

# Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?

Von Privatdozentin Dr. **Sabine Swoboda**, Passau/Tübingen

*A new criminal defence called „hypothetical consent“ („hypothetische Einwilligung“) has emerged in German criminal law. It is used to reduce the risk of criminal liability for assault or battery in cases in which a medical practitioner has failed to obtain informed consent prior to surgery.<sup>1</sup> By pleading „hypothetical consent“ the defence asserts that the individual would nonetheless have proceeded with the medical intervention if he had been made aware of the risk prior to the operation. Integrating the defence of „hypothetical consent“ into the German Criminal Law has proved troubling as the criminal law doctrine commonly rejects hypothetical deliberations. This paper discusses different proposals on how to construct the defence of hypothetical consent. It illustrates the shortcomings of these designs and proposes an alternative solution of how to reduce the liability risks of medical practitioners in cases in which informed consent has not been given but in which the practitioner’s failure to disclose significant medical risks to the patient does not seem to be of significance for the result, the medical intervention and its unwanted side effects.*

*Erst seit Kurzem zählt die „hypothetische Einwilligung“ zum Kanon der Rechtfertigungsgründe des deutschen Strafrechts. Sie dient der Rechtsprechung dazu, die ärztlichen Haftungsrisiken im Bereich der Körperverletzungsdelikte einzudämmen, wenn ein ärztlicher Heileingriff zwar de lege artis, aber ohne hinreichende Aufklärung und damit ohne wirksame Einwilligung des Patienten durchgeführt wurde. In diesen Fällen darf die Verteidigung zur Rechtfertigung des angeklagten Arztes vortragen, dass der betroffene Patient auch dann, wenn er rechtzeitig hinreichend über Art, Umfang und Risiken des ärztlichen Eingriffs aufgeklärt worden wäre, in den ärztlichen Eingriff eingewilligt hätte. Der neue Rechtfertigungsgrund der „hypothetischen Einwilligung“ bereitet der deutschen Strafrechtsdogmatik allerdings Probleme, denn das deutsche Strafrecht kann auf hypothetische Überlegungen nur in Ausnahmefällen Rücksicht nehmen. Dieser Beitrag befasst sich mit den in Rechtsprechung und Literatur entwickelten Konstruktionsvorschlägen zur hypothetischen Einwilligung. Er beleuchtet die Defizite dieser Ansätze und entwickelt einen eigenen Vorschlag, wie die strafrechtliche Haftung eines Arztes für einen de lege artis durchgeführten Heileingriff begrenzt werden könnte, wenn der Patient über den Eingriff zwar nicht hinreichend aufgeklärt wurde, der Aufklärungsmangel aber im Hinblick auf das Gesamtgeschehen zu unbedeutend erscheint, um eine Körperverletzung im Sinne von § 223 Abs. 1 StGB zu bejahen.*

<sup>1</sup> Sog. „arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv“, s. *Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009; *Wiesner*, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 15, 21.

## I. Einführung

Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG garantiert das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Dieses Recht beinhaltet neben dem Schutz der biologisch-physischen Existenz auch den Schutz der leiblich-seelischen Körperintegrität, einschließlich eines Rechts auf Selbstbestimmung über den eigenen Körper, das dem gesunden wie auch dem kranken Menschen zusteht.<sup>2</sup> Denn die Körperintegrität zählt „zum ureigensten Bereich der Persönlichkeit“,<sup>3</sup> so dass auch der „zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff“ die leibliche und „die seelische Integrität des Menschen an[tastet]“.<sup>4</sup> Für jede ärztliche Maßnahme ist daher eine vorherige Einwilligung des Patienten zu verlangen,<sup>5</sup> bei der der Patient Gelegenheit haben muss, nach seinen „ureigensten Maßstäben das Für und Wider der ärztlich vorgeschlagenen Eingriffe abzuwägen – und zwar ohne Rücksicht darauf, was ein „vernünftiger Patient“ oder ein erfahrener Arzt im Einzelfall für das optimale Vorgehen halten würde.<sup>6</sup> Der Patient soll „verständiger Partner“ des Arztes sein und dadurch diesen zugleich von der alleinigen Verantwortung für den Körpereingriff entlasten.<sup>7</sup>

Eine wirksame Einwilligung setzt die gründliche Aufklärung des Patienten über Krankheitsbefund, Heilungsverlauf, Behandlungsalternativen und die Chancen und Risiken des ärztlichen Eingriffs voraus.<sup>8</sup> Diese Mindestbedingung einer

<sup>2</sup> Abgeleitet aus einer Verbindung der Würdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG mit der Garantie der freien Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG; BVerfGE 52, 131 (171, 175); *Schwartz*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2009, S. 101.

<sup>3</sup> BVerfGE 52, 131 (175) im sog. Arzthaftungsprozess, abweichendes Sondervotum der Richter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger*.

<sup>4</sup> BVerfGE 52, 131 (175); zur zivilrechtlichen Arzthaftung s. BGH NJW 1984, 1395 (1396).

<sup>5</sup> BVerfGE 52, 131 (173); *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 11. Aufl. 2011, Art. 2 Rn. 89; st. Rspr. des BGH seit RGSt 25, 375 (378 ff.); BGHSt 11, 111 (112); BGH NJW 1972, 335 (336); BGH NStZ 1996, 34 (Surgibonedübel-Fall) m. Anm. *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132; BGHSt 43, 306; 45, 219 (221); *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 29; *Katzenmeier*, ZRP 1997, 156; für das Zivilrecht BGH NJW 1959, 814 f.; BGH NJW 1980, 1333 (1334).

<sup>6</sup> BVerfGE 52, 131 (178); BGH NJW 1994, 799 (800).

<sup>7</sup> BVerfGE 52, 131 (179); *Jäger*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345 (S. 350); ähnlich *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 12 Rn. 5; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl., 2006, § 13 Rn. 12 ff.

<sup>8</sup> Zum Aufklärungsinhalt s. BVerfGE 52, 131 (176); BGH NJW 1959, 814 (815); BGH NJW 1984, 1395 (1396); BGH NJW 1980, 1333; s. auch die Beschlussempfehlung für eine

wirksamen Einwilligung wird im Medizinstrafrecht aber mehr und mehr durch die Figur der hypothetischen Einwilligung ausgehöhlt, durch die ein Arzt selbst dann straffrei gestellt werden kann, wenn er die Aufklärung des Patienten versäumt oder absichtlich unterlassen hat, solange nur Anhaltspunkte dafür sprechen, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte. Dann nämlich wird vermutet, dass die mangelhafte Aufklärung mit hoher Wahrscheinlichkeit keinen Einfluss auf den Verlauf der medizinischen Behandlung genommen hat.<sup>9</sup> Der Eingriff gilt als nicht rechtswidrig.

Das „Haftungskorrektiv“ der hypothetischen Einwilligung entstammt ursprünglich der Zivilrechtsprechung zur Haftung des Arztes für Aufklärungsfehler bei Heilbehandlungen. Sie war dort eine Reaktion auf beweisrechtliche Fehlentwicklungen in Arzthaftungsprozessen, in denen immer mehr Kläger den Weg wählten, eine Haftung des Arztes nicht über die Behauptung eines Behandlungsfehlers, sondern über Aufklärungs- und Einwilligungsmängel<sup>10</sup> zu begründen, weil der Kläger diese Mängel nur glaubhaft machen, nicht aber vollumfänglich beweisen muss.<sup>11</sup> Die durch diese klärgünstige Beweislastverteilung provozierten missbräuchlichen Klagen versuchten die Zivilgerichte dann dadurch einzudämmen, dass sie die Haftung des Arztes für einen Aufklärungsmangel ablehnten, wenn der Arzt belegen konnte, dass der Patient in den medizinisch notwendigen und de lege artis ausgeführten Heileingriff selbst in dem hypothetischen Fall eingewilligt hätte, dass er korrekt über alle behandlungsrelevanten Umstände aufgeklärt worden wäre.<sup>12</sup> Der Aufklärungsmangel soll für

die Entscheidung des Patienten dann nicht relevant und für das Unrecht des autonomieverletzenden Heileingriffs nicht ursächlich geworden sein.<sup>13</sup>

Bereits 1995 dachte der BGH an, die hypothetischen Einwilligung aus dem Zivilrecht auf die strafrechtliche Arzthaftung wegen Körperverletzung zu übertragen, um ein Auseinanderfallen von zivil- und strafrechtlicher Haftung zu verhindern.<sup>14</sup> Im Jahr 2003 wurde dann erstmals ein Arzt wegen des Gedankens der hypothetischen Einwilligung vom Vorwurf der vorsätzlichen Körperverletzung freigesprochen.<sup>15</sup> Seit dieser Entscheidung im sog. Bandscheibenfall ist die hypothetische Einwilligung als Haftungskorrektiv in der Rechtsprechung des BGH fest etabliert, während die Literatur die Figur wohl mehrheitlich ablehnt.<sup>16</sup> Zudem konstruieren die

---

Geburtstag, 2010, S. 683 (S. 697 f.); s. auch *Edlbauer* (Fn. 1), S. 251; *Wiesner* (Fn. 1), S. 21 f.; *Jansen*, ZJS 2011, 482.

<sup>13</sup> BGH NJW 1980, 1333; BGH NJW 1994, 2414 (2415); ferner *Wiesner* (Fn. 1), S. 45. Was genau die *Zivilsenate* unter „Einwilligungsausschluss“ verstehen, ist nicht bekannt, denn die genaue materiell-rechtliche Verortung des Problems im Anspruchsaufbau ist im Zivilrecht nebensächlich. Dort wird über das Problem ausschließlich bei den zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislastregeln diskutiert, *Duttge*, in: Hoyer (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schröder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 179 (S. 183); diese Praxis setzt auch die neue Regelung in § 630h Abs. 2 BGB gemäß dem Gesetz „zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“ fort; BT-Drs. 17/11710 v. 28.11.2012, S. 14.

<sup>14</sup> BGH NSTZ 1996, 34 (35); BGH StV 2004, 376 (377) m. zust. Anm. *Rönnau*, JZ 2004, 801; *Rosenau* (Fn. 12), S. 683 (S. 698); abl. *Puppe*, GA 2003, 764 (775); zum Problem auch *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190 (192 f.); s. ferner *Böcker*, JZ 2005, 925 (928 f., 931); *Schwartz* (Fn. 2), S. 155 f.; *Sowada*, NSTZ 2012, 1 (8 f.).

<sup>15</sup> Im sehr umstrittenen Bandscheibenfall, BGH StV 2004, 376 (377) = JZ 2004, 800 m. zust. Anm. *Rönnau* = JA 2005, 70 (m. krit. Bespr. *Eisele*).

<sup>16</sup> Abgelehnt wird die Figur der hypothetischen Einwilligung z.B. in den Beiträgen bei *Puppe*, GA 2003, 764; *dies.*, JR 2004, 470; *dies.*, Strafrecht, Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 18 ff.; *Otto*, Jura 2004, 679; *Paeffgen*, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004 S. 187 (S. 208); *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönkel/Schröder (Fn. 5), Vorbem. § 32 Rn. 54, und *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 5), § 223 Rn. 40a; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, Vorbem. § 32 Rn. 168a; *Böcker*, JZ 2005, 925; *Eisele*, JA 2005, 252; *Gropp*, in: Hoyer (Fn. 13), S. 197 (S. 206); *Jäger*, in: Müller-Dietz u.a. (Fn. 7), S. 345 (S. 359 f.); *Bosch*, JA 2008, 70; *Sickor*, JR 2008, 179; *ders.*, JA 2008, 11; *Edlbauer* (Fn. 1), S. 469 ff.; *Schwartz* (Fn. 2), S. 224, 243 ff.; *Albrecht*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2010, S. 349 f., 499 ff.; *Albrecht/Otto*, Jura 2010, 264; *Yamanaka*, in: Bloy u.a. (Fn. 12), S. 865; *Schlehofer*, in: Paeffgen u.a. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe, 2010, S. 953;

---

Einwilligungsregelung in §§ 630d, 630e BGB für das Gesetz „zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“; BT-Drs. 17/11710 v. 28.11.2012.

<sup>9</sup> Zur Entwicklung der hypothetischen Einwilligung in chronologischer Reihenfolge: Surgibone-Dübel-Fall, BGH NSTZ 1996, 34 (35); Bandscheibenfall, BGH StV 2004, 376 (377) = BGH JZ 2004, 799 m. zust. Anm. *Rönnau* = JA 2005, 252 (krit. Bespr. *Eisele*); Bohrerstippenfall, BGH StV 2004, 469 m. abl. Anm. *Puppe*; Liposuktionsfall, BGH NSTZ-RR 2007, 340 (341) = JuS 2007, 1145 (Bespr. *Jahn*) = JA 2008, 70 (krit. Bespr. *Bosch*); Speiseröhrenfall, BGH NSTZ 2012, 205 = JA 2010, 70 (krit. Bespr. *Jäger*); nicht zum Tragen kam die Figur im sog. Turboentzugsfall, BGH StV 2008, 464 (465) m. zust. Anm. *Rönnau* (Turboentzugsfall), im Zitronensaftfall, BGH JuS 2011, 468 (Bespr. *Jahn*) m. Anm. *Ziemann/Ziethen*, HRRS 2011, 394; *Schiemann*, NJW 2011, 1046; *Hardtung*, NSTZ 2011, 635.

