

Konstantina Papathanasiou*

Der ärztliche Heileingriff und die Rechtsfigur der „hypothetischen Einwilligung“ im Lichte des Selbstbestimmungsrechts des Patienten

Anlässlich des Urteils des AG Moers vom 22.10.2015

Mit seinem Urteil vom 22.10.2015¹ hat sich das AG Moers gegen die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung für den Bereich des Strafrechts ausgesprochen. Dem Urteil kommt besondere Bedeutung für die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ärzten zu und insbesondere in den Fällen eigenmächtiger ärztlicher Eingriffe bei von Voruntersuchungen abweichender, intraoperativ festgestellter Befunderhebung, selbst wenn der Heileingriff medizinisch indiziert war und zudem lege artis durchgeführt worden ist. Dem Tenor des Urteils entsprechend liegt im Fokus dieses Beitrags die These, dass die hypothetische Einwilligung angesichts des Selbstbestimmungsrechts des Patienten zum Instrumentarium des Strafrechts nicht zu gehören braucht. Auch in didaktischer Hinsicht erweist sich das oben erwähnte Urteil als sehr lehrreich, weil seine rechtliche Würdigung nahezu „klausurmäßig“ aufgebaut ist.

* Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin und Habilitandin am Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

¹ AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds - 103 Js 80/14 - 44/15 – juris. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Patientin P wurde zu einer ambulanten Operation überwiesen. Nach Voruntersuchung und Aufklärung hat sie folgende Einwilligungserklärung unterzeichnet: „[...] Ich willige in den umseitig vermerkten Eingriff ein. Mit der Schmerzbetäubung, mit unvorhersehbaren, sich erst während des Eingriffs als medizinisch notwendig erweisenden Änderungen oder Erweiterungen sowie mit erforderlichen Neben- und Folgeeingriffen bin ich ebenfalls einverstanden.“ Dr. F sollte als leitender Oberarzt am Folgetag die Operation durchführen. Als P sich bereits in Narkose befand, wurde sie von F untersucht. Dieser konnte aber die bei der Voruntersuchung im Bereich der linken Labie festgestellte Zyste nicht feststellen. Stattdessen ertastete er im Bereich der rechten großen Labie eine solide Resistenz, deren Entfernung und histologische Untersuchung er (zutreffend) für medizinisch indiziert hielt. Der von F hinzugezogene Oberarzt O bestätigte den Befund. F war sich bewusst, dass eine Absprache mit P bezüglich der Entfernung des neuen Befunds zur histologischen Abklärung nicht erfolgt und die Entnahme des Gewebes nicht eilbedürftig war. Trotzdem entschloss er sich – das Einverständnis der Patientin voraussetzend – zur Vermeidung einer weiteren Operation zur sofortigen Entfernung der Resistenz. In die Vornahme dieser Maßnahme hätte P nicht eingewilligt. Infolge der weitergehenden Operation musste P einige Tage stationärer nachgesorgt werden. Der Heilungsverlauf war – trotz lege artis erfolgter Ausführung des Eingriffs – mit schmerzhaften Komplikationen und einer Beeinträchtigung des Sexuallebens der P verbunden.

I. Einleitung: Konjunktiv II – auch Irrealis genannt!

„Wenn der Arzt seinen Patienten ordnungsgemäß aufgeklärt hätte, hätte dieser in den vorgenommenen ärztlichen Eingriff eingewilligt.“ So lässt sich die bei der hypothetischen Einwilligung aufgeworfene Checkfrage ausdrücken. Rein grammatikalisch betrachtet, geht es dabei um einen sogenannten irrealen Konditionalsatz, welcher mittels des Konjunktivs II das Nichtzutreffen der beiden Sachverhalte kodiert,² nämlich „dass der Arzt seinen Patienten ordnungsgemäß aufgeklärt hat“ und „dass dieser in den vorgenommenen ärztlichen Eingriff eingewilligt hat“. Die hypothetische Einwilligung, welche aus dem zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht stammt und in den letzten 20 Jahren in höchstrichterlichen Entscheidungen immer öfters vorgekommen ist, ist somit bestrebt, das nachweisbar objektiv Irreale ins subjektiv gesteuerte Reale umzuwandeln, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Ärzten zu umschiffen: Bei einer gelungenen und den medizinischen Standards genügenden Behandlung wird nämlich die Einwilligung des Patienten fingiert, indem ein Arzt für die sorgfaltswidrige Verletzung seiner Aufklärungspflichten faktisch einen „Freibrief“ bekommt, obwohl die Einholung der Erklärung des Patienten hinsichtlich eines vorgenommenen ärztlichen Eingriffs grundsätzlich möglich gewesen wäre.³

II. An der Schwelle der Problematik: Erfüllt der ärztliche Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung?

Der Begriff des ärztlichen Eingriffs umfasst eine Vielzahl von Handlungen, die von diagnostischen und therapeutischen Maßnahmen bis hin zu reinen (ggf. auch therapeutischen) Schönheitsoperationen reichen.⁴ In arztstrafrechtlichen Sachverhalten ist als erste die Frage anzusprechen, ob die ärztliche Heilbehandlungsmaßnahme tatbestandsmäßig iSd § 223 StGB ist. Darauf

² Eisenberg, Grundriss der deutschen Grammatik. Bd. 1: Das Wort, 2004, Kap. 4.4.

