

Unrechtsausschluss durch hypothetische Dispositionen über das geschützte Rechtsgut?

Zum Verhältnis von formellen und materiellen Voraussetzungen der Rechtfertigung

Von Prof. Dr. Martin Böse, Bonn

I. Einleitung

Hypothetische Geschehensabläufe haben – folgt man der vorherrschenden *conditio sine qua non*-Formel – bei der Feststellung des Kausal- und Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ihren festen Platz.¹ Mit der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung hat die Rechtsprechung derartige Überlegungen von der Tatbestandsebene auf die Ebene der Rechtfertigung übertragen.² Im Schrifttum ist dies zum Teil zustimmend aufgenommen worden,³ zum Teil aber auch auf entschiedene Ablehnung gestoßen.⁴ Ungeachtet ihrer Ursprünge im Kontext der eigenmächtigen Heilbehandlung weist die strafrechtsdogmatische Begründung dieser Rechtsfigur indes weit über die Einwilligung und den Tatbestand der Körperverletzung hinaus. Der folgende Beitrag geht diesen Weiterungen nach, indem er neben der Einwilligung auch hoheitliche Entscheidungen in den Blick nimmt, mit denen ein Eingriff in das geschützte Rechtsgut gestattet wird (bzw. worden wäre), soweit ein Unrechtsausschluss entweder ausdrücklich oder implizit (insbesondere unter Verweis auf die materiell-rechtlichen Vorgaben für die zu treffende Entschei-

dung) auf den hypothetischen Dispositionsakt gestützt wird.⁵ Wie gezeigt werden soll, birgt ein solches Vorgehen die Gefahr, dass formelle Anforderungen an die Rechtfertigung durch eine Fokussierung auf die materiellen Voraussetzungen der jeweiligen Entscheidung überspielt werden.

II. Die hypothetische Disposition von Privatpersonen

Ausgangspunkt der Diskussion um den Unrechtsausschluss aufgrund hypothetischer Geschehensabläufe ist die hypothetische Einwilligung des Rechtsgutsträgers in die ärztliche Heilbehandlung (1.). Erkennt man diese Rechtsfigur an, müsste sie auch bei anderen Tatbeständen zum Schutz von disponiblen Individualrechtsgütern zu einem Unrechtsausschluss führen (2.). Schließlich wäre zu erwägen, diese Rechtsfigur auch auf Tatbestände zu übertragen, die anderen Privatpersonen als dem Rechtsgutsträger eine der Dispositionsbefugnis vergleichbare Entscheidungsmacht zuweisen (3.).

1. Hypothetische Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung

Die strafbarkeitsausschließende Wirkung der hypothetischen Einwilligung wurde vom BGH erstmals im sog. O-Beine-Fall anerkannt: Der BGH verneinte die Ursächlichkeit der Pflichtwidrigkeit (nämlich der fehlerhaften Aufklärung) für die Körperverletzung, da der Patient in den Eingriff auch dann eingewilligt hätte, wenn er über alle damit verbundenen Risiken aufgeklärt worden wäre.⁶ Während diese Begründung den aus der Lehre von der objektiven Zurechnung stammenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf die Rechtfertigung überträgt, geht der BGH in seiner neueren Rechtsprechung davon aus, dass die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte,⁷ und stellt die hypothetische Einwilligung damit als (neuen) Rechtfertigungsgrund neben die tatsächlich erteilte und die mutmaßliche Einwilligung.⁸

Gegen die hypothetische Einwilligung als neuen Rechtfertigungsgrund ist indes zu Recht eingewandt worden, dass dieser den mit der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung bezweckten Schutz der Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers aufhebt, wenn der Arzt auch dann davon absehen kann, die wirksame Zustimmung des Patienten vor dem Ein-

¹ Siehe nur BGHSt 1, 332 (333 f.); 11, 1 (7); 31, 96 (98); 49, 1 (3 f.); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, S. 110, 136; *T. Walter*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 74, 99; siehe dagegen *Puppe*, GA 2010, 551.

² BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2; BGH NStZ 1996, 34 (35); BGH NStZ 2004, 442; BGH NStZ 2012, 205 (206); BGH NJW 2013, 1688 (1689).

³ *Beulke*, medstra 2015, 67 (72 ff.); *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 47; *Kuhlen*, JR 2004, 207; *ders.*, in: *Schünemann/Achenbach/Bottke/Haffke/Rudolphi* (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331; *Rosenau*, in: *Böse/Bloy/Hillenkamp/Momsen/Rackow* (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 683 (687 ff.); *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 14 Rn. 114.

⁴ *Gropp*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 197 (200 ff.); *Haas*, GA 2015, 147 (149 ff.); *C. Jäger*, in: *Müller-Dietz/Müller/Kunz/Radtke/Britz/Momsen/Koriath* (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345 (349 ff.); *Paeffgen*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, Vor §§ 32 ff. Rn. 168a; *Puppe*, GA 2003, 764 (768 ff.); *dies.*, ZIS 2016, 366 ff.; *Saliger*, in: *Fahl/Müller/Satzger/Swoboda* (Hrsg.), Ein Menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe, Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, 2015, S. 257 (264 ff.); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6 ff.).

⁵ Andere Rechtfertigungsgründe (§§ 32, 34 StGB) bleiben außer Betracht, siehe insoweit *Haas*, GA 2015, 147 (158 f.).

⁶ BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

⁷ BGH NStZ-RR 2004, 16 (17); BGH NStZ 2004, 442; BGH NStZ 2012, 205 (206).

⁸ Siehe zu dieser Deutung der Rechtsprechung: *Haas*, GA 2015, 147 (148 f.); *Tag*, ZStW 127 (2015), 523 (531), jeweils m.w.N.; für einen neuen Rechtfertigungsgrund: *Beulke*, medstra 2015, 67 (73 f.).

griff einzuholen, wenn ihm dies ohne Weiteres möglich ist.⁹ Dass die Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers damit ausgeschlossen wird, kann nicht mit dem Argument beiseitegeschoben werden, dass eine Rechtfertigung nur nach Maßgabe des hypothetischen Willens des Rechtsgutsträgers erfolge und damit (auch) der Selbstbestimmung des Patienten diene,¹⁰ denn damit wird der Unterschied zwischen tatsächlicher und hypothetischer Selbstbestimmung marginalisiert.¹¹ Dass die hypothetische Einwilligung ein – im Wortsinne – zweifelhaftes Instrument der Selbstbestimmung ist, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass verbleibende Unsicherheiten über den hypothetischen Willen des Patienten nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zugunsten des Angeklagten aufzulösen sind.^{12, 13} Die Patientenautonomie wird damit durch die hypothetische Einwilligung ebenso unterlaufen wie durch den vorschnellen Rückgriff auf die mutmaßliche Einwilligung; der Vorrang der tatsächlichen Einwilligung und die Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung lassen daher eine weitergehende Berücksichtigung des hypothetischen Willens nicht zu.

Um die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung zu erhalten, bleibt damit nur die Möglichkeit, sie in struktureller Analogie zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang im Rahmen der objektiven Zurechnung zu begründen.¹⁴ Nach diesem Verständnis, das von *Kuhlen* entwickelt worden ist, setzt die (objektive) Rechtswidrigkeit der Tat nicht nur voraus, dass kein Rechtfertigungsgrund vollständig verwirklicht ist, sondern darüber hinaus auch, dass der Erfolg in objektiv zurechenbarer Weise auf dem festgestellten Rechtfertigungsmangel beruht.¹⁵ Diese letztgenannte Voraussetzung sei nicht erfüllt, wenn der Pflichtwidrigkeitszusammenhang fehle, weil der Erfolg auch ohne die Einwilligungsängel (d.h. bei ordnungsgemäßer Aufklärung und einer dementsprechend wirksamen Einwilligung) eingetreten wäre.¹⁶ Aufgrund des fehlenden Erfolgsunrechts sei in diesem Fall eine Strafbarkeit wegen vollendeter Körperverletzung ausgeschlossen.¹⁷ We-

gen des fortbestehenden Handlungsunrechts komme allerdings eine Strafbarkeit wegen Versuchs in Betracht.¹⁸

Nun lässt sich schon bestreiten, dass die Begründung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs eine Berücksichtigung hypothetischer Verläufe erfordert, zumal sich diese aufgrund ihres fiktiven Charakters nicht feststellen, geschweige denn beweisen lassen.¹⁹ Selbst wenn man diese Zweifel als überwindbar ansehen wollte, so erscheint doch fraglich, ob die hypothetische Einwilligung geeignet ist, den Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf der Ebene der Rechtswidrigkeit auszuschließen.