<sup>10</sup> Zu den Einzelheiten der Beweislastverteilung bei Aufklärungsmängeln im Zivilprozess s. BVerfGE 52, 131 (158, 162 f.); BGH NJW 1980, 1333; BGH NJW 1994, 2414 (2415); BGH NJW 1998, 2734; *Schwartz* (Fn. 2), S. 140 ff.; *Wiesner* (Fn. 1), S. 29 ff.

<sup>11</sup> Zur beweisrechtlichen Grundproblematik s. BVerfGE 52, 131 (158, 162 f.); BGH NJW 1980, 1333.

<sup>12</sup> Zur Missbrauchsgefahr s. *Ulsenheimer*, NSTZ 1996, 132; *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 189 (191); *Sickor*, JA 2008, 11 (12); *Rosenau*, in: Bloy u.a. (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafen, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75.

jenigen Stimmen in der Literatur, die die hypothetische Einwilligung befürworten, diese in anderer Form als der BGH.<sup>17</sup> Diese Vielzahl an Meinungen zur hypothetischen Einwilligung hat zu großer Unsicherheit über die richtige Anwendung dieser Figur geführt. Außerdem scheint die Umsetzung der höchstrichterlichen Prüfungsformel zur hypothetischen Einwilligung in der Praxis große Schwierigkeiten zu bereiten, denn die Serie der vom BGH in der Revision aufgehobenen erstinstanzlichen Entscheidungen zur hypothetischen Einwilligung reißt nicht ab. Noch auffälliger ist, dass die in diesen Revisionen aufgeworfenen Fragen nahezu alle Aspekte der hypothetischen Einwilligung betreffen; beispielsweise die Frage, wann die Figur zur Anwendung kommen darf,<sup>18</sup> wie eine hypothetische Einwilligung im Einzelfall zu rekonstruieren ist und welche Bedeutung der prozessuale Zweifelssatz bei der Anwendung dieses Haftungskorrektivs hat.<sup>19</sup> Außerdem hat sich der BGH bisher nicht festgelegt, wie er die hypothetische Einwilligung in den Tatbestandsaufbau einord-

net. Handelt es sich um einen neuen Rechtfertigungsgrund<sup>20</sup> oder wird nur der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Taterfolg und Rechtswidrigkeit ausgeschlossen?<sup>21</sup> Ist die neue Rechtsfigur vielleicht sogar ein Institut sui generis, das verschiedene Berührungspunkte mit der Rechtfertigungs- und der Zurechnungslehre aufweist?<sup>22</sup> In einer neuen Entscheidung vom Oktober 2011 (Speiseröhrenfall) scheint sich der *I. Strafsenat* für die Einordnung als Rechtfertigungsgrund ausgesprochen zu haben, denn der *Senat* will für den Fall, dass der angeklagte Arzt irrig angenommen hat, dass der Patient bei vorheriger Befragung dem ärztlichen Eingriff zugestimmt hätte, einen Erlaubnistatbestandsirrtum prüfen.<sup>23</sup> Damit stellt der *I. Senat* die Fehlvorstellung über die hypothetische Einwilligung einer Fehlvorstellung über die sachlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes gleich. Folglich müsste es sich bei der hypothetischen Einwilligung ebenfalls um einen Rechtfertigungsgrund handeln.

## II. Der Speiseröhrenfall

Der fünfundachtzigjährige Patient (P) unterzog sich wegen Bluts im Stuhl in den Praxisräumen des Arztes A einer Darmspiegelung. Zu der Darmspiegelung hatte P nach ordnungsgemäßer Aufklärung schriftlich seine Einwilligung erteilt. Die Darmspiegelung ergab keine Hinweise auf die Blutungsquelle. Daher entschloss sich A, sogleich im Anschluss an die Darmspiegelung und unter Ausnutzung der noch anhaltenden Sedierung des P bei diesem eine Magenspiegelung vorzunehmen. Eine wirksame Einwilligung des P konnte zu diesem Zeitpunkt nicht eingeholt werden, da P wegen der noch anhaltenden Wirkung der Narkotisierung nicht ansprechbar war. Dennoch entschied sich A für den Eingriff. Er wollte dem hochbetagten P eine erneute lange Anreise im nüchternen Zustand ersparen. Auch ging er davon aus, dass P mit dieser Entscheidung einverstanden sein würde. Es stellte sich bereits beim ersten Einführungsversuch des Endoskops in die Speiseröhre heraus, dass P nicht in der Lage war, den Vorgang durch Schluckbewegungen zu unterstützen. Mehrere Versuche, das Endoskop einzuführen, scheiterten. Einer dieser Versuche

*Jansen*, ZJS 2011, 482; *Sowada*, NStZ 2012, 1; *Jäger*, JA 2012, 70 (72); *Frister*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, 15/33.

<sup>17</sup> Zu den Befürwortern der Figur zählen in der Literatur *Kuhlen*, in: Schünemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331; *ders.*, in: Britz (Hrsg.), Grundfragen staatlichen Strafens, Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431; *ders.*, JR 2004, 227; *ders.*, JZ 2005, 713; *Mitsch*, JZ 2005, 279; *Roxin* (Fn. 7), § 13 Rn. 119 ff.; *Fischer*, Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, Vorbem. § 32 Rn. 4b; *Garbe*, Hypothese und Wille – Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 303, 309 f., 335 ff.; *Rönnau*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2006, § 32 Rn. 230 f.; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 9 Rn. 47a; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, 4. Aufl. 2008, § 1 I. Rn. 132 ff.; *Rosenau*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafrechtsgesetzbuch, Kommentar, 2009, Vorbem. § 32 Rn. 52; *ders.* (Fn. 12), S. 683; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 384a; mit Bedenken auch *Wiesner* (Fn. 1), S. 168 ff., 173, 178.

<sup>18</sup> Nicht zur Anwendung kommen sollte die Figur z.B. in der Zitronensaftentscheidung BGH JuS 2011, 468, obwohl auch in diesem Fall durchaus Raum für die Prüfung der hypothetischen Einwilligung gewesen wäre; und zwar je nachdem, zu welchem Zeitpunkt man welche Aufklärung für geboten erachtet; vgl. *Schlehofer*, NJW 2011, 1046; *Jahn*, JuS 2011, 468; *Hardtung*, NStZ 2011, 635 (636); nicht überzeugend ist dagegen die Fallrekonstruktion von *Ziemann/Ziethen*, HRRS 2011, 394 (397).

<sup>19</sup> Dazu krit. *Puppe*, GA 2003, 764 (766, 774 f.); *Puppe*, JR 2004, 469 (470); *Paeffgen* (Fn. 16), S. 187 (S. 208 f.); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 182, 184); *Jäger*, in: Müller-Dietz u.a. (Fn. 7), S. 345 (S. 347); *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264 (269); *Jansen*, ZJS 2011, 482 (498 ff.); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7 ff.).

<sup>20</sup> So die Interpretation der BGH-Entscheidungen bei *Jahn*, Jus 2007, 1146; *Edlbauer* (Fn. 1), S. 364; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264 (269); *Albrecht* (Fn. 18), S. 252 ff.; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 682; *Wessels/Beulke* (Fn. 17), Rn. 384a; *Jäger*, JA 2012, 70 (72).

<sup>21</sup> So die Interpretation bei *Puppe*, GA 2003, 764 (768); *ders.*, JR 2004, 470 (471); *Rönnau*, JZ 2004, 801 und 803; *Kuhlen*, JR 2004, 227; *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 184); *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206); *Rönnau* (Fn. 17), § 32 Rn. 230; *Roxin* (Fn. 7), § 13 Rn. 120 ff.; § 14 Rn. 113 ff.; *Ulsenheimer* (Fn. 17), § 1 I. Rn. 132a; *Rosenau* (Fn. 17), Vorbem. § 32 Rn. 52.

<sup>22</sup> So die vorsichtige Interpretation aller derer, die sich bei der Einordnung nicht festlegen wollen; z.B. *Böcker*, JZ 2005, 925 (927 ff.); *Eisele*, in: Derschka/Hausmann/Löhnig (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz zum 70. Geburtstag, S. 163 (S. 175); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (5 f.).

<sup>23</sup> BGH NStZ 2012, 205 (206); abl. *Jäger*, JA 2012, 70 (72).

fürte zu einer Perforation der Speiseröhre, die eine Notoperation des P notwendig machte. P starb an Komplikationen, die im Zusammenhang mit dieser Operation standen. Das Risiko einer Speiseröhrenperforation mit tödlichen Folgen hatte dem A als erfahrenem Gastroenterologen im Zeitpunkt des Eingriffs klar vor Augen gestanden.

P war zum Zeitpunkt des Eingriffs nicht ansprechbar. Eine wirksame Einwilligung in die Maßnahme konnte nicht eingeholt werden. Auch eine mutmaßliche Einwilligung kommt nicht in Betracht, denn A hätte die Zustimmung des P rechtzeitig vor dem Eingriff einholen können, wenn er mit der Magenspiegelung gewartet hätte, bis die Folgen der Narkotisierung nachlassen. Sollte aber P dem A noch vor der Narkotisierung im Aufklärungsgespräch über die Darmspiegelung mitgeteilt haben, dass er aufgrund des langen Anfahrtsweges eine zügige und komprimierte Untersuchung seiner Beschwerden wünscht, dann wäre hier Raum für die Prüfung einer hypothetischen Einwilligung nach der Prüfungsformel des BGH, wonach „[d]ie Rechtswidrigkeit des ohne ordnungsgemäße Aufklärung durchgeführten ärztlichen Eingriffs entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte“.<sup>24</sup> A müsste dann trotz seines eigenmächtigen Vorgehens vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge gemäß §§ 223 Abs. 1, 227, 18 StGB wegen der Magenspiegelung freigesprochen werden.

Aber hat die Annahme des BGH, dass die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung nur aufgrund einer hypothetischen, tatsächlich aber nie erteilten Einwilligung entfallen kann überhaupt Überzeugungskraft? Sollte ein nachgewiesener Aufklärungsmangel tatsächlich „nur dann zur Strafbarkeit wegen Körperverletzung [...] führen, wenn bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre“?<sup>25</sup> Ich will nun nacheinander die Rätsel durchgehen, die die Figur der hypothetischen Einwilligung aufgibt, und dann die zwei dominierenden Konstruktionsansätze zur hypothetischen Einwilligung analysieren.

### III. Überblick über die Rätselfragen zur „hypothetischen Einwilligung“

Eine ganze Reihe von Rätseln zur hypothetischen Einwilligung ist bis heute dogmatisch nicht zufriedenstellend gelöst.

1. Das beginnt mit der bereits angesprochenen Frage, ob der BGH einen ausschließlich für den Bereich des ärztlichen

<sup>24</sup> Erster Leitsatz aus BGH NStZ-RR 2004, 16 m. zust. Anm. Rönnau, JZ 2004, 801; abl. Anm. bei Eisele, JA 2005, 252 (254); der Leitsatz wird bestätigt in BGH JR 2004, 469 (470) m. abl. Anm. Puppe und in BGH NStZ-RR 2007, 340; s. für die Übernahme des Satzes in der Literatur Rönnau, StV 2008, 466 (467); Kuhlen, JR 2004, 227; Wessels/Beulke (Fn. 17), Rn. 384a; die Idee ist im Strafrecht erstmals angedacht in BGH NStZ 1996, 34 (35), in Anlehnung an die Arzthaftungsrechtsprechung des VI. Zivilsenats des BGH in BGH NJW 1980, 1333 (1334); BGH NJW 1984, 1397 (1399) m. zust. Anm. Deutsch und Taupitz, NJW 1986, 2851 (2860); BGH NJW 1984, 1807 (1809); BGH NJW 1991, 2342 (2343); 1998, 2734 f.

<sup>25</sup> Zweiter Leitsatz aus BGH NStZ-RR 2004, 16.

Heileingriffs geltenden neuartigen, weil nur auf fiktiven Annahmen beruhenden Rechtfertigungsgrund schaffen wollte. Wenn die hypothetische Einwilligung aber rechtfertigend wirken soll, warum deutet der BGH dann an, Überlegungen zum Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhang von der Tatbestandsebene auf die Prüfung der Rechtfertigung übertragen zu wollen?<sup>26</sup> Um einen neuen Rechtfertigungsgrund zu schaffen, braucht man diese Überlegungen nicht.

2. Die Rechtsnatur der hypothetischen Einwilligung ist auch deswegen so rätselhaft, weil der BGH in seiner Prüfungsformel mehrdeutige Begriffe verwendet. Was heißt denn „Einwilligung“ in der Prüfungssystematik des BGH?<sup>27</sup> Was genau meint der BGH, wenn er zu dem Schluss kommt, dass im Fall einer hypothetischen Einwilligung die „Rechtswidrigkeit“ entfällt?<sup>28</sup> Entfällt hier nur das Unrechtsurteil oder fehlt es an einem (wie auch immer gearteten) Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen dem herbeigeführten Erfolg und dem Urteil, dass die Körperverletzung rechtswidrig ist?<sup>29</sup> Entfällt vielleicht gar der missbilligte Taterfolg als solcher?<sup>30</sup> Die Begriffe, die der BGH in seiner Prüfungsformel nutzt, sind bedeutungsambivalent – und es wird noch zu zeigen sein, dass die dogmatische Konstruktion des BGH gerade an dieser Bedeutungsambivalenz scheitert.

