JAN FELIX STURM

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht

Studien und Beiträge zum Strafrecht
5

Mohr Siebeck

Studien und Beiträge
zum Strafrecht

Band 5

Jan Felix Sturm

Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht

Überlegungen zu den dogmatischen Grundlagen und zum Anwendungsbereich der Rechtsfigur

Mohr Siebeck

Jan Felix Sturm, geboren 1984; Studium der Rechtswissenschaft an der Bucerius Law School in Hamburg und der Willamette University in Salem (Oregon, USA); wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Bucerius Law School und der Humboldt-Universität zu Berlin; Referendariat am Kammergericht in Berlin mit Stationen in Brüssel und Karlsruhe; seit 2016 Rechtsanwalt in Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-154712-6
ISBN 978-3-16-154705-8
ISSN 2364-267X (Studien und Beiträge zum Strafrecht)

Die Deutsche Nationalibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *www.dnb.de* abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im November 2015 von der Bucerius Law School in Hamburg als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 9. Dezember 2015 statt. Für die Drucklegung sind Literatur und Rechtsprechung auf den Stand vom Februar 2016 gebracht.

Prof. Dr. Frank Saliger gilt mein Dank für die Anregung der Themenwahl und das Erstgutachten. Herzlich danken möchte ich Prof. Dr. Christian Bumke. In meiner Mitarbeiterzeit an seinem Lehrstuhl entstand ein wesentlicher Teil dieser Arbeit, die er sehr gefördert und für die er in kurzer Zeit das Zweitgutachten erstellt hat. Ebenfalls danken möchte ich Prof. Dr. Martin Eifert, an dessen Berliner Lehrstuhl ich seit 2013 gearbeitet habe, für seine Rücksicht auf die Fertigstellung der Arbeit.

Die Mühe, den ganzen Text kritisch zu lesen, haben Dr. Daniel Schneider und Johannes Gerberding unternommen. Für ihre konstruktiven Anmerkungen bin ich ihnen sehr dankbar.

Für ihre großzügige Förderung möchte ich der Fazit-Stiftung sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danken, die mit einem Promotionsstipendium bzw. einem Druckkostenzuschuss die Entstehung und Drucklegung dieser Arbeit unterstützt haben. Dr. Franz-Peter Gillig danke ich für die Aufnahme in die Reihe Studien und Beiträge zum Strafrecht.

Mein abschließender Dank gilt meiner Familie, besonders Susan Becker-Sturm und Helge F. Sturm, meinen Eltern, für ihre Unterstützung und interessierte Anteilnahme, für die Durchsicht des Manuskripts und ihre Geduld.

Berlin, im Februar 2016 *Jan Felix Sturm*

Inhaltsübersicht

Erster Teil: Einführung und Erkenntnisinteresse 1

Zweiter Teil: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht 5

Erstes Kapitel:
Prämissen der Untersuchung 7

Zweites Kapitel:
Diskussionsstand zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht 37

Drittes Kapitel:
Vorüberlegungen zur dogmatischen Verortung der
hypothetischen Einwilligung 59

Viertes Kapitel:
Die hypothetische Einwilligung als Baustein einer allgemeinen
Zurechnungsdogmatik auf Rechtswidrigkeitsebene? 85

Fünftes Kapitel:
Die hypothetische Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund? 163

Sechstes Kapitel:
Die hypothetische Einwilligung als strafrechtlicher Haftungsausschluss
sui generis aufgrund der Einheit der Rechtsordnung? 171

Siebtes Kapitel:
Reflexion und Resümee – hypothetische Einwilligung und
Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte 189

Achtes Kapitel:
Exkurs – Analyse der Begrenzungsbemühungen im Falle grundsätzlicher
Anerkennung der hypothetischen Einwilligung 199

Dritter Teil: Überlegungen zu einem Anwendungsbereich der hypothetischen Zustimmung jenseits des Arztstrafrechts 207

Erstes Kapitel:
Vorüberlegungen zur Analyse möglicher Anwendungsfelder 209

Zweites Kapitel:
Das hypothetische Einverständnis 215

Drittes Kapitel:
Die hypothetische behördliche Genehmigung 239

Vierter Teil: Zusammenfassung in Thesen 273

Literaturverzeichnis 281

Sachregister 295

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Erster Teil: Einführung und Erkenntnisinteresse 1

Zweiter Teil: Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht 5

Erstes Kapitel: Prämissen der Untersuchung 7

A. Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs 7

I. Meinungsfeld 8
II. Verteidigung der Körperverletzungsthese 9
1. Verfehlung des sozialen Bedeutungsgehalts? 9
2. Rechtsgutsvertauschung? 11

B. Keine Rechtfertigung durch Einwilligung 15

I. Verortung der unzureichenden Aufklärung in der allgemeinen Einwilligungsstruktur 16
1. Einwilligungsfähigkeit 16
2. Wirksamkeitsrelevante Wissensdefekte 17
a. Gegenstand des Wissensdefekts 18
b. Intensität des Wissensdefekts 20
c. Verantwortlichkeit für den Wissensdefekt und Person des Eingreifenden 21
d. Klärungsbedürftig: Zusammenhang zwischen Wissensdefekt und Einwilligungsentscheidung 21
II. Präzisierung der Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung in die ärztliche Heilbehandlung 22
1. Selbstbestimmungsaufklärung 22
a. Umfang der Aufklärungspflicht 22
aa. Aspekte der Selbstbestimmungsaufklärung und Maßstäbe der Praxis 22
bb. Kritik in der Literatur 25
b. Ausnahmen von der Aufklärungspflicht 26
2. Einwilligung 26

a. Person des Einwilligungsberechtigten 27
b. Maßstäbe für den Einwilligungsinhalt 28
c. Notwendigkeit eines spezifischen Zusammenhangs zwischen Irrtum und Einwilligungsentscheidung? 28
aa. Das Meinungsspektrum 28
(1) Irrtumskausalität 29
(2) Relevanzzusammenhang 30
(3) Verzicht auf ein einschränkendes Kriterium 31
bb. Diskussion 31
(1) Kritik des Erfordernisses der Irrtumskausalität 31
(2) Kritik des Relevanzzusammenhangs 34
III. Zwischenergebnis 35

C. Keine Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung 35

Zweites Kapitel: Diskussionsstand zur hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht 37