³ Teilweise wird angenommen, dass bei der hypothetischen Einwilligung eine Einwilligung zwar vorliegt, diese aber unwirksam ist; so Kuhlen, in: Roxin-FS (2001), S. 331, 339.

⁴ Vgl. Knauer/Brose, § 223 StGB, in: Medizinrecht, 2. Aufl., 2014, Rn. 15 m. w. N.

geben Rechtsprechung und Literatur weit auseinandergehende Antworten.

Hinweis: Prüfungstechnisch soll diese Frage genau am Anfang thematisiert und beantwortet werden, da sie sich auf die nachfolgende Struktur des Gutachtens auswirkt. Zuerst ist die „Strafbarkeit des F gem. § 223 I StGB wegen der geplanten linksseitigen Operation“ und in einer anderen Überschrift die „Strafbarkeit des F gem. § 223 I StGB wegen der erfolgten weitergehenden rechtsseitigen Operation“ zu prüfen. Dazu kommt natürlich auch die Qualifikation nach § 224 I Nr. 1 (wegen der Narkose: zu verneinen, weil die Narkotika medizinisch korrekt dosiert und eingesetzt wurden) und Nr. 2, 2. Alt StGB (ebenfalls zu verneinen: das Skalpell ist kein zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken eingesetztes „gefährliches Werkzeug“).

Die Rechtsprechung vertritt seit der grundlegenden Entscheidung des 3. Strafsenats des Reichsgerichts vom 31.5.1894⁵ die sogenannte „Rechtfertigungslösung“: Es wird davon ausgegangen, dass eine ärztliche Behandlung, sofern sie die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich berührt, den Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 StGB erfüllt, auch wenn sie zu Heilzwecken erfolgt. Nach dieser Lösung umfasst der Begriff der Körperverletzung jede unmittelbar und physisch auf den Organismus wirkende Beeinträchtigung, weswegen ein (eingetretener) Heilungserfolg an dieser Rechtsgutsverletzung nichts mehr ändert, sondern nur im Rahmen der Rechtfertigung bedeutsam werden kann.⁶ Dies gilt sogar unabhängig davon, ob die betreffende Maßnahme kunstgerecht oder fehlerhaft, missglückt oder erfolgreich war.⁷

Demgegenüber wird von der überwiegenden Meinung in der Literatur die sogenannte „Tatbestandslösung“ vertreten: Demzufolge verwirklicht die lege artis und erfolgreich durchgeführte ärztliche Behandlung den Tatbestand der Körperverletzung gem. § 223 StGB nicht.⁸

5 RGSt 25, 375 zur Amputation des Fußes eines Kindes gegen den ausdrücklich erklärten Willen des Vaters.

6 RGSt 25, 375 (377ff.); 74, 91 (92 f); BGHSt 11, 111 (112) = NJW 1958, 267; 12, 379 (382 ff.) = NJW 1959, 825; 16, 309 = NJW 1962, 682; BGH NJW 1984, 1395; NSTZ 1996, 34; im Schrifttum zust. etwa Amelung, Einwilligung, 1968, S. 35; Arzt, in: Baumann-FS (1992), S. 201, 209; Arzt/Weber, BT², § 6, Rn. 99; Baumann, NJW 1958, S. 2092, 2094; Jakobs, AT 14/6, Fn. 9; Krey/Hellmann/Heinrich, BT-1⁵, Rn. 217; Küpper, BT I, § 2, Rn. 43; Puppe, GA 2003, S. 764 f.; Schwalm, in: Bockelmann-FS (1979) S. 539.

7 BGH NJW 2011, 1088 (1089).

8 So etwa Bockelmann, JZ 1962, S. 525 ff.; Lackner/Kühl, § 223 Rn. 8; LK¹¹-Hirsch, Vor § 223 Rn. 3; § 228, Rn. 14; Maurach/Zipf, AT I (1992), § 17, Rn. 33; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 8, Rn. 23 f.; Roxin, AT I, 4. Aufl., 2006, § 13, Rn. 22 ff.; Schmidhäuser, AT (1975), 8/121; Fischer⁵⁹ § 223, Rn. 9; Kargl, GA 2001, 538 (553); Jäger, JuS 2000, S. 31, 34; LK¹¹-Lilie, (2000) Vor § 223, Rn. 3, Fn. 16; Rengier, in: BGH-FG IV (2000), S. 467, 477; Schreiber, in: BGH-FG IV (2000), S. 503 ff. Die innerhalb des Schrifttums geäußerten dogmatischen Begründungen sind kaum noch überschaubar und können hier nicht erörtert wer-

