die Fälle der für Schuldspruch und Strafe hinreichend gewichtigen Fahrlässigkeit äußert sich nämlich die Besinnung auf die (ursprüngliche) Funktion speziell der strafrechtlichen Sanktionierung. Das Strafrecht darf und muss nicht auf jedes noch so geringfügige Fehlverhalten reagieren. Die zu leichte Fahrlässigkeit weist normativ gesehen ein geringes Maß an Unrecht und Schuld auf. Mittels der Reduzierung der Frequenz und des Erfassungsbereichs des Einsatzes der Strafe stärkt man ihre Bedeutung als Reaktion auf den auslösenden Verhaltensnormverstoß. Demnach ermöglicht es die Entkriminalisierung dieses Deliktsbereichs, die strafrechtliche Sanktionierung als *ultima ratio* des Staates adäquater an das vorwerfbare Fehlverhalten anzupassen. Die strafrechtliche Sanktionierung bleibt dabei – ihrer Funktion gemäß – für den Kernbereich der besonders missbilligenswerten Angriffe auf die Normgeltung reserviert.

strafrechtlichen Haftung, S. 232; in diesem Sinne auch *Cramer*, DAR 1974, 312, 322; ähnlich *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 15 Rn. 56.

E. Schlussbetrachtung

Die Untersuchung hat gezeigt, dass es primär gar nicht um die Frage der Einschränkung der Verantwortlichkeiten des Arztes geht, sondern vielmehr um die Frage, ob dem Arzt aufgrund des ihm (fahrlässig) unterlaufenen Aufklärungsmangels eine rechtswidrige Körperverletzung als Straftat vorgeworfen werden kann, weil er eigenmächtig gehandelt hat.¹ Denn das Bedürfnis einer spezifisch strafrechtlichen Reaktion auf das ärztliche Verhalten besteht nur dann, wenn überhaupt ein für Schulterspruch und Strafe hinreichend gewichtiger Verstoß gegen eine rechtlich legitimierte tatbestandsspezifische Verhaltensnorm vorliegt; für die Vollendungstat müssen außerdem die erforderlichen spezifischen Fehlverhaltensfolgen eingetreten sein. Die strafrechtliche Wertung eigenmächtigen ärztlichen Verhaltens ist demnach entscheidend von der Auseinandersetzung mit dem Vorliegen ebendieses Verhaltensnormverstoßes seitens des Arztes abhängig.²

Materiell basieren auch die strafrechtsrelevanten Verhaltensnormen auf der dem Strafrecht vorgelagerten primären Normordnung, aus der sich die entsprechenden Verhaltensanforderungen ergeben. Bezogen auf die körperliche Unverletztheit hat die verfassungsrechtliche Analyse ergeben, dass sich Art. 2 II GG auf einen umfassenden Schutz der Körperintegrität bezieht.³ Der autonome Wille ist als wesentlicher Aspekt des Menschseins in die Auslegung des Schutzzugs der körperlichen Integrität einzubeziehen. Mehr noch: Der Begriff der Körperintegrität ist gerade maßgeblich durch die Disposition des Rechtsgutsinhabers über seinen eigenen Körper geprägt. Eine Verletzung der Körperintegrität korrespondiert stets mit einer Verletzung des autonomen Willens. Insofern stellt sich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten als konstituierender Faktor im Rechtsgüterschutz der körperlichen Integrität dar. Diese Feststellung führt zu der Erkenntnis, dass der für die Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der ärztlichen Maßnahme entscheidende Wille des Patienten bereits vorstrafrechtlich (verfassungsrechtlich abgesichert) relevant ist. Demnach konkretisiert sich die daraus erwachsende staatliche Schutzweltdimension darauf, die Wahrung der Patientenautonomie zu gewährleisten.

Insoweit lässt sich bereits an dieser Stelle resümieren, dass die eigenmächtige ärztliche Behandlung eine Verletzung der körperbezogenen Disposition des Be-

¹ In diesem Sinne auch *Albrecht, Hypothetische Einwilligung*, S. 526; *Edlbauer, Hypothetische Einwilligung*, S. 471 ff.; *Freund/Rostalski, AT*, § 3 Rn. 48.

² S. dazu unter A.I. 1.

³ S. dazu unter A.II.

troffenen darstellt. Eine deliktsspezifische strafrechtliche Reaktion wegen Körperverletzung ist allerdings nur dann gerechtfertigt, wenn von der eigenmächtigen Heilbehandlung ein entsprechender deliktsspezifischer (tatbestandsspezifischer) Unwertgehalt ausgeht. Die daraus resultierende Fragestellung, ob es im Kontext der Körperverletzungsdelikte allein um einen statisch verstandenen Bestandsschutz der Körperintegrität geht oder sich die Schutzdimension darüber hinaus auch in der Wahrung des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts konkretisiert, ließ sich zugunsten der Selbstbestimmung beantworten.⁴ Der Wille des Rechtsgutsinhabers ist als wesentliches Legitimationskriterium ärztlichen Verhaltens zu begreifen. Denn versteht man den Willen richtigerweise als konstituierenden Faktor des Rechtsguts der Körperintegrität, ist es unerlässlich, die Selbstbestimmung bereits im Augenblick der Rechtsgutsgefährdung in die Verhaltensmissbilligung einzubeziehen. Für die ärztliche Behandlung folgt daraus, dass in den Fällen, in denen das ärztliche Verhalten auf der freien Disposition des Betroffenen beruht, gerade kein Missbilligungsurteil im Sinne einer Körperverletzungstrafbarkeit gefällt werden kann. Ein durch den Patienten autorisierter Heileingriff ist demnach keinesfalls als Körperverletzungsunrecht zu missbilligen.⁵ Jedoch ist das bei einem eigenmächtigen Heileingriff anders: Ein Arzt, der eine ärztliche Maßnahme ohne ausreichende Einwilligung des Patienten durchführt, verhält sich – unabhängig davon, ob dieser bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte – unter dem für § 223 StGB tatbestandsspezifisch relevanten Gesichtspunkt des körperbezogenen Selbstbestimmungsrechts eindeutig rechtswidrig. Denn sein Verhalten verfehlt den in concreto rechtlich maßgeblichen Willen des Betroffenen.⁶

Als Schlüsselaspekt dieser Wertung tritt der sogenannte *informed consent* – ein autonomes Einverständnis in Kenntnis aller für die Abwägungsentscheidung relevanten Aspekte – in den Fokus der Betrachtung. Dieses normative Element der Gestaltung des Eingriffs in die Körperintegrität ist dabei vorzugswürdiger Weise bereits als Element der *lex artis* auszulegen. Denn eine Behandlung kann nur dann vollumfänglich der ärztlichen Kunst entsprechen, wenn sie gleichzeitig die Autonomie des Patienten achtet. Eine umfassende Aufklärung des Patienten ist insofern als wesentliches Kriterium der Gewährleistung von Autonomie zu begreifen. Denn dem Patienten ist es nur dann möglich, eine autonome Entscheidung zu treffen, wenn er alle wesentlichen Aspekte der Behandlung kennt. Aufgrund dessen, dass es sich bei den Patienten regelmäßig um medizinische Laien handelt, ist die ordnungsgemäße Aufklärung demnach als eine normative Bedingung ärztlicher Sorgfaltspflicht anzusehen. Sie bezweckt unmittelbar den Schutz der Körperintegrität und ist aufgrund des Erfordernisses des *informed consent*

⁴ S. dazu unter A.V. 1. b).

⁵ S. dazu unter A.V. 1. b)cc)(4).

⁶ Freund/Rostalski, AT, § 3 Rn. 47.

mittelbar in die Verhaltensbewertung des ärztlichen Verhaltens einzubeziehen. Strafrechtlich kann man dem Arzt, der ohne wirksame Einwilligung eine in die Körperintegrität seines Patienten eingreifende medizinische Maßnahme vornimmt, zwar unter dem Aspekt eines Körperverletzungsdelikts nicht vorwerfen, dass er die Aufklärung versäumt hat. Insofern vorzuwerfen ist ihm jedoch, dass er eine entsprechende Behandlung durchgeführt hat, ohne dass diese durch eine wirksame Einwilligung abgedeckt war.⁷

Dabei ist allerdings stets im Blick zu behalten, dass aus einer mangelhaften ärztlichen Aufklärung nicht per se die Unwirksamkeit der im Anschluss erteilten Einwilligung resultiert.⁸ An dieser Stelle ist vielmehr ein differenzierter Blickwinkel erforderlich. Nur dann, wenn es dem Patienten aufgrund fehlender Entscheidungsgrundlagen unmöglich ist, zu einer differenzierten Abwägung hinsichtlich der für die in Rede stehende medizinische Behandlung relevanten Aspekte zu gelangen, ist von der Unwirksamkeit der Einwilligung auszugehen. Die Intention der ärztlichen Aufklärung liegt nämlich in der Ermöglichung einer selbstbestimmten Entscheidungsfindung des Patienten. Um aus strafrechtlicher Sicht tatbestandsspezifische Relevanz für die Wirksamkeit der Einwilligung zu beanspruchen, ist es daher mindestens erforderlich, dass sich der mangelhafte Aspekt der Aufklärung aus der Sicht des Patienten als individuell bedeutsam im Hinblick auf die Preisgabe seiner Körperintegrität darstellt.

Diese Feststellungen resultieren dabei maßgeblich aus der generellen Bestimmung der Relevanz von Willensmängel im Zuge der Einwilligung. Sodass es davon ausgehend erforderlich erschien zu bestimmen, wann überhaupt von einer unwirksamen Einwilligung auszugehen ist.⁹ Die Legitimationswirkung der Einwilligung ergibt sich aus dem freiverantwortlich gebildeten Willen des Rechtsgutsinhabers. Demnach sollte man sich vergegenwärtigen, welchen Anforderungen eine solche freiverantwortliche Entscheidung genügen muss. Es bedarf eines Maßstabs dafür, was eine (noch) eigenverantwortliche Entscheidung des Dispositionsbefugten ausmacht.

Im Zuge dessen konnte herausgearbeitet werden, dass es dazu einer Subjektivierung – i. S. einer Individualisierung – der Willenslehre bedarf. Der entscheidende Faktor der Freiverantwortlichkeit ist dabei, welche Informationsbasis sich dem Einwilligenden im Zeitpunkt seiner Abwägungsentscheidung darstellt. Nur anhand einer solchen Subjektivierung (Individualisierung) der Willenslehre ist bezogen auf eine konkrete Entscheidung festzustellen, ob aus Sicht des Einwilligenden überhaupt eine Verletzung *seiner* Autonomie vorliegt. Was eine autonome Entscheidung ausmacht, ist letztlich nur unter individueller Bezugnahme auf das

⁷ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 22; *Eisele*, FS Strätz, 2009, S. 163, 173, 178 f.

⁸ S. dazu unter A.VI. 1.e) bb).

⁹ S. dazu insbesondere unter A.VI. 1. d).

entscheidende Subjekt bestimmbar.¹⁰ Steht nämlich fest, dass ein feststellbarer Wissensmangel die individuelle Entscheidung des Betroffenen nicht tangiert, kann die Entscheidung aufgrund dessen auch nicht als defizitär oder nicht freiverantwortlich getroffen bewertet werden. Zur normativen Bewertung der Freiverantwortlichkeit einer Entscheidung kommt es demnach im Wesentlichen darauf an festzustellen, ob dem Einwilligenden alle subjektiv relevanten Gesichtspunkte seiner Entscheidung im Zeitpunkt seiner Abwägungsentscheidung bekannt waren. Denn man muss dem Einwilligenden zugestehen, alle für ihn individuell relevanten Aspekte in seine Entscheidungsfindung einbeziehen zu können. Nur dann, wenn der Einwilligende von allen subjektiv entscheidungsrelevanten Umständen Kenntnis hat, kann er auf der Grundlage dessen nach seinen individuellen Maßstäben zu einer selbstbestimmten Entscheidung gelangen. Woraus sich diese Kenntnis ergibt, ist dabei allerdings letztlich irrelevant. Daraus folgt, dass auch im Falle mangelhafter ärztlicher Aufklärung von einer autonomen Abwägungsentscheidung des Patienten auszugehen sein kann, sofern er von eben diesem fehlenden Aspekt bereits aus anderer Quelle Kenntnis besaß. Kannte er dagegen einen für ihn relevanten Umstand im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung nicht, ist von einem defizitären Abwägungsprozess auszugehen – ganz gleich welches Ergebnis letztlich daraus resultiert. Denn sofern in einer Entscheidung nicht alle individuell relevanten Aspekte berücksichtigt werden konnten, kann von einer autonomen Entscheidung keine Rede sein. Dabei ist es wesentlich zu erkennen, dass bereits die Entscheidungsfindung auf defizitärer Basis seine autonome Entscheidungsfreiheit derart gravierend beeinträchtigt, dass daraus zwingend die Unwirksamkeit einer auf dieser Grundlage erteilten Einwilligung folgen muss.¹¹ Eine auf solcher defizitären Basis gebildete Artikulation des Willens, wird normativ nicht dem Institut der Einwilligung gerecht. Der im Zeitpunkt der Einwilligung vorgestellte Verlauf weicht in diesem Fall derart signifikant vom tatsächlichen Geschehensverlauf ab, dass bei normativer Würdigung des Gehalts der Einwilligung nicht angenommen werden kann, dass sich die Legitimationswirkung auch auf den tatsächlichen Verlauf erstreckt. Andernfalls würde man eine lediglich fiktiv autonome Entscheidung konstruieren, während die tatsächliche unfrei bleibt. Insbesondere kann eine auf defizitärer Abwägung basierende Entscheidung nicht deshalb als autonom bewertet werden, weil man nachträglich die Entscheidung des Betroffenen durch eine vermutlich in Kenntnis dieses Umstands (hypothetisch) ebenso getroffenen Entscheidung ersetzt. Denn für die Wahrnehmung seiner Autonomie genügt es nicht, dass sich (nachträglich) eine zufällige Übereinstimmung des ärztlichen Verhaltens mit dem bloß hypothetisch Gewollten ergibt. Andernfalls würde die strafrechtliche Einbeziehung des Selbstbestimmungsrechts in das tatbestandsspezifische Schutzgut der Körperintegrität nachträglich ins Leere laufen.

¹⁰ S. dazu insbesondere unter A.VI.1.d)dd).

¹¹ S. dazu C.I.4.bb).

Nach der Feststellung eines solchen subjektiven Autonomiedefizits ist die endgültige Entscheidung über die Wirksamkeit der Einwilligung allerdings noch von einem weiteren objektiven Gesichtspunkt abhängig: Als Bedingung der Relevanz des subjektiven Abwägungsdefizits im Hinblick auf die Wirksamkeit der erteilten Einwilligung muss die festgestellte Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit einen gewissen Schwellenwert erreichen.¹² Um eine tatbestandsspezifische Verhaltensmissbilligung auszulösen, müssen der Wirksamkeitsversagungsgrund der Einwilligung und das der spezifischen Verhaltensnorm zu Grunde liegende Schutzgut ferner zumindest eine partiell kongruente Schutzrichtung verfolgen. Für die Wirksamkeit einer erteilten Einwilligung kann es demnach allein ausschlaggebend sein, ob aus dem festgestellten Informationsmangel ein in Bezug auf die tatbestandsspezifische Schutzrichtung der in Betracht kommenden Verhaltensnorm relevantes und hinreichend gewichtiges Autonomiedefizit resultiert.

Bezogen auf den ärztlichen Heileingriff und dessen strafrechtliche Bewertung bedeutet das Folgendes: Grundsätzlich obliegt es der Sorgfaltspflicht des Arztes, sich als Sonderverantwortlicher des Vorliegens der erforderlichen Voraussetzungen einer wirksamen Patienteneinwilligung zu vergewissern und nur auf dieser Basis eine bestimmte Behandlung vorzunehmen. Liegt eine nach normativer Wertung unwirksame oder aber überhaupt keine Einwilligung des Patienten vor, ist von einer eigenmächtigen ärztlichen Behandlung auszugehen. Im Falle eines solchen eigenmächtigen ärztlichen Eingriffs setzt der Arzt bereits dadurch, dass der Patient in einem wesentlichen Aspekt seiner Rechtsgutsentfaltung beeinträchtigt wird, eine rechtlich missbilligte Gefahr in Bezug auf die Körperintegrität seines Patienten. Sein Verhalten verfehlt den normativ maßgeblichen Willen des Rechtsgutsinhabers. Daher verwirklicht der Arzt im Zuge der Vornahme einer eigenmächtigen Behandlung das *Verhaltensunrecht einer Körperverletzung*. Der Unwertgehalt resultiert dabei maßgeblich daraus, dass der Arzt aus seiner Handlungsperspektive ex ante normative Gesichtspunkte missachtet, die einer sorgfaltswidrigen Gefährdung des Rechtsguts entgegenwirken sollen, während er eigenmächtig in die Körperintegrität des Patienten eingreift.

Wann auch von der Verwirklichung des entsprechenden *Erfolgsunwerts* durch die eigenmächtige ärztliche Behandlung ausgegangen werden kann, ist Gegenstand einer differenzierteren Betrachtung. Dabei ist zunächst anhand des gänzlichen Fehlens der Einwilligung und der Unwirksamkeit einer anknüpfungsfähigen Willensäußerung zu differenzieren. Im Falle des ärztlichen Handelns gänzlich ohne Einwilligung greift der Arzt ohne jeglichen Anknüpfungspunkt einer Legitimation seines Verhaltens in die Körperintegrität des Patienten ein. Davon ausgehend ist bereits die Vornahme der ärztlichen Maßnahme als tatbestandsspezifische Fehlverhaltensfolge zu bewerten. Aus Sicht der strafrechtlich bedeutsa-

¹² S. dazu A.VI. 1. d) dd).

men Verhaltensbewertung verwirklicht der Arzt im Zeitpunkt der Vornahme der nicht autorisierten Behandlung gleichzeitig Verhaltens- und Erfolgsunrecht der Körperverletzung. In der Vornahme der ärztlichen Maßnahme ohne jede Autorisierung durch den Betroffenen realisiert sich gerade die rechtlich zu missbilligende Schädigungsmöglichkeit des fremdbestimmten Eingriffs in die eigene Körperintegrität, deren Schutz die von den Körperverletzungsdelikten in Bezug genommenen Verhaltensnormen bezoeken. Selbstverständlich existiert die gleiche Wertung auch in Bezug auf ärztliches Verhalten, das sich bereits ausdrücklich gegen den Willen des Patienten richtet. Die Missbilligung derartiger Zwangsbhandlungen unter dem Aspekt der Körperverletzungsstrafbarkeit dürfte insoweit außer Frage stehen.