A. Anwendung in der Rechtsprechung 37

I. Grundsätze 37
II. Offene Fragen 39
1. Dogmatische Erfassung 40
2. Anwendungsbereich 42
3. Versuchsstrafbarkeit 46

B. Diskussion in der Literatur 46

I. Befürwortende Stimmen 47
1. Differenzen bei der dogmatischen Erfassung 48
2. Differenzen bei den Grenzen des Anwendungsbereichs 49
3. Differenzen bei der Versuchsstrafbarkeit 50
II. Ablehnende Stimmen 51
1. Dogmatisch-strukturelle Kritik 51
2. Autonomie-Einwand 53
3. Sinnlosigkeit der Frage nach einem hypothetischen Willen 53
4. Pragmatische Kritik 54
a. Beweisrechtliche Schwierigkeiten bei der (Re-)Konstruktion des hypothetischen Willens 54
b. Fehlanreize 54
5. Alternativen 55
a. Materiellrechtliche Lösungsansätze 55
b. Strafprozessuale Lösungsansätze 57

C. Ergebnis 58

Drittes Kapitel: Vorüberlegungen zur dogmatischen Verortung der hypothetischen Einwilligung 59

A. Einwilligung als Rechtfertigungsgrund 60

I. Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit 60
II. Zuordnung der Einwilligung zur Deliktsstufe der Rechtswidrigkeit . . . 63
III. Relevanz der folgenden Überlegungen bei abweichender Zuordnung der Einwilligung 68

B. Irrelevanz der hypothetischen Einwilligung auf Tatbestandsebene 68

I. Unterlassen ordnungsgemäßer Aufklärung als tatbestandsmäßiges Verhalten? 68
II. Behandlung nach defizitärer Aufklärung als tatbestandsmäßige Handlung des Fahrlässigkeitsdelikts? 70

C. Status der hypothetischen Einwilligung auf Rechtswidrigkeitsebene – Alternative von Rechtfertigungsgrund und Zurechnungsausschluss . . . 72

I. Unterschiede bei objektiv anzunehmender hypothetischer Einwilligung 73
1. Unterschiede bei der Handlungsbewertung 73
2. Unterschiede in den subjektiven Voraussetzungen entfallender Vollendungsstrafbarkeit? 73
3. Unterschiede bei der Versuchsstrafbarkeit? 74
a. Versuchsstrafbarkeit bei Deutung als Rechtfertigungsgrund . . . 74
b. Versuchsstrafbarkeit bei Deutung als Zurechnungsausschluss . . 75
aa. Möglichkeit des entsprechenden Vorsatzinhalts 75
bb. Stets ausgeschlossene Versuchsstrafbarkeit? 76
cc. Stets bestehende Versuchsstrafbarkeit? 77
(1) Irrelevanz der Erfolgszurechnung als Vorsatzgegenstand? 78
(2) Pflichtwidrigkeitszusammenhang als Vorsatzgegenstand 79
c. Zwischenergebnis 81
d. Zusammenspiel mit dem Erlaubnistatbestandsirrtum 81
II. Unterschiede bei objektiv nicht anzunehmender hypothetischer Einwilligung 82

D. Ergebnis und weiteres Vorgehen 83

Viertes Kapitel: Die hypothetische Einwilligung als Baustein einer allgemeinen Zurechnungsdogmatik auf Rechtswidrigkeitsebene? 85

A. Vorbemerkungen zum Begriff der Zurechnung 85

B. Objektive Erfolgszurechnung auf Tatbestandsebene 86

I. Kategorien 86
1. Setzen eines unerlaubten Risikos 88
a. Leitgedanke hinter dem Kriterium 88
b. Anforderungen 90
c. Systematische Verortung der Kategorie 92
2. Realisierungszusammenhang – Verwirklichung eines unerlaubten Risikos im Erfolg 93
a. Leitgedanke hinter dem Erfolgserfordernis und Schlussfolgerung für die objektive Erfolgszurechnung 93
b. Schutzzweckzusammenhang 94
aa. Generelle Leistungsfähigkeit des Risikosetzungsverbots . . . 94
bb. Verhältnis der generellen Leistungsfähigkeit zum Schutzzweck der Norm 96
c. Pflichtwidrigkeitszusammenhang als konkrete Leistungsfähigkeit des Risikosetzungsverbots 97
aa. Terminologische Vorbemerkung 97
bb. Relevanz des Kriteriums 100
(1) Begründung außerhalb des Zurechnungszusammenhangs? 101
(2) Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang als ausgeschlossener Realisierungszusammenhang 105
cc. Verhältnis des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs zum Schutzzweckzusammenhang 109
d. Mehrgliedrige Risikosetzungsverbote 110
e. Funktionslosigkeit des Risikosetzungsverbots 112
aa. Zwei Formen der Funktionslosigkeit 112
bb. Funktionslosigkeit und Funktionalitätsbedingungen 114
f. Zwischenergebnis 114
II. Anwendbarkeit auf Fahrlässigkeits- und Vorsatzdelikt 115
1. Erfordernis unerlaubter Risikosetzung auch beim Vorsatzdelikt . . . 116
2. Realisierungszusammenhang auch beim Vorsatzdelikt 117

C. Objektive Erfolgszurechnung auf Rechtswidrigkeitsebene 119

I. Setzen eines rechtswidrigen Risikos 120
1. Unterscheidung von unerlaubter und (definitiv) rechtswidriger Risikosetzung 121
a. Grundgedanke 121
b. Tatbestand und Rechtswidrigkeit als je abgeschlossene Bewertung unterschiedlicher Gegenstände? 122
2. Relevanz der rechtswidrigen Risikosetzung 124
II. Verwirklichung eines rechtswidrigen Risikos im Erfolg 124

1. Konzepte zur Übertragung des Realisierungszusammenhangs auf die Rechtswidrigkeitsebene . . . 125
a. *Kuhlens* Konzept des Rechtfertigungsmangels . . . 125
b. *Drehers* Konzept der Rechtfertigungslage . . . 126
2. Diskussion . . . 127
a. Realisierungszusammenhang auf Rechtswidrigkeitsebene als logischer Fehler? . . . 127
b. Pflichtwidrigkeitszusammenhang auf Rechtswidrigkeitsebene als wertungsmäßiger Fehler? . . . 129
c. Funktionslosigkeit und Funktionalitätsbedingungen . . . 131
d. Die Kriterien im Einzelnen . . . 132
aa. Schutzzweckzusammenhang . . . 132
bb. Pflichtwidrigkeitszusammenhang . . . 132