Diese Lösung, die im Detail sehr unterschiedlich begründet wird, lässt sich in zwei Hauptströmungen dahingehend untergliedern, ob auf den Erfolg des ärztlichen Heileingriffs abgestellt werden soll: Die sogenannte „Lehre vom Erfolgsunrecht“⁹ differenziert zwischen gelungenem und misslungenem Heileingriff und geht davon aus, dass eine zu Heilzwecken erfolgreich vorgenommene ärztliche Behandlung, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist und deren Ausführung den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht (Bewertung als Gesamtakt), tatbestandlich keine Körperverletzung darstellt.¹⁰ Hingegen stellt die sogenannte „Lehre vom Handlungsunrecht“ allein auf den lege artis durchgeführten Eingriff ab (Zweckrichtung der Handlung) und sieht den Tatbestand der Körperverletzung auch dann als nicht erfüllt an, wenn der Eingriff zwar nach den Regeln der ärztlichen Kunst durchgeführt worden ist, der angestrebte Heilerfolg aber ausblieb.¹¹

Gewichtige Argumente werden für jede der geschilderten Lösungen vorgebracht.¹² Die Tatbestandslösung bringt grundsätzlich der Rechtfertigungslösung entgegen, dass der Heileingriff das genaue Gegenteil einer Körperverletzung darstellt, nämlich eine auf Heilung, Gesundung und Wiedererlangung bzw. Erhaltung der körperlichen Unversehrtheit gerichtete Maßnahme.¹³ Deswegen darf der Heileingriff mit dem in Verletzungsabsicht erfolgenden Stich eines gewöhnlichen „Messerstechers“ keinesfalls auf die gleiche Stufe gestellt werden.¹⁴

Der Kritik kann aber die Tatbestandslösung selber nicht standhalten: Erstens wird der Arzt nicht zu einem „Messerstecher“ diskreditiert, zumal Tatbestandsmäßigkeit nicht zugleich Rechtswidrigkeit oder gar Strafbarkeit bedeutet. Ebenso wenig macht sich auch ein Polizist wegen Freiheitsberaubung strafbar, der einen Verdächtigen festnimmt. Zweitens wird kriminalpolitisch gesehen ihretwegen der Eigenmächtigkeit ärztlichen Handelns „Tür und Tor geöffnet“:¹⁵ Sofern eine Strafbarkeit nach § 223 StGB (mangels Tatbestandsmäßigkeit) ausfällt, kann nur auf die Vorschriften der §§ 239, 240 StGB zurückgegriffen werden, deren Voraussetzungen jedoch meist nicht

den; dazu siehe repräsentativ Tag, Körperverletzungstatbestand, 2000, S. 13 ff.

9 Behr, GS 62 (1903), S. 400, 403; vgl. auch Gössel/Dölling, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, § 12 Rn. 78.

10 Beling, ZStW 44 (1924), S. 220, 228 ff.; Bockelmann, Strafrecht des Arztes, 1968, S. 66; Hardwig, GA 1965, S. 162 f.

11 Ebermayer, Der Arzt im Recht. Rechtliches Handbuch für Ärzte, 1930, S. 150; Engisch ZStW 58 (1939), S. 1, 5 ff.; vgl. auch Brodführer 2009, S. 61 f.

12 Vgl. Edlbauer, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009, S. 7 ff., 51 ff.

13 Vgl. Grünwald, in: Göppinger, Arzt und Recht, 1966, S. 125, 136 f.

14 Bockelmann, 1968, S. 62; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT I, § 8, Rn. 24.

15 Eisenbart, Patienten-Testament und Stellvertretung in Gesundheitsangelegenheiten. Alternativen zur Verwirklichung der Selbstbestimmung im Vorfeld des Todes, 2. Aufl., 2000, S. 51.

erfüllt sind, zumal bei einer eigenmächtigen ärztlichen Behandlung der Wille des Patienten zwar nicht beachtet, in der Regel aber nicht gebeugt wird. Und drittens wirkt sich vorliegend das *Selbstbestimmungsrecht des Patienten ausschlaggebend* aus, weil diesem durch die Tatbestandslösung nicht bzw. nicht genügend Rechnung getragen wird. Was das genau bedeutet, wird sogleich erläutert.

III. Argumentativer Ariadnefaden der Problematik: Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Das Selbstbestimmungsrecht ist verfassungsrechtlich sowohl in Art. 2 II als auch in Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG verortet¹⁶ und „schließt das Recht zur Selbstgefährdung bis hin zur Selbstaufgabe und damit auch auf Ablehnung lebensverlängernder Maßnahmen unabhängig von der ärztlichen Indikation der Behandlung ein“.¹⁷ In Ausübung der verfassungsrechtlich verankerten Autonomie des Patienten steht es diesem frei, in eigener Verantwortung darüber zu entscheiden, ob er sich einer ärztlichen Behandlung unterzieht oder diese ablehnt. Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten schützt somit vor paternalistischen Maßnahmen und macht dementsprechend Zwangsbehandlungen, auch wenn sie lebenserhaltend wirken, (sowohl zivil- als auch) strafrechtlich unzulässig.¹⁸ Die Ansicht der Rechtsprechung (Rechtfertigungslösung) ist somit hinsichtlich des Schutzes des Selbstbestimmungsrechts vorzugswürdig, sonst müsste der Patient sogar ungewollte Heileingriffe erdulden, solange diese medizinisch indiziert waren und lege artis erfolgreich ausgeführt wurden.