Dieses Ergebnis der ärztlichen Verhaltensbewertung erscheint im Bereich vollständiger ärztlicher Eigenmacht auch durchaus angemessen. Führt man sich vor Augen, dass der Arzt in diesem Fall eine höchstpersönliche Entscheidung des Patienten vorwegnimmt, stellt dies – sofern die Einholung der Zustimmung des Rechtsgutsinhabers möglich war – einen massiven Eingriff in die körperliche Unversehrtheit dar, der sich nicht rechtfertigen lässt. Unabhängig davon, wie sich der Patient letztlich entschieden *hätte*, ist dadurch ein wesentlicher Aspekt der Autonomie des Menschen innerhalb der ärztlichen Behandlung schutzlos gestellt, der nicht wiederhergestellt werden kann. Dementsprechend lässt sich bezogen auf diesen Bereich ärztlicher Eigenmacht keine andere Bewertung als die der vollendeten Körperverletzung vornehmen. Diese Wertung lässt sich z. B. auf den *Gastroskopiefall*¹³ übertragen, bei dem es sich um eine eigenmächtige Vornahme einer Diagnoseuntersuchung handelte, die sogar mit dem Tod des Patienten endete. Aufgrund dessen, dass trotz der Möglichkeit der Einholung hier überhaupt keine Einwilligung des Patienten vorlag, ist bereits im Zeitpunkt der Vornahme der Maßnahme vom Vorliegen des Unrechts einer vollendeten Körperverletzung auszugehen. Im Zuge dieser Bewertung rückt aufgrund des eingetretenen Todes des Patienten gleichzeitig eine Strafbarkeit des Arztes nach § 227 StGB in den Blick. Dahingehend profitiert man wiederum von einer präzisen Konkretisierung der entsprechenden Verhaltensanforderungen. Es ist dabei wesentlich zu erkennen, dass eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge im Falle der eigenmächtigen Heilbehandlung nicht bereits deshalb zu bejahen ist, weil sich eine Todesgefahr verwirklicht hat, die typisch für Eingriffe dieser Art ist. Vielmehr bedarf die strengere Sanktionierung nach der Erfolgsqualifikation bezogen auf die konkrete Art der Todesherbeiführung eines gesteigerten Grades der Fahrlässigkeit. Der Täter muss aufgrund einer besonderen Leichtfertigkeit für den Todeseintritt verantwortlich sein. Das kann angesichts der Fallgestaltung des Gastroskopiefalls vorliegend nicht angenommen werden.

¹³ S. dazu unter B.I.3.e).

Angesichts des *Bandscheibensfalls*¹⁴ und des *Bohrerspitzenfalls*¹⁵ sind ähnliche Wertungen zu treffen. In beiden Fällen täuschte der Arzt den Patienten bewusst über die Notwendigkeit einer zweiten Operation, um seinen eigenen Behandlungsfehler zu vertuschen. Diese Operation stellt sich insoweit als vollständige ärztliche Eigenmacht dar, da sich die Patienten jeweils nicht einmal über Art und Umfang des Eingriffs bewusst waren. Dementsprechend liegt zwar grundsätzlich eine Willensäußerung der Patienten im Hinblick auf die Vornahme der Operation vor, sie genügt aber jedenfalls nicht den normativen Anforderungen, die an die Einwilligung zu stellen sind. Ähnlich stellt sich die Situation im *Myomfall*¹⁶ sowie im *Hodenentfernungsfall*¹⁷ dar. Denn in beiden Fällen stand eine eigenmächtige Operationserweiterung (mit weitreichenden Folgen) in Rede, deren es jeweils nicht bedurfte hätte. Da eine mutmaßliche Einwilligung als Surrogat mangels Erfüllung der notwendigen Voraussetzungen nicht herangezogen werden kann, ist in beiden Fällen davon auszugehen, dass sich die Einwilligung des Patienten nicht auf die weiterreichende Folge der Entfernung der Gebärmutter bzw. beider Hoden erstreckt. Insofern ist von eigenmächtigem ärztlichen Handeln auszugehen, sodass bezogen auf diese Art der Operation gerade keine Legitimationswirkung der Willensgemäßheit vorliegt.

Anders stellt sich die Verwirklichung des Erfolgsunrechts der Körperverletzung für die Fälle dar, in denen die Charakterisierung des ärztlichen Eingriffs als eigenmächtig auf der normativen Unwirksamkeit der Einwilligung beruht. Besteht in diesem Fall grundsätzlich ein Anknüpfungspunkt einer Willensäußerung des Betroffenen gilt es anhand des materiellen Gehalts der (defizitären) Einwilligung zu bestimmen, auf welche Bestandteile sich die Unwirksamkeit bezieht. Konkret ist im Zuge dessen zwischen der grundsätzlichen Zustimmung in die Vornahme des Eingriffs, also die Vornahme der abstrakten Verletzungshandlung, die der Ermöglichung des Eingriffs dient, und der umfassenden Verantwortungsübernahme in Kenntnis aller potentiell relevanten Folgen zu differenzieren. Grundsätzlich wird man in der Mehrheit der Fälle trotz Vorliegens von Willensmängeln davon ausgehen können, dass dem Betroffenen die in Bezug auf die reine „Durchführung“ der ärztlichen Maßnahme relevanten Aspekte zutreffend bewusst sind. Er wird regelmäßig eine Vorstellung von der konkreten Art und Intensität der Beeinträchtigung seiner Körperintegrität infolge der Ermöglichung des Eingriffs (gemeint ist hier der klassische Schnitt mit dem Skalpell zur Eröffnung der Operation) haben. Davon ausgehend ist von einer lediglich partiellen Unwirksamkeit der Einwilligung auszugehen. Denn die Vornahme der ärztlichen Maßnahme ist trotz partieller Unwirksamkeit der Einwilligung weiterhin von der

¹⁴ S. dazu unter B.I. 3. c) aa).

¹⁵ S. dazu unter B.I. 3. c) bb).

¹⁶ S. dazu unter B.I. 3. a) bb).

¹⁷ S. dazu unter B.I. 3. a) bb).

Willensgemäßheit des Patienten getragen. Bezogen auf diesen Teilaспект kann die Einwilligungsentscheidung normativ als freiverantwortlich angesehen werden. Demnach ist sie auch nicht als selbstständig relevante Folge des Fehlverhaltens konstruierbar. Der Unwertgehalt dieses Aspekts ist bereits angemessen innerhalb der Verwirklichung des Verhaltensunrechts enthalten. Verläuft die ärztliche Behandlung ohne weitere Komplikationen, lässt sich aus diesem Verhalten kein selbstständig relevantes Erfolgsunrecht begründen. Das medizinische Gelingen der Behandlung ist für diese Wertung allerdings irrelevant. Sie gilt auch dann, wenn durch die Vornahme der Behandlung kein „Heilziel“ erreicht werden kann, sie aber folgenlos oder medizinisch neutral verläuft. Daraus folgt, dass die gleiche Wertung auch auf Diagnosemaßnahmen zu beziehen ist. Der eigenmächtig handelnde Arzt begründet in diesen Fällen jeweils (nur) den Verhaltensunwert einer Körperverletzung.

Von derselben Wertung hinsichtlich des Unwertgehalts des Verhaltens ist auszugehen, wenn die Unwirksamkeit der Einwilligung zwar im Ergebnis aus der mangelhaften ärztlichen Aufklärung resultiert, letztlich aber eine Eingriffssfolge eintritt, über die der Arzt sehr wohl aufgeklärt hat. Auch dann ist die verletzte Pflicht zur ordnungsgemäßen Aufklärung im Hinblick auf die konkret eingetretene Folge nicht zu legitimieren. Daraus folgt, dass auch hier keine Realisierung des in missbilligenswerter Weise geschaffenen schadensträchtigen Verlaufs festgestellt werden kann; vielmehr fehlt es dazu an einer tatbestandsspezifischen Fehlverhaltensfolge. Denn die Komplikationen des letztlich eingetretenen Risikos hat der Patient in derartigen Konstellationen bewusst in Kauf genommen. Ebenso verhält es sich, wenn sich *ex post* zeigt, dass die aus der *ex ante* Perspektive des Täters zur Vermeidung der Rechtsgutsbeeinträchtigung geeignete (und auch erforderliche) Sorgfaltspflicht ihre Schutzwirkung im Hinblick auf den tatsächlich realisierten Verlauf gar nicht entfalten können. Stirbt ein Patient infolge eines chirurgischen Zwischenfalls während der Operation, wäre es verfehlt, aus der mangelhaften ärztlichen Aufklärung durch den Anästhesisten eine Vollendungsstrafbarkeit zu konstruieren: Denn die Aufklärungspflicht des Anästhesisten dient allein dem Zweck, den Patienten umfassend über mögliche Narkoserisiken zu informieren und dessen selbstbestimmte Entscheidung in Kenntnis sämtlicher relevanter Risiken zu ermöglichen.¹⁸ Der tatsächlich eingetretene schadensträchtige Verlauf ist in einem solchen Fall nicht geeignet, den Verhaltensnormverstoß zum Ausdruck zu bringen. Er kann seinerseits nicht als Manifestation des Angriffs auf die Normgeltung begriffen werden: weder war seine Vermeidung *ex ante* Legitimationsgrund der übertretenen Verhaltensnorm noch perpetuiert er den Verhaltensnormverstoß im recht verstandenen Sinne; vielmehr ist er im Verhältnis zum Normbrüchigen als bloßer Zufall anzusehen. Denn der

¹⁸ Fallbeispiel nach *Biermann*, in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, Teil 1 VI Rn. 484.

schadensträchtige Verlauf, so wie er sich tatsächlich ereignet hat, bietet keinen sachlichen Grund für die Fundierung einer Verhaltensnorm im Hinblick auf den in *concreto* relevanten Gesichtspunkt der Aufklärungspflicht. Die Vernachlässigung der Aufklärungspflicht hinsichtlich des davon unabhängigen Risikos ist vielmehr getrennt zu beurteilen. Allein die Tatsache, dass der Patient bei vollständiger Risikokenntnis möglicherweise die Operation abgelehnt hätte, sodass sich auch das ordnungsgemäß dargestellte Risiko nicht verwirklicht hätte, stellt nichts anderes als einen bloß zufälligen Schutzreflex einer aus ganz anderen Gründen legitimierten Verhaltensnorm dar. Es wäre insofern verfehlt, müsste der Arzt aufgrund seiner mangelhaften Aufklärung für sämtliche aus der Behandlung resultierenden „Erfolge“ i. S. d. Vollendungsstrafbarkeit einstehen, selbst wenn gar kein Zusammenhang zu dem pflichtwidrig nicht genannten Risiko besteht.¹⁹ Andernfalls geriete man in den Widerspruch der Beanstandung von *insoweit* korrekten Verhaltens.²⁰ Infolge dessen bleibt es auch in diesen Fallgestaltungen bei der Verwirklichung des Verhaltensunrechts in anderer Hinsicht.

Im Hinblick auf die daraus resultierende strafrechtliche Reaktion des Verhaltens bedeutet das, dass sich nur im Falle einer vorsätzlichen Pflichtverletzung, eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) Versuchs der Körperverletzung begründen lässt. Auch diese Wertung erscheint insoweit angemessen. Vernachlässigt der Arzt bewusst einen relevanten Aspekt der Aufklärung, um dem Patienten eine selbstbestimmte Entscheidung zu verwehren, ergibt sich insbesondere kein veränderter Anknüpfungspunkt der Verhaltensbewertung daraus, dass seine Entscheidung in Kenntnis dieser Aspekte möglicherweise ebenso ausgefallen wäre. Die vorsätzliche Aufklärungspflichtverletzung beinhaltet vielmehr einen gesteigerten Unwertgehalt, dem die bestehende Versuchsstrafbarkeit angemessen Rechnung trägt. Im Falle der fahrlässigen Aufklärungspflichtverletzung resultiert an dieser Stelle aufgrund der Straflosigkeit des fahrlässigen Versuchs bereits de lege lata eine dem verwirklichten Verhaltensunwert angemessene Straflosstellung des ärztlichen Verhaltens; ohne dass es des Rekurses auf die umstrittenen Fiktionen der hypothetischen Einwilligung bedarf.

¹⁹ Auch die Rechtsprechung sieht eine solche Annahme inzwischen als „unbillig“ an; *Biermann*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Arztstrafrecht in der Praxis, Kap. I Teil I VI Rn. 485; *Pauge/Offenloch*, Rn. 498 ff. mit einem Überblick über die Rechtsprechung und weiteren Nachweisen. Diese Sichtweise teilt auch die zivilrechtliche Rechtsprechung: Demnach hafte der Arzt für die Verwirklichung des Risikos dann nicht, wenn er über dieses aufgeklärt hat, auch dann nicht, wenn über andere – nicht verwirklichte – aufklärungspflichtige Risiken keine Aufklärung erfolgte; BGH VersR 2000, 725; BGH NJW 2001, 2789; BGH NJW 2006, 2477; OLG Dresden MedR 2018, 817; OLG Koblenz MedR 2018, 313.

²⁰ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 64; verkannt in BGHSt 24, 31; in derartigen Fällen kann die Sorgfaltsnorm ihre wesentliche Funktion der Vermeidung des rechtswidrigen Eingriffs gerade nicht erfüllen; vgl. *Haas*, GA 2015, 147, 157.

Anders ist dies demgegenüber zu bewerten, sofern die Unwirksamkeit der Einwilligung i. E. aus der Unvollständigkeit der Aufklärung resultiert und letztlich eine solche Folge eintritt, über die der Arzt pflichtwidrig nicht aufgeklärt hat. Dem Patienten war es nämlich nicht möglich, diese Folge in seine Willensbildung miteinzubeziehen. Demnach vermag seine Einwilligung aufgrund der Willensbildung auf defizitärer Basis keine Legitimationswirkung hinsichtlich dieses Aspekts zu entfalten. Insofern kann das Vorliegen einer Gesundheitsschädigung festgestellt werden, um deretwegen die Verhaltensmissbilligung des eigenmächtigen ärztlichen Handelns legitimiert werden kann. In der Vornahme der Behandlung trotz individuell pflichtwidriger Aufklärung setzt der Arzt hier genau die rechtlich zu missbilligende Schädigungsmöglichkeit, die sich letztlich in der feststellbaren gesundheitlichen Folge realisiert. Anknüpfend an das Vorliegen einer tatbestandspezifischen Fehlverhaltensfolge verwirklicht der Arzt in diesen Fällen über das Verhaltensunrecht hinausgehend auch das entsprechende Erfolgsunrecht, das eine Vollendungsstrafbarkeit begründet. In diesem Sinne ist die Verhaltensbewertung des Arztes im *Liposuktionsfall*²¹ und im *Turboentzugsfall*²² zu treffen. In beiden Fällen handelte es sich um eine ärztliche Maßnahme, die in ihrer Ausführung nicht der *lex artis* entsprach. Es gab jeweils wesentliche Mängel hinsichtlich der Patientenüberwachung innerhalb der Narkose. Über diese Umstände war zuvor nicht aufgeklärt worden, sodass ein relevantes Autonomiedefizit der Betroffenen im Zeitpunkt ihrer Einwilligung festgestellt werden kann. Daraus resultiert hier auch deren Unwirksamkeit. Der infolge der Behandlung eingetretene Tod des Patienten kann jeweils als Fehlverhaltensfolge eines schadensträchtigen Verlaufs angesehen werden, der durch Einhaltung der in Rede stehenden Verhaltensnorm von Rechts wegen zu vermeiden war. Insofern ist im Hinblick auf den verwirklichten Unwertgehalt in beiden Fällen von einer Vollendungsstrafbarkeit wegen Körperverletzung auszugehen. Daran anknüpfend kommt in beiden Fällen die Verwirklichung der Erfolgsqualifikation des § 227 StGB in Betracht. Es lässt sich feststellen, dass die Behandelnden jeweils die erforderliche Sorgfalt in einem besonders leichtfertigen Maße außer Acht gelassen haben und dadurch in qualifizierter Form für die Gefahr des Todeseintritts verantwortlich sind. Davon ausgehend ist auch eine Strafbarkeit nach § 227 StGB zu bejahen.

Dass das Ergebnis der Vollendungsstrafbarkeit im Hinblick auf die den konkreten schadensträchtigen Verlauf auslösende ärztliche Pflichtverletzung in einzelnen Fällen unangemessen erscheinen mag, liegt daran, dass *prima facie* bereits eine leichteste Pflichtverletzung seitens des Arztes diese doch umfängliche Sanktionierung des Verhaltens auszulösen scheint. An dieser Stelle soll daher regelmäßig die Verhaltenskorrektur durch die hypothetische Einwilligung nutzbar ge-

²¹ S. dazu unter B.I.3.d)aa).