D. Hypothetische Einwilligung als fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang? . . . 136

I. Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen fehlerhafter Aufklärung und Körperverletzungserfolg? . . . 136
1. Keine Zurechnung des Erfolgs zum Rechtfertigungsmangel der fehlerhaften Aufklärung *(Kuhlen)*? . . . 136
a. Konzept . . . 136
b. Diskussion der in der Literatur geäußerten Kritik . . . 138
aa. Unterschiedliche Schutzgüter von Körperverletzungstatbestand und Einwilligung als Zurechnungshindernis? . . . 138
bb. Keine Zurechnungsfrage wegen entfallenden Erfolgsunrechts *(Mitsch)*? . . . 140
cc. Zu weitgehende Hypothesenbildung? . . . 142
(1) Beschränkung auf situativ präsente rechtmäßige Verhaltensalternativen? . . . 143
(2) Beschränkung auf eindeutig feststellbare Faktoren? . . . 145
c. Eigene Überlegungen zu *Kuhlens* Konzept . . . 146
2. Bestehen einer Rechtfertigungslage *(Dreher)*? . . . 150
3. Verwirklichung des allgemeinen Lebensrisikos? . . . 151
4. Zwischenergebnis . . . 151
II. Fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen fehlerhafter Aufklärung und Einwilligung? . . . 151
1. „Einwilligung“ als Zurechnungsgegenstand . . . 152
2. Zurechnungsausschluss wegen Normzweckerfüllung bei der Selbstbestimmungseinwilligung? . . . 153
a. Entscheidungsprozess als Entdeckungsverfahren . . . 154
b. Entscheidungsprozess als Gewinnungsverfahren . . . 155
aa. Präferenzbildung und -veränderung im Entscheidungsverfahren . . . 155

bb. Autonomie als Entscheidungsmacht 158
c. Ergebnis 159
3. Zurechnungsausschluss wegen Normzweckerfüllung bei treuhänderisch gebundener Einwilligung? 159

Fünftes Kapitel: Die hypothetische Einwilligung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund? 163

A. Analyse des ablehnenden Schrifttums 164

I. Fehlen eines subjektiven Rechtfertigungselements 164
II. Entwertung der mutmaßlichen und der tatsächlichen Einwilligung . . . 165

B. Keine positive Begründbarkeit als Rechtfertigungsgrund 167

I. Rechtfertigungsgrund im Arzthaftungsrecht? 168
II. Rückführbarkeit auf Prinzipien der Rechtfertigung? 169

Sechstes Kapitel: Die hypothetische Einwilligung als strafrechtlicher Haftungsausschluss *sui generis* aufgrund der Einheit der Rechtsordnung? 171

A. Zivilrechtliche Behandlung der hypothetischen Einwilligung 171

I. Charakteristika des Arzthaftungsrechts 171
II. Haftungstatbestand des § 823 Abs. 1 BGB 173
1. Haftung wegen der Verletzung von Körper und Gesundheit 174
a. Rechtsgutsverletzung und deliktische Handlung 174
b. Rechtswidrigkeit ärztlichen Handelns aufgrund der Unwirksamkeit der Einwilligung 176
c. Haftungsausschluss durch hypothetische Einwilligung 178
aa. Materiellrechtliche Voraussetzungen der hypothetischen Einwilligung 179
bb. Prozessuale Behandlung der hypothetischen Einwilligung . . 180
2. Haftung wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts . 181

B. Strafrechtliche Konsequenzen aus der zivilrechtlichen Behandlung . . . 183

I. Analyse: Einheit der Rechtsordnung als Argument 183
1. Einheit der Rechtsordnung als Grund für die Übertragung 183
2. Problematisierung der Übertragung wegen der Einheit der Rechtsordnung 185
II. Unergiebigkeit des Topos *Einheit der Rechtsordnung* für die hypothetische Einwilligung 186
1. Fehlen widersprüchlicher Handlungsanforderungen 186
2. Fehlen widersprüchlicher Verhaltensbewertungen (gespaltenes Rechtswidrigkeitsurteil) 187

3. Fehlen eines Wertungswiderspruchs durch abweichende Zurechnungsregeln 187

Siebtes Kapitel: Reflexion und Resümee – hypothetische Einwilligung und Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte 189

A. Vorbemerkung zur Funktion des Rechtsgutsbegriffs 189

B. Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte als Argument bei der hypothetischen Einwilligung 191

I. Hypothetische Verfügungsbefugnis als Rechtsgut? 192

II. Autonomie und körperliche Unversehrtheit als je selbstständige Rechtsgüter der Körperverletzungsdelikte? 193

III. Verknüpfung von Autonomie und körperlicher Unversehrtheit 195

C. Resümee: keine Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht 198

Achtes Kapitel: Exkurs – Analyse der Begrenzungsbemühungen im Falle grundsätzlicher Anerkennung der hypothetischen Einwilligung 199

A. Unanwendbarkeit bei fehlender Einwilligungserklärung 199

B. Beschränkung auf das Fahrlässigkeitsdelikt (Hengstenberg) 200

C. Unanwendbarkeit bei gänzlich fehlender und vorsätzlich defizitärer Aufklärung analog § 24 Abs. 1 S. 2 StGB (Garbe) 201

D. Ergebnis 205

Dritter Teil: Überlegungen zu einem Anwendungsbereich der hypothetischen Zustimmung jenseits des Arztstrafrechts 207

Erstes Kapitel: Vorüberlegungen zur Analyse möglicher Anwendungsfelder 209

A. Strukturmerkmale der hypothetischen Einwilligung als Analyseraster 209

B. Relevanz der Strukturmerkmale 211

C. Variationen der Strukturmerkmale 212

D. Notwendigkeit eines deliktsbezogenen Vorgehens 213

Zweites Kapitel: Das hypothetische Einverständnis 215

A. Irrelevanz der Fragestellung wegen mängelresistenter Faktizität des Einverständnisses? 215

I. Verständnis als einheitliche faktische Kategorie 216
1. *Geerds*' Trennungskonzept 216
2. Irrelevanz des hypothetischen Einverständnisses als Konsequenz . . 217
II. Differenzierungsbedarf 218
1. Willensüberwindende Delikte 221
a. Beugung des entgegenstehenden Willens 221
b. Ausschaltung des entgegenstehenden Willens 223
2. Delikte ohne Willensüberwindung 224
III. Ergebnis 225

B. Untreue (§ 266 StGB) als Referenztatbestand 225

I. Einverständnis bei der Untreue 226
II. Ansätze zur Strafbarkeitsrestriktion durch das hypothetische Einverständnis 230
1. Meinungsfeld 230
2. Analyse der behandelten Sachverhaltskonstellationen 231
a. Rechtsprechung 231
b. Literatur 232
c. Resümee und eigenes Fallbeispiel 233
3. Argumentationsspektrum 234
a. Gleichbehandlungsargument 234
b. Autonomie und Rechtsgut Vermögen 236