Der Patient ist daher die Zentralfigur des Medizinstrafrechts, zumal das ärztliche Handeln sein Leben sogar fatal beeinflussen kann. Insbesondere dem Heileingriff liegen deswegen nach Herkunft und Reichweite unterschiedliche normative Ansprüche zugrunde, wobei der höchste Grad an Verbindlichkeit und Allgemeinheit der Patientenautonomie beizumessen ist.¹⁹ Der Begriff Autonomie setzt sich aus den griechischen Wörtern „αὐτός“ (selbst) und „νόμος“ (Gesetz) zusammen und bedeutet Selbstgesetzgebung und Eigengesetzlichkeit, anders ausgedrückt: Selbstbestimmung. Ganz zutreffend wird darauf hingewiesen, dass „die Sache Selbstbestimmung [...] die ganze Rechtsordnung durchzieht [...], da es in ihr

um das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft, von Freiheit und Bindung, von Recht und Pflicht sowie um Kollision bzw. Koordination von Interessen geht“.²⁰

Jeder Patient kann im Rahmen der fundamentalen Wertordnung des Grundgesetzes über seinen Körper und das, was mit ihm geschieht, frei bestimmen.²¹ Das Selbstbestimmungsrecht stellt insofern die autonome Willensbildung und Willensbekundung des Grundrechtsträgers in Kenntnis aller entscheidungsrelevanten Tatsachen dar. Diese Maxime ist bereits in dem obenerwähnten reichsgerichtlichen Urteil RGSt 25, 375 zu finden und spiegelt sich in der ständigen BGH-Rechtsprechung wider. So heißt es in der lehrreichen Myom-Entscheidung: „Das [...] Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann Preis zu geben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird. [...] Diese Richtlinie ist auch für den Arzt verbindlich. Zwar ist es sein vornehmstes Recht und seine wesentliche Pflicht, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu befreien. Dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem grundsätzlich freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze.“²² Vor diesem Hintergrund ist der altbekannte Spruch „salus et voluntas aegroti suprema lex“²³ dahingehend neu zu formulieren: „voluntas aegroti suprema lex“!

IV. Im Herzen der Problematik: Rechtfertigung des behandelnden Arztes durch Einwilligung des Patienten

! Hinweis: Klausurmäßig wird nun der zweite Gliederungspunkt „Rechtswidrigkeit“ geprüft. Ist eingangs der Tatbestandslösung gefolgt, dann ist bzgl. des geplanten linksseitigen Eingriffs schon die Tatbestandsmäßigkeit nicht erfüllt.

Ausgehend von der Rechtfertigungslösung erfüllt jeder ärztliche Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung und bedarf deswegen der wirksamen Einwilligung des Patienten. Dazu zählen grundsätzlich die tatsächliche und mutmaßliche Einwilligung. Seit ca. 20 Jahren kommt noch dazu die fragwürdige Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung.

1. Die (tatsächliche) Einwilligung

Die rechtfertigende Einwilligung ist zwar nicht gesetzlich ausdrücklich geregelt, wird aber gewohnheitsrechtlich

¹⁶ Vgl. *Schroth*, in: Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 31; *Wietfeld*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung – Die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts, 2012, S. 30 ff., 67.
¹⁷ BT-Drucks. 16/8442, 8 (Entwurfsbegründung eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Betreuungsrechts).

¹⁸ Vgl. BT-Drucks. 16/8442, 17; näher *Birnbacher*, in: Paternalismus im Strafrecht, 2010, S. 12 ff.; *Fateh-Moghadam*, in: Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2010, S. 22 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, S. 322 ff.

¹⁹ *Vossenkuhl*, in: Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, S. 4f.

²⁰ *Hollerbach*, Selbstbestimmung im Recht, 1996, S. 139.

²¹ So bereits BGHZ 29, 176 (181).

²² BGHSt 11, 111 (113).

²³ Das Heil und der Wille des Kranken sind oberstes Gesetz; vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., 2008, Rn. 243.

lich als Rechtfertigungsgrund anerkannt.²⁴ Eine wirk-
same Einwilligung erfordert eine *vor*²⁵ dem Eingriff
liegende, ausdrückliche oder konkludente, freiwillige²⁶
Erklärung. Ferner muss der Patient einwilligungsfähig²⁷
und dispositionsbefugt sein, wobei letzteres hinsichtlich
des höchstpersönlichen Rechtsguts der eigenen körperlichen
Unversehrtheit regelmäßig der Fall ist.²⁸