Durch den Vergleich des tatsächlichen mit dem rechtmäßigen (hypothetischen) Alternativverhalten soll der Zusammenhang von Handlungs- und Erfolgsunrecht begründet werden.²⁰ Mit der hypothetischen Einwilligung wird aber bei der Hypothesenbildung nicht auf das tatbestandsmäßige Verhalten des Täters (Durchführung des ärztlichen Eingriffs) abgestellt, sondern auf die im Vorfeld dieser Handlung erfolgte Verletzung der Aufklärungspflicht.²¹ Bezieht man den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens hingegen auf die tatbestandsmäßige Handlung, so ist der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben, denn das rechtmäßige Alternativverhalten bestünde darin, den Eingriff entweder zu unterlassen oder nur auf der Grundlage einer zuvor erteilten wirksamen Einwilligung durchzuführen.²² Wollte man dagegen die Verletzung der Aufklärungspflicht als das maßgebliche Handlungsunrecht ansehen, so würde damit auch die Schwelle zum Versuchsbeginn markiert, d.h. mit der absichtlichen Täuschung des Patienten im Aufklärungsgespräch²³ hätte der Arzt bereits eine versuchte Körperverletzung begangen (!). Hinzu kommt, dass sich die hypothetische Einwilligung – ebenso wie die tatsächlich erteilte Einwilligung – gleichermaßen auf den Körperverletzungserfolg und die diesen herbeiführende Handlung (Vollzug des Eingriffs) beziehen

⁹ *Haas*, GA 2015, 147 (151); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7).

¹⁰ *Beulke*, medstra 2015, 67 (74); *Rosenau* (Fn. 3), S. 697.

¹¹ Dass sich der hypothetische Wille des Patienten (ex post) besser als dessen mutmaßlicher Wille (ex ante) ermitteln lässt (*Rosenau* [Fn. 3], S. 697), ändert nichts daran, dass die tatsächlich erteilte Einwilligung angesichts der Unsicherheiten, die mit der Feststellung fiktiver Entscheidungen verbunden sind, das überlegene Instrument zu einer wirksamen Selbstbestimmung darstellt.

¹² Siehe insoweit NStZ-RR 2004, 16 (17); BGH NStZ 2012, 205 (206).

¹³ *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7); siehe auch – unter Verweis auf den nicht feststellbaren fiktiven Patientenwillen – *Puppe*, GA 2003, 764 (769 f.).

¹⁴ *Kuhlen* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 337 f.

¹⁵ *Kuhlen* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 339.

¹⁶ *Kuhlen* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 340, sowie zu BGH NStZ 1996, 34, 341 ff.; ebenso *Rosenau* (Fn. 3) S. 690 f.

¹⁷ *Kuhlen* (Fn. 3 – FS Roxin), S. 346.

¹⁸ *Kuhlen*, JR 2004, 227 (229 f.); ebenso *Beulke*, medstra 2015, 67 (74 f.).

¹⁹ *Puppe*, GA 2003, 764 (769).

²⁰ Siehe nur *Frister* (Fn. 1), S. 136.

²¹ *Gropp* (Fn. 4), S. 202; *C. Jäger* (Fn. 4) S. 351; i.E. ebenso *Haas*, GA 2015, 147 (154, 157), wonach auch vorgelagerte Sorgfaltspflichtverletzungen im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zu berücksichtigen sind (154), der Aufklärungsfehler i.E. aber gleichwohl keine Sorgfaltspflichtverletzung begründet (157); a.A. *Swoboda*, ZIS 2013, 18 (28), wonach die Übertragung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf die Ebene der Rechtswidrigkeit nicht mehr an das Handlungsunrecht, sondern an das Rechtfertigungsdefizit anknüpfe. Diese Sicht widerspricht indes der postulierten Versuchsstrafbarkeit, die ein solches Handlungsunrecht voraussetzt (siehe oben im Text).

²² *Puppe*, ZIS 2016, 366 (370); *Schlehofer*, in: Paeffgen (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 953, (969 f.); siehe auch *C. Jäger* (Fn. 4), S. 351.

²³ Vgl. den Sachverhalt zum „Bohrer-Fall“, BGH NStZ 2004, 442.

müsste.²⁴ Wäre die Aufklärung ordnungsgemäß erfolgt, wäre auch die Körperverletzungshandlung gerechtfertigt und es entfielen der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem Aufklärungsmangel und der (hypothetisch gerechtfertigten) Handlung, so dass die postulierte Versuchsstrafbarkeit ausgeschlossen wäre, wenn man für das unmittelbare Ansetzen auf den Beginn der Operation abstellt.²⁵

Selbst wenn man die ordnungsgemäße Aufklärung als rechtmäßiges Alternativverhalten heranzieht, wäre der Pflichtwidrigkeitszusammenhang gegeben: Während das Erfolgsunrecht nach dem tatsächlichen Geschehensablauf (Aufklärungs- und Einwilligungsmangel) in einem nicht vom Willen des Patienten gedeckten körperlichen Eingriff besteht, wäre dieser Eingriff nach dem hypothetischen Verlauf (Einwilligung nach ordnungsgemäßer Aufklärung) vom Willen des Patienten gedeckt und könnte somit kein Erfolgsunrecht begründen, so dass das tatsächlich eingetretene Erfolgsunrecht auf der pflichtwidrigen Handlung beruht.²⁶ Geht man mit der Rechtsprechung davon aus, dass die Verletzung des Selbstbestimmungsrechts das Unrecht des § 223 StGB (mit-)konstituiert,²⁷ so entfällt der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht allein deshalb, weil der körperliche Eingriff im Übrigen identisch ist. In der Sache deckt sich dies mit dem oben erhobenen Einwand, wonach die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung zu einer Aushöhlung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten führt.²⁸

Damit sind die wesentlichen Einwände gegen die hypothetische Einwilligung benannt. Eine eingehende Diskussion der hypothetischen Einwilligung beim ärztlichen Heileingriff kann an dieser Stelle nicht geleistet werden, insbesondere soll hier nicht vertieft werden, ob die gesetzliche Regelung im Zivilrecht (§ 630h Abs. 2 S. 2 BGB) eine Anerkennung dieser Rechtsfigur im Strafrecht gebietet²⁹ und auf welche Weise einem rechtspolitischen Bedürfnis nach einer Beschränkung

der Strafbarkeit auf andere Weise (z.B. durch eine Reduzierung der ärztlichen Aufklärungspflichten) Rechnung getragen werden kann³⁰. Für die Zwecke dieses Beitrages soll es genügen, die allgemeinen dogmatischen Bedenken gegen die hypothetische Einwilligung zu skizzieren, um auf dieser Grundlage die Anwendung dieser Rechtsfigur in anderen Bereichen zu untersuchen.