²² S. dazu unter B.I.3.d)bb).

macht werden. Forscht man allerding auch hier genauer nach den Hintergründen dieser Verhaltensmissbilligung, so erkennt man, dass es hier keinesfalls der Fiktion durch hypothetische Verläufe bedarf, um zu einer angemesseneren Verhaltensmissbilligung zu gelangen. Die Problematik der Relevanz der (leicht) fehlerhaften ärztlichen Aufklärung für die Verhaltensmissbilligung des Arztes konkretisiert sich nämlich gerade nicht, wie häufig angenommen wird, auf die Berücksichtigung unnötiger Hypothesen bezüglich des Opferverhaltens, sondern mündet stattdessen in die Frage, ob die festgestellten Lücken innerhalb der Aufklärung von derartigem Gewicht sind, dass die auf dieser Grundlage erteilte Einwilligung nicht mehr als eigenverantwortlich anzusehen ist, sodass für die ärztliche Maßnahme ein hinreichender informed consent fehlt.²³

Dieser Fragestellung hat sich die vorliegende Betrachtung bereits umfassend gewidmet: Zunächst muss nämlich überhaupt feststehen, dass die fehlerhafte Aufklärung die Willensbildung des Betroffenen derart beeinträchtigt hat, dass nicht mehr von einer autonomen Entscheidung ausgegangen werden kann. Denn nur dann, wenn aus dem Aufklärungsmangel überhaupt ein relevanter Willensmangel resultiert, liegt insoweit die Unwirksamkeit der erteilten Einwilligung vor. Die Rede ist von einer restriktiven Bestimmung der relevanten Aufklärungsaspekte. Insofern ist es denkbar, dass ein Patient einem prinzipiell aufklärungspflichtigen Umstand nachweisbar keine Bedeutung beigemessen hat.²⁴ Das kann z. B. dann der Fall sein, wenn der Arzt es zwar grundsätzlich pflichtwidrig unterlassen hat, eine Patientin über das Risiko der Unfruchtbarkeit aufzuklären, dieses Risiko für die Patientin in ihrer Entscheidungsfindung allerdings nachweislich keine Relevanz beansprucht, weil sie sich bereits lange vorher gegen eigene Kinder entschieden hat. Umgekehrt sind auch im Falle ausreichender Aufklärung Willensmängel seitens des Patienten denkbar, sofern die Aufklärung für ihn individuell unverständlich erfolgt ist.²⁵ Der Vorzug der Subjektivierung (Individualisierung) der Willenslehre liegt gegenüber der Korrektur anhand der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung darin, dass einem allgemein anwendbaren Grundsatz der individuellen Verhaltensmissbilligung Rechnung getragen wird, der keinesfalls allein auf ärztliches Verhalten beschränkt ist. In der Konkretisierung des Verhaltensnormverstoßes lässt sich eben genau der schadensträchtige Verlauf extrahieren, den es von Rechts wegen zu vermeiden galt. Konnte eine sorgfaltsgemäße Aufklärung nachweislich nicht dem Schutz der Körperintegrität dienen, da deren Verletzung tatsächlich aus einem davon abweichenden alternativen Verlauf resultiert, wäre es verfehlt, dem Arzt die Verwirklichung von Erfolgsunrecht anzulasten. Richtigerweise ist bezogen auf diesen Aspekt nämlich

²³ Dazu *Freund/Rostalski*, AT, § 3 Rn. 47; *Albrecht*, Hypothetische Einwilligung, S. 527.

²⁴ *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand, S. 399.

²⁵ *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht, S. 48.

wiederum die Legitimationswirkung der Einwilligung aufrecht zu erhalten. Im Wege eines präzisen Umgangs mit dem materiellen Gehalt der anknüpfungsfähigen Einwilligung und insbesondere der differenzierten Auslegung von Willensmängeln lassen sich dogmatisch fundiert weitere, zuvor als unangemessen wahrgenommene, Fälle leichter ärztlicher Sorgfaltspflichtverletzungen aus der (Vollendungs-)Strafbarkeit ausnehmen. Diese Erwägungen lassen sich auf den *Leberzelltransplantationsfall*²⁶ übertragen. In diesem Fall äußerte der Patient ausdrücklich, dass er die Behandlung trotz der geringen Erfahrungswerte intensiv wünschte. Aus der fehlenden Tiefe der Aufklärung im Hinblick auf den Charakter der Behandlung als Neulandmethode kann in sachgerechter Auslegung dessen bereits gar kein relevanter Willensmangel des Patienten innerhalb seiner individuellen Entscheidungsabwägung resultieren, der zu einer Unwirksamkeit der Einwilligung geführt hätte. Jedenfalls wäre diese ärztliche Pflichtverletzung aber nicht hinreichend gewichtig genug, eine Strafbarkeit des Arztes wegen des eigenmächtigen Handelns zu begründen.

Im *O-Beine*²⁷ sowie im *Cignolinfall*²⁸ stellt sich die Situation jeweils so dar, dass der Patient eine bestimmte Art der Behandlung intensiv wünscht. Inwieweit die fehlerhafte Aufklärung jeweils einen relevanten Aspekt der persönlichen Entscheidung darstellt, ließe sich nur unter Würdigung aller subjektiven Besonderheiten eindeutig bestimmen. Der intensive Wunsch nach Vornahme der Behandlung bedeutet dabei lediglich ein Indiz im Zuge der umfassenden Auslegung. Legt man allerdings – was in beiden Fällen naheliegt – eine defizitäre Willensbildung aufgrund des fehlenden Aspekts zu Grunde, gelangt man jeweils zu einer Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung, was letztlich auch angemessen erscheint. Angesichts der Situation des *Surgibone-Dübel*²⁹-Falls wird sich je nach individueller Patientensicht in einigen Fällen vermutlich eine grundsätzliche Relevanz des Willensmangels aus strafrechtlicher Sicht begründen lassen. Die Intensität dieser ärztlichen Pflichtverletzung ist aber wohl ebenfalls zu gering, um dem für eine strafrechtliche Erfassung erforderlichen hinreichenden Gewicht zu genügen.

Schließlich rundet die Entkriminalisierung der zu leichten Fahrlässigkeit im Bereich der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte eine vorzugswürdige Bewältigung des Problembereichs ab.³⁰ Dabei dient insbesondere die Erhöhung der strafrechtlichen Erfassungsschwelle auf eine für Schuldspruch und Strafe hinreichend gewichtige fahrlässige Begehungsform dazu, die Funktion der Strafe als besonders gewichtige staatliche Reaktion auf entsprechend gewichtiges persona-

²⁶ S. dazu unter B.I.3.f).

²⁷ S. dazu unter B.I.3.b)aa).

²⁸ S. dazu unter B.I.3.b)bb).

²⁹ S. dazu unter B.I.3.b)cc).

³⁰ S. dazu unter D.I.c)cc).

les Fehlverhalten zu erhalten. Dadurch lässt sich in diesem Sinne ein adäquates Verhältnis des festzustellenden Fehlverhaltens in Relation zum Unwertgehalt und der entsprechenden Bestrafung erreichen.

Überträgt man diesen Ansatz auf das Grundproblem der Überspannung der ärztlichen Aufklärungspflichten, ermöglicht er einen angemesseneren Umgang mit den ärztlichen Pflichtverletzungen. Der unbillig erscheinenden strafrechtlichen Reaktion auf sogar leichteste Aufklärungspflichtverletzungen kann in Anwendung dieses Ansatzes begegnet werden. So wäre z. B. in denjenigen Fällen, in denen der Arzt ein besonders fernliegendes, aber nicht vollkommen zu vernachlässigendes Risiko nicht erwähnt hat, nur von für eine strafrechtliche Reaktion zu schwach ausgeprägter Fahrlässigkeit auszugehen.³¹ In der Folge wäre der Arzt aufgrund der Entkriminalisierung der leicht fahrlässigen Begehnungsweise nicht nach dem Körperverletzungsdelikt zu bestrafen, da die Unterschwelle strafrechtlicher Relevanz in seinem Verhalten nicht erreicht wird. In Abgrenzung zu einer generellen Eingrenzung des Umfangs der ärztlichen Aufklärungspflichten zeichnet sich dieses *strafrechtlich* angemessene Ergebnis dadurch aus, dass die durchaus vorhandene zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes individuell bestimmbar bleibt und ein hohes Niveau der Patientenautonomie verbunden mit einer optimalen Gewährleistung des Patientenschutzes erhalten bleibt.

Geht man in dem dargestellten Beispielsfall abweichend von der zuvor geschilderten Situation davon aus, dass für den individuellen Patienten angesichts der Behandlungsentscheidung ein eher fernliegendes Behandlungsrisiko besondere Entscheidungsrelevanz hatte und dies vom Patienten auch offen gegenüber dem Arzt kommuniziert wurde, ist auch strafrechtlich eine andere Wertung angezeigt: Wenn der Arzt unter diesen Umständen dennoch die Aufklärung über den für den Patienten bedeutsamen Risikoaspekt unterlässt, ist von einem auch für eine strafrechtliche Ahndung hinreichend gewichtigen Fehlverhalten auszugehen. Dies trägt dem besonderen Schutzaspekt des Patienten Rechnung, ohne freilich den Arzt unangemessen zu benachteiligen. Ferner bietet der individualisierte Fahrlässigkeitsvorwurf gegenüber einer objektiven Bewertung nach einem schweren Aufklärungsfehler den Vorteil, die individuellen Patienteninteressen bereits innerhalb der Konkretisierung des Verhaltensvorwurfs an den Normadressaten zutreffend einzubeziehen.

Schließlich ist zu betonen, dass die hier bisher getroffenen Feststellungen allgemeine Geltung beanspruchen und gerade nicht auf die Sondersituation des ärztlichen Heileingriffs zu beschränken sind. Gerade in ihrer umfassenden Anerkennung und Anwendung vermögen sie den Konfliktfall der mangelhaften ärztlichen Aufklärung interessengerecht und widerspruchsfrei aufzulösen, wozu die

³¹ Vgl. dazu ein Urteil des OLG Karlsruhe v. 23.10.1996 7 U 7/95, das in derartigen Konstellationen bereits den Fahrlässigkeitsvorwurf vollständig verneint hat.

Fiktion der hypothetischen Einwilligung nicht im Stande ist. Die Intention, die hinter der Anwendung der hypothetischen Einwilligung steht, kann auf diese Weise erreicht werden, ohne gleichzeitig die Gewährleistung der Patientenautonomie in Frage zu stellen. Damit würde die Anwendung dieser im Strafrecht mehr als zweifelhaften „Rechtsfigur“ schlicht überflüssig. Statt einer unspezifischen Auseinandersetzung mit dem Symptom einer als nicht angemessen wahrgenommenen Strafbarkeitsandrohung überzeugt vielmehr ein angemessener Umgang mit den Ursachen, aus denen diese Wertung letztlich resultiert. Daher gebührt der individuellen Konkretisierung des Verhaltensnormverstoßes und seiner spezifischen Folgen unter Berücksichtigung aller in Betracht zu ziehenden Aspekte der Vorzug vor einer parallelen partiellen Symptombekämpfung in zahlreichen Spezialbereichen.

Literaturverzeichnis

- Aaken*, Anne van: Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: das Prinzip des schonendsten Paternalismus, 2006 (zit.: Begrenzte Rationalität).
- Achenbach*, Hans/*Ransiek*, Andreas/*Rönnau*, Thomas: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Auflage, 2019.
- Albrecht*, Andreas: Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010 (zit.: Hypothetische Einwilligung).
- Alexy*, Robert: Theorie der Grundrechte, 9. Auflage, 2020.
- Ameling*, Knut: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, in: Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 392, 1981.
- Ameling*, Knut: Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, ZStW 109 (1997), S. 490 ff.
- Ameling*, Knut: Irrtum und Täuschung als Grundlage der Willensmängel bei der Einwilligung des Verletzten, in: Strafrechtliche Abwandlungen. Neue Folge, Band 108, Berlin 1998 (zit.: Irrtum und Täuschung).
- Ameling*, Knut/*Eymann*, Frieder: Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, JuS 2011, S. 937 ff.
- Ameling*, Knut/*Lorenz*, Jörn: Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung, in: Dannecker, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 527 ff.
- Angerer*, von: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, in: Münchener Medizinische Wochenschrift Nr. 11, 1899, S. 351 ff.
- Antoine*, Jörg: Aktive Sterbehilfe in der Grundrechtsordnung, 2004.
- Arzt*, Gunther: Willensmängel bei der Einwilligung, 1970 (zit.: Willensmängel).
- Arzt*, Gunther: Leichtfertigkeit und recklessness, Gedächtnisschrift für Horst Schröder, Stree, Walter (Hrsg.), 1978, S. 119 ff.
- Arzt*, Gunther: Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, in: Wiegand, Wolfgang (Hrsg.), Arzt und Recht, 1985, S. 49 ff.
- Arzt*, Gunther: Die Strafrechtsklausur, 7. Auflage, 2006.
- Arzt*, Gunther/*Weber*, Ulrich/*Heinrich*, Bernd/*Hilgendorf*, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, 2021 (zit.: Strafrecht BT).
- Baars*, Christian/*Blum*, Petra/*Roesner*, Brid/*Ruprecht*, Anne/*Gürkov*, Claudia/*Mehlhorn*, Manuel: Exklusiv: Investorengeführte Arztpraxen Teure Rechnungen, abrufbar unter <https://www.tagesschau.de/investigativ/panorama/investorengefuehrte-artzpraxen-101.html>.

- Baumann, Jürgen*: Körperverletzung oder Freiheitsdelikt, NJW 1958, S. 2092 ff.
- Baumann, Jürgen u. a. (Hrsg.)*: Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992 (zit.: Alternativentwurf).
- Baumann, Jürgen/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg/Weber, Ulrich*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Auflage, 2021 (zit.: Strafrecht AT).
- Beauchamp, Tom L./Childress, James F.*: Principles of Biomedical Ethics, 6. Auflage, 2009.
- Beck, Ina von der*: I knew it all along – Hindsight bias before and after the fact, 2018.
- Beck OK StGB v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Stand 01.02.2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Beck OK).
- Behr, Albert*: Medicin und Strafrecht, Gers 62 (1903), S. 400 ff.
- Beling, Ernst*: Die Lehre vom Verbrechen, 1906.
- Beling, Ernst*: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1923), S. 220 ff.
- Benda, Ernst*: Erprobung der Menschenwürde am Beispiel der Humangenetik, in: Flöhl, Rainer (Hrsg.), Genforschung – Fluch oder Segen? Interdisziplinäre Stellungnahmen, 1985, S. 205 ff.
- Bergmann, Alfred*: Einwilligung und Einverständnis im Strafrecht, JuS 1989, S. 65 ff.
- Bertel, Christian/Schwaighofer, Klaus/Venier, Andreas*: Österreichisches Strafrecht, Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168d StGB, 12. Auflage, 2012 (zit.: BT I).
- Beulke, Werner*: Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 16.8.2003, JR 2005, S. 37 ff.
- Beulke, Werner*: Wirtschaftslenkung im Zeichen des Untreuetatbestands, in: Müller, Henning Ernst/Sander, Günther M./Válková, Helena (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Eisenberg zum 70. Geburtstag, 2009, S. 245 ff.
- Beulke, Werner*: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – Eine Zwischenbilanz, medstra 2015, S. 67 ff.
- Binding, Karl*: Handbuch des Strafrechts Band 1 Systematisches Handbuch der Deutschen Rechtswissenschaft. Siebente Abtheilung, erster Theil, erster Band, 1885, reprint 2020 (zit.: Handbuch Bd. 1).
- Binding, Karl*: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts. Besonderer Teil 1. Band, 2. Auflage, 1902.
- Binding, Karl*: Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Die Fahrlässigkeit Band 4 2. Das fahrlässige Delikt und Verbrechen im heutigen gemeinen Recht, 1919 (zit.: Die Normen und ihre Übertretung).
- Birnbacher, Dieter*: Paternalismus im Strafrecht – ethisch vertretbar?, in: von Hirsch, Andreas/Neumann, Ulfrid/Seelmann, Kurt (Hrsg.), Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 12 ff.
- Blei, Hermann*: Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, 1996 (zit.: AT).

- Bloy*, René: Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, *ZStW* 96 (1984), S. 703 ff.
- Bloy*, René: Umweltstrafrecht: Geschichte – Dogmatik – Zukunftsperspektiven, *JuS* 1997, S. 577 ff.
- Bockelmann*, Paul: Rechtliche Grundlagen und rechtliche Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflicht, *NJW* 1961, S. 945 ff.
- Bockelmann*, Paul: Operativer Eingriff und Einwilligung des Verletzten, *JZ* 1962, S. 525 ff.
- Bockelmann*, Paul: Das Strafrecht des Arztes, in: Ponsold, Albert (Hrsg.), *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin. Für Mediziner und Juristen*. 3. Auflage, Stuttgart 1967, S. 3 ff.
- Bockelmann*, Paul: Verkehrsstrafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1967.
- Bockelmann*, Paul: Strafrecht des Arztes, 1968.
- Bockelmann*, Paul: Der ärztliche Heileingriff, in: *ZStW* 93 (1981), S. 105 ff.
- Böcker*, Philipp: Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, *JZ* 2005, S. 925 ff.
- Bollacher*, Florian/*Stockburger*, Jochen: Der ärztliche Heileingriff in der strafrechtlichen Fallbearbeitung, *JURA* 2006, S. 908 ff.
- Böllinger*, Lorenz: Ambulante Substitutionsbehandlung Heroinabhängiger durch den niedergelassenen Arzt, *MedR* 1989, S. 290 ff.
- Bosch*, Nikolaus: Grenzen einer hypothetischen Einwilligung bei ärztlichem Eingriff, *JA* 2008, S. 70 ff.
- Böse*, Martin: Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut? Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung, *ZIS* 2016, S. 495 ff.
- Bottke*, Wilfried: Suizid und Strafrecht, 1982.
- Brammsen*, Joerg: Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, *GA* 2002, S. 193 ff.
- Brandstetter*, Wolfgang/*Zahrl*, Johannes: Die strafrechtliche Haftung des Arztes, *RdM* 1994, S. 17 ff.
- Brandts*, Ricarda/*Schiekofer*, Horst: Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, *JZ* 1987, S. 442 ff.
- Brodowski*, Dominik: Diskussionsbeiträge der 36. Tagung der deutschsprachigen Strafrechtslehrerinnen und Strafrechtslehrer 2015 in Augsburg, *ZStW* 127 (2015), S. 691 ff.
- Bruckmüller*, Karin/*Schumann*, Stefan: Die Heilbehandlung im österreichischen Strafrecht, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Auflage, 2010, S. 813 ff. (zit. in: Roxin/Schroth).
- Brügmann*, Walter: Widersprüchlichkeiten des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, *NJW* 1977, S. 1473 ff.