3. Wenn man ferner den Stimmen Glauben schenkt, die behaupten, dass der BGH die hypothetische Einwilligung als eine Parallele zum Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf der Tatbestandsebene konstruiert, dann bleibt zu fragen, ob sich denn Überlegungen zum Schutz- und Pflichtwidrigkeitszusammenhang so einfach von der Tatbestandsebene auf die Ebene der Rechtfertigung übertragen lassen.<sup>31</sup> Zwischen Tatbestand und Rechtfertigung besteht kein Kausalzusammenhang. Die Feststellung, dass eine Tat rechtswidrig ist, ist eine normative Wertung. Rechtswidrig ist die Tat, für die kein anerkannter Rechtfertigungsgrund vorliegt.<sup>32</sup> Es erscheint selt-

<sup>26</sup> Die Literatur hat die Aussagen des BGH zunächst mehrheitlich als Übertragung der Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Ebene der Rechtfertigung interpretiert; Eisele, JA 1005, 252 (253); Kuhlen, JR 2004, 227; ders., JZ 2005, 712 (715); Kühl (Fn. 17), § 9 Rn. 47a; Roxin, GA 2011, 678 (683); an dieser Interpretation halten bis heute fest Fischer (Fn. 17), Vorbem. § 32 Rn. 4b; Rönnau (Fn. 17), § 32 Rn. 230.

<sup>27</sup> Zu den Interpretationsmöglichkeiten des Begriffs „Einwilligen“ s. Sickor, JR 2008, 179 ff.

<sup>28</sup> Leitsatz in BGH NStZ-RR 2007, 340; s. auch BGH NStZ 2012, 205 (206).

<sup>29</sup> Kuhlen, JR 2004, 227; Rönnau, JZ 2004, 801 f.; ders. (Fn. 17), § 32 Rn. 230.

<sup>30</sup> So die überlegenswerte dogmatische Konstruktion bei Roxin (Fn. 7), § 13 Rn. 12 ff., 120 (Fn. 196); für einen Zurechnungsausschluss auf Tatbestandsebene Eisele (Fn. 22), S. 163 (S. 182 f.).

<sup>31</sup> Für diese Übertragung argumentieren Kuhlen (Fn. 17), S. 331 (S. 332); Roxin (Fn. 7), § 13 Rn. 120 ff.

<sup>32</sup> Puppe, GA 2003, 764 (768 ff.); Gropp (Fn. 16), S. 197 (S. 206); Duttge (Fn. 13), S. 179 (S. 186 f.); Sickor, JR 2008, 179 (183).

sam, diese gesetzlich vorgegebene Schlussfolgerung über das Unrecht mit Überlegungen zu naturgesetzlich determinierten Kausalverläufen verändern zu wollen.<sup>33</sup>

4. Und selbst wenn man sich damit abfindet, dass die Formel für die Prüfung des Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf Tatbestandsebene auf die Prüfung eines „Rechtswidrigkeitszusammenhangs“ in der Rechtfertigung übertragbar ist, so ist immer noch unklar, welche Variablen in diese Prüfungsformel eingesetzt werden sollen.

Bei einer Zurechnungsprüfung wird normalerweise das pflichtwidrige Verhalten durch ein hypothetisches pflichtgemäßes Verhalten ausgetauscht, um zu erfahren, ob der tatbestandliche Erfolg entfallen wäre, wenn sich der Täter pflichtgemäß verhalten hätte. Wäre der Erfolg in seiner konkreten Gestalt auch bei einem pflichtgemäßen Verhalten eingetreten, dann hat die Pflichtwidrigkeit für den Erfolg nicht den Ausschlag geben.<sup>34</sup> Die Variablen, die in die Prüfung des Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhangs eingesetzt werden, sind auf der Tatbestandsebene leicht zu finden. Das pflichtwidrige Verhalten des behandelnden Arztes wird durch ein hypothetisches rechtmäßiges Alternativverhalten ersetzt. Aber welche Variablen sind einzusetzen, wenn die Prüfungsformel auf die Rechtfertigungsebene übertragen wird? Der BGH ersetzt in seiner Prüfungsformel die tatsächlich erfolgte mangelhafte Aufklärung im Vorfeld des Eingriffs durch eine hypothetische mangelfreie Aufklärung und denkt zusätzlich noch eine aufgrund dieser mangelfreien Aufklärung wirksam abgegebene hypothetische Einwilligungserklärung des Patienten hinzu – und diese soll dann den ärztlichen Heileingriff rechtfertigen.<sup>35</sup> Wenn man das pflichtgemäße Alternativverhalten auf Rechtfertigungsebene aber so prüfen will wie im Tatbestand, dann setzt der BGH hier die falschen Prüfungsvariablen ein. Beim Schutzzweckzusammenhang ist das tatbestandliche Fehlverhalten des Täters zu prüfen und nicht irgendein der Tatbestandsverwirklichung vorgelagertes Verhalten. Die mangelhafte Aufklärung im Vorfeld der Körperverletzung ist nicht die Variable, die in die Prüfungsformel einzusetzen ist, sondern die Prüfung muss sich auf die konkrete Verletzungshandlung beziehen, auf den operativen Eingriff, der mangels rechtswirksamer Einwilligung des Patienten nicht gerechtfertigt ist.<sup>36</sup>

Wenn aber das pflichtwidrige tatbestandliche Verhalten die Operation ohne Einwilligung ist, dann kann das pflichtgemäße hypothetische Alternativverhalten nur das Unterlassen der Operation sein, eben weil der Patient nicht wirksam eingewilligt hat.<sup>37</sup> Durch das Einsetzen der falschen Prüfungsvariablen muss der BGH notwendigerweise auch zu einem

falschen Ergebnis kommen. Wenn man das pflichtwidrige Verhalten (Operieren ohne Einwilligung) durch das rechtmäßige Alternativverhalten (Nichtoperieren) austauscht, so stellt man fest, dass durch das pflichtgemäße Verhalten (Nichtoperieren) der Verletzungserfolg (Körperverletzung durch Operation) verhindert worden wäre. Es besteht ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Fehlverhalten und Verletzungserfolg. Die gegenteilige Behauptung des BGH, durch seine Prüfungsformel sei der Pflichtwidrigkeitszusammenhang widerlegt und der Arzt daher freizusprechen, ist falsch.

5. Zu den Rätseln, ob das Prüfungsmuster des BGH richtig ist, gesellen sich dann Folgefragen, die das Prüfungsmuster selbst aufwirft. Wenn man – wie es der BGH in seiner Prüfung tut – die mangelhafte Aufklärung im Vorfeld der Körperverletzung durch eine ordnungsgemäße Aufklärung ersetzt und zu dieser dann eine wirksame hypothetische Einwilligung des Patienten hinzudenkt, so muss man begründen, warum dieses Spekulieren über das zu erwartende Patientenverhalten überhaupt zulässig ist, warum das Gericht einen frei erfundenen hypothetischen Kausalverlauf überhaupt in den Sachverhalt hinzudenken darf.<sup>38</sup> Wenn ein Gericht zudem eine freie Willensentscheidung in einer hypothetischen Situation nach reinen Plausibilitätserwägungen rekonstruiert, besteht Erklärungsbedarf, wie dieses Spekulieren über den menschlichen Willen mit den Prämissen eines Schuldstrafrechts zu vereinbaren ist, das den menschlichen Willen als frei betrachtet. Lässt sich der freie Wille dann wirklich so rekonstruieren, als wäre sie ein nach Naturgesetzen determiniertes Ereignis?<sup>39</sup> Und was geschieht, wenn der Versuch, den hypothetischen Patientenwillen in einer fiktiven Situation zu bestimmen, zu keinem eindeutigen Ergebnis gelangt? Muss dann nicht im Strafprozess in dubio pro reo zugunsten des Arztes davon ausgegangen werden, dass die hypothetische Einwilligung er-

<sup>38</sup> Bei der Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens auf Tatbestandsebene darf nur das pflichtwidrige Täterverhalten durch ein hypothetisches rechtmäßiges Alternativverhalten ausgetauscht werden. Ansonsten darf von der Tatsituation nichts weggelassen oder verändert und auch kein alternativer Tatverlauf hinzugedacht werden, der nicht unmittelbar im realen Tatgeschehen angelegt ist; BGHSt 33, 61 (63); BGH NJW 2004, 237 (238). Nach diesem Maßstab hätte die Doppelfiktion des BGH keinen Bestand; *Jäger* (Fn. 7), S. 345 (S. 350 f.); *Schwartz* (Fn. 2), S. 186.

<sup>39</sup> Zuversichtlich, dass eine Plausibilitätsprüfung die Rekonstruktion des Patientenwillens ermöglichen wird, zeigen sich *Kuhlen*, JR 2004, 227 (228); *Rönnau*, JZ 2004, 801 (804); *Rosenau* (Fn. 12), S. 683 (S. 686); *Roxin* (Fn. 7), § 14 Rn. 133; vehemente Ablehnung dagegen bei *Bosch*, JA 2008, 70 (72); *Puppe*, GA 2003, 764 (768 ff.); *dies.*, JR 2004, 470; *Otto*, Jura 2004, 679 (683); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 189); *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190 (192); *Edlbauer* (Fn. 1), S. 419 ff., 428 ff.; *Renzikowski*, in: Kern/Lilie (Hrsg.), Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Festschrift zum 70. Geburtstag von Gerfried Fischer, 2010, S. 365 (S. 376); *Paeffgen* (Fn. 16), Vorbem. zu § 32 Rn. 168a; diff. krit. aber *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6); *Albrecht* (Fn. 16), S. 443 f.; für das Zivilrecht *Giesen*, JZ 1996, 315 (319).

<sup>33</sup> *Sowada*, NStZ 2012, 1 (9); *Puppe*, GA 2003, 764 (768 ff.); *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206, 207); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 185 f.).

<sup>34</sup> *Sickor*, JR 2008, 179 (180).

<sup>35</sup> So die Interpretation der Rechtsprechung bei *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206); *Sickor*, JR 2008, 179 ff.

<sup>36</sup> *Schlehofer* (Fn. 16), S. 953 (S. 969); *Jäger*, JA 2012, 70 (72); *Jäger* (Fn. 7), S. 345 (S. 350 ff.); *Schwartz* (Fn. 2), S. 373 ff., 222, 243 f.

<sup>37</sup> *Jäger* (Fn. 7), S. 345 (S. 351); *Schwartz* (Fn. 2), S. 222.

teilt worden wäre, auch wenn das bedeutet, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Strafrecht keinen Schutz mehr erfährt?<sup>40</sup>

6. Und wenn man die höchstpersönliche Entscheidung des Patienten auf hypothetischer Grundlage rekonstruiert, welche Perspektive soll dafür gelten? Ex ante oder ex post?<sup>41</sup> Welchen Wissensstand legt man der hypothetischen Entscheidung außerdem zugrunde?<sup>42</sup> Das Wissen, das man inzwischen über Erfolg oder Misserfolg des Heileingriffs gewonnen hat, müsste bei der Rekonstruktion ausgeblendet werden, wenn man die hypothetische Einwilligung noch von einer nachträglichen Genehmigung unterscheiden will.<sup>43</sup> Psychologisch gilt es aber als unmöglich, das nachträglich erworbene Wissen zu ignorieren.<sup>44</sup>

7. Offen ist außerdem, ob die Figur der hypothetischen Einwilligung auf andere Delikte ausgedehnt werden könnte.<sup>45</sup> Der BGH scheint eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs nicht anzustreben. Aber warum sollte der Gedanke, dass tatsächlich gegebene Rechtfertigungsmängel aufgrund hypothetischer Überlegungen für unbeachtlich erklärt werden, nur im Arztstrafrecht oder nur bei der Einwilligung gelten?<sup>46</sup>

<sup>40</sup> *Roxin* weicht daher auf die Risikoerhöhungstheorie aus; *ders.* (Fn. 7), § 14 Rn. 124 f.; *Kuhlen* schränkt den Anwendungsbereich des Zweifelssatzes ein; *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 435 f.); *ders.*, JR 2004, 227 (229); krit. *Puppe*, GA 2003, 764 (769 f., 773 f.); *dies.*, JR 2004, 470; *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 184, 189).

<sup>41</sup> Die Literatur verlangt einheitlich eine ex post-Perspektive i.S.e. rückblickenden Prüfung, ob „(ex post) die Annahme begründet ist, der Betroffene hätte, wenn er selbst entschieden hätte, dem Eingriff (wirksam) zugestimmt“; *Kuhlen*, JR 2004, 227; *ders.*, JZ 2005, 713 (715); *Mitsch*, JZ 2005, 279 (281); zu der Problematik auch *Eisele* (Fn. 22), S. 163 (S. 171); *Yamanaka* (Fn. 12), S. 864 (S. 870 f.).

<sup>42</sup> In Abgrenzung zur ex ante-Betrachtung bei der mutmaßlichen Einwilligung ist bei der ex post-Betrachtung zur hypothetischen Einwilligung auch jeder Umstand zu berücksichtigen, der für die Entscheidung des Patienten vor dem Eingriff relevant gewesen wäre, auch wenn er den Ärzten ex ante zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbar war. Die ex post-Betrachtung bezieht also auch solche Umstände in die Prüfung mit ein, die vor dem Eingriff schon Bestand hatten, aber erst nachträglich für den Täter erkennbar wurden; *Kuhlen*, JZ 2005, 713 (715).