Drittes Kapitel: Die hypothetische behördliche Genehmigung 239

A. Behördliche Genehmigungen bei der Gewässerverunreinigung 240

I. Regelungssystem und Genehmigungstypen 240
1. Genehmigungsbedürftigkeit der Gewässerbenutzung 240
2. Erlaubnis und Bewilligung 240
3. Erlassvoraussetzungen 241
4. Rechtsstellung des Antragstellers 243
II. Wirksamkeitsmaßstäbe und die Konsequenzen unrichtiger Angaben . . 244
1. Relevanz der nichtigen und der verwaltungsrechtlich wirksamen Genehmigung für die strafrechtliche Bewertung des Verhaltens . . . 245
2. Nichtigkeit nach § 44 VwVfG 246
3. Unwirksamkeit nach § 330d Abs. 1 Nr. 5 StGB 246
a. Beschränkung auf materiell rechtswidrige Begünstigungen 247
aa. Meinungsfeld 247
bb. Bedeutung für die hypothetische Genehmigung 249

cc. Erforderlichkeit des Fehlens materieller Genehmigungsvoraussetzungen *(Fenner)*? 249
b. Merkmal des Erschleichens durch unrichtige oder unvollständige Angaben 252
aa. Verhaltensbezogene Merkmalsbestandteile 252
bb. Zusammenhang zwischen Täuschungsverhalten und begünstigendem Rechtsakt 253
(1) Bezugspunkt des (Kausal-)Zusammenhangs 254
(2) Normativierungen des hypothetischen Entscheidungsprozesses 256
cc. Bedeutung für die hypothetische Genehmigung als eigene Rechtsfigur 258

B. Ansätze zur Strafbarkeitsrestriktion bei fehlender wirksamer Genehmigung 259

I. Ansätze unter Rückgriff auf Genehmigungsfähigkeit und Genehmigungsanspruch 260
1. Meinungsfeld zu Genehmigungsfähigkeit und Genehmigungsanspruch bei § 324 StGB 260
2. Rechtsgutsirrelevanz bei Genehmigungsfähigkeit? 261
3. Rechtsgut und Genehmigungsanspruch 264
II. Ansätze unter Rückgriff auf die hypothetische Genehmigung 266
1. Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Genehmigung *(Dreher)* 266
a. Konzept und Reichweite 266
b. Kritik 267
aa. Fehlende Erklärungskraft der zeitlichen Abschichtung von Rechtfertigungslage und erlaubter Handlung 267
bb. Hypothetische Ablehnung als Zurechnungsvoraussetzung? . 268
2. Ausschluss der Zurechnung des Genehmigungsfehlers *(Garbe)* . . . 269
a. Konzept und Reichweite 269
b. Kritik 269
III. Resümee 270

Vierter Teil: Zusammenfassung in Thesen 273

Literaturverzeichnis 281

Sachverzeichnis 295

Erster Teil

Einführung und Erkenntnisinteresse

Die hypothetische Einwilligung hat in der Praxis des Arztstrafrechts eine noch recht junge, aber durchaus erfolgreiche Karriere gemacht,[1] deren Fortsetzung in anderen Deliktsbereichen, insbesondere bei der Untreue, eine Kommentatorin kürzlich befürchtete.[2] Schon dies deutet an: Es ist in der Strafrechtswissenschaft ein lebhafter Streit darum entbrannt, ob die hypothetische Einwilligung in der Sache berechtigt und wie sie dogmatisch zu deuten sei.[3] Was der eine als konsequenten Schritt „in völliger struktureller Übereinstimmung" mit der etablierten Lehre von der objektiven Zurechnung begrüßt,[4] erscheint dem anderen als ein „richterrechtlich ohne jedwede dogmatische Einbettung in die Welt des Rechts geworfene[s]" Phänomen.[5]

Worum handelt es sich bei der hypothetischen Einwilligung? Eine typische Situation, die die Frage nach dieser Rechtsfigur aufwirft, ist die folgende:[6] Ein Arzt behandelt einen Patienten mit einer Fehlstellung der Beine („O-Beine"). Bei der Aufklärung hinsichtlich der Operationsrisiken weist der Arzt nur auf allgemeine Risiken hin (Gefahr von Wundheilungs-, Durchblutungs- und Sensibilitätsstörungen), nicht aber auf die spezifisch mit dem Eingriff verbundenen Risiken, nämlich die infektiöse Entzündung des Knochenmarks (Osteomyelitis) oder das Ausbleiben der Heilung nach der gezielten Durchtrennung der Knochen (Pseudarthrose). Der Patient willigt nach dieser unvollständigen Risikoaufklärung[7] in die Behandlung ein. Der Arzt führt den Eingriff sodann *lege artis*[8] durch.

---

[1] Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe die Hinweise unten S. 37 m. Fn. 147 f. Eine intensive Diskussion in der Wissenschaft hat erst vor fünfzehn Jahren begonnen, zu nennen sind insbesondere *Kuhlen,* FS Roxin, S. 331 ff., und *Puppe,* GA 2003, 764 ff.; zu vereinzelten älteren Äußerungen siehe die Nw. bei *Hengstenberg,* Hypothetische Einwilligung, S. 91 m. dortiger Fn. 143 und S. 159 m. dortiger Fn. 452.

[2] *Beckemper,* NZWiSt 2013, 232 (235).

[3] Siehe die Nw. unten S. 46 ff.

[4] *Kuhlen,* FS Roxin, S. 331 (346).

[5] *Duttge,* FS Schroeder, S. 179 (195).

[6] Angelehnt an den Sachverhalt von BGH, Urt. v. 25. 9. 1990 – 5 StR 342/90, BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

[7] Näher zu Begriff und Anforderungen unten S. 22 ff.

[8] Andernfalls stünde wegen einer Pflichtverletzung bei der Behandlung ein weiterer Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit des Arztes im Raum. Gleichwohl kann auch bei sorgfaltswidriger Behandlung die unzureichende Aufklärung von Belang sein: Vermag etwa der

Auch wenn das Konfliktpotential dieses Falles in der Praxis in erster Linie davon abhängen wird, ob der Eingriff letztlich erfolgreich war, also die Fehlstellung ohne dauerhafte Schäden behoben hat, stellt sich die rechtliche Frage nach der Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung unabhängig davon.[9] Ist es für diese strafrechtliche Bewertung relevant, ob der Patient *hypothetisch eingewilligt*, also auch bei vollständiger Aufklärung seine Zustimmung zu dem Eingriff erklärt hätte? Ob die hypothetische Einwilligung als strafbarkeitseinschränkende Rechtsfigur anzuerkennen ist, ist – wie erwähnt – in der Strafrechtswissenschaft Gegenstand einer heftigen Kontroverse. Diese Debatte wird bislang fast ausschließlich punktuell, bezogen auf das Arztstrafrecht geführt. Jenseits dessen sind Anwendungsfelder bislang nur angedeutet, nicht aber systematisch ausgelotet worden.