- Bublitz, Jan Christoph: Habeas Mentem? Psychiatrische Zwangseingriffe im Maßregelvollzug und die Freiheit gefährlicher Gedanken, ZIS 2011, S. 714 ff.*
- Bumke, Christian: Relative Rechtswidrigkeit. Systembildung und Binnendifferenzierung im Öffentlichen Recht, 2004 (zit.: Relative Rechtswidrigkeit).*
- Burgstaller, Manfred: Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen, 1974 (zit.: Fahrlässigkeitsdelikt).*
- Burgstaller, Manfred: Straßenverkehr und Strafrecht, Sonderheft „Recht im Straßenverkehr“, ZVR 1978, S. 20 ff.*
- Burgstaller, Manfred: Normative Lehren der objektiven Zurechnung, JAP 1992/93, S. 136 ff.*
- Bussmann, Daniel: Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, 1984 (zit.: Ärztliche Heileingriffe).*
- Casabona, Carlos Maria Romeo: El médico y el derecho penal, 1981.*
- Conde, Francisco Muño: Einige Fragen des ärztlichen Heileingriffs im spanischen Strafrecht, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 866 ff. (zit. in: Roxin/Schroth).*
- Conrad, Christian/Koranyi, Johannes: Die „hypothetische Einwilligung“ im Zivil- und Strafrecht vor dem Hintergrund des neuen § BGB § 630h BGB § 630H Absatz II 2 BGB, JuS 2013, S. 979 ff.*
- Cramer, Peter: Gedanken zur Reform der fahrlässigen Körperverletzung im Verkehrsstrafrecht, DAR 1974, S. 312 ff.*
- Cramer, Peter: Ein Sondertatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung. Einige Bemerkungen zu §§ 229, 230 des Entwurfes eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StRG), in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 761 ff.*
- Deiters, Mark: Organuntreue durch Spenden und prospektiv kompensationslose Anerkenntung, ZIS 2006, S. 152 ff.*
- Deutsch, Erwin: Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen. Aufklärung, NJW 1974, S. 1802 ff.*
- Deutsch, Erwin: Anmerkungen zu BGH NJW 1984, 1397, NJW 1984, S. 1399 ff.*
- Deutsch, Erwin: Aufklärungspflicht und Zurechnungszusammenhang, NJW 1989, S. 2313 ff.*
- Dierks, Christian/Graf-Baumann, Toni/Wienke, Albrecht u. a.: Empfehlungen zur Entwicklung des Arzthaftungsrechts, MedR 1996, S. 349 ff.*
- Dietlein, Johannes: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992.*
- Dietrich, Heinrich: Die Straflosigkeit ärztlicher Eingriffe, 1896.*
- Dirksen, Hans-Hermann: Arzt, Patient und Gewissen – Handlungspflicht oder Ablehnungsfreiheit, in: Kern, Gerson (Hrsg.), Arzt und Gewissen, 2010, S. 45 ff. (zit.: Arzt, Patient und Gewissen).*

- Dittrich, Robert: Die Entkriminalisierung des Verkehrsrechts in Österreich, DAR 1972, S. 35 ff.*
- Dohmen, Arndt/Fiedler, Manfred: Ökonomisierung im Gesundheitswesen: Betriebswirtschaftlicher Erfolg als Unternehmensziel, Deutsches Ärzteblatt 2015, 112 (9) abrufbar unter: <https://www.aerzteblatt.de/archiv/168344/Oekonomisierung-im-Gesundheitswesen-Betriebswirtschaftlicher-Erfolg-als-Unternehmensziel>.*
- Dohna, Alexander Graf zu: Die Rechtswidrigkeit als allgemeines Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre, 1905 (zit.: Rechtswidrigkeit).*
- Dölling, Dieter: Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, GA 1984, S. 17 ff.*
- Doucet, Jean-Paul: La protection pénale de la personne humaine, Band 1 La Protection De La Vie Et De L'intégrité Corporelle, 2. Auflage, 1994.*
- Dreher, Eduard: Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, in: Lüttger, Hans (Hrsg.), Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 207 ff.*
- Dreher, Mathis: Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003 (zit.: Objektive Erfolgszurechnung).*
- Dreier, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Auflage, 2013 (zit.: Bearbeiter, in: Dreier GG).*
- Dreuw, Heinrich/Bockenheimer-Lucius, Gisela/Simon, Alfred: Ethikleitlinie zur Behandlung von Zeugen Jehovas und deren Kindern, S. 1 abrufbar unter: <https://ethikkomitee.de/downloads/ethikleitlinie-zj-deutsch.pdf>.*
- Dürig, Günter: Der Grundsatz der Menschenwürde, AöR 81 (1956), S. 117 ff.*
- Duttge, Gunnar: Ein neuer Begriff der Fahrlässigkeit, GA 2003, S. 451 ff.*
- Duttge, Gunnar: Zum Unrechtsgehalt des kontraindizierten ärztlichen „Heileingriffs“, MedR 2005, S. 706 ff.*
- Duttge, Gunnar: Die „hypothetische Einwilligung“ als Strafausschlußgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Hoyer, Christian (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 179 ff.*
- Duttge, Gunnar: „Erlaubtes Risiko“ in einer personalen Unrechtslehre, in: Bloy, René (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 133 ff.*
- Duttge, Gunnar: Das Gewissen im Kontext des modernen Arztrechts, in: Bormann, Franz-Josef/Wetzstein, Verena, Gewissen. Dimensionen eines Grundrechtsbegriffs medizinischer Ethik, 2014, S. 543 ff. (zit.: Duttge, in: Gewissen).*
- Eberbach, Wolfram: Heimliche Aids-Tests, NJW 1987, S. 1470 ff.*
- Eberbach, Wolfram: Wird die ärztliche Aufklärung zur Fiktion? (Teil 1), MedR 2019, S. 1 ff.*
- Eberbach, Wolfram: Wird die ärztliche Aufklärung zur Fiktion? (Teil 2), MedR 2019, S. 111 ff.*
- Eberhardt, Dietrich: Selbstbestimmungsrecht des Patienten und ärztliche Aufklärungspflicht im Zivilrecht Frankreichs und Deutschlands, 1968 (zit.: Selbstbestimmungsrecht des Patienten).*

- Ebermayer, Ludwig: Der Arzt im Recht. Rechtliches Handbuch für Ärzte, 1930.*
- Ebert, Linda: Die eigenmächtige Heilbehandlung (§ 110 StGB) als überkommende Selbstbestimmung, 2019 (zit.: Die eigenmächtige Heilbehandlung).*
- Edlbauer, Benedikt: Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009 (zit.: Hypothetische Einwilligung).*
- Eibach, Ulrich/Schaefer, Klaus: Patientenautonomie und Patientenwünsche. Ergebnisse und ethische Reflexion von Patientenbefragungen zur selbstbestimmten Behandlung in Krisensituationen, MedR 2001, S. 21ff.*
- Eisele, Jörg: Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, zugleich Besprechung von BGH, Beschluss v. 15.10.2003 – 1 StR 300/03, JA 2005, S. 252 ff.*
- Eisele, Jörg: Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung. Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?, in: Derschka, Harald/Hausmann, Rainer/Löhnig, Martin (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, 2009, S. 163 ff.*
- Eisenberg, Ulrich: Kriminologie, 6. Auflage, 2005 (zit.: Eisenberg, § Rn.).*
- Eisenberg, Ulrich: Beweisrecht der StPO, 10. Auflage, 2017 (zit.: Bearbeiter, in: Eisenberg Beweisrecht).*
- El-Ghazi, Mohamad: Die Redundanz der hypothetischen Einwilligung – Plädoyer für eine Subjektivierung der strafrechtlichen Willensmängellehre, GA 2022, S. 449 ff.*
- Engisch, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931 (zit.: Kausalität).*
- Engisch, Karl: Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), S. 1 ff.*
- Engisch, Karl: Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bei Rechtfertigungsgründen, ZStW 70 (1958), S. 567 ff.*
- Engisch, Karl: Die Strafwürdigkeit der Unfruchtbarmachung mit Einwilligung, in: Geerds, Friedrich (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1965, S. 399 ff.*
- Engisch, Karl: Einführung in das Juristische Denken. In: Kohlhammer Urban Taschenbücher, Band 20, 10. Auflage, 2005 (zit.: Einführung).*
- Engländer, Armin: Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 2.11.2011 – 2 StR 375/11 (LG Koblenz), NStZ 2012, S. 274 ff.*
- Englerth, Markus: Behavioral Law and Economics: eine kritische Einführung, 2004 (zit.: Behavioral Law and Economics).*
- Eser, Albin: Strafrecht III. Schwerpunkte: Delikte gegen die Person und Gemeinschaftswerte, 2. Auflage, 1980.*
- Eser, Albin: Medizin und Strafrecht: eine schutzgotorientierte Problemübersicht, ZStW 97 (1985), S. 1 ff.*
- Eser, Albin: Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, S. 465 ff.*

- Eser, Albin:* Die Regulierung des Lebensendes als rechtliche Herausforderung, MedR 2018, S. 734 ff.
- Fateh-Moghadam, Bijan:* Die Einwilligung in die Lebendorganspende, 2008.
- Fateh-Moghadam, Bijan:* Blinde Flecken der liberalen Paternalismuskritik, in: *Fateh-Moghadam, Bijan/Sellmaier, Stephan/Vossenkuhl, Wilhelm (Hrsg.): Grenzen des Paternalismus*, 2010, S. 23 ff. (zit.: Grenzen des Paternalismus).
- Fateh-Moghadam, Bijan:* Die somatische Gentherapie, in: *Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.): Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Auflage, 2010, S. 888 ff. (zit. in: Roxin/Schroth).
- Felix, Dagmar:* Einheit der Rechtsordnung. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998 (zit.: Einheit der Rechtsordnung).
- Feuerbach, Johann Paul Anselm:* Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 1801 (Nachdruck von 1996).
- Finger, Augustin:* Kritische Operation und ärztliche Behandlung. Kritische Bemerkung zu der unter gleichem Titel veröffentlichten strafrechtlichen Studie des Dr. Carl Stooß, ord. öff. Professor der Rechte an der Universität in Wien, ZStW 20 (1900), S. 12 ff.
- Fischer, Kai:* Die Zulässigkeit aufgedrängten staatlichen Schutzes vor Selbstschädigung, 1997.
- Fischer, Thomas:* StGB mit Nebengesetzen Kommentar, 69. Auflage, 2022.
- Francke, Robert:* Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte. Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrecht und des Patientenschutzes, in: *Medizin in Recht und Ethik*, Band 30, 1994 (zit.: Ärztliche Berufsfreiheit).
- Franzki, Harald:* Von der Verantwortung des Richters für die Medizin – Entwicklung und Fehlentwicklung der Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 1994, S. 171 ff.
- Freund, Georg:* Erfolgsdelikt und Unterlassen – Zu den Legitimationsbedingungen von SchuldSpruch und Strafe, 1992 (zit.: Erfolgsdelikt und Unterlassen).
- Freund, Georg:* Zur Legitimationsfunktion des Zweckgedankens im gesamten Strafrechtssystem, in: *Wolter, Jürgen/Freund, Georg (Hrsg.): Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, Strafbegriff – Straftatzurechnung – Strafrechtszweck – Strafausschluss – Strafverzicht – Strafklageverzicht*, 1996, S. 43 ff. (zit. in: Wolter/Freund, Straftat, Strafzumessung und Strafprozess).
- Freund, Georg:* Der Aufbau der Straftat in der Fallbearbeitung, JuS 1997, S. 235 ff.
- Freund, Georg:* Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts: Eine Würdigung unter Einbeziehung der Stellungnahme des Arbeitskreises von Strafrechtslehrern, in: ZStW 109 (1997), S. 455 ff.
- Freund, Georg:* Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.10.2002 – 4 StR 281/02 (LG Rostock): Zum Rücktritt vom Versuch bei einem mehraktigen Unterlassungsdelikt, NStZ 2003, 252 f.; in: NStZ 2004, S. 326 ff.
- Freund, Georg:* Nabelschnurblut und das Zustimmungserfordernis bei der Gewinnung und Verwendung menschlicher Körperstoffe, MedR 2005, S. 453 ff.

Freund, Georg: Die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit – Zur Funktion gesetzlicher Begriffe und ihrer Definition bei der Rechtskonkretisierung, in: Hettinger, Michael/Hillenkamp, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 63 ff.

Freund, Georg: Recht als Weg zu Gerechtigkeit am Beginn und am Ende des Lebens? – Gedanken zu (Spät-)Abtreibung und Sterbehilfe, in: Humane Orientierungswissenschaft – Was leisten verschiedene Wissenschaftskulturen für das Verständnis menschlicher Lebenswelt?, 2008, S. 149 ff. (zit.: Humane Orientierungswissenschaft).

Freund, Georg: Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen – Zur gesetzlichen Regelung begehungsgleichen Unterlassens und anderer Fälle der Tatbestandsverwirklichung im Allgemeinen Teil des StGB, in: Putzke, Holm (Hrsg.), Festschrift für Herzberg zum 70. Geburtstag, 2008, S. 225 ff.

Freund, Georg: Die besonders leichtfertige Tötung – Zugleich ein Beitrag zur „spezifischen Gefahrverwirklichung“ bei der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), in: Freund, Georg/Murmann, Uwe/Bloy, René/Perron, Walter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, 2013, S. 677.

Freund, Georg: Jakobs und die Unterlassungsdelikte – Von der Verhaltensform zur Qualität der Verhaltensnorm, in: Strafrecht und Gesellschaft, 2019, S. 379 ff.

Freund, Georg: Normentheoretisch-funktionale Kritik einer Kategorie der Zurechnung – Wider den Gebrauch einer dogmatischen Leerformel, in: Aichele/Renzikowski/Rostalski (Hrsg.), Normentheorie – Grundlage einer universalen Strafrechtsdogmatik – Buttenheimer Gespräche, 2022, S. 83 ff. (zit.: Buttenheimer Gespräche).

Freund, Georg/Bünzel, Annika: Die Elemente der Straftat und ihre Konkretisierung in der Fallbearbeitung, 2022 (zit.: Die Elemente der Straftat).

Freund, Georg/Heubel, Friedrich: Der menschliche Körper als Rechtsbegriff, MedR 1995, S. 194 ff.

Freund, Georg/Rostalski, Frauke: Normkonkretisierung und Normbefolgung – Zu den Entstehungsbedingungen kontext- und adressatenspezifischer Ver- und Gebote sowie von konkreten Sanktionsanordnungen, GA 2018, S. 264 ff.

Freund, Georg/Rostalski, Frauke: Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 3. Auflage, 2019 (zit.: AT).

Freund, Georg/Rostalski, Frauke: Vorsätzliches Tötungsverhalten und (qualifizierte) Tötungsfahrlässigkeit. Plädoyer für den dolus (eventalis) und die Ersetzung todeserfolgsqualifizierter Delikte durch einen Tatbestand qualifiziert fahrlässiger Tötung, JZ 2020, S. 241 ff.

Freund, Georg/Rostalski, Frauke: Tatbestand und Rechtsfolge. Vom Strafgesetz zur Sanktionsnorm, GA 2022, S. 543 ff.

Freund, Georg/Telöken, Verena: Der praktische Fall – Strafrecht: „Von Höllen-Engeln und Banditen“, ZJS 2012, S. 796 ff.

Freund, Georg/Weiss, Natalie: Zur Zulässigkeit der Verwendung menschlichen Körpermaterials für Forschungs- und anderer Zwecke, MedR 2004, S. 315 ff.

- Frisch, Wolfgang:* Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes; zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbeständlicher Möglichkeitsvorstellungen, 1983 (zit.: Vorsatz und Risiko).
- Frisch, Wolfgang:* Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988 (zit.: Tatbestandsmäßiges Verhalten).
- Frisch, Wolfgang:* Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? – BGHSt 36, 1, JuS 1990, S. 362 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Selbstgefährdung im Strafrecht – Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, NStZ 1992, S. 1 ff.
- Frisch, Wolfgang:* An den Grenzen des Strafrechts, in: Küper, Wilfried/Welp, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, 1993, S. 69 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Die Einwilligung im Strafrecht, in: Rechtfertigung und Entschuldigung, Band 4 (Ostasiatisches-Deutsches Strafrechtskolloquium Tokio 1993), 1995, S. 321 ff. (zit.: *Frisch*, in: Rechtfertigung und Entschuldigung).
- Frisch, Wolfgang:* Zum Unrecht der sittenwidrigen Körperverletzung (§ 228 StGB), in: Festschrift für Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Weigend, Thomas (Hrsg.), 1999, S. 485 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Faszinierendes, Berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 213 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Die Conditio-Formel: Anweisung zur Tatsachenfeststellung oder normative Aussage?, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2003, S. 51 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Objektive Zurechnung des Erfolgs – Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgszurechnung, JuS 2011, S. 205 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Objektive Zurechnung des Erfolgs – Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgszurechnung, JuS 2011, S. 116 ff.
- Frisch, Wolfgang:* Voraussetzungen und Grenzen staatlichen Strafens, NStZ 2016, S. 16 ff.
- Frister, Helmut/Lindemann, Michael/Peters, Thomas Alexander:* Arztstrafrecht, 2011.
- Fuchs, Helmut/Reindl-Krauskopf, Susanne:* Strafrecht BT I, Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen), 4. Auflage, 2014.
- Gaede, Karsten:* Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014 (zit.: Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht).
- Gaede, Karsten:* Update im Medizinstrafrecht – Entscheidungen, Tendenzen, in: Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht: 8. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag, Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein (Hrsg.), 2018, S. 11 ff. (zit.: Update im Medizinstrafrecht).

- Gahl, Klaus:* Zur Geschichte des Begriffes der medizinischen Indikation, in: Dorries, Andrea/Lipp, Volker (Hrsg.), *Medizinische Indikation. Ärztliche, ethische und rechtliche Perspektiven. Grundlagen und Praxis*, 2015, S. 24 ff.
- Gallas, Wilhelm:* Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, *ZStW* 67 (1955), S. 1 ff.
- Gallas, Wilhelm:* Die Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs, *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, Kaufmann, Arthur/Bemmam, Günter/Krauss, Detlef/Volk, Klaus (Hrsg.), 1979, S. 155 ff.
- Garbe, Manuel:* Wille und Hypothese – zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011 (zit.: Wille und Hypothese).
- Gärditz, Klaus Ferdinand:* Demokratizität des Strafrechts und *Ultima ratio* Grundsatz, *JZ* 2016, S. 641 ff.
- Geerds, Friedrich:* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953 (zit.: Einwilligung).
- Geerds, Friedrich:* Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, *GA* 1954, 262 ff.
- Geilen, Gerd:* Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, 1963.
- Geilen, Gerd:* Der ärztliche Spagat zwischen „*salus*“ und „*voluntas aegroti*“, in: Feltes, Thomas (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 289 ff.
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter:* *Arzthaftpflichtrecht*, 8. Auflage, 2022.
- Gercke, Björn/Leimenstoll, Ulrich/Stirner, Kerstin:* *Handbuch Medizinstrafrecht*, 2020.
- Giebel, Gerald/Wienke, Albrecht/Sauerborn, Jürgen/Edelmann, Martin/Mennigen, Rudolf/Dievenich, Anne:* Das Aufklärungsgespräch zwischen Wollen, Können und Müssten, *NJW* 2001, S. 863 ff. (zit.: *Wienke et al.*).
- Giesen, Dieter:* Ethische und rechtliche Probleme am Ende des Lebens, *JZ* 1990, S. 929 ff.
- Giesen, Dieter:* *Arzthaftungsrecht*, 2009.
- Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht*, Neumayr, Matthias/Resch, Reinhard/Wallner, Felix (Hrsg.), 2016.
- Gomez Rivero, Maria del Carmen:* La responsabilidad penal del médico, 2008.
- Gössel, Karl Heinz/Dölling, Dieter:* *Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte*, 2. Auflage, 2004.
- Gotzler, Max:* Rechtmäßiges Alternativverhalten im haftungsbegründenden Zurechnungszusammenhang, 1977.
- Graf Vitzthum, Wolfgang:* Das Verfassungsrecht vor der Herausforderung von Gentechnologie und Reproduktionsmedizin, in: Braun, Volkmar/Mieth, Dietmar/Steigleder, Klaus (Hrsg.), *Ethische und rechtliche Fragen der Gentechnologie und der Reproduktionsmedizin (Gentechnologie „Chancen und Risiken“)*, 1987, S. 263 ff. (zit. in: *Ethische und rechtliche Fragen Gentechnologie*).