2. Hypothetische Einwilligung bei Verletzung anderer disponibler Individualrechtsgüter

Unabhängig davon, ob man die hypothetische Einwilligung als neuen Rechtfertigungsgrund oder als Kriterium der objektiven Zurechnung auf Ebene der Rechtswidrigkeit einordnet, wäre sie als Rechtsfigur des Allgemeinen Teils nicht nur auf den ärztlichen Heileingriff bzw. die Körperverletzungsdelikte, sondern auch auf andere Tatbestände anwendbar, die dem Schutz disponibler Individualrechtsgüter dienen.³¹ Daraus könnten sich insbesondere für den strafrechtlichen Schutz des Patientengeheimnisses (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) weitreichende Folgen ergeben. Unabhängig von einer tatsächlich erteilten oder mutmaßlichen Einwilligung wäre die Weitergabe von Patientendaten kein strafbares Unrecht, wenn der Patient, wäre er hierzu vorher befragt worden, der Weitergabe seiner Daten zugestimmt hätte (s.o. II. 1.). Selbst wenn der Patient nicht zugestimmt hätte, wäre kein vorsätzliches Unrecht gegeben und eine Strafbarkeit des Arztes nach § 203 StGB ausgeschlossen, wenn dieser in der Vorstellung gehandelt hat, dass der Patient der Weitergabe zugestimmt hätte.³²

Die hypothetische Einwilligung ist auch hier den bereits genannten Einwänden ausgesetzt. Da die Tathandlung („offenbaren“) in der Regel mit dem Erfolg (Kenntnisnahme eines Dritten von dem Geheimnis bzw. Zugang)³³ zusammenfällt, erscheint es wiederum zweifelhaft, dass die hypothetische Einwilligung allein eine Zurechnung des Erfolgsunrechts ausschließen soll, die Offenbarungshandlung aber weiterhin objektiv rechtswidrig bleiben soll. Weitergehende Bedenken ergeben sich aber insbesondere mit Blick auf die Anerkennung eines neuen Rechtfertigungsgrundes, der in bemerkenswertem Kontrast zu dem gesetzlichen Schutz von Gesundheitsdaten und dem Recht des Patienten auf informationelle Selbstbestimmung stünde. Die Einwilligung in die Nutzung und Verarbeitung personenbezogener Daten setzt

²⁴ Mitsch, in: Schröder/Hellmann (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach, 2011, S. 299 (309); zur verbotenen Handlung als Gegenstand der Einwilligung Paeffgen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 12; Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 164; Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, Vor § 32 Rn. 34, jeweils m.w.N.

²⁵ Mitsch (Fn. 24), S. 309; siehe dagegen Beulke, medstra 2015, 67 (75); siehe zum weiteren Einwand der fehlenden Nachweisbarkeit eines entsprechenden Tatentschlusses Puppe, JR 2004, 470 (471).

²⁶ Jansen, ZJS 2011, 482 (488); Schlehofer (Fn. 22), S. 970; siehe auch Haas, GA 2015, 147 (155).

²⁷ BGHSt 11, 111 (114); ebenso Kuhlen, in: Britz/Jung/Koriath/Müller (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431 (442); ablehnend Beulke, medstra 2015, 67 (69).

²⁸ Haas, GA 2015, 147 (157).

²⁹ Siehe dagegen Haas, GA 2015, 147 (157 f.); Puppe, ZIS 2016, 366 (371).

³⁰ Siehe insoweit Tag, ZStW 127 (2015), 523 (543 ff.); siehe auch für eine an § 240 Abs. 2 StGB angelehnte Verwerflichkeitsklausel: Swoboda, ZIS 2013, 18 (30 ff.).

³¹ Siehe etwa zu § 303 StGB: Hengstenberg, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2013, S. 412 ff., zu § 266 StGB S. 419 ff.; Rönnau, StV 2011, 753 (756); a.A. (Begrenzung auf das Arztstrafrecht) Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 223 Rn. 33; kritisch zu einer solchen Übertragung auch Jansen, ZJS 2011, 482 (493 f.).

³² Vgl. insoweit zu § 223 StGB: Beulke, medstra 2015, 67 (75); Kuhlen (Fn. 3 – FS Roxin), S. 344 (Fn. 75).

³³ Siehe insoweit Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 24), § 203 Rn. 20; Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 24), § 203 Rn. 19.

eine freiwillige (§ 4a Abs. 1 S. 1 BDSG), informierte (§ 4a Abs. 1 S. 2 BDSG) und überlegte (grundsätzlich Schriftform, siehe § 4a Abs. 1 S. 3 BDSG) Entscheidung des Betroffenen voraus. Da es sich bei Gesundheitsdaten um besonders sensible Daten (§ 3 Abs. 9 BDSG) handelt, muss der Patient der Verarbeitung ausdrücklich zustimmen (§ 4a Abs. 3 BDSG), d.h. eine konkludente Einwilligung ist insoweit ausgeschlossen.³⁴ Diese Vorgaben sind auch im Rahmen des § 203 StGB zu beachten.³⁵ Das strafrechtliche Schrifttum zu § 203 StGB hält zwar auch eine formlose (mündliche) oder konkludente Einwilligung für ausreichend, da es allein auf die materiellen Voraussetzungen der Einwilligung ankomme und der bloße Verstoß gegen Formvorschriften nicht strafwürdig sei.³⁶ Dem ist indes entgegenzuhalten, dass die formellen Anforderungen kein Selbstzweck sind, sondern auf eine selbstbestimmte Entscheidung des Patienten über den Umgang mit seinen Gesundheitsdaten abzielen. In der Sache wird dies auch im strafrechtlichen Schrifttum weitgehend anerkannt, indem eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung nur ausnahmsweise zugelassen und bei der Übermittlung der Patientendaten an externe Verrechnungsstellen³⁷ oder der Weitergabe dieser Daten beim Praxisverkauf³⁸ verneint wird.³⁹ Das Recht des Patienten, über die Weitergabe seiner Daten zu bestimmen (und zwar vorher), würde durch eine Anwendung der hypothetischen Einwilligung erheblich geschwächt: Für die Weitergabe von Patientendaten zur Qualitätssicherung oder zu Forschungszwecken müsste nicht mehr die Einwilligung der betroffenen Patienten eingeholt werden, sondern es könnte auf die – empirisch durchaus plausible – Erwartung verwiesen werden, diese hätten der beabsichtigten Übermittlung zugestimmt.

Angesichts der stark formalisierten Anforderungen an eine datenschutzrechtliche Einwilligung verwundert es daher nicht, dass im Rahmen des § 203 StGB nicht auf die hypothetische Einwilligung zurückgegriffen wird, um auf diese Weise beispielsweise rechtliche Bedenken gegen die Anwesenheit sog. Medizinprodukteberater im Operationssaal ohne Einwilligung des Patienten zu zerstreuen.⁴⁰ Soweit zur Begründung auf das im Vergleich zu § 223 StGB „anders defi-

nierte Rechtsgut“ verwiesen wird,⁴¹ kann dies zwar äußerlich an die strengen Vorgaben des Gesundheitsdatenschutzrechts anknüpfen. In ihrem Kern ist diese Differenzierung jedoch kaum überzeugend, geht es doch in beiden Tatbeständen um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, einerseits in Bezug auf seine körperliche Integrität und Gesundheit, andererseits in Bezug auf den Umgang mit seinen Gesundheitsdaten.

3. Hypothetische Einwilligung der Schwangeren (§ 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB)

Eine hypothetische Einwilligung kann ferner im Rahmen des § 218a StGB in Betracht kommen. Im Unterschied zu den bisher behandelten Tatbeständen weist § 218a der Einwilligung der Schwangeren in den Abbruch eine Doppelfunktion zu, wonach die Frau mit der Einwilligung nicht nur das Selbstbestimmungsrecht über ihren Körper wahrnimmt, sondern auch darüber bestimmt, wie der Konflikt zwischen der von ihr empfundenen Notsituation und dem Schutz des ungeborenen Leben aufzulösen ist.⁴² Während sich in Bezug auf den ersten Aspekt wiederum die Frage nach den Folgen ärztlicher Aufklärungsfehler stellt (s.o. II. 1.),⁴³ geht der zweite über die bisher behandelten Konstellationen hinaus, da die Schwangere insoweit über einen Eingriff in ein fremdes Rechtsgut entscheidet. Diese zusätzliche Funktion der Einwilligung schließt es jedoch nicht von vornherein aus, die Grundsätze der hypothetischen Einwilligung auch auf die Einwilligung der Schwangeren anzuwenden.

Der Tatbestandsausschluss nach § 218a Abs. 1 StGB setzt nicht nur voraus, dass die Schwangere den Abbruch verlangt, sondern auch, dass sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen (§ 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll die Beratung das ungeborene Leben schützen, indem sie die Schwangere zur Fortsetzung der Schwangerschaft ermutigt und ihr Perspektiven für ein Leben mit dem Kind aufzeigt, und der Schwangeren helfen, eine verantwortliche und gewissenhafte Entscheidung zu treffen (§ 219 Abs. 1 S. 1 und 2 StGB). Wird eine solche Beratung nicht durchgeführt, greift der Tatbestandsausschluss nach § 218a Abs. 1 StGB nicht ein und der Abbruch ist – sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind – strafbar.⁴⁴

Fraglich ist, ob sich die Schwangere und der den Abbruch vornehmende Arzt in einem solchen Fall darauf berufen könnten, dass sie (die Schwangere) sich auch unter dem Eindruck der gesetzlich vorgeschriebenen Beratung für den Abbruch der Schwangerschaft entschieden hätte. Nach den Grundsätzen der hypothetischen Einwilligung könnte der tatbestandsmäßige Erfolg (Tod der Leibesfrucht) in diesem Fall nicht zugerechnet werden, da er auch bei einem pflicht-

³⁴ Kühling/Seidel, in: Kingreen/Kühling (Hrsg.), Gesundheitsdatenschutzrecht, 2015, S. 101; Simitis in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. 2014, § 4a Rn. 88.