<sup>43</sup> Krit. *Gropp* (Fn. 13), S. 197 (S. 207); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6); *Schlehofer*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vorbem. zu den § 32 ff. Rn. 174 f.

<sup>44</sup> Zum Phänomen des sog. hindsight bias s. *Edlbauer* (Fn. 1), S. 425 ff.; *Schwartz* (Fn. 2), S. 225 ff.; *Mitsch* will in der Betrachtung aus der ex-post-Perspektive auch nachträglich erworbenes Wissen berücksichtigen; *Mitsch*, JZ 2005, 279 (281); zust. *Yamanaka* (Fn. 16), S. 864 (S. 870).

<sup>45</sup> *Rosenau* (Fn. 12), S. 683 (S. 699); abl. *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 188).

<sup>46</sup> *Sickor*, JA 2008, 11 (16); *ders.*, JR 2008, 179 (184); *Schlehofer* (Fn. 43), Vorbem. zu den § 32 ff. Rn. 169; für eine

Schon der hier zusammengestellte Katalog an unbeantworteten Fragen zur hypothetischen Einwilligung deutet an, dass die Prüfungsformel des BGH wohl unschlüssig ist. Wenn die Zweifel schon damit beginnen, ob die Prüfungsformel überhaupt auf die Rechtfertigungsebene übertragen werden darf, wenn zudem die Prüfungsparameter und die Bezugsobjekte der Prüfung nebulös bleiben und dann auch noch die verwendeten Begriffe „Einwilligung“, „Rechtswidrigkeit“ und „Erfolg“ mehrdeutig sind, so erstaunt nicht, dass die erstinstanzlichen Gerichte nicht in der Lage sind, die Formel schlüssig anzuwenden. Dabei ist das Ziel, das mit der hypothetischen Einwilligung verfolgt wird, richtig. Die Haftung des Arztes für Aufklärungsmängel soll auf ein angemessenes Maß zurückgeschraubt werden. Der Arzt soll nicht für gesundheitliche Beeinträchtigung haften, die gleichsam schicksalhaft eingetreten sind und nicht durch einen ärztlichen Behandlungsfehler verursacht wurden.<sup>47</sup> Die hypothetische Einwilligung ist aber nicht das richtige Instrument, um die „hypertrophe Aufklärungshaftung“<sup>48</sup> des Arztes einzudämmen. Sie höhlt nur das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unkontrollierbar aus.

#### IV. Analyse der Prüfungsformel des BGH

Die Prüfungsformel der Rechtsprechung zur hypothetischen Einwilligung entpuppt sich bei näherem Hinsehen als belanglose Tautologie.<sup>49</sup> Sie ist für den gewünschten Zweck, die strafrechtliche Haftung des Arztes wegen Aufklärungsmängeln mit einer dogmatisch tragfähigen Begründung einzudämmen, unbrauchbar, auch wenn der BGH diese Unbrauchbarkeit geschickt hinter sprachlichen Wendungen und doppeldeutigen Begriffen (z.B. dem Begriff der „Einwilligung“) zu verschleiern weiß und dadurch Plausibilität suggeriert.<sup>50</sup>

##### 1. Die Prüfungsformel des BGH

Der BGH hat seine Prüfungsformel in zwei Varianten formuliert. Die erste Formulierung entstammt dem Bandscheibenfall,<sup>51</sup> wo es heißt: „Die Rechtswidrigkeit [des Eingriffs] ent-

Übertragung auch auf andere Tatbestände und Rechtfertigungsgründe s. *Roxin* (Fn. 7), § 14 Rn. 113 ff.; *ders.*, GA 2011, 678 (683 f.); *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 346 f. Fn. 92); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 432 ff.); *Dreher/Mathis*, Objektive Erfolgzurechnung bei Rechtfertigungsgründen, 2003, S. 51, 110; manchen dieser Überlegungen zust. auch *Schlehofer* (Fn. 16), S. 953 (S. 956 f.).

<sup>47</sup> *Hager*, in: Staudinger/Hager (Hrsg.), Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823 E-I, 824, 825, Unerlaubte Handlungen 1 – Teilband 2, 14. Aufl. 2010, § 823 I Rn. 79.

<sup>48</sup> *Rosenau* (Fn. 12), S. 683 (S. 697); *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190 (191); *Sickor*, JA 2008, 11 (12 f.); zust. *Ulsenheimer*, NStZ 1996, 132; *Rosenau* (Fn. 12), S. 683 (S. 697).

<sup>49</sup> *Sickor*, JR 2008, 179 (180, 182).

<sup>50</sup> *Sickor*, JR 2008, 179 (184); zust. *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 16), Vorbem. zu § 32 Rn. 168a; *Yamanaka* (Fn. 16), S. 864 (S. 874 f.).

<sup>51</sup> BGH StV 2004, 376.

fällt [...], wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Der nachgewiesene Aufklärungsmangel kann nur dann zur Strafbarkeit wegen Körperverletzung [...] führen, wenn bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre [...]. Dies ist dem Arzt nachzuweisen. Verbleiben Zweifel, so ist nach dem Grundsatz ‚in dubio pro reo‘ zugunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre.“

Im Liposuktionsfall<sup>52</sup> wird die Formel so komprimiert, „dass die Rechtswidrigkeit [des Eingriffs] auch dann entfallen kann, wenn im Falle eines Aufklärungsmangels, wie er hier beim zweiten operativen Eingriff gegeben war, der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte“.

Maßstab der Einwilligungsprüfung ist nicht der vernünftige Patient, sondern gesucht ist die Entscheidung, die der konkrete Patient im Einzelfall tatsächlich getroffen hätte. Zu beachten ist außerdem die (recht willkürlich gesetzte) Schranke, dass eine hypothetische Einwilligung nur bei de lege artis ausgeführten Heileingriffen in Betracht kommt.<sup>53</sup>

## 2. Mehrdeutige Begriffe

Der BGH hat sein Vorgehen auch als „Kausalitätsprüfung“<sup>54</sup> bezeichnet, um deutlich zu machen, dass er von einer Art Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Einwilligung ausgeht, die es möglich macht, die Rechtswidrigkeit der verletzenden Heilbehandlung trotz unwirksamer Einwilligung dann zu verneinen, wenn die Rechtswidrigkeit nicht auf den Aufklärungsmangel zurückzuführen ist. Die Prüfungsformel des BGH ist wegen ihrer mehrdeutigen Begriffe nur schwer nachzuvollziehen. Was genau ist das Zurechnungsobjekt der Pflichtwidrigkeitsprüfung? Was ist der „Erfolg“, der als Ergebnis der Prüfung entfallen soll? Laut BGH scheint es die „Einwilligung“ des Patienten zu sein, also ein Prüfungselement auf der Rechtfertigungsebene.<sup>55</sup> Nur, was heißt „Einwilligung“ auf der Rechtfertigungsebene? Meint der BGH den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung als Ganzes oder nur die Erklärung einer Einwilligung als eine Voraussetzung dieser Rechtfertigung?

### a) Zu den Begriffen „Erfolg“ und „Einwilligung“ in der Prüfungsformel des BGH

Gropp und Sickor lesen aus der Prüfungsformel des BGH zutreffend heraus, dass der BGH mit „Erfolg“ wohl nicht den Rechtfertigungsgrund der Einwilligung als Ganzes meint, sondern „Erfolg“ ist bei ihm nur die *Erklärung* einer Einwilligung durch den Patienten, also die Erklärung des Rechts-

gutsverzichts, die tatsächliche Zustimmung zur Behandlung.<sup>56</sup> Mit der Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zwischen Aufklärungsmangel und Abgabe einer Einwilligungserklärung will der BGH also herausfinden, ob man auch ohne den Aufklärungsmangel bei korrekter Aufklärung eine Einwilligungserklärung erhalten hätte.

Das Problem dieser Prüfungsvariante ist, dass ihr Ergebnis für die übergeordnete Frage nach der Rechtswidrigkeit des Eingriffs, also die Frage, ob der körperliche Eingriff so, wie er tatsächlich stattgefunden hat, gerechtfertigt war oder nicht, nichts aussagt. Selbst wenn man weiß, dass auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung eine Rechtsgutsverzicht erklärt worden wäre, so gibt das keine Antwort auf die Frage, ob denn mit dieser Erklärung zugleich auch der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung zu bejahen ist. Die Erklärung einer Einwilligung ist nur eine von mehreren objektiven Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes „Einwilligung“. Weitere Voraussetzungen sind, dass die Einwilligung rechtlich zulässig und der Einwilligende über das Rechtsgut dispositio befugt ist. Außerdem muss der Erklärende einwilligungsfähig sein und seine Einwilligung darf nicht an Willensmängeln leiden und nicht sittenwidrig sein. Schließlich muss der Täter in Kenntnis und aufgrund der erklärten Einwilligung handeln.<sup>57</sup> Kurzum, wenn der BGH den „Pflichtwidrigkeitszusammenhang“ zwischen fehlerhafter Aufklärung und Einwilligungserklärung des Patienten in dieser Form prüft, dann weiß man am Ende zwar, dass der Patient auch in der fiktiven Situation vollständiger Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte, aber man weiß nicht, ob die Tat so, wie sie in der Realität stattgefunden hat, nun als „rechtswidrig“ oder als „gerechtfertigt“ zu bewerten ist. Gerechtfertigt wäre der reale Eingriff nur, wenn die *tatsächlich gegebenen Einwilligungsmängel* infolge der fehlerhaften Aufklärung *für die Wirksamkeit der tatsächlich abgegebenen Einwilligung* nicht weiter relevant geworden wären. Sind sie aber relevant geworden, dann war die abgegebene Einwilligung nicht wirksam und der real gegebene Heileingriff „unrechtmäßig“.<sup>58</sup> Jedenfalls reicht es für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes im realen Sachverhalt nicht aus, dass das Geschehen auch anders hätte ablaufen können, dass der Heileingriff in einer fiktiven Alternativsituation (i.e. in der Situation einer korrekten Aufklärung) gerechtfertigt gewesen wäre. Real ist immer noch, dass der Eingriff stattfand und dass dazu keine wirksame Einwilligung des Patienten vorlag. Der fiktive Alternativsachverhalt ist nicht Prüfungsgegenstand; der BGH baut Realität und Fiktion schlicht falsch in seine Prüfung ein.

### b) Lässt sich das Urteil „rechtswidrig“ so einfach durch das Urteil „rechtmäßig“ ersetzen?

Die Vermutung, dass der BGH nicht richtig zwischen Realität und Fiktion differenziert, wird auch durch die weiteren Überlegungen von Sickor bestätigt. Sickor prüft, ob der doppel-

<sup>52</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340 (341).

<sup>53</sup> BGH NStZ-RR 2007, 340 (341); s. auch zum sog. Turboentzugsfall *Rönnau*, StV 2008, 466 (467).

<sup>54</sup> BGH StV 2004, 376 (377).

<sup>55</sup> So die Interpretation bei Gropp (Fn. 16), S. 197 (S. 206); Sickor, JR 2008, 179 und 183.

<sup>56</sup> Gropp (Fn. 16), S. 197 (S. 206); Sickor, JR 2008, 179 und 183; zust. Yamanaka (Fn. 16), S. 864 (S. 875).

<sup>57</sup> Wessels/Beulke (Fn. 17), Rn. 371 ff.

<sup>58</sup> Duttge (Fn. 13), S. 179 (S. 187); gegen Kuhlen (Fn. 17), S. 330 (S. 338 f.).

deutige Begriff der „Einwilligung“ in der Prüfungsformel des BGH nicht vielleicht doch mehr als nur eine tatsächliche Zustimmung meinen könnte. Möglicherweise geht es dem BGH um eine „rechtswirksame Einwilligung“, also um eine Einwilligungserklärung, die nicht an Einwilligungsmängeln leidet.<sup>59</sup> Dafür würde auch sprechen, dass der BGH aus der Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs den Schluss ziehen will, dass die „Rechtswidrigkeit“ des Eingriffs „entfallen könne“ – und entfallen kann die Rechtswidrigkeit nur, wenn eine rechtswirksame Einwilligung vorliegt. Nur, wie soll mit der Prüfung eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs ein gegebener Erfolg (unwirksame Einwilligung) in einen andersartigen Erfolg (wirksame Einwilligung) transformiert werden? Mit der Prüfung eines Pflichtwidrigkeitszusammenhangs kann man herausfinden, ob der identische Erfolg auch eingetreten wäre, wenn sich der Täter anders verhalten hätte.<sup>60</sup> Doch man kann nicht einen gegebenen Erfolg durch einen anderen austauschen.

Machen wir an dieser Stelle einmal den Versuch, die aus dem Tatbestand bekannte Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf das Verhältnis von fehlerhafter Aufklärung zu rechtsunwirksamer Einwilligung zu übertragen. Gefragt ist, ob zwischen Aufklärungsmangel und fehlender Rechtfertigung ein Pflichtwidrigkeitszusammenhang besteht.