- Greiff, Martin Sebastian: Notwendigkeit und Möglichkeit einer Entkriminalisierung leicht fahrlässigen ärztlichen Handelns, 2005 (zit.: Notwendigkeit einer Entkriminalisierung).*
- Gropp, Walter: Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Hoyer, Christian (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 197 ff.*
- Gropp, Walter: Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff – ein Rechtfertigungsgrund – Überlegungen zum Gehalt der strafatbestandsmäßigen Handlung, GA 2015, S. 5 ff.*
- Grünwald, Gerald: Heilbehandlung und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Arzt und Recht, Medizinisch-juristische Grenzprobleme unserer Zeit, 1966, S. 125 ff. (zit. in: Arzt und Recht).*
- Günther, Hans Ludwig: Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß, 1983 (zit.: Strafrechtswidrigkeit).*
- Günther, Hans Ludwig: Die Untreue im Wirtschaftsrecht, in: Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric/Mitsch, Wolfgang/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag, 2004, S. 311 ff.*
- Haas, Volker: Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, GA 2015, S. 86 ff.*
- Haas, Volker: Zur Bedeutung hypothetischer Geschehensverläufe für den Ausschluss und die Minderung des Tatunrechts, GA 2015, S. 147 ff.*
- Hagedorn, Manfred: Die Entbehrlichkeit der Einwilligung und Aufklärung bei Heilbehandlungen nach dem Strafgesetzbuch-Entwurf 1962, 1964 (zit.: Einwilligung und Aufklärung).*
- Hamm, O.: Operative Eingriffe der Ärzte, DJZ 1907, S. 447 ff.*
- Hanika, Heinrich: Patientencharta – Stärkung der Rechte des Patienten bei der Reform der Gesundheitssysteme in Europa – Herausforderungen für Deutschland?!, MedR 1999, S. 157 ff.*
- Härle, Wilfried: Patienten„autonomie“ aus ethischer Sicht – Zur Aufhebung des Widerspruchs zwischen Selbstbestimmung und Fürsorge, FPR 2007, S. 47 ff.*
- Hartmann, Tanja: Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung. Betrachtungen zu §§ 229, 230 des Entwurfes eines Sechsten Strafrechtsreformgesetzes, 2000 (zit.: Eigenmächtige und fehlerhafte Behandlung).*
- Hassemer, Winfried: Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973 (zit.: Theorie und Soziologie des Verbrechens).*
- Hausch, Axel: Das Verschuldenserfordernis bei der Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, VersR 2009, S. 1178 ff.*
- Heckhausen, Jutta u. Heinz: Motivation und Handeln, 2010.*
- Hefendehl, Roland: Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002 (zit.: Kollektive Rechtsgüter).*
- Hegler, A.: Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36 (1916), 19 ff.*

- Heinrich, Manfred: Rechtsgutzugriff und Entscheidungsträgerschaft, 2002 (zit.: Rechtsgutzugriff).*
- Hengstenberg, Nike: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht – Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, 2013 (zit.: Die hypothetische Einwilligung).*
- Herzberg, Rolf Dietrich: Vorsatz und erlaubtes Risiko – insbesondere bei der Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB), JR 1986, S. 6 ff.*
- Herzberg, Rolf Dietrich: Das vollendete vorsätzliche Begehungsdelikt als qualifiziertes Versuchs-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikt, JuS 1996, S. 377 ff.*
- Herzberg, Rolf Dietrich: Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, NJW 1996, S. 3043 ff.*
- Herzberg, Rolf Dietrich: Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch, NStZ 2004, S. 593 ff.*
- Herzberg, Rolf Dietrich: Setzt „vorsätzliches Handeln“ (§ 15 StGB) ein „Wollen“ der Tatbestandsverwirklichung voraus?, JZ 2018, S. 122 ff.*
- Hillgruber, Christian: Der Schutz des Menschen vor sich selbst, 1992.*
- Hirsch, Günter: Die Rechtsprechung – ein Spiegel der Gesellschaft, MedR 2001, S. 599 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Soziale Adäquanz und Unrechtslehre, ZStW 74 (1962), S. 78 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Hauptprobleme einer Reform der Delikte gegen die körperliche Unversehrtheit, ZStW 83 (1971), S. 104 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Stratenwerth, Günter (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 775 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Gegenwart und Zukunft des Privatklageverfahrens, in: Warda, Günter/Waider, Heribert/Hippel, Reinhard von/Meurer, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 816 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Der unmittelbare Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt, in: Herzberg, Rolf (Hrsg.), Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, 1985, S. 111 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht, ZStW 106 (1994), S. 746 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Zur Frage eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Gössel, Karl Heinz/Triffterer, Otto (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 353 ff.*
- Hirsch, Hans Joachim: Zum Unrecht des fahrlässigen Delikts, in: Dölling, Dieter, Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, 2003, S. 515 ff.*
- Hoffmann, Friedrich: Fahrlässige Körperverletzung im Straßenverkehr – eine Straftat?, NZV 1993, S. 209 ff.*
- Höfling, Wolfram: Recht auf Selbstbestimmung versus Pflicht zur Gesundheit, ZEFQ 103 (2009), S. 286 ff.*

- Hollenbach, Axel: Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis, 2003 (zit.: Grundrechtsschutz).*
- Holznagel, Sascha: Zustimmung als negatives Tatbestandsmerkmal. Dekonstruktion der Zweiteilungslehre und Rekonstruktion einer einheitlichen Zustimmungsdogmatik unter besonderer Berücksichtigung subjektiver Wirksamkeitshindernisse, 2019 (zit.: Zustimmung als negatives Tatbestandsmerkmal).*
- Honig, Richard: Die Einwilligung des Verletzten – Teil 1: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, 1919 (zit.: Einwilligung).*
- Hoppe, Jürgen: Der Zeitpunkt der Aufklärung des Patienten – Konsequenzen der neuen Rechtsprechung, NJW 1998, S. 782 ff.*
- Hossfeld, Dieter K.: Medizin-Ethik: Wenn der Patient die Behandlung ablehnt, von der du meinst, dass er sie benötigt, Hamburger Ärzteblatt vom 7.8.2010, S. 30 ff.*
- Hruschka, Joachim: Die Nötigung im System des Strafrechts, JZ 1995, S. 737 ff.*
- Hruschka, Joachim: Die Blockade einer Autobahn durch Demonstranten – eine Nötigung?, NJW 1996, S. 160 ff.*
- Hüber, Frank/Schmid, Julia: Verzerrter Rückspiegel Experimente zeigen: Im Nachhinein neigen wir dazu, es schon immer gewusst zu haben, WZB 2010, S. 33 ff.*
- Huber, Franziska: Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem. Zum Informed Consent als Indikationsäquivalent, 2020 (zit.: Medizinische Indikation).*
- Hufen, Friedhelm: In dubio pro dignitate, NJW 2001, S. 849 ff.*
- Hufen, Friedhelm: Die Menschenwürde, Art. 1 GG, JuS 2010, S. 1 ff.*
- Hüttenrauch, Katrin: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.10.2011 – 1 StR 134/11 (LG Bayreuth), NJ 2013, S. 39 ff.*
- Ida, Makoto: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes wegen eines Behandlungsfehlers nach japanischem Recht, in: Stamm, Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Helmut Rüßmann, 2013, S. 711 ff.*
- Immig, Maximilian: Die Selbstbestimmungsaufklärung im Arztstrafrecht, 2016 (zit.: Die Selbstbestimmungsaufklärung).*
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band VII, 3. Auflage, 2009 (zit.: Handbuch des Staatsrechts).*
- Iversen, Katrina: Die Bedeutung der zivilrechtlichen Aufklärungspflichten für die Einwilligung in die Körperverletzung, HRRS 2018, S. 475 ff.*
- Jäger, Christian: Anmerkung zu BGH, 11.10.2011 – 1 StR 134/11: Gut gemeint, aber schlecht gemacht, JA 2012, S. 70 ff.*
- Jäger, Christian: Die Delikte gegen Leben und körperliche Unversehrtheit nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz – Ein Leitfaden für Studium und Praxis, JuS 2000, S. 31 ff.*
- Jäger, Christian: Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Müller-Dietz, Heinz/Radtke, Henning (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag, 2007, S. 345 ff.*

- Jäger*, Christian: Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2007 (zit.: Zurechnung).
- Jäger*, Christian: Die hypothetische Einwilligung auf dem Prüfstand. Anmerkung zu AG Moers, Urteil vom 22.10.2015 – 601 Ds-103 Js 80/14-44/15, JA 2016, S. 472 ff.
- Jäger*, Christian: Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Auflage, 2021.
- Jahn*, Matthias: Verstoß gegen Selbstbelastungsfreiheit durch Verdeckten Ermittler, JuS 2007, S. 1146 ff.
- Jahn*, Matthias/*Brodowski*, Dominik: Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips, JZ 2016, S. 969 ff.
- Jahn*, Matthias/*Ziemann*, Sascha: „Untreuestrafrecht 2.0“ Theoretische und systematische Grundlagen der Dogmatik des § 266 StGB im Rechtsstaat, ZIS 2016, S. 552 ff.
- Jakobs*, Günther: Das Fahrlässigkeitsdelikt, Beiheft ZStW 86 (1974), S. 6 ff.
- Jakobs*, Günther: Schuld und Prävention, 1976 (zit.: Schuld).
- Jakobs*, Günther: Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89 (1977), S. 1 ff.
- Jakobs*, Günther: Risikokonkurrenz – Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 53 ff.
- Jakobs*, Günther: Norm, Person, Gesellschaft, Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 3. Auflage, 2008.
- Jakobs*, Günther: Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Grundlagen und die Zurechnungslehre –, 2. Auflage, 2011 (zit.: AT Kap/Rn.).
- Jansen*, Scarlett: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Notwendiges Korrektiv oder systemwidriges Institut?, ZJS 2011, S. 482 ff.
- Jarass*, Hans D./*Pieroth*, Bodo: GG 17. Auflage, 2022.
- Jerouschek*, Günter: Körperverletzung durch Gammastrahlenbehandlung, JuS 1999, S. 746 ff.
- Jescheck*, Hans Heinrich/*Weigend*, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996 (zit.: AT, § Rn.).
- Joost*, Nine: Schönheitoperationen – die Einwilligung in medizinisch nicht indizierte „wunscherfüllende“ Eingriffe, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 383 ff.
- Jordan*, Adolf-Dietrich: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 29.6.1995 – 4 StR 760/94, JR 1997, S. 32 ff.
- Jordan*, Jochen: Zur psychischen Verarbeitung einer perkutanen transluminalen Koronarangioplastie (PTCA) unmittelbar vor und nach dem Eingriff, in: Schmidt, Lothar R. (Hrsg.), Psychologische Aspekte medizinischer Maßnahmen, 1992, S. 152 ff. (zit.: *Jordan*, in: Schmidt, Psychologische Aspekte).
- Jungnickel*, Sebastian/*Meinel*, Gernod: Aufklärungsdefizit und verwirklichtes Risiko, MDR 1988, S. 456 ff.

- Jürges*, Oliver: Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung für ärztliche Behandlungsfehler, 2005 (zit.: Die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung).
- Kahl*, Wolfgang: Klimaschutz und Grundrechte, JURA 2021, S. 117 ff.
- Kaiser*, Günther: Verkehrsdelinquenz und Generalprävention, 1970 (zit.: Verkehrsdelinquenz).
- Kämpfer*, Ulf: Die Selbstbestimmung Sterbewilliger. Sterbehilfe im deutschen und amerikanischen Verfassungsrecht, 2005 (zit.: Die Selbstbestimmung Sterbewilliger).
- Kargl*, Walter: Körperverletzung durch Heilbehandlung, GA 2001, S. 538 ff.
- Kargl*, Walter: Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, in: Schünemann, Bernd/ Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 905 ff.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, Barthe, Christoph/Gericke, Jan (Hrsg.), 9. Auflage, 2023.
- Katzenmeier*, Christian: Ein Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, ZRP 1997, S. 156 ff.
- Katzenmeier*, Christian: Arzthaftung, 2002.
- Katzenmeier*, Christian: Rechtsfragen der Placebobehandlung, MedR 2018, S. 367 ff.
- Kaufmann*, Armin: Das Unrechtsbewusstsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949 (zit.: Unrechtsbewusstsein).
- Kaufmann*, Armin: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert – Gesamte Aufsätze und Vorträge, 1982 (zit.: Strafrechtsdogmatik).
- Kaufmann*, Armin: Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 2. Auflage, 1988 (zit.: Normentheorie).
- Kaufmann*, Arthur: Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, JZ 1954, S. 653 ff.
- Kaufmann*, Arthur: Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum, JZ 1956, S. 353 ff.
- Kaufmann*, Arthur: Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, in: Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 200 ff.
- Kaufmann*, Arthur: Die eigenmächtige Heilbehandlung, ZStW 73 (1961), S. 341 ff.
- Kaufmann*, Arthur: Subsidiarität und Strafrecht, in: Roxin, Claus (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 89 ff.
- Kaufmann*, Arthur: Schuld und Prävention, in: Broda, Christian (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum 60. Geburtstag, 1985, S. 889 ff.
- Kaufmann*, Arthur/*Hassemer*, Winfried/*Neumann*, Ulfrid (Hrsg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Auflage, 2004.
- Kienapfel*, Diethelm/*Schroll*, Hans Valentin: Studienbuch. Strafrecht Besonderer Teil I. Delikte gegen Personenwerte, 3. Auflage, 2012 (zit.: BT I).

- Kindhäuser*, Urs: erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit – Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung, GA 1994, S. 197 ff.
- Kindhäuser*, Urs: Zum sog. „unerlaubten“ Risiko, in: Bloy, René (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 70. Geburtstag, 2010, S. 397 ff.
- Kindhäuser*, Urs: Straf-Recht und ultima-ratio-Prinzip, ZStW 129 (2017), S. 382 ff.
- Kindhäuser*, Urs/*Schramm*, Edward: Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 10. Auflage, 2022 (zit.: BT 1).
- Kingreen*, Thorsten/*Poscher*, Ralf: Grundrechte. Staatsrecht II, 37. Auflage, 2021 (zit.: Grundrechte).
- Kirchhoff*, Paul: Unterschiedliche Rechtswidrigkeiten in einer einheitlichen Rechtsordnung, 1978.
- Klose*, Martin/*Straub*, Marvin: Willensmängel bei der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung, MedR 2019, S. 714 ff.
- Khuth*, Winfried: Ärztliche Berufs- und Gewissensfreiheit im Rahmen eines ökonomisch gesteuerten Gesundheitssystems, in: Thomas, Hans, Ärztliche Freiheit und Berufsethos, 2005 (zit. in: Ärztliche Freiheit).
- Knauer*, Christoph: Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung – Überzogene Anforderungen an den Arzt?, in: Roxin, Claus/*Schroth*, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 11 ff. (zit. in: Roxin/*Schroth*).
- Knoche*, Joachim: Nebenwirkungen überzogener Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht – eine Analyse der juristisch-medizinischen Wechselbeziehung, NJW 1989, S. 757 ff.
- Koch*, Arnd: Die Entkriminalisierung im Bereich der fahrlässigen Körperverletzung und Tötung, 1998 (zit.: Entkriminalisierung).
- Koch*, Kristin: Der Eid des Hippokrates gestern und heute – sein Einfluss auf das moderne Medizinstrafrecht. Ein Weg von „*salus aegroti suprema lex*“ zu „*voluntas aegroti suprema lex*“, 2018 (zit.: Der Eid des Hippokrates).
- Köhler*, Michael: Nötigung als Freiheitsdelikt, in: Kerner, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für Heinz Leferenz zum 70. Geburtstag, 1983, S. 511 ff.
- Köhler*, Michael: Selbstbestimmung im Rechtsverhältnis zwischen Patient und Arzt, in: Hettinger, Michael/Hillenkamp, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 275 ff.
- Kohlrausch*, Eduard/*Lange*, Richard: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 43. Auflage, 1961.
- Kolbe*, Frederike: Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung. Grundrechtliche Grenzen paternalistischen Staatshandelns, 2017 (zit.: Freiheitsschutz vor staatlicher Gesundheitssteuerung).
- Komp*, Lennart/*Thrun*, Felix: Impfzwang als verfassungsrechtlich zulässiges Mittel gegen Masern?, JA 2020, S. 195 ff.
- Kraatz*, Erik: Arztstrafrecht, 2. Auflage, 2018.