³⁵ OLG Bremen NJW 1992, 757 (zum Schriftformerfordernis); Fischer/Uthoff, MedR 1996, 115 (116); Schlund, in: Laufs/Kern (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 72 Rn. 25; Weichert, NJW 2004, 1695 (1697).

³⁶ Cierniak/Pohlitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 203 Rn. 56; Kargl (Fn. 33), § 203 Rn. 56 (zur Schriftform) und 58 (zur konkludenten Einwilligung), jeweils m.w.N.

³⁷ BGH NJW 1992, 2348 (2349 f.).

³⁸ BGH NJW 1992, 737 (739).

³⁹ Näher Kargl (Fn. 33), § 203 Rn. 58 f., 61 m.w.N.

⁴⁰ Webel, MPR 2014, 37 (43).

⁴¹ Spickhoff, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, §§ 203-205 StGB Rn. 37; siehe auch Webel, MPR 2014, 37 (43). (mit Fn. 81).

⁴² Merkel in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Rn. 24), § 218a Rn. 16. Das „Verlangen“ der Schwangeren (§ 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB) schließt eine Einwilligung ein.

⁴³ Siehe dazu Merkel (Fn. 42), § 218a Rn. 38 ff.

⁴⁴ Siehe nur Merkel (Fn. 42), § 218a Rn. 74.

gemäßes Verhalten der Schwangeren eingetreten wäre. Angesichts der verbreiteten Einschätzung, dass das Bemühen des Gesetzgebers, durch das Beratungskonzept die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche zu reduzieren, weitgehend gescheitert ist,⁴⁵ wäre eine solche Behauptung nicht von vornherein unplausibel und somit geeignet, ggf. i.V.m. mit dem Grundsatz „in dubio pro reo“ den Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu unterbrechen.

Dass ein solches Ergebnis dem gesetzlichen Schutzkonzept diametral zuwiderliefe, liegt auf der Hand. Die hypothetische Einwilligung würde dem Beratungsmodell die Grundlage entziehen, da es für einen Strafbarkeitsausschluss nicht mehr darauf ankäme, ob eine Beratung stattgefunden hat, sondern (allenfalls) darauf, zu welchem Ergebnis diese geführt hätte. Das Gesetz bindet die tatbestandsausschließende Wirkung der Entscheidung der Schwangeren an bestimmte Voraussetzungen, die eine „verantwortliche und gewissenhafte“ Entscheidung (§ 219 Abs. 1 S. 2 StGB) gewährleisten sollen. Werden diese Anforderungen verfehlt, so können die damit verbundenen Folgen nicht über einen Rückgriff auf eine hypothetische Entscheidung, die diesen Anforderungen genügt, abgewendet werden.

III. Die hypothetische Disposition von Hoheitsträgern

Ein tatbestandliches Verbot kann nicht nur durch private Dispositionsakte (Einwilligung), sondern auch durch Hoheitsakte im Einzelfall außer Kraft gesetzt werden. Grundlage einer Rechtfertigung kann dabei entweder eine gerichtliche (1.) oder behördliche (2.) Entscheidung sein.

1. Gerichtliche Genehmigung

a) Eine Rechtfertigung qua hoheitlicher Befugnisse kommt insbesondere bei polizeilichen und strafprozessualen Grundrechtseingriffen in Betracht, soweit bei deren Vollzug der Tatbestand eines Strafgesetzes verletzt wird. Sind die Voraussetzungen der gesetzlichen Eingriffsermächtigung erfüllt, so ist die Tat gerechtfertigt; ist dies nicht der Fall, scheidet eine Rechtfertigung grundsätzlich aus.⁴⁶ In formeller Hinsicht ist insoweit bei besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriffen der Richtervorbehalt zu beachten. Wird die Maßnahme ohne die erforderliche richterliche Anordnung vollzogen, ist diese folglich rechtswidrig. Überträgt man die Lehre von der hypothetischen Einwilligung auf den Richtervorbehalt, so könnte ein Unrechtsausschluss auch in diesem Zusammenhang darauf gestützt werden, dass das Gericht – wäre es mit einem entsprechenden Antrag befasst worden – den Eingriff genehmigt hätte.

Mit eben dieser Begründung hat der BGH im Fall „Oury Jalloh“ eine Freiheitsberaubung durch Unterlassen verneint.⁴⁷ Der angeklagte Polizeibeamte hatte es als Dienstgruppenleiter versäumt, eine ohne seine Mitwirkung festgenommene Person unverzüglich dem Richter vorführen zu lassen, um eine gerichtliche Entscheidung über die Fortdauer der Freiheitsentziehung herbeizuführen. Nach Ansicht des BGH sei der Angeklagte zwar als Garant verpflichtet gewesen, unverzüglich eine richterliche Vorführung der inhaftierten Person zu veranlassen (vgl. §§ 128 Abs. 1, 163c Abs. 1 StPO; § 38 Abs. 1 LSASOG).⁴⁸ Die pflichtwidrige Unterlassung sei jedoch nicht kausal für die Fortdauer der Haft, da der Richter mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die Fortdauer der Haft angeordnet hätte, da die Voraussetzungen für einen Schutzgewahrsam nach § 37 Abs. 1 Nr. 1 LSASOG vorgelegen hätten und richterliche Beurteilungsspielräume nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zugunsten des Angeklagten auszuschöpfen seien.⁴⁹ Das Unterlassen des Angeklagten sei daher nicht ursächlich für die rechtswidrige Freiheitsentziehung.⁵⁰

Wie die letzte Formulierung zeigt, zieht der BGH nicht in Zweifel, dass die Freiheitsentziehung wegen des Verstoßes gegen den Richtervorbehalt rechtswidrig ist, sondern verneint lediglich den Zurechnungszusammenhang zwischen Unterlassen und Erfolgsumrecht. Anders als bei der hypothetischen Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff knüpft der BGH im Ausgangspunkt zutreffend nicht an ein Versäumnis im Vorfeld (Aufklärungsmangel, s.o. II. 1.), sondern an das tatbestandsmäßige Unterlassen (keine Veranlassung der Vorführung vor den Haftrichter) an, um den Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu prüfen. Gegen die Argumentation des BGH ließe sich zwar einwenden, dass der richterlich angeordnete Freiheitsentzug rechtmäßig gewesen wäre und die unterlassene Vorführung insofern – entgegen dem BGH – sehr wohl ursächlich für die *rechtswidrige* Freiheitsentziehung war.⁵¹ Reduziert man den Erfolgsumwert indes auf die Rechtsgutsverletzung (Freiheitsentziehung), lässt sich der Pflichtwidrigkeitszusammenhang durchaus stringent verneinen.⁵² Während die Verletzung der Patientenautonomie noch in das Erfolgsumrecht des § 223 StGB integriert werden konnte (s.o. II. 1.), versteht es sich nicht von selbst, dass die formelle Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung Bestandteil des in § 239 StGB enthaltenen Erfolgsumwerts ist. Dafür spricht allerdings, dass der Bürger nur bei Vorliegen sämtlicher formeller und materieller Voraussetzungen dazu ver-

⁴⁵ Merkel (Fn. 42), § 218a Rn. 51. Nach Schätzungen, die auf der Anzahl der Beratungen und der nach Beratung erfolgten Abbrüche beruhen, entscheiden sich die Schwangeren in ca. 70 % der Fälle für einen Schwangerschaftsabbruch, siehe *Büchner*, in: *Büchner/Kaminski* (Hrsg.), *Lebensschutz oder kollektiver Selbstbetrug*, 2006, S. 113, 120; siehe auch S. 184 f.