Damit das Selbstbestimmungsrecht des Patienten so-
wie sein Recht auf körperliche Unversehrtheit²⁹ gewahrt
bleiben, muss der Einwilligende über Art, Tragweite
und solche Folgen der Behandlung aufgeklärt werden,
die für die Entscheidung eines verständigen Menschen
ins Gewicht fallen können. Die Aufklärung des Patien-
ten bezieht sich nicht nur auf den Verlauf des Eingriffs
und seine Erfolgsaussichten, sondern auch auf Risiken
und mögliche Behandlungsalternativen mit wesentlich
anderen Belastungen.³⁰ Insbesondere ist der Patient in-
haltlich über die Chancen und Risiken der Behandlung
im „Großen und Ganzen“ aufzuklären, ihm muss näm-
lich ein zutreffender Eindruck von der Schwere des Ein-
griffs und von der Art der Belastungen vermittelt werden,
die für seine körperliche Integrität und seine Lebensfüh-
rung auf ihn zukommen können.³¹

! Hinweis: P wurde hinsichtlich der ambulanten Operation wegen des linksseitigen Befunds aufgeklärt. Ihre Einwilligung bezog sich nur darauf (d. h. Einwilligung in die geplante Operation: [+] / Rechtswidrigkeit: [-]) und deckte den tatsächlich erfolgten Eingriff nicht ab, „zumal und maßgeblich weil die erfolgte Operation gerade an gänzlich anderer Stelle – wenn auch innerhalb desselben Organs – durchgeführt worden ist“.³² Dr. F ist selber auch nicht davon ausgegangen, dass hinsichtlich der weitergehenden Operation aufgrund des erst intraoperativ festgestellten rechtsseitigen Befunds eine wirksame Einwilligungserklärung der Nebenklägerin vorlag (d. h. Einwilligung in die erfolgte Operation: [-]).

2. Die mutmaßliche Einwilligung

Liegt keine tatsächliche Einwilligung vor, kommt eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung in Betracht. Diese ist ein eigenständiger, ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannter, jedenfalls subsidiärer Rechtfertigungsgrund.³³ Eine mutmaßliche Einwilligung liegt dann vor, wenn eine ausdrückliche Einwilligung des Patienten nicht (z. B. wegen Bewusstlosigkeit) bzw. nur mit unverhältnismäßigen Mitteln einholbar ist, also wenn es unmöglich ist, die tatsächliche Einwilligung einzuzahlen (z. B. wegen der Bewusstlosigkeit) und nach der ex ante anzustellenden Prognose der Patient in den Eingriff eingewilligt hätte.³⁴ Dabei wird auf die (mutmaßlichen) persönlichen und individuellen Interessen des Patienten abgestellt und die Erklärung des Patienten durch ein „Wahrscheinlichkeitsurteil über den wahren Willen“ des Rechtsguthabers im Tatzeitpunkt als Einwilligungssurrogat ersetzt.³⁵ Die sonstigen Voraussetzungen der Einwilligung müssen zum Zeitpunkt des Eingriffs³⁶ ebenfalls vorliegen.³⁷ Die ärztliche Indikation einer Behandlungsmaßnahme ist jedenfalls nur ein Indiz für diesen (hypothetischen) Willen, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorhanden sind.

Zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten ist hingegen eine mutmaßliche Einwilligung in dem Fall zu verneinen, wenn die Verzögerung des Eingriffs, welche durch die Aufklärung und Einholung der Einwilligungserklärung entstünde, nicht mit akuter Lebensgefahr oder erheblichen Risiken für die Gesundheit des Patienten verbunden ist.³⁸ Das Argument, eine weitere Operation – sollte sie auch vom Patienten gewünscht werden – wäre mit den üblichen körperlichen oder seelischen Belastungen verbunden, schlägt somit nicht durch und heilt keinesfalls die Unzulässigkeit einer Operationserweiterung ohne Zustimmung des Patienten, denn

24 NK-Paeffgen, § 228, Rn. 8.

25 BGHSt 12, 379 (383); BGH NJW 1992, 2351 (bzgl. größerer Operationen).

26 BGHSt 19, 201 (206).

27 Gemeint ist damit eine Einsichts- und Urteilsfähigkeit im natürlichen Sinne; vgl. NK-Paeffgen, § 228, Rn. 65.

28 Vgl. Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, 200 ff.

29 Umstritten ist im Schrifttum, ob als Rechtsgut des § 223 StGB nur die körperliche Unversehrtheit (so die wohl h. M.) oder neben ihr auch das Selbstbestimmungsrecht gilt; vgl. dazu (abl.) Beulke, Hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, medstra 2015, 67, 69 m. w. N. in beide Richtungen.

30 Vgl. ausf. Deutsch/Spickhoff, 2008, Rn. 266 ff.; Schöch, in: Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., 2010, 51 ff.; Schwill 2007, 45 ff.

31 Dazu siehe den lehrreichen „Zitronensaft-Fall“, abgedruckt mit Sachverhalt und Gründen in NStZ 2011, 343.

32 AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 22.

33 BVerfG NJW 2002, 2164 (2165); BGHSt 16, 309 (312); 35, 246 (249); Garbe, 2011, S. 213; Wessels/Beulke/Satzger, AT¹⁵, Rn. 380; aA Puppe GA 2003, 764, 768.