- Krack, Ralf:* Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente – insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs, in: Koriat, Heinz/Krack, Ralf/Radke, Henning (Hrsg.), *Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung*, 2010, S. 145 ff. (zit. in: *Grundfragen des Strafrechts*).
- Kramer, Hans-Jürgen:* Rechtsfragen der Organtransplantation, 1987.
- Krauß, Detlef:* Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht, *ZStW* 76 (1962), S. 19 ff.
- Krauß, Detlef:* Die Zurechnung des Erfolges im Unrechtstatbestand, 1963.
- Krauß, Detlef:* Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Kaufmann, Arthur/Bemann, Günter/Krauss, Detlef/Volk, Klaus (Hrsg.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, 1979, S. 557 ff.
- Kreße, Bernhard:* Die Rechtsfolgen transplantsrechtlicher Aufklärungspflichtverstöße bei der lebendorganspende, *MedR* 2019, S. 529 ff.
- Krey, Volker/Esser, Robert:* Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2021 (zit.: AT § Rn.).
- Kriminalpolitischer Kreis:* Für eine sachgerechte Regelung der eigenmächtigen Heilbehandlung, *medstra* 2021, S. 65 ff.
- Krüger, Matthias:* Zur hypothetischen Einwilligung – Grund, Grenzen und Perspektiven einer verkannten Zurechnungsfigur; in: Satzger, Hellmut/Fahl, Christian/Swoboda, Sabine/Müller, Eckart (Hrsg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 137 ff.
- Krüger, Matthias:* Hypothesen zur hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht, *medstra* 2017, S. 12 ff.
- Krüger, Matthias/Helml, Sarah:* Wunscherfüllende Medizin und wirtschaftliche Aufklärungspflicht, *GesR* 2011, S. 584 ff.
- Kubiciel, Michael:* Gesellschaftsrechtliche Pflichtwidrigkeit und Untreuestrafbarkeit, *NStZ* 2005, S. 353 ff.
- Kühl, Kristian:* Das erfolgsqualifizierte Delikt (Teil I) – Das vollendete erfolgsqualifizierte Delikt, *Jura* 2002, S. 810 ff.
- Kühl, Kristian:* Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017 (zit.: AT, § Rn.).
- Kuhlen, Lothar:* Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989.
- Kuhlen, Lothar:* Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmaßlichen Einwilligung, in: Blitz, Guido (Hrsg.), *Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 431 ff.
- Kuhlen, Lothar:* Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen, in: Schünemann, Bernd/Achenbach, Hans/Bottke, Wilfried/Haffke, Bernhard/Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, 2001, S. 331 ff.
- Kuhlen, Lothar:* Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, *JR* 2004, S. 227 ff.
- Kuhlen, Lothar:* Hypothetische Einwilligung und „Erfolgszurechnung“, *JZ* 2005, S. 713 ff.

- Kuhlen*, Lothar: Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, 2006 (zit.: Verfassungskonforme Auslegung).
- Kuhlen*, Lothar: Kongruenz zwischen Erfüllung des objektiven und des subjektiven Tatbestandes bei Rechtfertigungsgründen, in: Satzger, Hellmut/Fahl, Christian/Swo-boda, Sabine/Müller, Eckart (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburts-tag, 2015, S. 153 ff.
- Kuhlen*, Lothar: Rezension von: Karsten Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, GA 2015, S. 709 ff.
- Kühne*, Hans-Heiner: Die strafrechtliche Relevanz eines auf Fehlvorstellungen gegründeten Rechtsgutsverständnisses, JZ 1979, S. 241 ff.
- Kühne*, Hans-Heiner: Strafprozessrecht – Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrecht, 9. Auflage, 2015 (zit.: Strafprozessrecht, § Rn.).
- Küper*, Wilfried: „Autonomie“, Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, JZ 1986, S. 219 ff.
- Küper*, Wilfried: Überlegungen zum sog. Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim Fahr-lässigkeitsdelikt, in: Küper, Wilfried/Puppe, Ingeborg/Tenckhoff, Jörg (Hrsg.), Fest-schrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 247 ff.
- Küper*, Wilfried: „Gesamttatbewertende“ Deliktsmerkmale im Straftatsystem – darge-stellt am Merkmal der Verwerflichkeit, GA 2018, S. 477 ff.
- Lackner*, Karl/*Kühl*, Kristian/*Heger*, Martin: Strafgesetzbuchkommentar 30. Auflage, 2023.
- Lagodny*, Otto: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte. Die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik, dargestellt am Bei-spiel der Vorfeldkriminalisierung, 1996 (zit.: Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte).
- Lampe*, Ernst-Joachim: Gefährliche Körperverletzung und körperliche Gefährdung, ZStW 83 (1971), S. 200 ff.
- Lange*, Richard: Irrtumsfragen bei der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, JZ 1953, S. 9 ff.
- Laufs*, Adolf: Zur deliktsrechtlichen Problematik der ärztlichen Eigenmacht, NJW 1969, S. 529 ff.
- Laufs*, Adolf: Die Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht und ihre deliktischen Folgen, NJW 1974, S. 2025 ff.
- Laufs*, Adolf: Die Entwicklung des Arztrechts 1986/87, NJW 1987, S. 1449 ff.
- Laufs*, Adolf/*Katzenmeier*, Christian/*Lipp*, Volker: Arztrecht, 8. Auflage, 2021.
- Laufs*, Adolf/*Kern*, Bernd-Rüdiger: Die ärztliche Aufklärungspflicht unter besonderer Berücksichtigung der richterlichen Spruchpraxis, 1983 (zit.: Die ärztliche Aufklä-rungspflicht).
- Laufs*, Adolf/*Kern*, Bernd-Rüdiger/*Rehborn*, Martin: Handbuch des Arztrecht, 5. Auf-lage, 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*).

- Lechner, Daniel: Die Auswirkungen des Patientenrechtegesetzes auf den Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht – eine strafrechtliche Analyse, MedR 2013, S. 429 ff.
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 7, 10. Auflage, 1989 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK-StGB 10. Auflage).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar; Band 2, 11. Auflage, 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK-StGB 11. Aufl.).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar, Band 2, 12. Auflage, 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK-StGB).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar; Band 6, 11. Auflage, 2011 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK-StGB 2011).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar, Band 7 Teil 1, 12. Auflage, 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK-StGB).
- Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch. Großkommentar, Band 10, 13. Auflage, 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: LK-StGB).
- Lenckner, Theodor: Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung, GA 1985, S. 295 ff.
- Lenckner, Theodor: Der ärztliche Eingriff, insbesondere der Heileingriff, in: Forster, Balduin (Hrsg.), Praxis der Rechtsmedizin für Mediziner und Juristen, 1986, S. 592 ff. (zit. in: Praxis der Rechtsmedizin).
- Lewisch, Peter: Strafrecht Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168a StGB, 2. Auflage, 1999 (zit.: Strafrecht BT I).
- Lilie, Hans: Zur Verfahrenswirklichkeit des Arztstrafrechts, in: Henning Rosenau/Hakan Hakeri (Hrsg.), Der medizinische Behandlungsfehler, Beiträge des 3. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin- und Biorecht, S. 191 ff. (zit. in: Rosenau/Hakeri).
- Lindenberg, Helen: Zur Rechtmäßigkeit von geschlechtskorrigierenden Operationen an intersexuellen Kindern und Jugendlichen, MedR 2019, S. 208 ff.
- Lipp, Volker: Die medizinische Indikation – ein „Kernstück ärztlicher Legitimation“?, MedR 2015, S. 762 ff.
- Liszt, Franz von: Die Verantwortlichkeit bei ärztlichen Handlungen, in: Zeitschrift für ärztliche Fortbildung, 1904, Sonderdruck, S. 32 ff.
- Loose, Andrea: Strafrechtliche Grenzen ärztlicher Behandlung und Forschung, 2003 (zit.: Strafrechtliche Grenzen).
- Löwe-Rosenberg StPO Kommentar, Becker, Jörg-Peter/Erb, Volker/Esser, Robert/Graalmann-Scheerer, Kirsten/Hilger, Hans/Ignor, Alexander (Hrsg.), Band 5/1, 27. Auflage, 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Löwe-Rosenberg).
- Lüderssen, Klaus: Gesellschaftsrechtliche Grenzen der strafrechtlichen Haftung des Aufsichtsrats, in: Dölling, Dieter (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 727 ff.
- Magnus, Dorothea: Patientenautonomie im Strafrecht, 2015 (zit.: Patientenautonomie).

- Magnus*, Dorothea: Informed consent: Ein hinreichendes Konzept im Strafrecht?, Nomos Tagungsband „Selbst- oder bestimmt?“ Illusion und Realitäten des Medizinrechts, Baden-Baden 2016 (zit. in: Lindner, Selbst und bestimmt?).
- Maihofer*, Werner: Rechtsstaat und menschliche Würde, 1968.
- Maiwald*, Manfred: Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 9 ff.
- Maleczky*, Oskar: Unvernünftige Verweigerung der Einwilligung in die Heilbehandlung, ÖJZ 1994, S. 681 ff.
- Mangoldt*, Hermann von/*Klein*, Friedrich/*Starck*, Christian: GG Kommentar, 8. Auflage, 2023.
- Marquard*, Odo: Medizinerfolg und Medizinkritik. Die modernen Menschen als Prinzessinnen auf der Erbse, Gynäkologie, Band 22 (1989), S. 339 ff.
- Maunz*, Theodor/*Dürig*, Günter: GG Werksstand EL 98 März, 2022.
- Maurach*, Reinhart/*Gössel*, Karl Heinz/*Zipf*, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teilband 2, 7. Auflage, 1989 (zit.: AT 2, § Rn.).
- Maurach*, Reinhart/*Schroeder*, Friedrich-Christian/*Maiwald*, Manfred/*Hoyer*, Andreas/*Momsen*, Carsten: Strafrecht Besonderer Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 11. Auflage, 2019 (zit.: BT 1, § Rn.).
- Maurach*, Reinhart/*Zipf*, Heinz: Strafrecht Allgemeiner Teil – Teilband 1: Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, 8. Auflage, 1992 (zit.: AT 1, § Rn.).
- Mendl*, Gabriela/*Lenhart*, Franz-P.: Psychologische Aspekte der Leitungsanästhesie, in: Schmidt, Lothar R. (Hrsg.), Psychologische Aspekte medizinischer Maßnahmen, 1992, S. 115 ff. (zit.: *Mendl/Lenhart*, in: Schmidt, Psychologische Aspekte).
- Merkel*, Adolf: Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1889 (zit.: Strafrecht).
- Merkel*, Grischa: Das Sprachspiel der Schuld, in: Roth, Gerhard/Hubig, Stefanie/Bamberger, Georg (Hrsg.), Schuld und Strafe Neue Fragen, Tagungsband zur Tagung vom 19. Mai 2010 in Berlin, 2012, S. 19 ff. (zit. in: Schuld und Strafe).
- Merkel*, Grischa: Prinzipielles und Prozessuelles zur hypothetischen Einwilligung in ärztliche Heileingriffe, JZ 2013, S. 975 ff.
- Merkel*, Reinhard: Früheuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, 2001 (zit.: Früh-euthanasie).
- Merkel*, Reinhart: Der Schwangerschaftsabbruch, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 295 ff. (zit. in: Roxin/Schroth).
- Metzger*, Edmund: Strafrecht, Ein Lehrbuch, 3. Auflage, 1949.
- Meyer*, Maria-Katharina: Reform der Heilbehandlung ohne Ende – Ein Beitrag zum geltenden Strafrecht und zum Reformatentwurf des Bundesjustizministeriums, GA 1998, S. 415 ff.

- Meyer-Goßner/Schmitt Strafprozessordnung Kommentar, Schmitt, Bertram (Hrsg.), 66. Auflage, 2023 (zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer-Goßner/Schmitt).
- Michel, Frank P.: Schmerzensgeldanspruch nach heimlichem Aids-Test?, NJW 1988, S. 2271 ff.
- Mikorey, Max: Der Arzt und die letzten Dinge. Med. Klin. 50 (1955), S. 954 ff.
- Mill, John Stuart: On liberty, edited with an introduction by Rapaport, Elizabeth, 1978.
- Miranowicz, Eva: Die Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses und seine Bedeutung für die Patientenautonomie, MedR 2018, S. 131 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Anmerkung zu LG München I, Urteil vom 10.11.1987 – Ks 121 Js 4866/86, NStZ 1989, S. 26 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Tödliche Schüsse auf flüchtende Diebe, JA 1989, S. 79 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Strafrechtlicher Schutz gegen medizinische Behandlung. Zur Problematik des ärztlichen Heileingriffs, 2000 (zit.: Strafrechtlicher Schutz).
- Mitsch, Wolfgang: Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004.
- Mitsch, Wolfgang: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, JZ 2005, S. 279 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, JZ 2005, S. 718 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Die hypothetische behördliche Genehmigung im Strafrecht, in: Hellmann, Uwe/Schröder, Christian (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag, 2011, S. 299 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Die mutmaßliche Einwilligung, ZJS 2012, S. 38 ff.
- Mitsch, Wolfgang: Strafantragsdelikte, JA 2014, S. 1 ff.
- Montgomery, Frank Ulrich: Patientenrechte Anspruch an Staat und Gesellschaft, Hamburger Ärzteblatt 06/2010, S. 10 ff.
- Mosenheuer, Andreas: Die hypothetische Einwilligung als Strafbarkeitsbegrenzung für Ärzte?, in: Aktuelle Fragen des Medizinstrafrechts, V. Türkisch-Deutsches Symposium zum Medizinrecht, 2008, S. 1320 ff. (zit. in: Aktuelle Fragen).
- Müller-Metz, Reinhard: Zur Reform von Vergehenstatbeständen und Rechtsfolgen im Bereich der Verkehrsdelikte, NZV 1994, S. 89 ff.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip: GG, 7. Auflage, 2021.
- Münchener Kommentar zum StGB: Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), Band 4, 2. Auflage, 2012 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar (2012)).
- Münchener Kommentar zum StGB: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Band 1, 4. Auflage, 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar).
- Münchener Kommentar zum StGB: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Band 4, 4. Auflage, 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar).
- Münchener Kommentar zum StGB: Erb, Volker/Schäfer, Jürgen (Hrsg.), Band 6, 4. Auflage, 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar).

Münchener Kommentar zum BGB: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg.) Band 2, 9. Auflage, 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Münchener Kommentar BGB).

Murmann, Uwe: Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005 (zit.: Die Selbstverantwortung).

Murmann, Uwe: Grundkurs Strafrecht, 6. Auflage, 2021 (zit.: GK).

Mylonopoulos, Christos: Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht, 1981.

Naucke, Wolfgang: Das System der prozessualen Entkriminalisierung, in: Samson, Erich/Dencker, Friedrich/Frisch, Peter/Friester, Helmut/Reiß, Wolfram (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum 70. Geburtstag, 1999, S. 403 ff.

Neitzke, Gerald: Unterscheidung zwischen medizinischer und ärztlicher Indikation. Eine ethische Analyse der Indikationsstellung, in: Charbonnier, R./Dörner, K./Simon, S. (Hrsg.), Medizinische Indikation und Patientenwille. Behandlungsentscheidungen in der Intensivmedizin und am Lebensende, 2008, S. 53 ff. (zit. in: Charbonnier/Dörner/Simon, Medizinische Indikation und Patientenwille).

Neitzke, Gerald: Medizinische und ärztliche Indikation – zum Prozess der Indikationsstellung, in: Dörries, A./Lipp, V. (Hrsg.): Medizinische Indikation. Ärztliche, ethische und rechtliche Perspektiven. Grundlagen und Praxis, 2015, S. 83 ff. (zit. in: Dörries/Lipp, Medizinische Indikation).

Niese, Werner: Ein Beitrag zur Lehre vom Ärztlichen Heileingriff, in: Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 364 ff.

Nitschmann, Kathrin: Das Arzt-Patient-Verhältnis im „modernen“ Gesundheitssystem. Eine rechtsvergleichende Untersuchung auf Grundlage der Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, 2007 (zit.: Das Arzt-Patient-Verhältnis).

Noack, Thorsten: Eingriffe in die Selbstbestimmung des Patienten – Juristische Entscheidungen, Politik und ärztliche Positionen 1890–1960, 2004 (zit.: Eingriffe in die Selbstbestimmung des Patienten).

Noll, Peter: Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe. Im Besondern die Einwilligung des Verletzten, in: Schweizerische Criminalistische Studien, Band 10, 1955 (zit.: Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht).

Noll, Peter: Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, ZStW 1965 (77), S. 1 ff.

Noll, Peter: Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, 2017 (zit.: Schweizerisches Strafrecht AT).

Nomos Kommentar StGB, Kindhäuser, Urs/Neumann, Ulfrid/Paeffgen, Hans-Ullrich (Hrsg.), 5. Auflage, 2017.

Nüßgens, Karl: Zur hypothetischen Einwilligung des Patienten, in: Bruchhausen, Karl (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Nirk zum 70. Geburtstag, 1992, S. 745 ff.

- Oeberst, Aileen*: Der Rückschaufehler im juristischen Kontext: Relevante psychologische Forschung, begründete Spekulationen und Schlussfolgerungen für die Praxis, *Rechtswissenschaft* 10, 2019, S. 180 ff. (zit. in: *Rechtswissenschaft* 2019).
- Oeberst, Aileen/Goeckenjan, Ingke*: When being wise after the event results in injustice: Evidence for hindsight bias in judges' negligence assessments. *Psychology, Public Policy, and Law*, 2016, S. 271 ff.
- Oetker, Friedrich*: Rechtsgüterschutz und Strafe, *ZStW* 17 (1897), S. 493 ff.
- Ogorek, Markus*: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 13.11.2003 – 5 StR 327/03, *JA* 2004, S. 356 ff.
- Ohly, Ansgar*: Volenti non fit inuria – Die Einwilligung im Privatrecht, 2002 (zit.: Die Einwilligung im Privatrecht).
- Ostler, Fritz*: Unfallursache und Unfallschuld bei „gefährgeneigter Arbeit“ (zur Bedeutung des Begriffes „gefährgeneigte Arbeit“ für das Strafrecht und das Disziplinarrecht, *NJW* 1962, S. 1229 ff.
- Otto, Harro*: Über den Zusammenhang von Schuld und menschlicher Würde, *GA* 1981, S. 481 ff.
- Otto, Harro*: Die objektive Zurechnung eines Erfolges im Strafrecht, *Jura* 1992, S. 90 ff.
- Otto, Harro*: Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, in: *Schlüchter, Ellen* (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag*, 1995, S. 603 ff.
- Otto, Harro*: Das Problem der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, *Jura* 2000, S. 549 ff.
- Otto, Harro*: Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung, *Jura* 2004, S. 679 ff.
- Otto, Harro*: Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage, 2004 (zit.: AT, § Rn.).
- Otto, Harro/Albrecht, Andreas*: Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, *Jura* 2010, S. 264 ff.
- Paeffgen, Hans Ulrich*: Die erfolgsqualifizierten Delikte – eine in die allgemeine Urhechtslehre integrierbare Deliktsgruppe?, *JZ* 1989, S. 220 ff.
- Paeffgen, Hans-Ulrich*: Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich; Problem-Beschreibung und Methodologisches, veranschaulicht am Beispiel des virus-infektiösen Chirurgen, in: *Rogall, Klaus* (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 187 ff.
- Pauge, Burkhard/Offenloch, Thomas*: Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien zur BGH-Rechtsprechung, 2018 (zit.: *Pauge/Offenloch*).
- Paulduro, Aurelia*: Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen. Insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 1992 (zit.: Verfassungsgemäßheit von Strafrechtsnormen).