### aa) Die Prüfungsformel auf der Tatbestandsebene

Auf der Tatbestandsebene wird bei der Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs überprüft, ob der identische Taterfolg (= Zurechnungsobjekt) auch eingetreten wäre, wenn sich der Täter nicht pflichtwidrig, sondern pflichtgemäß (= rechtmäßiges Alternativverhalten) verhalten hätte.<sup>61</sup> Entscheidend ist, dass das Zurechnungsobjekt (im Tatbestand ist das der Tatbestandserfolg) identisch bleibt und nur das pflichtwidrige Handeln des Täters durch ein hypothetisches rechtmäßiges Verhalten ersetzt wird.<sup>62</sup> Wenn sich bei dieser Prüfung herausstellt, dass der Tatbestandserfolg bei pflichtgemäßem Alternativverhalten nicht oder jedenfalls nicht in derselben Gestalt eingetreten wäre, so steht fest, dass das pflichtwidrige Verhalten für den gegebenen Erfolg den Ausschlag gegeben hat. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen pflichtwidrigem Verhalten und Erfolg ist gegeben.

### bb) Übertragung der Formel auf die Rechtfertigungsebene

Überträgt man die Formel nun auf das Verhältnis zwischen Rechtfertigungsmangel und Rechtfertigungsurteil, so ergeben sich die folgenden zwei Prüfungsschritte:

- *Prüfungsschritt 1 – der reale Kausalverlauf:* In der realen Situation der mangelhaften Aufklärung ist die Einwilligung des Patienten unwirksam. Eine Rechtfertigung scheidet.
- *Prüfungsschritt 2 – Vergleich mit einem fiktiven Kausalverlauf:* In einer fiktiven Situation, in der der Patient ordnungsgemäß aufgeklärt worden ist und willensmangelfrei in den Eingriff einwilligt hat, würde die Einwilligung rechtfertigende Wirkung entfalten.
- *Ergebnis des Vergleichs von realem und fiktivem Kausalverlauf:* Die Hypothesenbildung führt zu dem Ergebnis, dass bei einem Austausch der Prämissen (ordnungsgemäße statt fehlerhafter Aufklärung) hypothetisch ein anderer Erfolg bewirkt worden wäre (rechtfertigende Einwilligung statt unwirksamer Einwilligung).<sup>63</sup>

Damit ist eigentlich bewiesen, dass der Aufklärungsmangel für die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung verantwortlich ist. Doch dieses augenfällige Ergebnis entgeht dem BGH, eben weil ihn die für die Prüfungsformel gewählten Begriffe in ihrer Doppeldeutigkeit verwirren. Anstatt klar zwischen rechtswirksamer und rechtsunwirksamer Einwilligung zu differenzieren, spricht er nur von „Einwilligung“ und kann so die unterschiedlichen Erfolge – einmal eine in einer fiktiven Situation gegebene Rechtfertigung und einmal die in der realen Situation fehlende Rechtfertigung – sprachlich nicht voneinander unterscheiden.<sup>64</sup> In seiner Prüfungsformel erweckt die fehlende Differenzierung zwischen den ungleichen Erfolgen dann den Anschein, als würde bei einem Austausch des realen durch das hypothetische Alternativverhalten der identische Taterfolg eintreten. Tatsächlich aber trifft der BGH nur die banale Aussage, dass die Körperverletzung durch den Arzt in der realen Situation nicht gerechtfertigt war, dass sie aber in einer fiktiven Situation, in der der Arzt seinen Aufklärungspflichten nachgekommen ist, durch eine wirksame Einwilligung des Patienten hätte gerechtfertigt sein können.<sup>65</sup> Mit dieser banalen Erkenntnis dazu, wie rechtfertigende Sachverhalte wirken, wenn sie denn objektiv vorliegen, lässt sich aber nicht erklären, warum auch bei einer hypothetischen Einwilligung die Rechtswidrigkeit der Tat entfällt. Das Besondere an der hypothetischen Einwilligung ist ja gerade, dass es hier an den objektiven Voraussetzungen eines rechtfertigenden Sachverhalts fehlt.

### 3. Die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund

Als Kausalitätsprüfung macht die Formel zur hypothetischen Einwilligung keinen Sinn. Vielleicht kann man die hypothetische Einwilligung aber als neuartigen Rechtfertigungsgrund auf rein hypothetischer Basis verstehen.<sup>66</sup> Diese Rechtferti-

<sup>59</sup> Sickor, JR 2008, 179 (180).

<sup>60</sup> Fischer (Fn. 17), Vorbem. § 13 Rn. 29; Frister (Fn. 16), 10/29; Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Fn. 5), § 15 Rn. 174; Sickor, JR 2008, 179 (180).

<sup>61</sup> Fischer (Fn. 17), Vorbem. § 13 Rn. 29; Frister (Fn. 16), 10/29; Sternberg-Lieben (Fn. 60), § 15 Rn. 174.

<sup>62</sup> Sickor, JR 2008, 179 (180).

<sup>63</sup> Sickor, JR 2008, 179 (180); zust. Renzikowski (Fn. 39), S. 365 (S. 373 f.).

<sup>64</sup> Sickor, JR 2008, 179 (182); zust. Paeffgen (Fn. 50), Vorbem. zu § 32 Rn. 168a.

<sup>65</sup> Vgl. Sickor, JR 2008, 179 (180, 182); zust. Renzikowski (Fn. 39), S. 365 (S. 370).

<sup>66</sup> Edbauer (Fn. 1), S. 364; Otto/Albrecht, Jura 2010, 264 (269); Albrecht (Fn. 16), S. 252 ff.; Krey/Esser (Fn. 20), § 18

gung auf rein hypothetischer Basis wäre laut BGH immer dann anzunehmen, „wenn die Umstände dafür sprechen, dass die Voraussetzungen für eine Rechtfertigung hätten geschaffen werden können.“<sup>67</sup>

Der BGH setzt sich aber nicht damit auseinander, dass eine solche Rechtfertigungsfigur die bestehende Rechtfertigungssystematik aushebelt. Bisher sind Straftaten nur dann gerechtfertigt, wenn die Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes *objektiv vorliegen*.<sup>68</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung genügt nun, dass die Einwilligungsvoraussetzungen *hätten gegeben sein können*. In Verbindung mit dem im Strafverfahren geltenden Zweifelssatz würde dann aus dieser Mutmaßung über eine nur hypothetisch denkbare Rechtfertigung der Satz: Eine Rechtfertigung muss immer dann als gegeben angenommen werden, wenn nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass in der Situation ein Rechtfertigungsgrund hätte gegeben sein können. Allein die Tatsache, dass sich der Täter hätte pflichtgemäß verhalten können, muss zum hypothetischen Hinzudenken eines Rechtfertigungssachverhalts führen, obwohl man mit Sicherheit weiß, dass in der realen Tatsituation kein Rechtfertigungsgrund vorlag. Kann das wirklich so gemeint sein?<sup>69</sup>

Eine solche rein imaginäre Rechtfertigung untergräbt die Grundprinzipien der geltenden Rechtfertigungsdogmatik. Die Rechtsordnung gestattet eine Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter nur dann, wenn diese Verletzung mildestes Mittel zum Schutz höherrangiger Rechtsgüter oder Interessen ist oder wenn der Rechtsgutsinhaber vor der Tat auf sein Integritätsinteresse wirksam verzichtet hat.<sup>70</sup> Bei der hypothetischen Einwilligung wird die Tat nun gerechtfertigt, obwohl der Rechtsgutsinhaber gerade nicht auf die Integrität des Rechtsguts verzichtet hat. Die Rechtfertigung erfolgt, weil nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Rechtsgutsinhaber bei verändertem Sachverhalt den Verzicht möglicherweise erklärt hätte. Da kann man das Rechtsgut auch gleich der Zerstörung preisgeben.<sup>71</sup>

Außerdem hebt eine solche hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund die Subsidiarität der mutmaßlichen gegenüber der tatsächlichen Einwilligung aus.<sup>72</sup> Man braucht die mutmaßliche Einwilligung nicht mehr, denn mit der An-

erkennung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund entfällt jede Notwendigkeit, das Opfer vorab über seine Zustimmung zu befragen. Hat der Täter Glück und gibt das Opfer nachträglich bekannt, dass es auch bei vorheriger Befragung in die Rechtsgutsverletzung eingewilligt hätte, ist sein Handeln automatisch gerechtfertigt. Verneint das Opfer rückblickend, dass es zugestimmt hätte, kann sich der Arzt immer noch darauf berufen, dass er der festen Überzeugung war, dass das Opfer bei vorheriger Befragung eingewilligt hätte. Bleibt dieser Vortrag im Strafverfahren unwiderlegt, dann ist zugunsten des Arztes von einem Erlaubnistatbestandsirrtum auszugehen. Er hat darauf vertraut, dass die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes vorliegen,<sup>73</sup> was zu einem Freispruch vom Vorwurf der vorsätzlichen Körperverletzung führen muss. Wenn dem Arzt im Prozess nachgewiesen wird, dass eine hypothetische Einwilligung in der Situation mit Sicherheit nicht in Betracht kam, könnte er allenfalls wegen fahrlässiger Körperverletzung bestraft werden, weil er seinen Irrtum nicht durch das gebotene sorgfältige Verhalten, also durch das Befragen des Patienten, vermieden hat.

Zuletzt spricht gegen eine hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund, dass sie aufgrund der Schwierigkeiten, den hypothetischen Willen des Betroffenen in einer fiktiven Situation rückblickend zu rekonstruieren, einer im Strafrecht verbotenen nachträglichen Genehmigung gleichkommt.<sup>74</sup> Sie überzeugt als Rechtfertigungsgrund nicht.

## V. Das Zurechnungsmodell von *Kuhlen*

Überzeugender ist da schon das Zurechnungsmodell von *Kuhlen*.<sup>75</sup> Auch er überträgt die Lehre vom Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhang aus dem Tatbestand auf die Rechtfertigungsebene, aber in anderer Form als der BGH. *Kuhlen* geht davon aus, dass die in der Strafrechtsdogmatik bisher übliche zweistufige Prüfung von Tatbestand und fehlender Rechtfertigung keine abschließende Aussage darüber erlaubt, ob der Taterfolg (gemeint ist der tatbestandliche Taterfolg) auch wirklich rechtswidrig herbeigeführt worden ist. Eine Prüfung, die nur danach fragt, ob der Täter sorgfaltswidrig oder vorsätzlich einen Straftatbestand erfüllt hat (Stufe 1), ohne dass dieses Verhalten durch einen anerkannten Rechtfertigungsgrund gestattet wurde (Stufe 2), reiche nicht aus, um das Täterhandeln als definitiv rechtswidrig darzustellen. Vielmehr müsse noch in einem dritten Schritt geprüft werden, ob der Taterfolg objektiv zurechenbar auf dem Rechtfertigungsmangel beruht. Zwischen Rechtfertigungsmangel und Taterfolg muss ein Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhang zu bejahen sein.<sup>76</sup> Das Unrecht einer vollendeten Tat könne erst dann objektiv feststehen, wenn der die Recht-

Rn. 682; *Wessels/Beulke* (Fn. 17), Rn. 384a; *Jäger*, JA 2012, 70 (72).

<sup>67</sup> *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206).

<sup>68</sup> *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 16), Vorbem. § 32 ff. Rn. 10a; *Paeffgen* (Fn. 50), Vorbem. zu § 32 Rn. 80; *Frister* (Fn. 16), 14/10.

<sup>69</sup> *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206).

<sup>70</sup> Abl. *Albrecht* (Fn. 16), S. 332 f., 335 f., 360; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264 (269); auch *Edlbauer* (Fn. 1), S. 365; *Jansen*, ZJS 2011, 482 (483).

<sup>71</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (770); *Yamanaka* (Fn. 16), S. 864 (S. 871).

<sup>72</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 347); *ders.*, JR 2004, 227; *Mitsch*, JZ 2005, 279 (282); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 184, Fn. 49); *Wiesner* (Fn. 1), S. 100; *Albrecht* (Fn. 16), S. 346 ff.; *Jansen*, ZJS 2011, 482 (486); *Renzikowski* (Fn. 39), S. 365 (S. 370).

<sup>73</sup> So jetzt auch BGH NSTZ 2012, 205 (206).

<sup>74</sup> *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 206 f.); *Jäger* (Fn. 7), S. 345 (S. 355); *Schwartz* (Fn. 2), S. 239 ff.; *Albrecht* (Fn. 16), S. 356 ff.; *Sowada*, NSTZ 2012, 1 (5 und 6).

<sup>75</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331; *ders.* (Fn. 17), S. 431; *ders.*, JR 2004, 227.