Die vorliegende Arbeit nimmt sich beider Themenfacetten an. In einem ersten Schritt widmet sie sich der hypothetischen Einwilligung im Arztstrafrecht, in einem zweiten stellt sie Überlegungen dazu an, ob jenseits des Arztstrafrechts ein Anwendungsbereich für einen Strafbarkeitsausschluss kraft hypothetischer Zustimmung besteht. Die Arbeit verfolgt dabei einen rechtsdogmatischen Ansatz.[10] Sie überlegt, inwiefern sich die hypothetische Einwilligung und ihre „Derivate“[11] – hypothetisches Einverständnis und hypothetische behördliche Genehmigung – in das allgemeine strafrechtsdogmatische Lehrgebäude einfügen. Das Hauptinteresse gilt der Frage: Ist die hypothetische Einwilligung eine punktuelle Erfindung oder Ausdruck einer allgemeinen dogmatischen Struktur, nämlich Baustein einer Zurechnungsdogmatik auf Rechtswidrigkeitsebene? Diese Fragestellung erfordert es insbesondere, Überlegungen zu der kontrovers behandelten Frage anzustellen, inwiefern die Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolges auf die Rechtswidrigkeitsebene übertragen werden kann.

Umstand, dass der Eingriff nicht der *lex artis* entsprach, im konkreten Fall nur eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung zu begründen, kann eine Operation in Kenntnis der Defizite des Aufklärungsgesprächs eine Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung begründen. Ferner kann eine an den Behandlungsfehler anknüpfende Strafbarkeit daran scheitern, dass nicht auszuschließen ist, bei ordnungsgemäßer Behandlung wäre derselbe Körperschaden eingetreten, siehe *Rönnau,* JZ 2004, 801 (804 m. dortiger Fn. 46).

[9] Zur möglichen Relevanz des Heilungserfolges siehe noch unten S. 8 ff.

[10] Zu einem rekonstruierenden Dogmatik-Verständnis, das hier – mit den sogleich im Haupttext zu erwähnenden Besonderheiten – verfolgt wird, siehe *Bumke*, Grundrechtsvorbehalt, S. 26 ff., insbesondere S. 30: „Dogmatik ist in erster Linie Arbeit am Begriff, das auf den Begriff bringen diffuser Anschauungen und grober Vorstellungen. Es ist das Bemühen, in der Praxis verwandte Begriffe und Muster (im Sinne einer nicht entfalteten dogmatischen Figur, also gewissermaßen deren Fundamente oder Ausgangspunkte) auf ihre Tauglichkeit hin zu überprüfen, sie nach Möglichkeit zu präzisieren und in einen größeren Zusammenhang zu stellen. Ziel ist es, das dogmatische Geflecht als ein aus möglichst klar umrissenen Bausteinen zusammengesetztes Gefüge abzubilden, das innere Widerspruchsfreiheit aufweist und eine möglichst weitreichende Erklärungskraft besitzt (Kohärenz des Gefüges).“

[11] Ausdruck von *Mitsch,* FS Achenbach, S. 299 (299).

Aus Letzterem wird schon deutlich: Es steht nicht „das“ allgemeine strafrechtsdogmatische Lehrgebäude als eindeutiger Maßstab bereit, denn über die Gestalt des Gebäudes besteht in den Details häufig und teilweise auch in den Grundzügen keine Einigkeit. Die Gründe dafür liegen in der Intensität, Originalität und Tradition der strafrechtlichen Debatten zu Fragen des allgemeinen Teils, in denen strafrechtswissenschaftliche Lehren und Theorien außerdem einen recht großen Selbstand gegenüber der Strafrechtspraxis aufweisen. Der zuweilen fehlende Konsens macht es erforderlich, sich an der Konstruktion des Gebäudes mit eigenen Positionierungen zu beteiligen. Die Überzeugungskraft der Ergebnisse ruht insofern auf der Zustimmungsfähigkeit der Prämissen und der Nachvollziehbarkeit der Folgerungen.

Aus der Wahl einer rechtsdogmatischen Perspektive folgt, dass sich die Arbeit nicht dazu verhält, ob sich das Arztstrafrecht insgesamt in einem „guten Zustand“ befindet oder reformbedürftig erscheint. Gerade der sachgerechte Zuschnitt der ärztlichen Aufklärungspflichten ist nicht nur Frage konstruktiver Stringenz, sondern auch medizinischer Expertise und praktischer Erfahrung.[12] Reformvorschlägen hierzu enthält sich die Arbeit.

Als Nebenertrag der Untersuchung wird sich die Erkenntnis ergeben, dass in der strafrechtlichen Debatte dogmatische Kategorien, die als Bausteine der Strafbarkeitsprüfung ihren wohldefinierten Sinn besitzen, häufig zu weitgehend verselbstständigt und über Gebühr aufgeladen werden. Damit wird eine Quelle für Kontroversen und teils auch Verwirrung geschaffen, was die Lösung der Sach- und Wertungsfragen beeinträchtigt. Dies betrifft insbesondere die Unterscheidung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit. Es mag paradox erscheinen, dass eine Arbeit, die ihren konstruktiv-dogmatischen Charakter schon einleitend betont, diese kritische Perspektive einnimmt. Doch gilt die Kritik keineswegs konstruktiver und begrifflicher Differenzierung, sondern lediglich einem Umgang mit den geschaffenen Kategorien, der sie zum Selbstzweck erhöht und ihre sachliche Rechtfertigung aus dem Blick verliert.

Den nachfolgenden Überlegungen sei ein terminologischer Hinweis auf die Doppeldeutigkeit des Begriffs *hypothetische Einwilligung* vorausgeschickt: Damit ist zum einen schlicht ein *Sachverhalt* gemeint, nämlich eine Situation, in der ein nicht vollständig aufgeklärter Patient in einen Eingriff einwilligt, dem er auch bei vollständiger Aufklärung zugestimmt hätte. Zum anderen bezeichnet die hypothetische Einwilligung eine strafbarkeitsbeschränkende *Rechtsfigur*, die in den erwähnten Sachverhaltsgestaltungen nach – freilich bestrittener – Meinung der Rechtsprechung und mancher Autoren in der Literatur eingreifen soll. Für die nachfolgenden Ausführungen sollten daraus keine Missverständnisse erwachsen, da sich jedenfalls aus dem Zusammenhang stets ergeben wird, ob das eine oder das andere gemeint ist.