- Pawlik*, Michael: Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB, in: Albrecht, Peter-Alexis/Kirsch, Stefan/Neumann, Ulfrid/Sinner, Stefan (Hrsg.), Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag, 2015, S. 407 ff.
- Pentz*, Vera von: Entwicklungen der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Arzthaftung, MedR 2016, S. 16 ff.
- Pentz*, Vera von: Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Arzthaftungsrecht, MedR 2017, S. 437 ff.
- Pentz*, Vera von: Aktuelle Rechtsprechung des BGH zum Arzthaftungsrecht, MedR 2018, S. 283 ff.
- Perret*, Wolfgang: Arzthaftpflicht, 1956.
- Pfefferkorn*, Fabian: Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit im französischen und deutschen Recht, 2006 (zit.: Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit).
- Piegler*, Josef: Eigenmächtige Heilbehandlung und Aufklärungspflicht des Arztes im österreichischen Recht, VersR 1962, S. 921 ff.
- Prittewitz*, Cornelius: Strafrecht und Risiko, 1993.
- Prütting*, Hanns: Anmerkung zu BGH, Urt. v. 29.1.2019 – VI ZR 495/16 (OLG Hamm) s. a. BGH, Urt. v. 29.1.2019 – VI ZR 318/17, MedR 2019, S. 559 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 92 (1980), S. 863 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Anm. zu BGH, Beschl. v. 6.11.1984 – 4 StR 72/84, JZ 1985, S. 295 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt – Zugleich eine Bespr. der Entscheidung des BGH v. 22.8.1985 – 4 StR 326/85 – NStZ 1986, 25, NStZ 1986, S. 14 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Die Beziehung zwischen Sorgfaltswidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, ZStW 99 (1987), S. 595 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Irrtümer bei der Ausübung der Notwehr und für deren Folgen – Zugleich Besprechung des Urteils des LG München v. 10.11.1987 – Ks 121 Js 4866/86, JZ 1989, S. 728 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Strafrechtliche Zurechnungsprobleme bei ärztlichen Aufklärungsfehlern, Anm. zu BGH, Beschl. v. 03.03.1994 – 4 StR 819/93, JR 1994, S. 514 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 2000 (zit.: Erfolgszurechnung).
- Puppe*, Ingeborg: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative. Zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.2003, GA 2003, S. 764 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.11.2003 – 5 StR 327/03 (LG Potsdam), NStZ 2004, S. 554 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Hypothetische Einwilligung bei medizinischen Eingriffen, Anm. zu BGH, Urt. v. 20.01.2004 – 1 StR 319/03, JR 2004, S. 469 ff.

- Puppe*, Ingeborg: Der Aufbau des Verbrechens, in: Dannecker, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Otto zum 70. Geburtstag, 2007, S. 389 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, ZIS 2016, S. 366 ff.
- Puppe*, Ingeborg: Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 5. Auflage, 2023 (zit.: AT, § Rn.).
- Rath*, Jürgen: Das subjektive Rechtfertigungselement. Zur kriminalrechtlichen Relevanz eines subjektiven Elements in der Ebene des Unrechtsausschlusses – auf der Grundlage einer Rechtsphilosophie im normativen Horizont des Seins. Eine rechtsphilosophisch-kriminalrechtliche Untersuchung, 2002 (zit.: Subjektives Rechtfertigungselement).
- Rengier*, Rudolf: Die Reform und Nicht-Reform der Körperverletzungsdelikte durch das 6. Strafrechtsreformgesetz, ZStW 111 (1999), S. 1 ff.
- Rengier*, Rudolf: Strafrecht Besonderer Teil 2. Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 23. Auflage, 2022 (zit.: BT/2).
- Renzikowski*, Joachim: Notstand und Notwehr, 1994 (zit.: Notstand).
- Renzikowski*, Joachim: Die hypothetische Einwilligung, in: Lang, Peter (Hrsg.), Festschrift für Gerfried Fischer zum 70. Geburtstag, 2010, S. 365 ff.
- Riedelmeier*, Sabine: Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2006 (zit.: Ärztlicher Heileingriff).
- Rigizahn*, Ernest F.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.6.1995 – 4 StR 760/96, JR 1996, S. 72 ff.
- Rigopoulou*, Maria: Grenzen des Paternalismus, 2013.
- Roemer*, Hans: Die Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Krebskranken, JZ 1960, S. 137ff.
- Rogall*, Klaus: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 22.2.1978 – 2 StR 372/77, NJW 1978, S. 2344 ff.
- Rönnau*, Thomas: Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001 (zit.: Willensmängel).
- Rönnau*, Thomas: Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung – Zum Grundgedanken und Wirkgrund der Einwilligung im Strafrecht, Jura 2002, S. 595 ff.
- Rönnau*, Thomas: Anmerkungen zum Beschluss des BGH v. 15.10.2003, JZ 2004, S. 799 ff.
- Rönnau*, Thomas: Anmerkung zu BGH v. 21.12.2005 – 3 StR 470/04, NStZ 2006, S. 218 ff.
- Rönnau*, Thomas: Anmerkung zu BGH v. 23.10.2007 – 1 StR 238/07, StV 2008, S. 466 ff.
- Rönnau*, Thomas: Einrichtung „schwarzer“ (Schmiergeld-)Kassen in der Privatwirtschaft – eine strafbare Untreue?, in: Sieber, Ulrich/Dannecker, Gerhard (Hrsg.), Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 713 ff.

- Rönnau*, Thomas: Grundwissen Strafrecht: Vorsatz, JuS 2010, S. 675 ff.
- Rönnau*, Thomas: Die Zukunft des Untreuetatbestandes, StV 2011, S. 753 ff.
- Rönnau*, Thomas: Grundwissen – Strafrecht Hypothetische Einwilligung, JuS 2014, S. 882 ff.
- Rosenau*, Henning: Begrenzung der Strafbarkeit bei medizinischen Behandlungsfehlern, in: *Rosenau*, Henning/Hakeri, Hakan (Hrsg.), Beiträge des 3. Deutsch-Türkischen Symposiums zum Medizin und Biorecht, 2008 (zit. in: *Rosenau*/Hakeri).
- Rosenau*, Henning: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Bloy, René (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald, 2010, S. 683 ff.
- Rostalski*, Frauke: Normentheorie und Fahrlässigkeit. Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes, GA 2016, S. 73 ff.
- Roth*, Frank: Zur Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens, 1996.
- Roxin*, Claus: Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), S. 411 ff.
- Roxin*, Claus: Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, in: Lackner, Karl/Leferenz, Heinz/Schmidt, Eberhard (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 241 ff.
- Roxin*, Claus: „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliche Systemkategorien, in: *Roxin*, Claus (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 171 ff.
- Roxin*, Claus: Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht, in: Kaufmann, Arthur/Baumann, Günter/Krauss, Detlef/Volk, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 279 ff.
- Roxin*, Claus: Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Häuser, Robert/Rehberg, Jörg/Stratenwerth, Günther (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, 1984, S. 275 ff.
- Roxin*, Claus: Anmerkung zu BGHSt 49, 1, StV 2004, S. 484 ff.
- Roxin*, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, 2006 (zit.: Strafrecht AT, § Rn.).
- Roxin*, Claus: Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, in: Böse, Martin/Sternberg-Lieben, Detlev (Hrsg.), Festschrift für Knut Ameling zum 70. Geburtstag, 2009, S. 269 ff.
- Roxin*, Claus: Kausalität und Garantenstellung bei den unechten Unterlassungen, GA 2009, S. 73 ff.
- Roxin*, Claus: Hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht?, medstra 2017, S. 129 ff.
- Roxin*, Claus/*Greco*, Luis: Strafrecht Allgemeiner Teil Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, 2020 (zit.: Strafrecht AT, § Rn.).
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Inhalt und Funktion des Handlungsunrechts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 51 ff.

- Rudolphi*, Hans Joachim: Literaturbericht zu Arzt, Gunther: Willensmängel bei der Einwilligung, *ZStW* 85 (1974), S. 82 ff.
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Literaturbericht. Strafrecht – Allgemeiner Teil, *ZStW* 86 (1974), S. 68 ff.
- Rudolphi*, Hans Joachim: Pramat des Strafrechts im Umweltschutz?, *NStZ* 1984, S. 193 ff.
- Rudolphi*, Hans-Joachim: Rechtfertigungsgründe im Strafrecht. Ein Beitrag zu Funktion, Struktur und den Prinzipien der Rechtfertigung, in: Dornseifer, Gerhard/Horn, Eckhard (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, 1989, S. 371 ff.
- Ryan*, Christopher: *Criminal Law*, 1998.
- Sachs*, Michael: *Grundrechtskommentar*, 9. Auflage, 2021.
- Saliger*, Frank: Anm. zu BGH, Urteil vom 13.11.2003 – 5 StR 327/03, *JZ* 2004, S. 977 ff.
- Saliger*, Frank: Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Satzger, Hellmut/Fahl, Christian/Swoboda, Sabine/Müller, Eckart (Hrsg.), *Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, 2015, S. 257 ff.
- Sass*, Hans-Martin: *Medizin und Ethik*, 1999.
- Schaks*, Nils/*Krahner*, Sebastian: Die Einführung einer Impfpflicht zur Bekämpfung von Masern, *MedR* 2015, S. 860 ff.
- Schales*, Isabel: Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe – Zur Bedeutung der von Rechts wegen zu vermeidenden Kausalverläufe für Verhaltens- und Erfolgsunrecht, 2014 (zit.: Spezifische Fehlverhaltensfolgen und hypothetische Kausalverläufe).
- Schatz*, Holger: Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt und die Relevanz hypothetischer Kausalverläufe, *NStZ* 2003, S. 581 ff.
- Scheffer*, Uwe: Die Wortsinngrenze bei der Auslegung – ist der Verlust der Empfängnisfähigkeit bei § 224 StGB umfasst, *Jura* 1996, S. 505 ff.
- Schelling*, Philip: Die Pflicht des Arztes zur wirtschaftlichen Aufklärung im Lichte zunehmender ökonomischer Zwänge im Gesundheitswesen, *MedR* 2004, S. 422 ff.
- Schewe*, Günter/*Janssen*, W.: Ärztlicher Kunstfehler – zivilrechtliche Probleme, in: Beiträge zur gerichtlichen Medizin, Bd. 37 (1979), S. 91 ff.
- Schiekofer*, Horst: „Pflichtwidrigkeit“ und „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ als Rechtswidrigkeitsvoraussetzungen? Insbesondere zur Frage des Unrechtsausschlusses bei hypothetischer Einwilligung, in: Paeffgen, Hans Ulrich (Hrsg.), *Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, S. 953 ff.
- Schiekofer*, Horst: Strafbarkeitseinschränkende Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht?, in: Bublitz, Jan Christoph/Bung, Jochen/Grünewald, Anette/Magnus, Dorothea/Putzke, Holm/Scheinfeld, Jörg (Hrsg.), *Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, 2020, S. 745 ff.
- Schittek*, Lothar: Anmerkung zu BayVerfGH, Entscheidung vom 16.12.1988 – Vf. 7-VII/86, *BayVBl* 1990, S. 138 ff.

- Schladitz, Pepe: Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Erfolgszurechnung – Sicheres Fundament oder Achillesferse?, 2021 (zit.: Normtheoretische Grundlagen).*
- Schlüchter, Ellen: Grundfälle zur Lehre von der Kausalität, JuS 1976, S. 518 ff.*
- Schlüchter, Ellen: Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei Fahrlässigkeitstatbeständen, JA 1984, S. 673 ff.*
- Schlüchter, Ellen: Grenzen strafbarer Fahrlässigkeit, 1996 (zit.: Grenzen).*
- Schlüchter, Ellen: Kleine Kriminologie der Fahrlässigkeitsdelikte, in: Albrecht, Hans-Jörg/Dünkel, Frieder/Kerner, Hans-Jürgen/Kürzinger, Josef/Schöch, Heinz/Sessar, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Günther Kaiser, 1999, S. 372 ff.*
- Schmidhäuser, Eberhard: Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1984 (zit.: AT, Kap./Rn.).*
- Schmidhäuser, Eberhard: Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, in: Küper, Wilfried (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, 1987, S. 77ff.*
- Schmidhäuser, Eberhard: Handeln mit der Einwilligung des Betroffenen. Strafrechtlich eine scheinbare Rechtsgutverletzung, in: Schlüchter, Ellen (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, 1995, S. 593 ff.*
- Schmidt, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, 1939.*
- Schmidt, Eberhard: Anmerkungen zu BGH, Urteil vom 28.11.1957, JR 1958, S. 225 ff.*
- Schmidt, Eberhard: Empfiehlt es sich, dass der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 44. Deutschen Juristentages Bd. I Vierter Teil, 1962, F 35 (zit.: Schmidt, Gutachten).*
- Schmidt, Eberhard: Anmerkung zu BGH, Urteil v. 28.6.1963 ? 4 StR 202/63 (LG Bielefeld), JZ 1964, S. 232 ff.*
- Schmidt, Marcel: Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung und ihre Übertragbarkeit auf die Untreue (§ 266 StGB), 2018 (zit.: Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung).*
- Schmitt, Rolf: Strafrechtlicher Schutz des Opfers vor sich selbst? Gleichzeitig ein Beitrag zur Reform des Opiumgesetzes, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 113 ff.*
- Schmoller, Kurt: Zum Tatbestand der Täuschung § 108 StGB nach dem StrafrechtsänderungsG 1987, JBl. 1989, S. 10 ff.*
- Schmoller, Kurt: Strafrechtliche Folgen einer unterlassenen oder übermäßigen ärztlichen Aufklärung, in: Mayer-Maly, Theo/Prat, Enrique (Hrsg.), Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung, 1998, S. 75 ff.*
- Schmoller, Kurt: Das „tatbestandsmäßige Verhalten“ im Strafrecht, in: Freund, Georg/Murmann, Uwe/Bloy, René/Perron, Walter (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, Freund, 2013, S. 237 ff.*

- Schnitzler, Jörg:* Das Recht der Heilberufe. Übersicht, Begriff und Verfassungsfragen, 2004 (zit.: Das Recht der Heilberufe).
- Schöch, Heinz:* Die Aufklärungspflicht des Arztes und ihre Grenzen, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 53 ff. (zit. in: Roxin/Schroth).
- Schöne-Seifert, Bettina:* Selbstbestimmung am Ende des Lebens. Medizinische Behandlung am Lebensende: Welche zivilrechtliche Absicherungen der Patientenautonomie sind hier aus ethischer Sicht wünschenswert?, in: Verhandlungen des 63. Juristentages, Leipzig 2000, Bd. II München 2001 (zit. in: Verhandlungen des 63. Juristentages).
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst:* Strafgesetzbuch. Kommentar, 30. Auflage, 2019.
- Schreiber, Hans-Ludwig:* Zur Reform des Arztstrafrechts, in: Weigend, Thomas/Küpper, Georg (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, 1999, S. 713 ff.
- Schreiber, Hans Ludwig:* Strafrecht der Medizin, in: Roxin, Claus/Widmaier, Gunter (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, Strafrecht, Strafprozeßrecht, München 2000, S. 503 ff. (zit.: *Schreiber*, in: Roxin/Widmaier, FG BGH 2000, Band IV).
- Schröder, Horst:* Eigenmächtige Heilbehandlung im geltenden Strafrecht und im StGB-Entwurf 1960, NJW 1961, S. 951 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian:* Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Schroeder, Friedrich-Christian/Zipf, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 127 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian:* LG München I, 10.11.1987 – Ks 121 Js 4866/86. Zur Zulässigkeit des Schußwaffengebrauchs zur Verteidigung von Vermögenswerten, JZ 1988, S. 567 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian:* Besondere Strafvorschriften gegen Eigenmächtige und Fehlerhafte Heilbehandlung? In: Angermüller Gespräche Medizin-Ethik-Recht, 1998 (zit.: Besondere Strafvorschriften).
- Schroth, Ulrich:* Die Einwilligung in eine nicht-indizierte Körperbeeinträchtigung zur Selbstverwirklichung – insbesondere die Einwilligung in die Lebendspende, Schönheitsoperationen und Piercings, in: Hassemer, Winfried (Hrsg.), Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag, 2009, S. 719 ff.
- Schroth, Ulrich:* Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab. Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation, in: Roxin/Schroth, Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 27 ff. (zit.: *Roxin/Schroth*).
- Schulten, Hans:* Der Arzt, 1961.
- Schultz, Michael:* Beweislast für fremde Willensentschlüsse nach Aufklärungsfehlern, VersR 1990, S. 811 ff.
- Schünemann, Bernd:* Über die objektive Zurechnung, GA 1999, S. 207 ff.
- Schwabe, Jürgen:* Die sogenannte Drittirkung der Grundrechte, 1971.
- Schwabe, Jürgen:* Der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1989, S. 66 ff.