<sup>76</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 332, 333, 338 f.); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 432).

fertigung verhindernde Rechtfertigungsmangel gerade für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs ausschlaggebend war, wenn sich also im Taterfolg gerade das aus dem Rechtfertigungsdefizit resultierende Risiko realisiert hat.<sup>77</sup>

*Kuhlen* will mit der hypothetischen Einwilligung keinen neuen Rechtfertigungsgrund kreieren. Von der Formel des BGH unterscheidet sich sein Prüfungsansatz zudem dadurch, dass er den Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht zwischen mangelhafter Aufklärung und „Einwilligung“ prüft, sondern zwischen dem Aufklärungsmangel und dem tatbestandlichen Erfolg (dem körperlichen Eingriff). Wenn der Patient auch in dem Fall, dass er ordnungsgemäß aufgeklärt worden wäre, in den ärztlichen Eingriff eingewilligt hätte, dann sei der Taterfolg (die Operation) nicht auf den Rechtfertigungsmangel zurückzuführen. In der Situation einer hypothetischen Einwilligung habe sich im (Tat-)Erfolg gerade nicht das spezifische Risiko verwirklicht, das der Arzt durch sein pflichtwidriges Aufklärungsverhalten gesetzt hat.<sup>78</sup>

Allerdings soll es möglich bleiben, den Arzt wegen versuchter Körperverletzung zu bestrafen. Wegen des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zwischen Taterfolg und Rechtfertigungsmangel entfalle nur das Unrecht der *vollendeten* Tat. Das Handlungsunrecht, also die bewirkte Verletzung der Patientenautonomie, bleibe bestehen. Dieses Unrecht werde in einer Bestrafung des Arztes wegen versuchter Körperverletzung abgebildet.<sup>79</sup> *Kuhlens* Modell einer objektiven Zurechnung auf der Ebene der Rechtfertigung ist in sich widerspruchsfrei ausgearbeitet und benennt – anders als das Modell des BGH – für die Prüfung des Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhangs eindeutige Bezugsobjekte. Jedoch stützt sich *Kuhlen* auf mehrere, von ihm selbst kaum vertiefte, Prämissen, an denen zum Teil berechtigte Kritik ansetzt.

### 1. Strukturelle Parallelen zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene?

Der erste Kritikpunkt betrifft die Frage, ob das Verhältnis von tatbestandlichem Erfolg und Rechtfertigung tatsächlich als Parallelstruktur zum Gedanken der objektiven Zurechnung im Tatbestand beschrieben werden kann.<sup>80</sup> *Kuhlen* zeigt sich überzeugt, dass hier eine „im Kern identische Zurechnungsproblematik“ vorliege und das Problem der hypothetischen Einwilligung daher „in struktureller Analogie zu den Kriterien der objektiven Zurechnung in der Tatbestandslehre“ aufgelöst werden kann.<sup>81</sup> Den argumentativen Beweis für diese Strukturparallelität tritt *Kuhlen* aber nicht an. Unter den Prämissen der geltenden Strafrechtsdogmatik könnte er den

<sup>77</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 333); *ders.*, JR 2004, 227 (228); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 432).

<sup>78</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 340); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 434).

<sup>79</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 340 und Fn. 56); *ders.*, JR 2004, 227 (229 f.).

<sup>80</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 337).

<sup>81</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 337); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 433); *zst.*, doch ebenfalls ohne jede Begründung *Rönnau*, JZ 2004, 800 (801); *Roxin* (Fn. 7), § 14 Rn. 114 f.; *ders.*, GA 2011, 678 (683).

Beweis auch gar nicht antreten, denn nach diesem Tatbestandsverständnis bestehen deutliche Wesensunterschiede zwischen den Kausalzusammenhängen, deren Prüfung im Tatbestand notwendig wird, und den Wertungszusammenhängen zwischen Tatbestand und Rechtfertigung. Die Bewertung einer Tat als rechtswidrig ist – nach geltendem Tatbestandsverständnis – ein reines Werturteil. Es knüpft zwar auch an Tatsachen an, nämlich an das Vorliegen der Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes, aber die Entscheidung, dass wegen dieser rechtfertigenden Tatsachenlage eine Rechtfertigung der Tat stattfinden kann, ist keine Frage von Kausalzusammenhängen, sondern eine Wertungsentscheidung des Gesetzgebers – und diese ist mit Zurechnungskriterien nicht zu erfassen.<sup>82</sup> *Kuhlens* Ansatz beruht also, wenn man die geltende Rechtfertigungssystematik zugrunde legt, auf einer unzulässigen Vermischung der Kategorien von Erfolgskausalität und Unrechtsbewertung.

*Kuhlen* will sein Modell aber auch gar nicht auf der Basis der geltenden Rechtfertigungssystematik entwickeln. Für ihn ist das Fehlen der Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes eben noch nicht hinreichend, um eine Tat definitiv als rechtswidrig zu bewerten. Ob die tatsächlichen Voraussetzungen eines anerkannten Rechtfertigungsgrundes vorliegen, entscheidet für *Kuhlen* noch nicht darüber, ob die Tat als rechtmäßig oder rechtswidrig zu gelten hat.<sup>83</sup> *Kuhlen* prüft erst noch einen weiteren Pflichtwidrigkeitszusammenhang, eben ob der Taterfolg speziell aus dem durch den Rechtfertigungsmangel begründeten Risiko resultiert, und trifft erst dann das Werturteil. Deswegen wäre es auch unfair, *Kuhlen* eine unzulässige Vermischung der Kategorien von Kausalität und Wertung entgegenzuhalten. Er hat diese Wertung vor der Prüfung der Kausal- und Risikozusammenhänge auf der Rechtfertigungsebene noch gar nicht vorgenommen.<sup>84</sup>

### 2. Beschränkung des Modells auf reine Rechtfertigungsdefizite

Dafür hat *Kuhlen* aber aufgrund seiner neuartigen Prüfungsstruktur in der Rechtfertigung mit einem Abgrenzungsproblem zu kämpfen. Er will sein Zurechnungsmodell nur in Fällen zur Anwendung bringen, in denen ein rechtfertigender Sachverhalt grundsätzlich vorlag, die Rechtfertigung dann aber an einem Rechtfertigungsdefizit scheiterte. Das völlige Fehlen eines Rechtfertigungssachverhalts soll nicht zurechnungsre-

<sup>82</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (768 ff.); *ders.*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 16), § 11 Rn. 22; *Böcker*, JZ 2005, 925 (930 f.); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 185 f.); *Otto*, Jura 2004, 679 (683); *Eldbauer* (Fn. 1), S. 395 ff.; zum Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit s. ferner *Albrecht* (Fn. 16), S. 295 f.; zum Modell des BGH s. den Einwand von *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 205 f.); *Sowada*, NSStZ 2012, 1 (9).

<sup>83</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 333); *ders.*, JR 2004, 227 (228); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 432).

<sup>84</sup> Dazu *Wiesner* (Fn. 1), S. 108 f.; nicht ganz treffend daher die Kritik bei *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 207), und *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 185 f.).

levant sein.<sup>85</sup> Außerdem ist für *Kuhlen* nicht jeder Einwilligungsmangel zurechnungsrelevant. Einwilligungszurechnungsdefizite wie ein Mangel in der Dispositionsmacht des Betroffenen über das verletzte Rechtsgut oder ein Fehlen der Einsichtsfähigkeit des Betroffenen sollen nicht durch Fiktionen ersetzbar sein.<sup>86</sup>

*Kuhlen* erkennt selbst, dass die Beschränkung seines Zurechnungsmodells auf nur ausgewählte Rechtfertigungsmängel die Anwendbarkeit seines Modells beeinträchtigt, denn die Gerichte müssten in jedem Einzelfall mühsam zwischen zurechnungsrelevanten und nicht zurechnungsrelevanten Rechtfertigungsmängeln differenzieren.<sup>87</sup> Weil *Kuhlen* nur Rechtfertigungsmängel, nicht aber ganze Rechtfertigungslagen durch Fiktionen ersetzen will, müsste das Gericht zudem in jedem Einzelfall der Frage nachgehen, ob denn überhaupt genügend Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes tatsächlich vorliegen, damit eine Zurechnungsprüfung stattfinden darf.<sup>88</sup> Beim Rechtfertigungsgrund der Einwilligung ist dann noch zu beachten, dass eine Einwilligungslage im Grunde in jede Tatsituation hinein fingiert werden kann, weil es beim Täter liegt, den Betroffenen vor der Tat zu einem Rechtsgutsverzicht aufzufordern und dadurch eine Einwilligungssituation zu schaffen.<sup>89</sup> All diese Differenzierungsschwierigkeiten widerlegen *Kuhlens* Zurechnungslösung nicht, aber es wird doch deutlich, dass das Modell nicht ausgereift ist.

### 3. Zurechnung des Erfolgs zu einem dem Tatbestand vorgelegerten Verhalten?

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft den Vorwurf, dass *Kuhlen* für seine Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs die falschen Anknüpfungspunkte wählt. Der Pflichtwidrigkeitszusammenhang müsse zwischen strafbarkeitsbegründender Handlung und Taterfolg (Operation) geprüft werden und nicht nur zwischen der Operation und der mangelbehafteten Aufklärung des Patienten im Vorfeld des Eingriffs.<sup>90</sup> Laut dieser Kritik wäre das rechtswidrige Operieren des Patienten ohne wirksame Einwilligung in der Zurechnungsprüfung auszutauschen gegen die vom pflichtgemäß handelnden Arzt gewählte Handlungsalternative des Nichtoperierens. Und da im Fall des Nichtoperierens der Körperverletzungserfolg entfallen muss, sei der Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen ärztlichem Fehlverhalten und Verletzungserfolg eindeutig zu bejahen.

Diese Kritik wird *Kuhlens* Modell aber nicht gerecht, denn *Kuhlen* geht es nicht darum, die klassische Prüfung des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf Tatbestandsebene auf die

Rechtfertigungsebene zu übertragen. Er will eine neue, über den Tatbestand hinausgreifende, Schutzzweck- und Pflichtwidrigkeitszusammenhangsprüfung etablieren, bei der es um den Zusammenhang zwischen Tatbestandserfolg und dem aus dem Rechtfertigungsdefizit begründeten Risiko rechtswidrigen Handelns geht. Die Zurechnungsidee soll auf die Voraussetzungen anerkannter Rechtfertigungsgründe *ausgedehnt* werden. Man kann *Kuhlen* nicht zum Vorwurf machen, dass er das Muster für die klassische Zurechnungsprüfung im Tatbestand durchbricht, wenn genau diese Durchbrechung die Quintessenz des von ihm vertretenen neuen Zurechnungsmodells ist.

### 4. Wie lässt sich die Patientenautonomie in *Kuhlens* Modell wahren?

*Kuhlen* vertraut darauf, dass das Handlungsunrecht des ärztlichen Eingriffs ohne wirksame Einwilligung immer noch hinreichend über eine Strafbarkeit wegen versuchter Körperverletzung abgebildet werden kann. Eine solche Versuchsstrafbarkeit sei auch dringend notwendig, damit die Figur der hypothetischen Einwilligung nicht die tatsächliche oder mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgründe entwertet, und um das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu wahren und den Unterschied zwischen fehlender Rechtfertigung und bloßem Zurechnungsausschluss deutlich zu machen.<sup>91</sup> Die Frage ist nur, ob eine solche Versuchsstrafbarkeit überhaupt nachgewiesen werden kann, denn wenn der Arzt im Strafprozess glaubhaft macht, dass er von der Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung überzeugt war, er also davon ausging, dass es zwischen Taterfolg und Rechtfertigungsdefizit keinen Zusammenhang geben würde. Dann wäre zu seinen Gunsten ein Irrtum gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB anzunehmen. Die Bestrafung wegen versuchter Körperverletzung scheitert, weil kein Tatentschluss zu einer zurechenbaren Körperverletzung nachgewiesen werden kann.<sup>92</sup> Mit der Versuchsstrafbarkeit lässt sich die Patientenautonomie daher nicht wirksam gegen ärztliche Eigenmacht verteidigen.<sup>93</sup>

### 5. Das Strafrecht verbietet aus gutem Grund ein Hinzudenken fiktiver, nicht mit hinreichender Wahrscheinlichkeit determinierbarer Reserveursachen

Wirklich von Gewicht ist aber wohl nur der letzte Kritikpunkt, den zuerst *Puppe* mit aller Deutlichkeit formuliert hat:<sup>94</sup> *Kuh-*

<sup>85</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 339 f.); *ders.*, JR 2004, 227 (228); *ders.* (Fn. 17), S. 431 (S. 432), s. auch die Analyse bei *Wiesner* (Fn. 1), S. 110 f.

<sup>86</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 431 (S. 440 f.).

<sup>87</sup> *Kuhlen* (Fn. 17), S. 331 (S. 340).

<sup>88</sup> *Wiesner* (Fn. 1), S. 111; sehr krit. *Puppe*, GA 2003, 764 (770).

<sup>89</sup> *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 189); *Edlbauer* (Fn. 1), S. 395; *Wiesner* (Fn. 1), S. 111.

<sup>90</sup> *Eisele* (Fn. 22), S. 163 (S. 173 f.); *Schlehofer* (Fn. 16), S. 953 (S. 969); *Jäger*, JA 2012, 70 (72); *Jäger* (Fn. 7), S. 345 (S. 350 f.); *Schwartz* (Fn. 2), S. 373 ff., 222; *Jansen*, ZJS 2011, 482 (288).

<sup>91</sup> *Kuhlen*, JR 2004, 227 (229 f.); krit. schon zu dieser „Wertungsentscheidung“, dass die Versuchsstrafbarkeit das tatsächliche Unrecht treffender zum Ausdruck bringen würde; *Böcker*, JZ 2005, 925 (930 f.).

<sup>92</sup> *Kuhlen*, JR 2004, 227 (230); *Puppe*, JR 2004, 470 (471); *Mitsch*, JZ 2005, 279 (284 f.); *Gropp* (Fn. 16), S. 197 (S. 199); *Edlbauer* (Fn. 1), S. 437 f.; *Albrecht* (Fn. 16), S. 479 f.

<sup>93</sup> Das hält *Kuhlen* auch selbst für problematisch; *Kuhlen*, JR 2004, 227 (230).