---

[12] Mit derselben Einschätzung *Tag*, ZStW 127 (2015), 523 (545).

Zweiter Teil

Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht

Erstes Kapitel

Prämissen der Untersuchung

Die Frage, ob die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht als Rechtsfigur anzuerkennen ist, wird nur unter drei Prämissen relevant: Ein ärztlicher Heileingriff vermag den Tatbestand der Körperverletzung zu erfüllen. Der Rechtfertigungsgrund[1] der (tatsächlichen) Einwilligung kann den ärztlichen Heileingriff nicht rechtfertigen, sofern der Arzt seine Aufklärungspflichten vernachlässigt hat und ein Informationsdefizit beim Patienten vorliegt. Und schließlich: Auch der Rechtfertigungsgrund der mutmaßlichen Einwilligung deckt den ärztlichen Heileingriff in der Sachverhaltskonstellation der hypothetischen Einwilligung nicht. Diese Prämissen sollen im Folgenden begründet werden.

A. Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs

Ob und unter welchen Voraussetzungen ein ärztlicher Heileingriff den Tatbestand[2] der Körperverletzung (§ 223 Abs. 1 StGB) erfüllen kann, ist seit Langem umstritten.[3] Angesichts der mittlerweile fast unüberschaubaren Diskussion[4] kann es an dieser Stelle nicht darum gehen, das Meinungsspektrum vollständig abzubilden und sämtliche vorgebrachten Argumente zu prüfen. Vielmehr beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Darstellung und Bewertung der Hauptströmungen und -argumente.

---

[1] Manche Autoren sehen die Einwilligung als Tatbestandsfrage an (siehe dazu noch unten S. 63 ff.). Teilt man diese Auffassung, so liegt es nahe, die hypothetische Einwilligung ebenfalls als Problem auf der Tatbestandsebene zu lokalisieren (so denn auch *Roxin,* AT I, § 13 Rn. 122). Auch für diese Autoren stellen sich aber zunächst die Fragen, ob ein ärztlicher Heileingriff grundsätzlich den Tatbestand erfüllen kann und ob eine wirksame Einwilligung vorliegt.

[2] Hier ist *Tatbestand* i. S. des Systemtatbestandes gemeint; näher zu der strafrechtlichen Unterscheidung von System-, Garantie- und Irrtumstatbestand *Roxin,* AT I, § 10 Rn. 1–6.

[3] Zum historischen Verlauf der Diskussion vergleiche die Hinweise bei *Tag,* Körperverletzungstatbestand, S. 13 ff.

[4] So auch die Einschätzung bei *Tag,* Körperverletzungstatbestand, S. 14.

I. Meinungsfeld

Insbesondere die Rechtsprechung bejaht die Tatbestandsmäßigkeit jedes ärztlichen Heileingriffs,[5] sofern die allgemeinen Voraussetzungen des Tatbestands der Körperverletzung erfüllt sind (Körperverletzungsthese[6]).[7] Hierin liegt die Absage an eine Sonderdogmatik des ärztlichen Heileingriffs, soweit die Tatbestandserfüllung in Rede steht.[8] In der Konsequenz stellt bereits die Erstbeeinträchtigung der körperlichen Integrität einen tatbestandsmäßigen Erfolg dar, unabhängig davon, ob dem Arzt ein Behandlungsfehler unterläuft. Weitere körperliche Folgen, insbesondere die Realisierung von Behandlungsrisiken, erfüllen ebenfalls die Merkmale des Körperverletzungserfolgs.

Große Teile des Schrifttums teilen die Körperverletzungsthese nicht. Damit ein ärztlicher Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfülle, müssten zusätzliche Voraussetzungen vorliegen.[9] Hierbei wird auf verschiedene Kriterien zurückgegriffen: Manche Autoren fordern bei ärztlichen Heileingriffen das

---

[5] St. Rspr. seit BGH, Urt. v. 28. 11. 1957 – 4 StR 525/57, BGHSt 11, 111; schon RG, Urt. v. 31. 5. 1894 – Rep. 1406/94, RGSt 25, 375 (378) hatte die Tatbestandsmäßigkeit des ärztlichen Heileingriffs bejaht (zur Bedeutung dieser Entscheidung siehe *Edlbauer,* Hypothetische Einwilligung, S. 8–10). Zur zivilgerichtlichen Rspr. siehe unten S. 174. Zur Diskussion um die Qualifikationstatbestände siehe BGH, Urt. v. 22. 2. 1978 – 2 StR 372/77, NJW 1978, 1206 (Vorläufernorm zum heutigen § 224 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StGB verneint für ein bestimmungsgemäß benutztes ärztliches Werkzeug); ausführlich zum Meinungsfeld bei den Qualifikationstatbeständen *Wiesner,* Hypothetische Einwilligung, S. 54 f., 61–64.

[6] Zum Begriff vgl. *Weber-Steinhaus,* Berufshaftung, S. 9 und passim („Körperverletzungsdoktrin"); die Position der Rechtsprechung wird auch mit den Begriffen „Rechtfertigungslösung" und „Einzelaktstheorie" belegt (*Tag,* Körperverletzungstatbestand, S. 14, 17 und passim). Der Begriff der Rechtfertigungslösung wird hier nicht verwendet, da an dieser Stelle nicht die deliktssystematisch vorzugswürdige Verortung der Einwilligung diskutiert werden soll.

[7] Die Maßgeblichkeit der allgemeinen Definitionsmerkmale bedeutet zugleich, dass das bloße Kriterium „ärztlicher Heileingriff" bzw. „ärztliche Heilbehandlung" die Subsumtion unter die Merkmale des § 223 Abs. 1 StGB nicht ersetzt. – Zwar mag man im Hinblick auf die Grunddefinition der körperlichen Misshandlung als üble und unangemessene Behandlung, die das körperliche Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt (siehe nur *Eser/Sternberg-Lieben,* in: Schönke/Schröder, § 223 Rn. 3), die Anwendung der scheinbar einen ethischen Tadel transportierenden Begriffe *übel* und *unangemessen* für verfehlt halten; allerdings ist daran zu erinnern, dass insbesondere jede substanzverletzende Einwirkung einen konsentierten Anwendungsfall der körperlichen Misshandlung darstellt (*Eser/Sternberg-Lieben,* a. a. O.; vgl. *Joecks,* in: MK, § 223 Rn. 53). – Die Wortlautgrenze der Begriffe *körperliche Misshandlung* und *Gesundheitsschädigung* wird durch die am Einzelakt (Öffnen der Bauchdecke etc.) orientierte Sichtweise der Rechtsprechung nicht durchbrochen, vgl. *Hengstenberg,* Hypothetische Einwilligung, S. 69.