- Schwartz, Tobias: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009 (zit.: Hypothetische Einwilligung).*
- Schweiter, Angela/Jäger, Peter: Der Hindsight Bias (Rückschaufehler) – ein grundsätzliches Problem bei der Beurteilung ärztlichen Handelns in Arzthaftpflicht- und Arztschafprozessen, Schweizerische Ärztezeitung 2005 (86), S. 1940 ff.*
- Scott, Walter: The General Practitioner & the Law of Negligence, 1995 (zit.: General Practitioner).*
- Sickor, Jens Andreas: Die Übertragung der hypothetischen Einwilligung auf das Strafrecht, JA 2008, S. 11 ff.*
- Sickor, Jens: Logische Unstimmigkeiten in der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung, JR 2008, S. 179 ff.*
- Siegrist, Johannes: Die ärztliche Rolle im Wandel, 2012.*
- Sina, Peter: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs „Rechtsgut“, 1962 (zit.: Dogmengeschichte).*
- Singer, Reinhard: Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, S. 1133 ff.*
- Sitzmann, Valentin: Zur Strafbarkeit sado-masochistischer Körperverletzungen, GA 1991, S. 71 ff.*
- Smith, John C./Hogan, Brian: Criminal Law, 1992.*
- Sowada, Christoph: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, S. 1 ff.*
- Sparwasser, Reinhard/Engel, Rüdiger/Voßkuhle, Andreas: Umweltrecht, 5. Auflage, 2003.*
- Spendel, Günter: Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für Handlungsdelikte, 1953 (zit.: Die Kausalitätsformel).*
- Spendel, Günter: Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Bockelmann, Paul/Gallas, Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1961, S. 183 ff.*
- Spendel, Günter: Der Conditio-sine-qua-non-Gedanke als Strafmilderungsgrund. Zugleich ein Beitrag zum Besonderen Teil der Strafzumessungslehre, in: Bockelmann, Paul (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 509 ff.*
- Spendel, Günter: Anmerkung zu BGH 4 StR 158/97, Beschluss vom 29. April, JZ 1997, S. 1185 ff.*
- Spickhoff, Andreas: Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe, NJW 2006, S. 2075 ff.*
- Spickhoff, Andreas: Patientenrechte und Gesetzgebung, ZRP 2012, S. 65 ff.*
- Spickhoff, Andreas: Anmerkung zum Urteil BGH vom 29. Januar 2019 (VI ZR 495/16) – keine Berufung auf hypothetische Einwilligung nach Aufklärungsfehler bei altruistisch veranlasster Organspende –, JZ 2019, S. 522 ff.*
- Spickhoff, Andreas: Medizinrecht, 4. Auflage, 2022.*

- Stellamor, Kurt/Steiner, Johannes:* Handbuch des österreichischen Arztrecht Band 1, 1999.
- Stern, Klaus/Becker, Florian:* Grundrechte-Kommentar, 4. Auflage, 2023.
- Sternberg-Lieben, Detlev:* Strafbarkeit eigenmächtiger Genomanalyse, GA 1990, S. 289 ff.
- Sternberg-Lieben, Detlev:* Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997 (zit.: Einwilligung).
- Sternberg-Lieben, Detlev:* Anm. zu BGH, Urteil vom 5.7.2007 – 4 StR 549/06, StV 2008, S. 190 ff.
- Sternberg-Lieben, Detlev:* Strafrechtliche Behandlung ärztlicher Aufklärungsfehler: Reduktion der Aufklärungslast anstelle hypothetischer Einwilligung, in: Satzger, Hellmut/Fahl, Christian/Swoboda, Sabine/Müller, Eckart (Hrsg.), Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 299 ff.
- Sternberg-Lieben, Detlev:* Beschränkung der strafrechtlichen Haftung auf eine schwerwiegende Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht, MedR 2019, S. 185 ff.
- Stöcker, Ralf:* Menschenwürde und Psychiatrie, in: Joerden, Jan C./Hilgendorf, Eric/Thiele, Felix, Menschenwürde und Medizin. Ein interdisziplinäres Handbuch, 2013, S. 571 ff. (zit. in: Joerden/Hilgendorf/Thiele).
- Stoof, Carl:* Chirurgische Operation und Ärztliche Behandlung. Eine strafrechtliche Studie, 1898 (zit.: Chirurgische Operation).
- Stratenwerth, Günter:* Prinzipien der Rechtfertigung, ZStW 68 (1956), S. 41 ff.
- Stratenwerth, Günter:* Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, in: Lackner, Karl/Leferenz, Heinz/Schmidt, Eberhard (Hrsg.), Festschrift für Gallus zum 70. Geburtstag, 1973, S. 227 ff.
- Stratenwerth, Günter:* Zum Begriff des „Rechtsgutes“ in: Eser, Albin/Schittenhelm, Ulrike/Schumann, Heribert (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 377 ff.
- Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar:* Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Auflage, 2011 (zit.: AT, § Rn.).
- Stree, Walter:* Deliktsfolgen und Grundgesetz. Zur Verfassungsmässigkeit der Strafen und sonstigen strafrechtlichen Massnahmen, 1960 (zit.: Deliktsfolgen und Grundgesetz).
- Stuckenberg, Carl-Friedrich:* Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007.
- Sturm, Jan Felix:* Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht. Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur, 2016 (zit.: Hypothetische Einwilligung).
- Stürmlinger, Marie-Christin:* Klimaschutz durch Grundrechte – gerichtliche Kontrolle staatlicher Klimaschutzmaßnahmen, EurUP 2020, S. 169 ff.
- Suhr, Katharina:* Der medizinisch nicht indizierte Eingriff zur kognitiven Leistungssteigerung aus rechtlicher Sicht, 2016 (zit.: Der medizinisch nicht indizierte Eingriff).

- Swoboda, Sabine: Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, ZIS 2013, S. 18 ff.*
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolter, Jürgen (Hrsg.), Band I, 9. Auflage 2017.*
- Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Wolter, Jürgen (Hrsg.), Band IV, 9. Auflage, 2017.*
- Tag, Brigitte: Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, 2000 (zit.: Der Körperverletzungstatbestand).*
- Tag, Brigitte: Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 127 (2015), S. 523 ff.*
- Taupitz, Jochen: Das Berufsrisiko des Arztes: Entwicklung, Steuerung und Risikominiierung, MedR 1995, S. 475 ff.*
- Taupitz, Jochen: Stehen Medizin und Recht unter dem Primat der Ökonomie?, in: Wolter, Jürgen/Riedel, Eibe/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht, 1999, S. 113 ff. (zit. in: Wolter/Riedel/Taupitz).*
- Taupitz, Jochen: Die mutmaßliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, in: Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. 1, Canaris, 2000, S. 497 ff. (zit.: FG-BGH, Bd. 1 2000).*
- Tiedemann, Klaus: Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991.*
- Tolmein, Oliver: Die drohende Zunahme von Demenzerkrankungen als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen durch fremdnützige Forschung?, KritV 81 (1998), S. 52 ff.*
- Tröndle, Herbert: Abschaffung der Strafbarkeit der fahrlässigen Tötung und fahrlässigen Körperverletzung bei leichtem Verschulden, DRiZ 1976, S. 129 ff.*
- Tröndle, Herbert: Selbstbestimmung des Patienten – Wohltat oder Plage? MDR 1983, S. 881 ff.*
- Uhlenbruck, Wilhelm: Schmerzensgeld wegen HIV-Test ohne Einwilligung des Patienten, MedR 1996, S. 206 ff.*
- Ulsenheimer, Klaus: Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, 1965 (zit.: Pflichtwidrigkeit).*
- Ulsenheimer, Klaus: Erfolgsrelevante und erfolgsneutrale Pflichtverletzungen im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte, JZ 1969, S. 364 ff.*
- Ulsenheimer, Klaus: Ein gefährlicher Beruf. Strafverfahren gegen Ärzte – Erfahrungen, Schwerpunkte, Tendenzen, MedR 1987, S. 211 ff.*
- Ulsenheimer, Klaus: Die Risikoauklärung im Strafverfahren, MedR 1992, S. 127 ff.*
- Ulsenheimer, Klaus: Anmerkung zu BGH 4 StR 760/94, Urteil vom 29. Juni 1995, NStZ 1996, S. 132 ff.*
- Ulsenheimer, Klaus/Gaede, Karsten: Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Auflage, 2020.*

- Valerius*, Brian: Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013), HRRS 2014, S. 22 ff.
- Valerius*, Brian: Die Rechtsprechung zu den ärztlichen Aufklärungspflichten und zur Einwilligung seit dem Patientenrechtegesetz, medstra 2021, S. 2 ff.
- Vogel*, Joachim: Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993.
- Voigt, Lea/Hoffmann-Holland*, Klaus: Notwehrprovokation und *actio illicita* in *causa* in Fällen der Putativnotwehr. Überlegungen aus Anlass von BGH, Urt. v. 2.11.2011 – BGH 02.11.2011 Az. 2 StR 375/11, NStZ 2012, S. 362 ff.
- Volk*, Klaus: Reformüberlegungen zur Strafbarkeit der fahrlässigen Körperverletzung im Straßenverkehr, GA 1976, S. 161 ff.
- Voll*, Doris: Die Einwilligung im Arztrecht. Eine Untersuchung zu den Straf-, Zivil- und verfassungsrechtlichen Grundlagen, insbesondere bei Sterilisation und Transplantation unter Berücksichtigung des Betreuungsgesetzes, 1996 (zit.: Einwilligung).
- Vossenkuhl*, Wilhelm: Ethische Grundlagen ärztlichen Handelns, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Auflage, 2010, S. 3 ff. (zit. in: Roxin/Schroth).
- Wachsmuth*, Werner/Schreiber, Hans-Ludwig: Das Dilemma der ärztlichen Aufklärung. Neue Probleme für die Rechtsprechung, NJW 1981, S. 1985 ff.
- Wachter*, Matthias: Einwilligung und Wahrheitspflichtverletzung. Zur Bedeutung von Fehlvorstellungen für den Unrechtsausschluss, GA 2023, S. 390 ff.
- Wagner*, Christine: Die Schönheitsoperation im Strafrecht. Eine Untersuchung zu den normativen Grenzen chirurgischer Eingriffe bei fehlender medizinischer Indikation, 2015 (zit.: Die Schönheitsoperation im Strafrecht).
- Walischewski*, Leonard: Untreue und Restriktionsgebot. Schutzzweck, Pflichtwidrigkeit und hypothetisches Einverständnis, in: Livonius, Barbara (Hrsg.), Festgabe für Hanns W. Feigen zum 65. Geburtstag, 2014, S. 293 ff.
- Webel*, Karsten: Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens? Zugleich ein Beitrag zur Strafbarkeit von corporate agents nach dem Strafrecht der USA, 1999, S. 200 ff. (zit.: Strafbarkeit leicht fahrlässigen Verhaltens).
- Weber*, Michael: „Off-label use“: Arzneimittel- und strafrechtliche Aspekte am Beispiel der Kinderheilkunde, Off-label Use, 2009 (zit.: Off-label use).
- Weber*, Ulrich: Zur strafrechtsgestaltenden Kraft des Zivilrechts, in: Grunsky, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Baur zum 70. Geburtstag, 1981, S. 133 ff.
- Weber*, Ulrich: Grenzen des strafrechtlichen Denkens in Rechtmäßigkeitsalternativen, in: Paeffgen, Hans Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011, S. 1059 ff.
- Wegschneider*, Herbert: Zum Begriff der Leichtfertigkeit, ZStW 98 (1986), S. 624 ff.
- Weigend*, Jochen: Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, ZStW 98 (1986), S. 44 ff.
- Weißbauer*, Walter: Referat in der Abteilung Arztrecht zum Thema: Empfiehlt es sich, im Interesse der Patienten und Ärzte ergänzende Regelungen für das ärztliche Vertrags- (Standes-) und Haftungsrecht einzuführen? in: Verhandlungen des 52. Deut-

- ischen Juristentages, Wiesbaden 1978, Band II: Sitzungsberichte (hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages), 1978, I, S. 29 ff. (zit.: *Weißauer*, 52. DJT 1978 I).
- Weißauer*, Walter: Grenzen der Aufklärungspflicht, in Laufs u. a.: Die Entwicklung der Arzthaftung, 1997, S. 17 ff.
- Welzel*, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1969.
- Wenzel*, Frank: Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 4. Auflage, 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Handbuch des Fachanwalts).
- Wessels*, Johannes/*Beulke*, Werner/*Satzger*, Helmut: Strafrecht Allgemeiner Teil, 49. Auflage, 2019 (zit.: AT, § Rn.).
- Wessels*, Johannes/*Hillenkamp*, Thomas/*Schuhr*, Jan: Strafrecht Besonderer Teil 2, 43. Auflage, 2020 (zit.: BT II).
- Widmaier*, Gunter: Der Zitronensaft-Fall – Zum Risikozusammenhang nach Aufklärungsmängeln bei der ärztlichen Heilbehandlung, in: Heinrich, Manfred/Jäger, Christian/Schünemann, Bernd (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 439 ff.
- Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Höpfel, Frank/Ratz, Eckart (Hrsg.), 2. Auflage, 2016.
- Wiesing*, Urban: Pluralismus in der Medizin – Pluralismus in der Therapieevaluation?, in: Michl, Susanne/Pothast, Thomas/Wiesing, Urban (Hrsg.), Pluralität in der Medizin. Werte – Methoden – Theorien, 2008, S. 459 ff. (zit.: *Wiesing*, in: Michl/Pothast/Wiesing).
- Wiesner*, Sandra: Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2010 (zit.: Hypothetische Einwilligung).
- Wolter*, Jürgen: Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, JuS 1981, S. 168 ff.
- Wolter*, Jürgen: Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit in einem neuen Strafrechtsystem – zur Strukturgleichheit von Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt, in: 140 Jahre GA 1993, S. 269 ff.
- Yamanaka*, Keiichi: Kritisch-dogmatische Überlegungen zur hypothetischen Einwilligung, in: Bloy, René (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 70. Geburtstag, Berlin 2010, S. 865 ff.
- Zabel*, Benno: Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung. Haftungsbegrenzung und Opferschutz in der aktuellen Rechtfertigungsdogmatik, GA 2015, S. 219 ff.
- Zaczyk*, Rainer: Strafrechtliches Unrecht und Selbstverantwortung des Verletzten, 1993 (zit.: Strafrechtliches Unrecht).
- Zeitschrift für das gesamte Krankenhauswesen, 1930, S. 292 ff.
- Zielinski*, Diethart: Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchung zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß, 1973 (zit.: Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff).

- Zipf*, Heinz: Probleme eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung (dargestellt anhand von § 110 öStGB), in: Kaufmann, Arthur/Bemmern, Günter/Krauss, Detlef/Volk, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 577 ff.
- Zipf*, Heinz: Kriminalpolitik: Ein Lehrbuch, 2. Auflage, 1980 (zit.: Kriminalpolitik).
- Zipf*, Heinz: Kriminalpolitische Überlegungen zur Entkriminalisierung der Körperverletzung, in: Schlüchter, Ellen/Laubenthal, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Wilhelm Krause zum 70. Geburtstag, 1990, S. 437 ff.
- Zuck*, Rüdiger: Der Standort der besonderen Therapieeinrichtungen im deutschen Gesundheitswesen, NJW 1991, S. 2933 ff.
- Zwiehoff*, Gabriele: Strafrechtliche Aspekte des Organisationsverschuldens, MedR 2004, S. 364 ff.

Stichwortverzeichnis

- Aufklärung** 156 ff.
 - Art und Umfang 157
 - Diagnose 159
 - Einschränkung 311
 - Entbehrlichkeit 161
 - Pflicht 129, 156
 - Risiko 160
 - Selbstbestimmungsaufklärung 158 f.
 - strafrechtliche Bedeutung eines Aufklärungsmangels 69, 93, 149
 - Verlauf 159
 - Zeitpunkt 161
- Autonomie** 50 ff., 141 ff.
- Bandscheibenfall** 203 ff.
- Bohrerspitzenfall** 210 ff.
- Cignolinfall** 194 ff.
- Eigenmächtige Heilbehandlung** 72, 121
 - Auswirkungen auf Verhaltens- und Erfolgsunrecht 121 ff.
 - Konkretisierung der Verhaltensnormverstöße im Hinblick auf die tatbestandspezifisch zu missbilligende Risikoschaffung 98, 124
 - Legitimation einer deliktsspezifischen strafrechtlichen Reaktion wegen Körperverletzung 122 ff.
 - Sondertatbestand 109 ff.
- Einwilligung** 126 ff.
 - Freiverantwortlichkeit der Abwägungsentscheidung 127, 136, 342
 - Legitimationsbedingungen als Rechtfertigungsgrund 130
 - Willensmängel im Zeitpunkt der Einwilligungsentscheidung 134 ff.
- Einwilligung, hypothetische** 237 ff.
- fiktiv autonome Entscheidung 142 f., 252
- Rechtfertigungslösung 272
- Strafaufhebungsgrund 293
- Strafausschließungsgrund 293
- Strafmilderungsgrund 295
- Entkriminalisierung 323 ff.
 - allgemeine 326
 - erfolgsbasierte 332
 - erfolgsunabhängige 334
 - Erhöhung der strafrechtlichen Erfassungsschwelle 330, 351
 - leicht fahrlässiger Begehungswisen 330
 - sektorale 326
- Entscheidungskonflikt, echter 178, 280, 291
- Erfolgsunwert** 98 ff.
- Erlaubtes Risiko** 90, 268
- Ersatzursachen, hypothetische** 255
- Fehlverhaltensfolge, tatbestandsspezifische** 31, 33, 54, 277
- Gastroskopiefall** 222 ff.
- Heilbehandlung** 31, 60
 - als Gesundheitsschädigung oder körperliche Misshandlung 77
 - Erfolgstheorie 81 ff.
 - Gefahrverringerungstheorie 87
 - Intentionstheorie 85
 - Saldierung des Gesamtverhaltens 86 ff.
 - Verhaltensunrecht 80 ff.
 - Zwecktheorie 85 ff.
- Hodenentfernungsfall** 188 ff.

- informed consent** 40, 54, 341
 - als in die *lex artis* einbezogener Aspekt 93
 - als Legitimation der Behandlung 54
- Kausalität** 253 ff.
 - des Irrtums bei der Einwilligung 155
 - hypothetische 254
 - im strafrechtlichen Sinne 258
- Konkretisierung des Verhaltensnormverstoßes** 252
- Leberzelltransplantationsfall** 227
- Lehre der objektiven Zurechnung** 264
 - als normativer Bestandteil der Verhaltenskonkretisierung 266
 - Übertragbarkeit auf Rechtfertigungs-ebene 272
- lex artis** 91, 93
- Liposuktionsfall** 212 ff.
- Myomurteil** 185
- O-Beinefall** 191
- Patientenautonomie** 50, 52
- Paternalismus** 53
- Rechtmäßiges Alternativverhalten** 258
 - Anwendbarkeit Vorsatzdelikte 268
- Rechtsgut** 61
 - Begriff 61 ff.
 - Körperverletzungsdelikte 66 ff.
- Rechtsordnung, Einheit der** 312 ff.
- Schuldspruch und Strafe** 322 ff.
 - Funktion und Legitimation 324
 - hinreichendes Gewicht des Fehlverhalts 325 ff.
 - *ultima ratio* des Strafrechts 325
- Selbstbestimmungsrecht, körperbezogenes** 38, 56, 76
 - als integrativer Bestandteil der Körpereintegrität 65
- Subjektives Rechtfertigungselement** 243
- Turboentzugfall** 219
- Verhaltensunrecht** 56 f., 61
- Vorstrafrechtliche Wertungen auf Verfassungsebene** 34
 - Grundrechte des Arztes 42
 - in Betracht zu ziehende Grundrechte des Patienten 35 ff.
 - staatliche Schutzwertdimension der Wahrung der Patientenautonomie 48
 - verfassungsrechtlicher Wertgehalt des Schutzes des Lebens und der Körpereintegrität 38
- Willensmängel bei der Einwilligung** 134 ff.
 - Ermöglichung einer autonomen Abwägung 148
 - Individualisierung der Willenslehre 142