<sup>94</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (769); *dies.* (Fn. 82), § 11 Rn. 12 f.; zur Definition des sog. Kausalgesetzes, das die Ursache mit der Folge verknüpft, s. *dies.* (Fn. 82), Vorbem. zu § 13 ff. Rn. 82.

len bildet – ebenso wie der BGH – unzulässig Hypothesen über nicht nach strikten allgemeinen Gesetzen determinierbare, rein fiktive Reserveursachen. Wie sich ein Patient in der fiktiven Situation wahrheitsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, ist, wenn man das Konzept der Willensfreiheit ernst nimmt, schon „aus prinzipiellen Gründen“ nicht zu beantworten. Unter der Prämisse der Willensfreiheit hält *Puppe* diese Frage für „sinnlos“. Nicht einmal der Patient könnte auf Befragung darüber Auskunft geben, wie er in dem fiktiven Fall wahrheitsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, denn eine rückblickende Rekonstruktion der Willensentscheidung des Patienten kann nicht mit der im Strafverfahren geforderten Sicherheit durchgeführt werden.<sup>95</sup> Und weil das Ergebnis der höchstpersönlichen Willensausübung des Patienten in der fiktiven Situation korrekter Aufklärung immer mit Zweifeln behaftet bleiben muss, müsste zugunsten des angeklagten Arztes im Strafprozess grundsätzlich der Zweifelssatz greifen; im Fall des non liquet müsste in dubio pro reo angenommen werden, dass der Patient hypothetisch eingewilligt hätte. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten würde am Ende durch eine strafprozessuale Entscheidungsregel beseitigt.<sup>96</sup>

### VI. Eigener Lösungsvorschlag

Obwohl die Kritik an *Kuhlens* Zurechnungsmodell nicht immer trifft, vermögen am Ende weder sein Modell noch das des BGH zu überzeugen. Überzeugend ist weiterhin nur das Fernziel, die überzogene strafrechtliche Haftung des Arztes bei Aufklärungsmängeln einzuschränken, wenn es unbillig erscheint, dem Arzt die Verantwortung für ein Lebensschicksal aufzubürden, das sich auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung realisiert hätte. Mir erscheint es unehrlich, diese Haftungseinschränkung über die Fiktion von Willensentscheidungen herbeiführen zu wollen, obwohl der tatsächliche Wille des Opfers rückblickend nicht mehr ermittelt werden kann. Der rückblickende Rekonstruktionsversuch muss entweder zu einem Freispruch des Angeklagten in dubio pro reo führen, obwohl allen Beteiligten bewusst ist, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet wurde, oder der Richter übernimmt es, die nicht mehr rekonstruierbare Willensentscheidung des Patienten durch sein eigenes „Bauchgefühl“ zu ersetzen. Mit „Bauchgefühl“ meine ich eine Entscheidung, von der der Richter glaubt, dass sie der Patient in der fiktiven Situation vollständiger Aufklärung getroffen hätte, ohne sich dessen aber gewiss sein zu können, denn die Prädisposition eines Menschen und seine persönlichen Präferenzen sind Erkenntnismöglichkeiten Dritter kaum zugänglich.

<sup>95</sup> *Puppe*, JR 2004, 470.

<sup>96</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (769); ebenso *Otto*, Jura 2004, 679 (683); *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 189); *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190 (192); *Edlbauer* (Fn. 1), S. 419 ff., 428 ff.; *Renzikowski* (Fn. 39), S. 365 (S. 376); *Paeffgen* (Fn. 50), Vorbem. zu § 32 Rn. 168a; *Sowada*, NStZ 2012, 1 (6); für das Zivilrecht auch *Giesen*, JZ 1996, 315 (319).

### 1. Der Vergleich zur hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht

Warum wirft die hypothetische Einwilligung im Strafrecht so viele Probleme auf, wenn doch das Zivilrecht schon seit Jahren erfolgreich mit diesem Haftungskorrektiv arbeitet? Die Antwort ist: Im Strafprozessrecht sind die Darlegungs- und Beweisforderungen andere. Im Zivilprozess trägt der beklagte Arzt die Beweislast dafür, dass der Patient hypothetisch auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte. Die hypothetische Einwilligung gilt dort also zwar als beachtlicher Verfahrenseinwand, doch sorgen die hohen zivilprozessualen Beweisforderungen dafür, dass dem Arzt nur in wenigen Fällen der Nachweis einer solchen hypothetischen Einwilligung gelingt.<sup>97</sup> Das Zivilgericht nimmt eine hypothetische Einwilligung allenfalls dann an, wenn der Patient in seiner Berufung auf einen Aufklärungsmangel als Haftungsgrund offensichtlich missbräuchlich handelt.<sup>98</sup> *Puppe* hat die differenzierten Darlegungs- und Beweislastregeln im Zivilprozess<sup>99</sup> treffend dahingehend zusammengefasst, dass die Überformung des materiellen Zivilrechts durch das Zivilprozessrecht aus der „sinnlosen“, weil nicht zu beantwortenden Frage, wie sich der Patient rückblickend in der fiktiven Situation vollständiger Aufklärung entschieden hätte, die „sinnvolle“ Frage macht, ob ein ernsthafter Entscheidungskonflikt des Patienten glaubhaft gemacht und vom Arzt auch nicht widerlegt werden kann.<sup>100</sup> Zusammengefasst stellt das Zivilgericht die folgenden Fragen:

- 1. Bestehen glaubhafte Indizien dafür, dass der Patient im Fall der wahrheitsgemäßen Aufklärung keine andere Entscheidung getroffen, er also aufgrund Alternativlosigkeit oder aus anderen persönlichen Überlegungen heraus dennoch in den Eingriff eingewilligt hätte?
- 2. Gibt es umgekehrt Indizien, die darauf hinweisen, dass sich der Patient im Fall einer korrekten Aufklärung in einem ernsthaften Entscheidungskonflikt befunden hätte, bei dem angesichts der Prädisposition und der individuellen Präferenzen des Patienten nicht ausgeschlossen ist, dass er den Eingriff abgelehnt hätte?
- 3. Hat der Patient wenigstens eine Grundaufklärung über den Eingriff erhalten?

Die Fragen nach einem Beweis für den wahren Willen des Patienten in der fiktiven Situation der vollständigen Aufklärung

<sup>97</sup> *Schwartz* (Fn. 2), S. 142, 150; *Wiesner* (Fn. 1), S. 153; *Edlbauer* (Fn. 1), S. 251; *Edlbauer* stellt bei der Durchsicht der zur hypothetischen Einwilligung veröffentlichten Zivilurteile fest, dass ein Entscheidungskonflikt auch gar nicht so selten verneint wird; *ders.*, S. 264 (Fn. 1420 und 1421).

<sup>98</sup> *Duttge* (Fn. 13), S. 179 (S. 183); *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190 (193); *Sowada*, NStZ 2012, 1 (7).

<sup>99</sup> Details dazu bei *Edlbauer* (Fn. 1), S. 255 ff.; *Wiesner* (Fn. 1), S. 27 ff.; *Garbe* (Fn. 17), S. 145 ff.; vgl. die neue Kodifizierung der Beweislastregeln in § 630h Abs. 2 BGB seit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten“; BT-Drs. 17/11710 v. 28.11.2012.

<sup>100</sup> *Puppe*, GA 2003, 764 (773).

rung kann das Zivilgericht mit mehr oder weniger großer Gewissheit durch sorgfältige Beweiswürdigung beantworten. Im Fall eines non liquet setzt sich der Schutz des Selbstbestimmungsrechts durch, was angesichts seiner Bedeutung für den Rechtsgutsträger auch richtig ist. Es lohnt sich die Frage, ob es gelingen kann, diese sinnvollen Fragen des Zivilprozesses in das materielle Strafrecht zu übertragen, ohne zugleich die ganze Figur der hypothetischen Einwilligung übernehmen zu müssen, die einfach nicht ins strafrechtliche Denken passt. Für den gewünschten Gleichklang zwischen zivil- und strafrechtlicher Haftung müsste doch auch die Übernahme nur der Fragestellungen genügen.

## 2. Überlegungen zur Überführung dieser zivilprozessualen Fragen in das Strafrecht

Ich will im Folgenden versuchen, diese im Zivilprozess gestellten Fragen zur hypothetischen Einwilligung mithilfe einer „Verwerflichkeitsklausel“ in den Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB zu transferieren. Dabei ist vorab anzumerken, dass ich das Schutzgut des § 223 StGB nach dem sog. „einspurigen Ansatz“ verstehe. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ist integrales Schutzgut der Körperverletzungstatbestände. Zur „körperlichen Unversehrtheit“ gehört nicht nur der Bestandsschutz von Körper und Gesundheit als biologische Existenzgrundlage des Menschen,<sup>101</sup> vielmehr sind diese Güter zugleich Grundlage für die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Rechtsgutsträgers.<sup>102</sup> Ich folge also einem personalen, integrativen Rechtsgutsverständnis.<sup>103</sup>

Erste Konsequenz aus dieser Schutzgutbestimmung ist, dass die Frage nach dem Unrecht eines ärztlichen Heileingriffs möglichst bereits im Tatbestand und nicht erst auf der Rechtfertigungsebene zu beantworten ist. Eine Lösung über

ein tatbestandsausschließendes Einverständnis ist der Lösung über eine rechtfertigende Einwilligung vorzuziehen.<sup>104</sup>

Die zweite Konsequenz ist, dass das Selbstbestimmungsrecht als Schutzelement der Körperverletzungstatbestände dort nicht selbstständiges Schutzgut ist. Es kann nicht vom Rechtsgut der körperlichen Gesundheit getrennt werden. Körperliche Unversehrtheit und Dispositionsbefugnis über die eigene Gesundheit sind miteinander untrennbar verwoben.<sup>105</sup>

Das wiederum führt zur dritten Konsequenz, dass es bei einem solchen integrativen Rechtsgutsmodell keinen Sonderstrafatbestand für eigenmächtige ärztliche Heileingriffe geben darf. Der Schutz der Patientenautonomie gegen ärztliche Eigenmacht kann nicht losgelöst vom Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit durch einen Straftatbestand abgesichert werden.<sup>106</sup> Ich übersehe dabei nicht, dass ein solcher Tatbestand viele Probleme, die das geltende Recht aufwirft, lösen könnte. Er würde eine abgestufte strafrechtliche Haftung des Arztes ermöglichen und vor allem die Strafschärfungen, die der Arzt heute aus den §§ 224 ff. StGB befürchten muss, vermeiden, weil die strafrechtliche Haftung nicht mehr über § 223 Abs. 1 StGB eröffnet wird. Zudem kann ein Sondertatbestand deutlich machen, dass der Arzt nur wegen der Verletzung der Willensfreiheit des Patienten bestraft wird und nicht wegen der vielleicht schicksalhaften Folgen des ärztlichen Heileingriffs.

Der Gesetzgeber hat sich aber dagegen entschieden, einen solchen Sondertatbestand zu schaffen. Daher bleiben nach dem momentanen Stand der Dinge für die Rechtsprechung nur zwei praxisgerechte Lösungswege. Entweder man versucht, die ärztlichen Aufklärungspflichten sachgerecht abzustufen, so dass nicht jeder Aufklärungsmangel automatisch zur Unwirksamkeit der Einwilligung des Patienten führt,<sup>107</sup> oder man entwickelt schon im Tatbestand Einschränkungen für das Unwerturteil beim ärztlichen Heileingriff.<sup>108</sup> Dafür bietet sich die

<sup>101</sup> So aber z.B. *Hirsch*, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, S. 353 (S. 357).

<sup>102</sup> *Rudolphi*, ZStW 86 (1974), 68 (87): „Verfügungsgegenstand und Verfügungsbefugnis sind in ihrem Aufeinanderbezogenheit selbst das im Tatbestand geschützte Rechtsgut“; ebenso *Weigend*, ZStW 85 (1974), 44 (47 f., 59 ff.); *Roxin* (Fn. 7), § 13 Rn. 14; speziell zu den §§ 223 ff. StGB s. *Tag*, *Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Eine arztstrafrechtliche Untersuchung*, 2000, S. 63 f.; *Albrecht* (Fn. 16), S. 144, 157 f.; kritisch zu diesem Ansatz *Edlbauer* (Fn. 1), S. 19 und 22 ff.; für einen generellen Überblick über die ein- und der zweispurigen Lösungen bei §§ 223 StGB s. *ebenda*, 17 ff.; *Tag* (a.a.O.), S. 13 ff.; *Garbe* (Fn. 17), S. 193 ff.; *Wiesner* (Fn. 1), S. 52 ff.

<sup>103</sup> Zur personalen Rechtsgutslehre s. *Hassemer/Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 16), Vorbem. zu § 1 Rn. 142 ff.; zum integrativen Rechtsgutsverständnis, gemäß dem die Individualrechtsgüter auch immer deswegen geschützt sind, um dem Einzelnen die Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung und damit auch der freien Disposition über diese Rechtsgüter zu sichern s. *Kindhäuser* (Fn. 7), § 8 Rn. 1, bzw. die krit. Erläuterungen bei *Rönnau* (Fn. 17), § 32 Rn. 154 f.

<sup>104</sup> *Weigend*, ZStW 85 (1974), 44 (61, 63); *Kindhäuser* (Fn. 7), § 8 Rn. 1; *Rönnau* (Fn. 17), § 32 Rn. 154.