⁴⁶ Siehe dazu näher *Mittag*, *Außerprozessuale Wirkungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe*, 2009, S. 217 ff.

⁴⁷ BGH NJW 2015, 96 (100).

⁴⁸ BGH NJW 2015, 96 (100 f.).

⁴⁹ BGH NJW 2015, 96, (101 ff.).

⁵⁰ BGH NJW 2015, 96, (102).

⁵¹ *Jäger*, JA 2015, 72 (74); *Rostalke*, JR 2015, 306 (311); *Schiemann*, NJW 2015, 20 (23).

⁵² So bereits in Bezug auf Verstöße gegen den Richtervorbehalt: *Brauer*, *Die strafrechtliche Behandlung genehmigungsfähigen, aber nicht genehmigten Verhaltens*, 1988, S. 155.

pflichtet ist, staatlich veranlasste Eingriffe in seine Grundrechte zu dulden.⁵³

Dies führt zu der Frage, ob die hypothetische richterliche Anordnung des Freiheitsentzuges als neuer Rechtfertigungsgrund (mit einer impliziten Duldungspflicht für den Bürger) anzuerkennen ist, der das Unrecht der Freiheitsberaubung auch dann entfallen lässt, wenn sich der Täter über die Zuständigkeit des Richters für den präventiven Grundrechtsschutz bewusst hinwegsetzt. Dass der Richter im Unterschied zum Rechtsgutsträger nicht in seiner Entscheidung frei, sondern an Recht und Gesetz gebunden ist, könnte dafür sprechen, der formellen Rechtswidrigkeit für die Strafbarkeit keine entscheidende Bedeutung beizumessen (vgl. o. II. 2.), sondern allein darauf abzustellen, ob die Freiheitsentziehung materiell rechtmäßig war.⁵⁴ Zugespielt formuliert: Ist die vom Gericht zu treffende Entscheidung materiell-rechtlich determiniert, kommt es auf deren Vorliegen nicht mehr an.

Ein solches Verständnis würde indes der Bedeutung des Richtervorbehalts für den Schutz des Grundrechts auf persönliche Freiheit (Art. 2 Abs. 2, Art. 104 GG) nicht gerecht. Der Richtervorbehalt soll gewährleisten, dass eine neutrale und unabhängige Instanz über die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet.⁵⁵ Da die in der gesetzlichen Ermächtigung verwendeten Begriffe („Verdacht“, „Gefahr“) beträchtliche Wertungsspielräume eröffnen, kommt dem Grundrechtsschutz durch Verfahren bei der Ausfüllung dieser Spielräume eine besondere Bedeutung zu: Der Haftrichter ist nicht an die Einschätzung der Polizei gebunden, sondern muss selbständig prüfen und beurteilen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Freiheitsentziehung vorliegen.⁵⁶ In der Sache werden die dem Haftrichter eingeräumten „Beurteilungsspielräume“⁵⁷ vom BGH durchaus gesehen. Um die damit verbleibenden Unsicherheiten bei der Ermittlung der hypothetischen Entscheidung des Haftrichters zu bewältigen, greift der BGH auf den Grundsatz „in dubio pro reo“ zurück,

wonach im Zweifelsfall davon auszugehen ist, dass der Haftrichter zu der Einschätzung gelangt wäre, dass der Freiheitsentzug rechtmäßig war.⁵⁸ Im Klartext: Solange die gerichtliche Anordnung der Haftfortdauer (noch) im Rahmen des juristisch Vertretbaren liegt, ist die (formell rechtswidrige) Freiheitsberaubung nicht objektiv zurechenbar und strafbares Unrecht ausgeschlossen. Mit Blick auf die Strafbarkeit der Polizeibeamten wird der Richtervorbehalt seiner freiheitsschützenden Funktion damit weitgehend beraubt und auf eine Vertretbarkeitskontrolle reduziert.⁵⁹ Wie bei der hypothetischen Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff wird nicht nur die zur Entscheidung berufene Person übergangen, sondern die damit verbundene Gefahr für die Freiheit des Opfers noch dadurch gesteigert, dass im Zweifel von einer hypothetischen Rechtfertigung des Eingriffs auszugehen sein soll. Aus „in dubio pro reo“ folgt für das inhaftierte Opfer „in dubio contra libertatem“. Eine hypothetische richterliche Anordnung vermag das Unrecht der Freiheitsentziehung daher nicht auszuschließen.

b) Ein ähnliches Problem besteht bei der Entscheidung des Betreuers, die medizinische Behandlung nach Maßgabe des Patientenwillens abubrechen (vgl. § 1901a BGB). Soweit über den diesbezüglichen Willen des Patienten kein Einvernehmen zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt besteht (§ 1904 Abs. 4 BGB; siehe insoweit § 1901b BGB), bedarf die entsprechende Entscheidung der Genehmigung des Betreuungsgerichts (§ 1904 Abs. 2 BGB). Der Vorbehalt der gerichtlichen Genehmigung sichert – wie der Richtervorbehalt (s.o. III. 1. a) – die Beachtung der Anforderungen an die Feststellung des Patientenwillens verfahrensrechtlich ab.⁶⁰ Der BGH hat daraus abgeleitet, dass diese Verfahrensregeln damit auch für das Strafrecht beachtliche Grenzen für die Rechtfertigung eines Behandlungsabbruchs haben, der zum Tod des Patienten führt.⁶¹ Bei einem Verstoß gegen den Genehmigungsvorbehalt müsste dem Behandlungsabbruch daher folgerichtig die Rechtfertigung versagt werden.⁶²

Im Schrifttum ist diese Konsequenz auf entschiedene Ablehnung gestoßen: Maßgeblich für die Rechtfertigung sei allein, ob die Entscheidung über den Behandlungsabbruch vom in einer Patientenverfügung niedergelegten oder mutmaßlichen Willen des Patienten gedeckt gewesen sei; aus dem formellen Verstoß gegen den Genehmigungsvorbehalt könne sich kein Tötungsunrecht ergeben.⁶³ Ein Behandlungs-

⁵³ Siehe auch die Kritik bei *Puppe*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 29.

⁵⁴ In diesem Sinne *Wieck-Noodt*, in: Joecks/Miebach (Fn. 36), § 239 Rn. 37; siehe auch *Schluckebier*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 7, 12. Aufl. 2013, § 239 Rn. 23, der aber zur Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung gelangt, wenn das vorgeschriebene Verfahren umgangen wird.

⁵⁵ BVerfG NJW 2001, 1121 (1122); BVerfG NJW 2007, 1345 (1346); siehe allgemein zur Funktion des Richtervorbehalts (präventiver Rechtsschutz): *Gusy*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 6. Aufl. 2010, Art. 104 Rn. 38; *Mittag* (Fn. 46), S. 72 f. m.w.N.

⁵⁶ BVerfGE 83, 24, (33 f.); *Gusy*, NJW 1992, 457 (461); *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 104 Rn. 40.

⁵⁷ BGH NJW 2015, 96, (102 f.). Der Begriff des „Beurteilungsspielraums“ ist insofern missverständlich, als mit ihm eine reduzierte gerichtliche Kontrolldichte konnotiert ist, die sich beim Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe nicht begründen lässt, siehe dazu *Mittag* (Fn. 46), S. 63 ff.

⁵⁸ BGH NJW 2015, 96, (102 f.).

⁵⁹ Siehe auch *Puppe* (Fn. 53), § 11 Rn. 28.

⁶⁰ BGH NJW 2010, 2963 (2967).

⁶¹ BGH NStZ 2011, 275 (276); siehe auch bereits BGH NJW 2010, 2963 (2966).

⁶² Siehe zu dieser Interpretation der Rechtsprechung (Akzessorität zum Betreuungsrecht): *Dölling*, ZIS 2011, 345 (348); *Engländer*, JZ 2011, 513 (519); *Verrel*, NStZ 2011, 276 (277); a.A. *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 544 (548).