34 BGHSt 16, 309 (312); Rönnau, JZ 2004, 803.

35 Hillenkamp, in: Küper-FS (2007), S. 123, 138; Rengier, AT, § 23, Rn. 58 ff.; Roxin, in: Welzel-FS (1974), S. 447 ff.; Wessels/Beulke/Satzger, AT¹⁵, Rn. 381 m. w. N.

36 BGHSt 35, 246 (249).

37 Den mutmaßlichen Willen regelt insbesondere der neue § 1901 a II BGB: Liegt keine schriftliche Patientenverfügung vor oder entsprechen die Festlegungen einer Patientenverfügung nicht mehr der aktuellen Lebens- und Behandlungssituation, muss der mutmaßliche Wille des Patienten aufgrund individueller, konkreter, aussagekräftiger Anhaltspunkte ermittelt werden (BT-Drucks. 16/8442, 15). Dabei sind insbesondere frühere mündliche oder schriftliche Äußerungen, ethische oder religiöse Überzeugungen, sonstige persönliche Wertvorstellungen des Patienten, seine altersbedingte Lebenserwartung oder das Erleiden von Schmerzen zu berücksichtigen (vgl. BGHSt 35, 249; 40, 257; 45, 219; NK-Paeffgen, vor §§ 32 ff., Rn. 157 ff.).

38 AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 23.

sonst liefe das Selbstbestimmungsrecht des Patienten leer.³⁹

Hinweis: Dr. F wusste, dass die Entnahme des Gewebes nicht eilbedürftig war, mithin dass eine Verzögerung des Eingriffs keine weiteren Risiken mit sich brächte. Dass der Eingriff medizinisch indiziert war, spielt vorliegend keine Rolle. Eine mutmaßliche Einwilligung in die erfolgte Operation scheidet ebenfalls aus.

3. Die hypothetische Einwilligung

Die Rechtskonstruktion der hypothetischen Einwilligung wurde als „Haftungskorrektiv“ durch das zivilrechtliche Arzthaftungsrecht geschaffen:⁴⁰ Fehlt es demnach an einer ordnungsgemäßen Aufklärung, hätte der Patient aber auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Behandlung eingewilligt, ist die Aufklärungspflichtverletzung nicht kausal für den geltend gemachten Schaden.⁴¹ Der BGH hat diese Rechtskonstruktion übernommen und anfangs zwar nur auf die fahrlässige⁴², dann aber auch auf die vorsätzliche Körperverletzung⁴³ übertragen. Obwohl der Rechtsgedanke der hypothetischen Einwilligung schon seit mehreren Jahrzehnten in der Judikatur des BGH rudimentär vorkam⁴⁴, ist es die Surgibone-Dübel-Entscheidung aus dem Jahre 1995⁴⁵, welche dieser Rechtsfigur die Tür offiziell geöffnet hat. Insbesondere wird die hypothetische Einwilligung in den Fällen *lege artis* durchgeführter Behandlungen angewandt, wo die Zustimmung des Patienten nicht vorliegt bzw. wegen eines Aufklärungsmangels unwirksam ist, der Patient aber *ex post* betrachtet bei genügender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.⁴⁶

Trotz der eindeutigen rechtfertigenden Wirkung der „üblichen“ Einwilligung (ausgehend von der sog. Rechtfertigungslösung), scheiden sich die Geister an der Frage der Einordnung der hypothetischen Einwilligung in den Straftatabau. Hierzu wurden bis heute nahezu alle denkbaren Lösungsansätze vorgeschlagen:⁴⁷ Von dem

Ausschluss der Tatbestandsmäßigkeit auf Ebene des Kausalzusammenhangs⁴⁸ bzw. der objektiven Zurechnung⁴⁹, über die Einordnung als eigenständiger Rechtfertigungsgrund⁵⁰ oder noch den Zurechnungsausschluss auf Ebene der Rechtfertigungsgründe⁵¹ bis hin zur Betrachtung als Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund.⁵² Das AG Moers ist in seiner Begründung insbesondere auf die Ansätze der Ebene der Rechtfertigungsgründe eingegangen: Einerseits kann die hypothetische Einwilligung nicht als Rechtfertigungsgrund angenommen werden, „weil die Gründe, die das (vorläufige) Unwerturteil der Tatbestandsmäßigkeit in Rechtfertigungssituationen revidieren“, bei ihr gerade nicht vorliegen.⁵³ Andererseits lässt sich auch der Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens „nicht ohne Brüche von der Tatbestandsebene des Fahrlässigkeitsdelikts auf die Rechtfertigungsebene übertragen“,⁵⁴ weil es dabei um die Frage geht, ob der Täter durch sein pflichtwidriges Verhalten das Risiko für den Patienten begründet hat, was aber bei der hypothetischen Einwilligung außer Frage steht.⁵⁵