[8] Siehe *Tag*, ZStW 127 (2015), 523 (524).

[9] In methodischer Hinsicht lässt sich ebenfalls ein Vorgehen denken, dass die Kriterien des Heilungserfolgs bzw. des Vorgehens nach der *lex artis* zu Begriffsmerkmalen des ärztlichen Heileingriffs macht. Bei einem solchen Vorgehen lässt sich dann die These aufstellen, dass ein ärztlicher Heileingriff nie den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. In der Sache stellen sich die hier diskutierten Fragen unverändert.

Ausbleiben des Heilungserfolgs als zusätzliches Merkmal.[10] Positiv gewendet: Ein erfolgreicher Heileingriff stellt keine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar, unabhängig davon, ob er mit Einwilligung des Patienten vorgenommen wird. Andere Autoren fordern zur Tatbestandserfüllung einen Verstoß gegen die *lex artis*.[11] Denkbar ist ferner eine alternative[12] oder kumulative[13] Verknüpfung jener zusätzlichen Voraussetzungen.[14]

II. Verteidigung der Körperverletzungsthese

Die Körperverletzungsthese bedeutet eine Absage an eine arztstrafrechtliche Sonderdogmatik bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale des §§ 223 Abs. 1, 229 StGB,[15] was *prima facie* für diese These spricht. Gelingt es nicht, durchgreifende Einwände zu formulieren, ist an der These festzuhalten.

1. Verfehlung des sozialen Bedeutungsgehalts?

Ein erster Einwand besteht darin, dass die These dem sozialen Bedeutungsgehalt der ärztlichen Handlung nicht gerecht werde: Das Verhalten des Arztes sei auf Heilung, nicht auf die Verletzung des Körpers gerichtet.[16] Zugespitzt:

---

[10] *Beling,* Verbrechen, S. 154 f.; *Hirsch,* in: LK, 11. Aufl., vor § 223 Rn. 1, 3; ähnlich *Garbe,* Wille, S. 183 zur Gesundheitsschädigung (§ 223 Abs. 1 Alt. 2 StGB); w. Nw. bei *Tag,* Körperverletzungstatbestand, S. 25 f. m. dortiger Fn. 124.

[11] *Blei,* BT, S. 58 ff.; m. w. Differenzierungen *Schmidhäuser,* BT, 1/5; w. Nw. bei *Tag,* Körperverletzungstatbestand, S. 22 f. m. dortiger Fn. 106. Eigenständigen Gehalt gegenüber der Körperverletzungsthese gewinnt diese These nur, wenn das Bestehen einer wirksamen Einwilligung nicht zum *lex-artis*-Bestandteil erhoben wird (für eine solche Verknüpfung aber *Schröder,* NJW 1961, 951 [953]).

[12] D. h.: Tatbestandserfüllung bei Ausbleiben des Heilungserfolgs *oder* Verstoß gegen die *lex artis*, Tatbestandsausschluss nur bei Heilungserfolg *und* Vornahme *lege artis*; jedenfalls für diese Fälle will *Rönnau,* Willensmängel, S. 106, den Tatbestand verneinen.

[13] D. h.: Tatbestandserfüllung nur bei Ausbleiben des Heilungserfolgs *und* Verstoß gegen die *lex artis,* Tatbestandsausschluss bei Heilungserfolg *oder* Einhaltung der *lex artis*; so Maurach/*Schroeder/Maiwald,* BT I, § 8 Rn. 24, 29; ferner *Wolters,* in: SK, § 223 Rn. 35 ff. (zum Merkmal der Gesundheitsschädigung; eine körperliche Misshandlung will er dagegen schon bei eigenmächtigem ärztlichen Handeln annehmen, unabhängig von Kunstgerechtigkeit und Heilungserfolg).

[14] Auch weitere Kriterien werden (z. T. in Verbindung mit den oben genannten) vorgeschlagen; so soll etwa die Rettungsabsicht den Körperverletzungsvorsatz ausschließen, vgl. Maurach/*Schroeder/Maiwald,* BT I, § 8 Rn. 24, 29 m. Nw. zur dort bis zur 5. Aufl. vertretenen Auffassung.

[15] Vgl. dazu, dass die saldierende Betrachtung nicht als Regelfall bei der Merkmalsinterpretation anzusehen ist, *Edlbauer,* Hypothetische Einwilligung, S. 62 f. Zur sachlichen Angemessenheit einer nicht-saldierenden Betrachtung wegen des besseren Selbstbestimmungsschutzes siehe noch unten S. 11 ff. m. Fn. 28.

[16] Siehe nur *Eb. Schmidt,* Gutachten, Rn. 35, 184, 193; *Rönnau,* Willensmängel, S. 106: „Verkehrung des sozialen Sinns der Tätigkeit in sein Gegenteil“.

Der Arzt werde durch die Position der Rechtsprechung in diskriminierender Weise dem Messerstecher gleichgestellt.[17]

Dieser Kritik liegt die Annahme zugrunde, dass die Körperverletzungsthese zu kontraintuitiven, in der Realität nicht vermittelbaren Ergebnissen führe. Doch welche Ergebnisse werden als nicht vermittelbar wahrgenommen? Zunächst könnte eine Strafbarkeit des Arztes als verfehlt empfunden werden. Allerdings trifft die Körperverletzungsthese keine definitive Aussage über die Rechtsfolge der Strafbarkeit, vielmehr bezieht sie sich lediglich auf die Tatbestandsmäßigkeit als dogmatisches Durchgangsstadium. Eine Rechtfertigung des ärztlichen Handelns insbesondere durch Einwilligung bleibt möglich und stellt den tatsächlichen Regelfall dar.[18] Im praktischen Regelfall fehlt es damit an einer Strafbarkeit des Arztes, die als verfehlt angesehen werden könnte. Zwar liegt es in der Konsequenz der Körperverletzungsthese, dass der ohne Einwilligung vorgenommene (und auch im Übrigen nicht gerechtfertigte) ärztliche Heileingriff strafbar ist. Doch findet dies seine Rechtfertigung im Selbstbestimmungsrecht des Patienten (dazu sogleich), was schwerlich als in nicht vermittelbarer Weise sachwidrig angesehen werden kann.[19]