⁶³ *Hirsch*, JR 2011, 37 (39); *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 24), Vor § 211 Rn. 133; *Rissing-van Saan*, ZIS 2011, 544 (548); *Schneider*, in: Joecks/Miebach (Fn. 36), Vor §§ 211 ff. Rn. 179; *Verrel*, NStZ 2011, 276 (277).

abbruch, der mit dem Willen des Patienten erfolge, führe einen rechtmäßigen Zustand herbei und könne daher kein Erfolgsunrecht begründen.⁶⁴ In der letztgenannten Formulierung klingt die Nähe zur hypothetischen Einwilligung an: Da das Betreuungsgericht den Behandlungsabbruch bei Vorliegen der materiellen Voraussetzungen (§ 1901a BGB) genehmigt hätte, kann das Unrecht der Tat nicht auf die unterbliebene Befassung des Betreuungsgerichts gestützt werden. Anderenfalls würden die Tötungsdelikte in Strafvorschriften zum Schutz des Verfahrens umgewertet (vgl. § 218b Abs. 1 StGB).⁶⁵

Nun zeigt allerdings der Vergleich mit den §§ 218 ff. StGB, dass das tatbestandliche Unrecht der Tötung ungebotenen Lebens auch durch den Verstoß gegen Verfahrensregeln bestimmt wird (s.o. II. 3. zu § 218a Abs. 1 Nr. 1 StGB).⁶⁶ Wie der Richtervorbehalt soll auch der betreuungsrechtliche Genehmigungsvorbehalt als verfahrensrechtliche Schutzvorschrift gewährleisten, dass neben der Selbstbestimmung des Patienten auch dessen Recht auf Leben gewahrt wird.⁶⁷ Im Unterschied zum Richtervorbehalt wird das Betreuungsgericht nur in einer Konfliktsituation eingeschaltet, d.h. wenn der behandelnde Arzt und der Betreuer unterschiedlicher Auffassung darüber sind, wie der Wille des Patienten umzusetzen ist. Dass die einseitige Durchsetzung eines Behandlungsabbruchs in einer solchen Situation „nur“ eine – für die strafrechtliche Bewertung irrelevante – „Kompetenzanmaßung“ sein soll,⁶⁸ vernachlässigt den Zusammenhang zwischen den betreuungsrechtlichen Regelungen und dem mit ihnen bezweckten Lebensschutz.⁶⁹ Der Richter hat zwar nach dem verfügten oder mutmaßlichen Willen des Patienten zu entscheiden, d.h. das Verfahren soll gewährleisten, dass dieser Wille verlässlich ermittelt und festgestellt wird.⁷⁰ Angesichts der Unsicherheiten, mit denen die Feststellung des (mutmaßlichen) Patientenwillens verbunden sein kann, kommt dem Lebensschutz durch Verfahren jedoch gerade dann besondere Bedeutung zu, wenn sich der Wille des Patienten nicht zweifelsfrei rekonstruieren lässt und eine nachträgliche Feststellung unter den Vorzeichen des Grundsatzes „in dubio pro reo“ die Gewichte zugunsten des vorgenommenen Behandlungsabbruchs verschiebt. So lässt sich auch nicht erklären, dass der Behandlungsabbruch und die damit verbundene Tötung eines anderen Menschen zivilrecht-

lich rechtswidrig (Verstoß gegen § 1904 Abs. 2 BGB), aber strafrechtlich gerechtfertigt sein soll,⁷¹ zielen doch die Regelungen des Betreuungsrechts zur Umsetzung von Patientenverfügungen auch darauf ab, die Voraussetzungen und Grenzen der Straflosigkeit des Behandlungsabbruchs klarer zu regeln.⁷² Wie das strafbewehrte Verbot der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB) zeigt, kann sich die Rechtfertigung einer Tötungshandlung nicht allein aus der Einwilligung des Patienten ergeben, sondern tritt erst dann ein, wenn die weiteren Voraussetzungen für einen Behandlungsabbruch erfüllt sind (§§ 1901a ff. BGB).⁷³ Dann aber ist es nur folgerichtig, dass die Nichteinhaltung dieser Voraussetzungen auch für die strafrechtliche Bewertung relevant ist und eine Rechtfertigung ausschließt.⁷⁴ Auch insoweit besteht bei einer Anerkennung der hypothetischen Genehmigung als neuem Rechtfertigungsgrund die Gefahr, dass der Genehmigungsvorbehalt durch eine nachträgliche Prüfung unterlaufen und seine lebensschützende Funktion durch eine Anwendung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ in Teilen preisgegeben wird.

2. Behördliche Erlaubnisse und Genehmigungen

Als letztes Anwendungsfeld hypothetischer Dispositionsakte sollen schließlich Verwaltungsakte in den Blick genommen werden, die ein bestimmtes Verhalten gestatten und infolgedessen das tatbestandlich vertypete Unrecht ausschließen.⁷⁵ Die Behauptung, dass die Behörde eine Genehmigung oder Erlaubnis erteilt hätte, wenn ein entsprechender Antrag gestellt worden wäre, könnte wiederum Anlass geben, das Vorliegen von Erfolgsunrecht zu bezweifeln, da die unterlassene Antragstellung nicht zu einer Folge geführt hat, die von Rechts wegen nicht hätte eintreten dürfen.

⁷¹ Siehe zur Ablehnung einer Zivilrechtsakzessorietät *Engländer*, JZ 2011, 513 (519); *Schneider* (Fn. 63), Vor §§ 211 ff. Rn. 179.

⁷² *T. Walter*, ZIS 2011, 76 (80 f.), unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung, in der die rechtlichen Grenzen des Behandlungsabbruchs für das Zivil- und Strafrecht einheitlich begründet werden, vgl. etwa BT-Drs. 16/8442, S. 16.

⁷³ Siehe auch *T. Walter*, ZIS 2011, 76, (80 f., teleologische Reduktion des § 216 StGB über das Betreuungsrecht). Man könnte insoweit auch eine Parallele zur Selbsttötung ziehen: Wer einen anderen Menschen auf dessen Verlangen hin tötet, entgeht einer Strafbarkeit nach § 216 StGB nicht deshalb, weil sich das Opfer anderenfalls selbst getötet hätte. Maßgeblich ist allein, ob der Wille zum Vollzug des Suizids tatsächlich gebildet und umgesetzt worden ist.

⁷⁴ *T. Walter*, ZIS 2011, 76 (81).

⁷⁵ Auf die Frage, ob die behördliche Genehmigung bzw. Erlaubnis tatbestandsausschließend oder rechtfertigend wirkt, kann hier nicht näher eingegangen werden, siehe zur Differenzierung der h.M. zwischen präventiven Verböten mit Erlaubnisvorbehalt (tatbestandsausschließend) und repressiven Verböten mit Befreiungsvorbehalt (rechtfertigend): *Paeffgen* (Fn. 4), Vor §§ 32 ff. Rn. 201 m.w.N. Für einen Tatbestandsausschluss *Heghmanns*, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000, S. 141 ff., 190.

⁶⁴ *Engländer*, JZ 2011, 513 (519); *Schneider* (Fn. 63), Vor §§ 211 ff. Rn. 179.

⁶⁵ *Engländer*, JZ 2011, 513 (519); *Hirsch*, JR 2011, 37 (39); *Verrel*, NSTZ 2010, 671 (675).

⁶⁶ In Bezug auf § 218a Abs. 2 und 3 StGB ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut, dass für eine Rechtfertigung allein das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen maßgeblich ist.

⁶⁷ BGH NSTZ 2011, 275 (276).

⁶⁸ *Hirsch*, JR 2011, 37 (39).

⁶⁹ *T. Walter*, ZIS 2011, 76 (81).