Diese äußerst komplizierte Rechtslage war allerdings quasi vorprogrammiert: Der „verantwortliche Einführer“ der hypothetischen Einwilligung, der BGH, bedient sich nämlich in seinen Entscheidungen mehrdeutiger Formulierungen.⁵⁶ So hat der BGH in seinem O-Beine-Urteil verlangt, dass die „Pflichtwidrigkeit“ für die Kör-

2010, S. 168 ff.; *Edlbauer*, 2009, S. 362 ff.; *Garbe*, 2011, S. 216 ff.; *Hengstenberg* 2013, S. 148 ff. Zu einer übersichtlichen Darstellung in didaktischer Hinsicht s. *Jansen*, ZJS 2011, S. 482 ff. m.w.N. und FAMOS 9/2012. Aus der aktuellen Aufsatzliteratur vgl. auch *Beulke*, Hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht – eine Zwischenbilanz, medstra 2015, S. 67 ff.; *Tag* Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, ZStW 2015, 523 ff.

48 So früher *Ulsenheimer* NSTz 1996, S. 132 ff., 133; nunmehr will er, wie der BGH, die Rechtswidrigkeit entfallen lassen (*Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, § 1 Rn. 132a).

49 *Roxin*, AT I, 2006, § 13, Rn. 122.

50 *Rengier*, 2014, § 13 Rn. 19; *Wessels/Beulke/Satzger*, AT¹⁵, Rn. 384a.

51 *Kuhlen*, JR 2004, 227; *ders.*, JZ 2005, 713, 716; *ausf. bereits ders.*, in: *Roxin-FS* (2001), 339; ähnlich *Mitsch* 2005, S. 283 (abstellend auf den zuzurechnenden Erfolg); *zust. u. a. auch Dreher*, Objektive Erfolgszurechnung, 2003, S. 103 ff.; *Fischer*, StGB § 223 Rn. 16a; *Lackner/Kühl*, StGB § 228 Rn. 17a; *Rönnau*, JZ 2004, S. 802; *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 53 ff.

52 Vgl. *Böcker*, 2005, S. 925, 929; *Schwartz*, Hypothetische Einwilligung, 2009, S. 254.

53 AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds - 103 Js 80/14 - 44/15 – juris, Rn. 28; vgl. auch *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 269.

54 AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds - 103 Js 80/14 - 44/15 – juris, Rn. 28. Im Einzelnen hat das Gericht zu Recht dahingehend argumentiert, dass beim Fahrlässigkeitsdelikt die Zurechnung des Erfolgs unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs dann entfällt, wenn es dem Täter auch beim rechtmäßigen Alternativverhalten faktisch nicht möglich gewesen wäre, den Eintritt des Erfolges zu vermeiden. Der Arzt kann jedoch in der Situation der hypothetischen Einwilligung den (Unrechts-)Erfolg faktisch immer vermeiden, indem er den Eingriff, von dem er weiß, dass er weder durch eine tatsächliche noch durch eine mutmaßliche Einwilligung gedeckt ist, schlichtweg unterlässt.

55 *Otto*, Jura 2004, S. 679, 683.

56 *Swoboda*, ZIS 2013, S. 21.

39 Dazu grundlegend die Entscheidung BGHSt 45, 219 (zur mutmaßlichen Einwilligung bei Operationserweiterung – in concreto: Sterilisation nach Kaiserschnitt).

40 Vgl. *Edlbauer*, 2009, *passim*; *Hengstenberg*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, 2013, 7 ff.

41 Vgl. bereits BGHZ 29, 176 (187); 90, 103 (111); 106, 391; OLG Koblenz, Urteil vom 01.04.2004 – 5 U 844/03; *Greiner*, in: *Medizinrecht*, 2. Aufl., 2014, Rn. 284; *Wiesner*, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, 2010, S. 21 ff.

42 BGH JZ 1964, 231 (Hodenentfernungs-Fall); BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2 (O-Beine-Fall).

43 BGH NSTz-RR 2004, 16 (Bandscheiben-Fall); BGH JR 2004, 469 (Bohrerspitzen-Fall); BGH NSTz 2008, 150 (Turboentzugs-Fall); BGH NSTz 2012, 205 (Speiseröhren-Fall); BGH RDG 2013, 236 (Leberzelltransplantations-Fall zu Neulandmethoden).

44 Vgl. BGH JZ 1964, 231 (Hodenentfernungs-Fall).

45 BGH NSTz 1996, 34; dazu *Jordan* JR 1997, S. 32; *Kuhlen*, in: *Roxin-FS* (2001), S. 331, 334 ff., 341 ff.; *Rigizahn*, JR 1996, S. 72; *Ulsenheimer*, NSTz 1996, S. 132; vgl. auch *Edlbauer*, 2009, S. 280 ff.