<sup>105</sup> *Tag* (Fn. 102), S. 63 f.; *Albrecht* (Fn. 16), S. 157 ff., 500 ff.; krit. dazu *Edlbauer* (Fn. 1), S. 22 ff.; abl. *Garbe* (Fn. 17), S. 196 ff.; *Wiesner* (Fn. 1), S. 127.

<sup>106</sup> *Tag* (Fn. 102), S. 29, 454 f.; krit. *Edlbauer* (Fn. 1), S. 20, 22 ff.; für einen eigenständigen Tatbestand zur Kriminalisierung des eigenmächtigen ärztlichen Heileingriffs plädieren *Hirsch* (Fn. 101), S. 355 ff.; *Schwartz* (Fn. 2), S. 245; *Jansen*, ZJS 2011, 482 (495).

<sup>107</sup> Für eine Beschränkung der strafrechtlichen ärztlichen Aufklärungspflichten plädieren *Sternberg-Lieben*, StV 2008, 190 (193); *Eisele* (Fn. 22), S. 163 (S. 181 f.); *Edlbauer* (Fn. 1), S. 471 ff.; *Albrecht* (Fn. 16), S. 545 ff.; *Wiesner* (Fn. 1), S. 142 ff.; *Renzikowski* (Fn. 39), S. 365 (S. 377 f.).

<sup>108</sup> Nach h.A. ist es die Aufgabe der Tatbestandskategorie, das Unrecht typisierend festzustellen, wobei umstritten ist, ob der erfüllte Tatbestand die Rechtswidrigkeit nur indiziert – so *Fischer* (Fn. 17), Vor § 13 Rn. 46; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 16), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 4 f. – oder ob die Rechtswidrigkeitswertung schon durch den Tatbestand „als Wertungsstufe unterhalb der Rechtswidrigkeit“ grundsätzlich feststeht und nur nachträglich durch einen Rechtfertigungs-

(richterrechtliche) Einführung einer speziellen Verwerflichkeitsprüfung an, die wie die Verwerflichkeitsklauseln der Nötigung (§ 240 StGB), Erpressung (§ 253 StGB) oder der Zwangsheirat (§ 237 Abs. 1 StGB) ausgestaltet sein könnte, denn beim ärztlichen Heileingriff zeigt der Tatbestand der Körperverletzung deutliche Parallelen zu den Tatbeständen aus §§ 240, 253 und § 237 Abs. 1 StGB: Schutzgut ist die Freiheit der Willensentschließung und der Willensbetätigung des Opfers, aber alle Tatbestände verwirklichen diesen Schutz mit einem viel zu weit geratenen Anwendungsbereich. Sie erfassen weit mehr Sachverhalte als vom Gesetzgeber gewollt, so dass eine Gegenkorrektur des Strafunwerturteils über gesamtatbewertende Überlegungen notwendig wird.<sup>109</sup>

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass die besonderen Verwerflichkeitsprüfungen in §§ 240 Abs. 2, 253 Abs. 2 bzw. 237 Abs. 1 S. 2 StGB nicht erst die Rechtswidrigkeit betreffen, sondern dass sie nach umstrittener Ansicht schon den Tatbestand selbst einschränken.<sup>110</sup> Das Tatbestandskorrektiv der Verwerflichkeit könnte daher durch die Rechtsprechung in den Tatbestand der Körperverletzung beim ärztlichen Heileingriff wie folgt eingefügt werden:

Der de lege artis ausgeführte ärztliche Heileingriff, bei dem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet wurde, ist nur dann strafbares Körperverletzungsunrecht, wenn die Missachtung des Patientenselbstbestimmungsrechts durch den Arzt als verwerflich anzusehen ist. Über die Verwerflichkeitsprüfung sollen alle die Fälle aus der strafrechtlichen Haftung herausgenommen werden, in denen die Aufklärungspflichtverletzung durch den Arzt als Bagatelle oder die Berufung des Patienten auf die Aufklärungspflichtverletzung als „missbräuchlich“ erscheint.

An welchen Kriterien sich die Verwerflichkeitsprüfung orientiert, lässt sich aus den Fragestellungen im Zivilprozess ableiten, also aus den Fragen:

- ob glaubhafte Indizien dafür vorliegen, dass der Patient auch bei vollständiger Aufklärung dem Eingriff zugestimmt hätte und er dabei nicht einmal in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre;
- ob eine Grundaufklärung des Patienten stattgefunden hat, ob der Patient also die Tragweite des Eingriffs im Großen und Ganzen zu erfassen vermochte;
- ob es sich nur um einen Bagatelleingriff ohne große Risiken gehandelt hat, so dass das Körperverletzungsunrecht so gering ist, dass eine Einstellung nach § 153 StPO im Raum steht; und

---

grund wieder aufgehoben werden kann, so *Puppe* (Fn. 82), Vorbem. zu §§ 13 ff. Rn. 10. Zum Modell eines Gesamtunrechtstatbestandes ansonsten *Schlehofer* (Fn. 16), S. 953 (S. 960 ff.).

<sup>109</sup> *Toepel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Fn. 16), § 240 Rn. 139.

<sup>110</sup> *Toepel* (Fn. 109), § 240 Rn. 140; *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 16), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 8; *Eser/Eisele*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 5), § 240 Rn. 16: „tatbestandsregulierendes Korrektiv“; auch BVerfGE 73, 206 (247, 255); BVerfG NJW 1993, 1519.

- ob der Arzt für sein Handeln nachvollziehbare, nicht egoistische Motive vorbringen kann. Egoistische Motive wären beispielsweise der Wunsch, einen Behandlungsfehler zu vertuschen oder durch ein Dramatisieren der medizinischen Situation eine teure, aber nicht zwingend notwendige oder alternativlose Behandlung durchzusetzen. Der Arzt soll den Patienten in Behandlungsfragen nicht einfach bevormunden, doch echte Fürsorgemotive in besonders gelagerten Ausnahmefällen könnten zugunsten des Arztes Berücksichtigung finden, so z.B. wenn der Arzt guten Grund hat anzunehmen, dass das eigenmächtige Vorgehen die Belastungen für den Patienten verringert. Der Arzt, der im Speiseröhrenfall entschieden hat, die bereits erfolgte Narkotisierung für eine weitere medizinische Untersuchung in derselben Behandlungssitzung auszunutzen, ohne dies dem Patienten vorab mitteilen zu können, könnte beispielsweise aufgrund des Vorgesprächs mit dem Patienten guten Grund gehabt haben anzunehmen, dass der Patient den Aufwand eines gesonderten Behandlungstermins scheut, womit eine gute ärztliche Versorgung des Patienten möglicherweise nicht möglich ist. In diesem Fall könnte das Motiv, dem Patienten eine zweite Anreise zu einem gesonderten Termin zu ersparen, zugunsten des Arztes sprechen.

Da das im Tatbestand von § 223 Abs. 1 StGB zu treffende Urteil der Verwerflichkeit ein gesamtatbewertendes Merkmal ist, wäre weiterhin zu beachten, dass das Urteil erst dann gefällt werden darf, wenn feststeht, dass kein anderer Rechtfertigungsgrund eingreift.<sup>111</sup> Aber erst mit dem Verwerflichkeitsurteil steht das Urteil der Rechtswidrigkeit fest.

### 3. Argumente für und gegen eine Lösung über eine Verwerflichkeitsprüfung

Über diese dem Rechtswidrigkeitsurteil vorgeschaltete Verwerflichkeitsprüfung, die sich an den Fragen orientiert, die im Zivilprozess bei der Prüfung einer hypothetischen Einwilligung aufgeworfen werden, könnte man zivil- und strafrechtliche Haftungsergebnisse angleichen, ohne das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Strafrecht in Frage zu stellen. Zwar sieht das Gesetz im Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB anders als in §§ 240, 253, 237 StGB keine Verwerflichkeitsprüfung richterrechtlich in den Tatbestand einzubauen. Gegenüber dem strafrechtlichen Ist-Zustand bewirkt die Verwerflichkeitsklausel eine Begünstigung des Arztes, weil sie die grundsätzlich gegebene Strafbarkeit nach § 223 Abs. 1 StGB beim eigenmächtigen Heileingriffe einschränkt. Außerdem ist daran zu erinnern, dass es die Rechtsprechung war, die mit ihrer Ausweitung der Aufklärungspflichten des Arztes

---

<sup>111</sup> Z.B. der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung; ob § 34 StGB bei interpersonalen Rechtsgutskonflikten überhaupt zur Anwendung kommen darf, ist umstritten; abl. z.B. *Erb*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 43), § 32 Rn. 30; *Engländer*, GA 2010, 15 (21); *Duttge*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), *Gesamtes Strafrecht, Handkommentar*, 2. Aufl. 2011, § 34 Rn. 9.

dafür gesorgt hat, dass dessen Haftung wegen Aufklärungsmängeln derart ausgeüft ist. Es sollte der Rechtsprechung auch unbenommen bleiben, die Folgen dieser Entwicklung, also die strafrechtliche Verantwortung für den Aufklärungsmangel, durch Verwerflichkeitsüberlegungen wieder einzuschränken.<sup>112</sup>

Natürlich stört bei jeder Einführung von richterrechtlichen Elementen in einen Straftatbestand, dass nicht mehr nur das Gesetz die Entscheidung über die Strafbarkeit trifft, sondern dass es der Richter ist, der im Einzelfall nach weichen Verwerflichkeitskriterien die Strafbarkeit bestimmt. Gegenüber dem Ist-Zustand der unvermeidbaren strafrechtlichen Haftung wegen Körperverletzung ist das für den Arzt aber immer noch die vorteilhaftere Lösung. Außerdem legt eine Verwerflichkeitsprüfung im Tatbestand wenigstens offen, dass dieses richterrechtliche Element bei der Entscheidung eine Rolle spielt. So ehrlich und transparent ist die Lösung über die hypothetische Einwilligung nicht. Da wird vielmehr so getan, als wäre es möglich, rückblickend einen hypothetischen Willen des Patienten in einer fiktiven Situation zu ermitteln, obwohl diese Rekonstruktion denklogisch unmöglich ist. Dabei kann auch der Richter nur mutmaßen, was der Patient in der fiktiven Situation vielleicht entschieden hätte – und in seine Mutmaßungen fließen bewusst oder unbewusst immer auch eigene persönliche Präferenzen ein, insbesondere, wenn wenige Anhaltspunkte zu den Präferenzen des betroffenen Patienten vorliegen. Die Verwerflichkeitsprüfung macht hier nichts anderes als diese „Bauchentscheidung“ des Richters offenzulegen.

Zuletzt spricht für die Lösung über eine Verwerflichkeitsprüfung im Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB auch, dass das Gericht berücksichtigen kann, aus welchen Motiven der Arzt das Selbstbestimmungsrecht missachtet. Das Vertuschen eines Kunstfehlers wie im Bandscheibenfall wird als egoistisches Motiv selbst dann verwerflich sein, wenn der Patient gar keine andere Wahl hatte, als sich noch einmal von dem Arzt operieren zu lassen. Demgegenüber sollte im Speiseröhrenfall, in dem durchaus die Chance bestand, die Behandlung zu verschieben, berücksichtigt werden, dass der Arzt Gründe hatte, dem betagten Patienten eine mehrmalige Anreise zu ersparen.

Im Ergebnis ist die hypothetische Einwilligung als arztrechtliches Haftungskorrektiv abzulehnen. Statt ihrer sollte die strafrechtliche Verantwortung des Arztes für eigenmächtige Heileingriffe durch eine Verwerflichkeitsprüfung im Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB eingeschränkt werden. Diese Verwerflichkeitsprüfung findet nur bei de lege artis ausgeführten Heileingriffen statt und orientiert sich maßgeblich an den Entscheidungskriterien im zivilrechtlichen Arzthaftungsprozess.

Der Speiseröhrenfall ist auch nach der Lösung über eine Verwerflichkeitsklausel ein Grenzfall, denn der Autonomieverletzung auf der Seite des Patienten kann der Arzt nur wenige eigene legitime Interessen entgegensetzen. Zu denken wäre möglicherweise an die Freiheit der Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG, wenn man zu dieser Freiheit auch das Recht zählt, den freien Beruf des Arztes nach den Anfor-

derungen einer auf zuvorkommende ärztliche Serviceleistung bedachten Gesellschaft zu gestalten, wenn man also dem Arzt das Recht zugesteht, seine Dienstleistung so anzubieten, wie er denkt, dass es seine Patienten von ihm erwarten. Wenn der Arzt Grund zu der Annahme hatte, dass der Patient eine sofortige Behandlung wünscht, dann wäre dies ein nachvollziehbares nicht-egoistisches Motiv für die Verletzung der Patientenautonomie. Das Vorgehen des Arztes wäre nicht verwerflich und das Unrecht einer Körperverletzung zu verneinen. Freilich basiert diese Lösung auf der Annahme, dass der Arzt bei der Gastroskopie de lege artis vorgegangen ist. Im Originalfall war aber schon dieser Punkt ungeklärt, weswegen der BGH die Sache zu Recht an das Ausgangsgericht zur neuen Beweisaufnahme zurück verwiesen hat.

---

<sup>112</sup> Ähnlich, aber mit anderer Interpretation des Schutzguts in § 223 Abs. 1 StGB, *Sickor*, JR 2008, 179 (182).