⁷⁰ So aber *Rosenau*, in: Fischer/Bernsmann (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011, S. 547, 563; *Schneider* (Fn. 63), Vor §§ 211 ff. Rn. 179.

a) Eine Übertragung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung auf behördliche Genehmigungen kommt insbesondere bei der Vorteilsannahme (§ 331 StGB) in Betracht. Da die nachträgliche Genehmigung (vgl. § 331 Abs. 3 StGB) das Unrecht zum Tatzeitpunkt nicht auszuschließen vermag (und somit ein entsprechender Irrtum den Täter auch nicht entlasten kann), geht die h.M. in Anlehnung an den Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung davon aus, dass der Amtsträger bereits dann gerechtfertigt ist, wenn es ihm unmöglich oder unzumutbar ist, vor der Annahme des Vorteils eine Genehmigung einzuholen, und er in der begründeten Erwartung handelte, dass die Behörde die Annahme nachträglich genehmigen werde.⁷⁶ Folgt man der Lehre von der hypothetischen Einwilligung, erscheint es daher nur folgerichtig, das Unrecht der Vorteilsannahme auch bei einer hypothetischen Einwilligung entfallen zu lassen.⁷⁷ Dementsprechend wird das Unrecht der vollendeten Vorteilsannahme auch dann verneint, wenn es dem Amtsträger möglich und zumutbar war, vor der Annahme des Vorteils eine Genehmigung einzuholen.⁷⁸

Anders als bei der eigenmächtigen Heilbehandlung (s.o. II. 1.) kann dieses Ergebnis indes nicht über den fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht begründet werden, da § 331 StGB als abstraktes Gefährdungsdelikt kein über das Handlungsunrecht (Fordern, Sichversprechenlassen, Annehmen eines Vorteils) hinausgehendes Verletzungsunrecht voraussetzt, dessen Zurechnung Voraussetzung für die Annahme vollendeten Unrechts wäre (zu weiteren Einwänden siehe auch unten b).⁷⁹

Von diesem Einwand unberührt bleibt allerdings die Annahme eines neuen, eigenständigen Rechtfertigungsgrundes. Dagegen sprechen indes die gleichen Bedenken wie gegen die hypothetische Einwilligung: Der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung entsprechend, besteht auch im Rahmen des § 331 StGB ein Vorrang des Genehmigungsverfahrens, der einen Rückgriff auf die mutmaßliche Genehmigung

nur in den Fällen erlaubt, in denen eine Genehmigung vor der Annahme der Vorteils nicht eingeholt werden kann.⁸⁰ Mit der hypothetischen Genehmigung würde somit die Entscheidungsbefugnis der Behörde unterlaufen (s.o. II. 1.). Hinzu kommt, dass eine nachträgliche Genehmigung nur dann die Strafbarkeit aufhebt, wenn der Amtsträger den Vorteil unverzüglich angezeigt hat (§ 331 Abs. 3 Alt. 2 StGB). Mit diesem Erfordernis wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass der Täter sich nicht erst dann um eine Genehmigung bemüht, wenn gegen ihn bereits ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren eingeleitet worden ist.⁸¹ Sowohl der Vorrang der vorherigen Genehmigung als auch die Pflicht zur unverzüglichen Anzeige sollen gewährleisten, dass der bei der Annahme von Vorteilen durch Amtsträger zu besorgende Verlust von Vertrauen in die Neutralität und Objektivität der Amtsführung durch ein transparentes Genehmigungsverfahren vermieden wird.⁸² Wollte man auch der hypothetischen Genehmigung eine unrechtsausschließende Wirkung zuerkennen, so käme es auf diese Anforderungen nicht mehr an, d.h. eine Strafbarkeit wegen Vorteilsannahme wäre auch dann ausgeschlossen, wenn das intransparente Vorgehen des Amtsträgers geeignet ist, das Vertrauen in die Neutralität der Amtsführung zu untergraben.⁸³ Die ratio des § 331 Abs. 3 StGB steht daher der Anerkennung eines neuen Rechtfertigungsgrundes in Form der hypothetischen Genehmigung entgegen.⁸⁴

b) Da die vorstehenden Gründe gegen die Anerkennung der hypothetischen Genehmigung auch auf den Besonderheiten der Korruptionsdelikte beruhen, könnte man geneigt sein, der hypothetischen Genehmigung bzw. Erlaubnis in anderen verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften, insbesondere im Umweltstrafrecht (§§ 324 ff. StGB), eine unrechtsausschließende Wirkung beizumessen.

Die hypothetische Genehmigung (Erlaubnis) könnte zunächst als selbständiger Rechtfertigungsgrund eingeführt werden und insoweit an die im Schrifttum verbreitete Auffassung anknüpfen, wonach das tatbestandliche Unrecht (jedenfalls) dann ausgeschlossen ist, wenn der Täter einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hat.⁸⁵ Dies wird mit der Erwägung begründet, dass das zu genehmigende Verhalten aufgrund der verwaltungsrechtlichen Vorgaben materiell nicht als Unrecht i.S. einer unerlaubten Rechtsgutsgefährdung anzusehen sei und die Missachtung des Genehmigungsvorbehalts als bloßer Verwaltungsungehorsam zur Begründung einer Strafbarkeit nicht ausreiche.⁸⁶ Als hypothetische

⁷⁶ Kuhlen, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 331 Rn. 132 f.; Sowada, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 13, 12. Aufl. 2009, § 331 Rn. 121 f.; Stein/Deiters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 6, 9. Aufl. 2016, § 331 Rn. 73; eingehend *Hardtung*, Erlaubte Vorteilsannahme, §§ 331 StGB, 70 BBG, 10 BAT, 1994, S. 203 ff.

⁷⁷ Kuhlen (Fn. 76), § 331 Rn. 135 (mit Fn. 412).

⁷⁸ Kuhlen (Fn. 76), § 331 Rn. 135.

⁷⁹ Sowada (Fn. 76), § 331 Rn. 126. Da die Tathandlungen nach § 331 Abs. 1 StGB eine Kenntnisnahme durch den Adressaten bzw. einen Zugang der entsprechenden Erklärung voraussetzt (Rn. 130 m.w.N.), könnte man darin einen für die Vollendung erforderlichen Erfolg sehen (s.o. II. 2.), der auch bei einem pflichtgemäßen Vorgehen (vorherige Genehmigung) eingetreten wäre. Mit einer solchen Betrachtung wird jedoch die unrechtskonstituierende Bedeutung eines (bewussten) Verstoßes gegen die Anzeige bzw. Genehmigungspflicht überspielt, siehe dazu sogleich im Text.

⁸⁰ *Hardtung* (Fn. 76), S. 207.

⁸¹ Sowada (Fn. 76), § 331 Rn. 126, mit Hinweis auf BT-Drs. 7/550, S. 272.

⁸² Sowada (Fn. 76), § 331 Rn. 126.

⁸³ Sowada (Fn. 76), § 331 Rn. 126.

⁸⁴ Korte, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 331 Rn. 184; Sowada (Fn. 76), § 331 Rn. 126.

⁸⁵ Ransiek, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 76), § 324 Rn. 28; Schmitz, in: Joecks/Miebach (Fn. 84), Vor §§ 324 ff. Rn. 93.

⁸⁶ Rudolphi, NStZ 1984, 193 (198); Schmitz (Fn. 85), Vor §§ 324 ff. Rn. 93.

Genehmigung ließen sich diese Erwägungen dahingehend reformulieren, dass dem Täter eine Genehmigung hätte erteilt werden müssen und ihr Fehlen daher kein Unrecht begründen könne.

So plausibel der Durchgriff auf die materiellen Wertungen des Verwaltungsrechts auf den ersten Blick erscheint, läuft er gleichwohl Gefahr, den Umstand zu vernachlässigen, dass die Einhaltung des behördlichen Verfahrens mit Blick auf die Beurteilung abstrakter Gefahren für das geschützte Rechtsgut keineswegs neutral ist, sondern einerseits den prozeduralen Rahmen für eine bestmögliche Erfassung und Bewertung der verfahrensgegenständlichen Gefahren bereitstellt, andererseits der Behörde die Möglichkeit verschafft, diese Gefahren fortlaufend zu überwachen (Aufhebung oder Änderung der Genehmigung) oder bei anderen Genehmigungsverfahren (Kumulationseffekte) zu berücksichtigen.⁸⁷ Die Genehmigung konkretisiert die Rechte und Pflichten des Adressaten und erschöpft sich nicht in einer deklaratorischen Wiedergabe der materiellen Rechtslage.⁸⁸ Erkennt man die hypothetische Genehmigung als selbständigen Rechtfertigungsgrund an, so wären die Folgen noch sehr viel weitreichender, da das tatbestandliche Unrecht nicht nur bei gebundenen Entscheidungen (Genehmigungsanspruch), sondern bereits dann entfielen, wenn die Behörde im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens die Genehmigung erteilt hätte.⁸⁹ Auch insoweit müssten Auslegungs- und Ermessensspielräume bei der Prüfung der hypothetischen Genehmigung im Zweifelsfall zugunsten des Täters ausgeschöpft werden (s.o. III. 1. a). Wengleich die bloße Genehmigungsfähigkeit damit noch nicht für einen Unrechtsausschluss ausreicht,⁹⁰ nimmt die Rechtfertigung über einen hypothetischen Verwaltungsakt der Behörde die ihr zustehenden Abwägungs- und Ermessensspielräume und wird damit der Bedeutung des behördlichen Verfahrens für die Legitimation der Verwaltungsentscheidung nicht gerecht.⁹¹ Die damit einhergehende Entwertung des behördlichen Verfahrens wird dadurch verstärkt, dass sich der Bürger selbst dann auf die hypothetische Genehmigung berufen könnte, wenn er nicht einmal einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung gestellt und sich