Nun ließe sich erwägen, ob nicht bereits die Erfüllung des Tatbestandes (als erste deliktische Systemstufe) an sich, d. h. auch im Falle einer Rechtfertigung des Arztes, als inakzeptable negative Bewertung anzusehen ist.[20] Sofern hiermit eine juristische Bewertung gemeint sein soll, ist die Annahme nicht haltbar, da im Falle der Einwilligung eine definitive Bewertung des ärztlichen Verhaltens als rechtmäßig erfolgt.[21] Jedoch wird offenbar noch eine sozialpsychologische Wirkung vermutet, vor der der Arzt zu schützen sei. Hier ist allerdings schon zweifelhaft, inwiefern damit überhaupt ein realer Effekt beschrieben wird. Ein solcher setzte voraus, dass die psychologische Reaktion auf die juristische Bewertung zwar die juristische Kategorie des Tatbestands rezipiert (d. h. wahr-

---

[17] *Eb. Schmidt,* Gutachten, Rn. 35, 184, 193; vgl. schon *Binding,* Lehrbuch, S. 56.

[18] Siehe *Edlbauer,* Hypothetische Einwilligung, S. 27 m. Nw.

[19] Auch soweit die ärztlichen Aufklärungspflichten als hypertroph angesehen werden und eine Beschränkung der Pflichten für eine (wenigstens im strafrechtlichen Kontext) wirksame Einwilligung befürwortet wird (siehe die Nw. unten S. 25 f., 55 f.), wird damit die Strafwürdigkeit einer eigenmächtigen Behandlung ohne jegliche Einwilligung bzw. mit Einwilligung eines vollständig un-/desinformierten Patienten nicht grundsätzlich bestritten.

[20] Vgl. *Wiesner,* Hypothetische Einwilligung, S. 64: „Makel eines vorläufigen Unwerturteils", siehe aber auch S. 65 f.; siehe auch noch unten S. 60 m. Fn. 275.

[21] *Schreiber,* in: FG BGH IV, S. 503 (506) und schließlich auch *Wiesner,* Hypothetische Einwilligung, S. 66. Dass im Vorgang der Rechtsanwendung zunächst die Tatbestandsmäßigkeit bejaht wird, was nach gängiger Formulierung die „Rechtswidrigkeit indiziert", ist bedeutungslos, da das korrekte Ergebnis der Rechtsanwendung bereits feststeht (im strafrechtlichen Kontext ergeben sich auch keine beweisrechtlichen Konsequenzen aus der Zuordnung). Aus diesem Grund vermögen auch jene Argumentationsansätze nicht zu überzeugen, die einen Normwiderspruch zwischen dem (arztvertraglichen, auch strafbewehrten, §§ 223, 13 StGB) Gebot zur Heilbehandlung und dem Körperverletzungsverbot annehmen (so etwa *Edlbauer,* Hypothetische Einwilligung, S. 143 f. m. Nw.).

nimmt, dass eine tatbestandsmäßige Körperverletzung vorliegt), die definitive Bewertung als rechtmäßig infolge der Einwilligung jedoch ausblendet. Sollten solche Fehlleistungen bei der Wahrnehmung rechtlicher Aussagen (insbesondere strafgerichtlicher Urteile) tatsächlich vorkommen, ist damit freilich noch nichts über ihre normative Relevanz gesagt. Es erschiene in einem solchen Fall fragwürdig, die juristische Kriterienbildung an den psychologischen Wirkungen auszurichten, anstatt das Bemühen auf eine differenzierte Vermittlung juristischer Wertungen zu richten.

Zudem könnte man mit demselben Recht über sozialpsychologische Effekte spekulieren, die *für* die Körperverletzungsthese streiten. Denn gerade weil der Tatbestand als erfüllt angesehen wird, ist der Rechtfertigung des Arztes nachzugehen; deshalb kann (und wird im tatsächlichen Regelfall) eine Bewertung seines Verhaltens als gerechtfertigt offenbar werden. Schiede man demgegenüber das ärztliche Verhalten als gänzlich tatbestandsirrelevant aus, interessierte (jedenfalls im Hinblick auf die Strafbarkeit) die Bewertung als rechtmäßig nicht weiter.[22]

Sofern die Kritik an der Bejahung der deliktssystematischen Wertungsstufe des Tatbestandes ansetzt, bleibt sie zudem unspezifisch: Sie ist nämlich nicht geeignet, die Kriterien des *lex artis*-Verstoßes bzw. des ausbleibenden Heilungserfolgs als zusätzliche Voraussetzungen zu begründen. Vielmehr ließe sich der Kritik, wäre sie berechtigt, bereits dadurch Rechnung tragen, dass man die Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund behandelt.

Nach dem oben Gesagten entpuppt sich das „Messerstecherargument“ als bloße Polemik: „Messerstecher“ und Arzt werden mit der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit nicht in relevanter Hinsicht gleichgestellt.

2. Rechtsgutsvertauschung?

Die Beurteilung bereits der Erstberührung der körperlichen Sphäre als Körperverletzungserfolg wird noch unter einem weiteren Gesichtspunkt kritisiert: In jenen Fällen, in denen der Eingriff selbst erfolgreich bzw. *lege artis*[23] vorgenommen werde und es bloß an einer wirksamen Einwilligung fehle, sei lediglich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten betroffen, nicht hingegen das Rechtsgut körperliche Unversehrtheit.[24]

---

[22] Vgl. auch *Walter,* Kern, S. 61: „Etwas Besseres als eine Rechtfertigung kann dem Handelnden im Strafrecht nicht passieren.“

[23] Zwischen den Kriterien des Heilungserfolges und der Einhaltung der *lex artis* bestehen gewichtige Unterschiede, doch bauen beide auf den im Folgenden dargestellten Prämissen auf.

[24] Den Vorwurf, die Körperverletzungsdelikte systemwidrig in Freiheitsdelikte umzudeuten, erhebt etwa *Hirsch,* in: LK, 11. Aufl., vor § 223 Rn. 1, 3; auch *Mitsch,* FS Achenbach, S. 299 (310) spricht von „der hypertrophen und rechtsgutsvertauschenden Körperverletzungs-Strafbarkeit“; w. Nw. bei *Rönnau,* Willensmängel, S. 107 m. dortiger Fn. 350. *Rönnau* hält eine der Körperverletzungsthese entsprechende Modellierung des Rechtsguts „Körper“ nach dem