damit von vornherein der behördlichen Kontrolle entzogen hat. Ein solches Verhalten von vornherein von der Strafbarkeit auszunehmen, widerspräche dem Willen des Gesetzgebers.⁹² Ein Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Genehmigung wäre mit dem Sinn und Zweck des Genehmigungsvorbehalts unvereinbar, da er die einzelfallbezogene Prüfung und Genehmigung durch die Behörde praktisch für verzichtbar erklärt.⁹³ Die hypothetische Genehmigung kann daher die tatsächlich erteilte Genehmigung der Behörde nicht ersetzen; für einen neuen, selbständigen Rechtfertigungsgrund ist daher kein Raum.⁹⁴

Die hypothetische Genehmigung könnte allerdings nicht nur als (neuer) Rechtfertigungsgrund, sondern auch über einen Ausschluss der objektiven Zurechnung das Unrecht der Tat entfallen lassen, wenn sich der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht nicht begründen ließe.⁹⁵ Dieser Begründungsansatz versagt indes, soweit es sich bei dem betreffenden Tatbestand um ein Tätigkeitsdelikt handelt, das keinen Erfolg voraussetzt (z.B. § 327 StGB).⁹⁶ Die Konsequenz, dass die hypothetische Genehmigung damit nur bei Erfolgsdelikten einen Unrechtsausschluss zu begründen vermag, führt zurück zu einem bereits gegen die hypothetische Einwilligung erhobenen Einwand (s.o. II. 1.): Wie die tatsächlich erteilte Einwilligung bzw. Genehmigung müsste auch der hypothetische Dispositionsakt nicht nur das Erfolgs-, sondern auch das Handlungsunrecht ausschließen, woraus sich wiederum ergibt, dass sich die hypothetische Einwilligung nicht im Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Handlungs- und Erfolgsunrecht verorten lässt.⁹⁷ Auch im Übrigen ist die hypothetische Genehmigung als Grundlage für einen Zurechnungsausschluss den gleichen Bedenken ausgesetzt wie die hypothetische Einwilligung (s.o. II. 1.): Das Handlungsunrecht besteht nicht darin, dass der Täter es versäumt, eine Erlaubnis zu beantragen, sondern darin, dass er ohne die erforderliche Erlaubnis ein Gewässer verunreinigt etc. Demgegenüber wird der Zusammenhang zwischen dem Verstoß gegen den Erlaubnis- bzw. Genehmigungsvorbehalt und dem tatbestandsmäßigen Erfolgsunrecht dadurch konstituiert, dass sich der Täter der behördlichen Kontrolle entzogen und insoweit ein *unerlaubtes* Risiko geschaffen hat (s.o. zur Funktion des Genehmigungsverfahrens).⁹⁸

IV. Schluss

Mit der hypothetischen Einwilligung hat die Rechtsprechung auf der Rechtfertigungsebene ein Einfallstor für die Berücksichtigung hypothetischer Geschehensabläufe geschaffen und

⁸⁷ Heghmanns (Fn. 75), S. 159 ff., 171 f.; siehe auch Mitsch (Fn. 24), S. 314.

⁸⁸ Siehe zur Konkretisierungs- und Individualisierungsfunktion der Genehmigung (auch mit Blick auf die Rechte betroffener Dritter): Schall, in: Wolter (Fn. 76), Vor §§ 324 ff. Rn. 90.

⁸⁹ M. Dreher, Objektive Erfolgszurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, S. 153.

⁹⁰ So aber Brauer (Fn. 52), S. 125 und passim. Das Argument, das Strafrecht könne nicht sanktionieren, was das Verwaltungsrecht als Folgen einer rechtmäßigen behördlichen Entscheidung hinnehme (Brauer a.a.O.), geht darüber hinweg, dass die Einordnung des Verhaltens als unerlaubtes (nämlich unkontrolliertes) Risiko in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Verstoß gegen den Genehmigungsvorbehalt steht, siehe dazu eingehend Heghmanns (Fn. 75), S. 159 ff.

⁹¹ Mitsch (Fn. 24), S. 313 f.

⁹² Siehe insoweit BT-Drs. 8/3633, S. 30.

⁹³ Siehe zur mutmaßlichen Genehmigung Heghmanns (Fn. 75), S. 239.

⁹⁴ Mitsch (Fn. 24) S. 314.

⁹⁵ So M. Dreher (Fn. 89), S. 133 f., 155; siehe auch bereits Brauer (Fn. 52), S. 127.

⁹⁶ Mitsch (Fn. 24), S. 315.

⁹⁷ Mitsch (Fn. 24), S. 315.

⁹⁸ Siehe zum Zusammenhang von abstrakter Gefahr und behördlicher Kontrolle Heghmanns (Fn. 75), S. 159 ff.

damit Wege zu einem Unrechtsausschluss eröffnet, die weit über die bislang im Vordergrund stehende Konstellation der eigenmächtigen Heilbehandlung hinausweisen. Das (vermeintliche) rechtspolitische Bedürfnis, die Strafbarkeit von Ärzten wegen nicht wirksam konsentierter Heilbehandlungen zu beschränken, hat eine Rechtsfigur hervorgebracht, die aufgrund ihrer Verankerung im Allgemeinen Teil (Zurechnungskriterium bzw. Rechtfertigungsgrund) nicht nur für die Disposition des Rechtsgutsträgers über andere Rechtsgüter, sondern ebenso für hoheitliche Dispositionsakte Geltung beansprucht. So hat sich gezeigt, dass sich ein Unrechtsausschluss qua hypothetischer Einwilligung nicht auf die Körperverletzungsdelikte beschränken lässt, die Übertragung dieser Rechtsfigur auf andere Bereiche des Medizinstrafrechts (§§ 203, 218 StGB) aber zu geradezu absurden Konsequenzen führt (s.o. II. 3.). Ein ähnliches Bild ergibt sich für die Berücksichtigung hypothetischer Entscheidungen von Gerichten und Behörden: Wie die Entscheidung des BGH zu den Folgen der Missachtung des Richtervorbehalts (s.o. III. 1.) gezeigt hat, lassen sich die der hypothetischen Einwilligung zu Grunde liegenden Erwägungen durchaus auch auf hoheitliche Dispositionsakte übertragen. Ungeachtet der gegen die hypothetische Einwilligung erhobenen Einwände, die gleichermaßen die hypothetische Genehmigung treffen, zeichnet sich damit ab, dass es bei einer Anerkennung hypothetischer Dispositionsakte auf die Wahrung von Entscheidungskompetenzen und schützenden Formen nicht mehr ankommt, insbesondere der zur Entscheidung berufene Rechtsguts- oder Hoheitsträger nicht mehr selbst entscheiden muss, sondern nur noch nachträglich ermittelt werden muss, wie dessen Entscheidung wohl ausgefallen wäre. Das jeweilige Schutzkonzept des Gesetzgebers wird damit auf ein materiell-rechtliches Prüfprogramm reduziert und der Eigenwert der Legitimation durch Verfahren ignoriert, die sich aus der Beachtung von Zuständigkeiten, Formen und Verfahrensabläufen speist. Diese weitreichenden Folgen sollten Anlass sein, die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung zu überdenken. Die Erwartung, dass sich ihr Anwendungsbereich auf das Arztstrafrecht beschränken ließe,⁹⁹ dürfte sich jedenfalls als trügerisch erwiesen haben.

⁹⁹ In diesem Sinne *Fischer* (Fn. 31), § 223 Rn. 33; *Rosenau* (Fn. 3), S. 698 f.