46 Vgl. repräsentativ BGH NSTz-RR 2004, 16.

47 Zu einer ausführlichen kritischen Darstellung siehe u. a. *Albrecht*,

perverletzung ursächlich gewesen sein müsse.⁵⁷ In dem Speiseröhren-Urteil wurde hingegen ausgeführt: „Die Rechtswidrigkeit entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte.“⁵⁸ Leitet man aus dieser (statistisch am meisten feststellbaren) Formulierung des BGH („die Rechtswidrigkeit entfällt“) ab, dass es sich bei der hypothetischen Einwilligung um einen selbstständigen Rechtfertigungsgrund handelt, so wäre bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen das eigentlich pflichtwidrige Verhalten gerechtfertigt.

Ungeachtet der dogmatischen Herkulesaufgabe, die hypothetische Einwilligung in den Straftataufbau irgendwie konsequent einzuordnen, stößt schon ihre Anerkennung auf harte Kritik.⁵⁹ Neben der Gefahr einer möglichen Ausdehnung dieser Rechtskonstruktion auf weitere Fallkonstellationen und Delikte⁶⁰ sowie des Unterlaufens der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung⁶¹ stellt die Argumentation zur Begründung der Ablehnung der hypothetischen Einwilligung auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten entscheidend ab – auch wenn dieses nach h. M. nicht als eigenständiges Schutzgut des § 223 StGB gilt.⁶²

Im Einzelnen wird davon ausgegangen, dass die hypothetische Einwilligung dem verfassungsrechtlich verankerten Selbstbestimmungsrecht widerspricht⁶³: Durch die fehlerhafte Aufklärung verliert der Patient die Möglichkeit, wirksam einzuwilligen und sein Selbstbestimmungsrecht vollumfänglich auszuüben, wobei der Ausnahmefall der vollkommen fehlenden Aufklärung im Ergebnis der völligen Abschaffung des Selbstbestimmungsrechts gleichkommt. Wie oben dargelegt, deutet jedenfalls der Schutz des Selbstbestimmungsrechts darauf hin, „dass ein Eingriff nur erfolgen darf, wenn eine wirksame Einwilligung vorliegt oder, bei deren Uneinholbarkeit, zur Zeit des Eingriffs Umstände gegeben sind, aus denen mit hinreichender Sicherheit auf das Einverständnis des Patienten geschlossen werden kann“.⁶⁴

Neben den rein rechtlichen weisen auch medizinisch-ethische Gründe darauf hin, dass die hypothetische Einwilligung das Selbstbestimmungsrecht des Patienten

unterläuft: Das Arzt-Patienten-Verhältnis wird anerkanntermaßen „nicht von gegenseitigem Misstrauen beherrscht, sondern von beiderseitigem Vertrauen der daran beteiligten Personen getragen.“⁶⁵ Wie bereits *Albrecht* hierzu anmerkt, missachtet medizinischer Paternalismus diese Prämisse und der ‚Reflex der Art von ‚Selbstbestimmung‘ in der Form der ‚hypothetischen Einwilligung‘ taugt nicht als Äquivalent. Der Patient steht nicht mehr vor der Frage, ob er seine ‚körperliche Unversehrtheit‘ aufopfern soll, um Heilung zu erfahren. Er ist zum ‚Objekt‘ ärztlicher Vernunftthoheit gemacht worden und wird nun mit diesen vollendeten Tatsachen konfrontiert.“⁶⁶

Überdies wendet die hypothetische Einwilligung den Zweifelsgrundsatz („in dubio pro reo“) nicht korrekt an, was wiederum ebenfalls dem Selbstbestimmungsrecht widerspricht. Die Frage, ob der Patient bei vollständiger Aufklärung eingewilligt hätte, kann nach treffender Anmerkung *Pupppe* nicht eindeutig beantwortet werden.⁶⁷ Denn auch „der gewissenhafte Patient könnte nicht mit Bestimmtheit ausschließen“, dass er sich von dem Arzt zu einer operativen Maßnahme „hätte überreden lassen, wenn dieser ihm seinen Kunstfehler reuevoll eingestanden und ihn um Verständnis für seine nervliche Überforderung nach vielen Stunden im OP gebeten hätte.“⁶⁸ Dies würde nichts Anderes bedeuten als eine Schwächung der Patientenautonomie. Etwas überspitzt formuliert, so das AG Moers, könnte ferner der Arzt seinem Patienten „ohne jegliche Aufklärung jeden lege artis durchgeführten Eingriff im Vertrauen darauf aufzwingen, dass die medizinische Indikation und die sachkundige Ausübung des Eingriffs beim Richter zumindest hinreichende Zweifel auslösen werden, dass sich der Patient bei korrekter Information dem ärztlichen Votum angeschlossen hätte“.⁶⁹

Ebenso wenig sinnvoll zu beantworten ist die Frage, wie der Patient sich entschieden hätte.⁷⁰ Denn die hypothetische Verweigerung der Einwilligung ist als Mutmaßung nicht zu beweisen und der Patient kann sich entsprechend nicht fiktiv in eine solche Situation hineinversetzen.⁷¹ Wie *Puppe* ergänzend anmerkt: „Selbst wenn mit hundertprozentiger Gewissheit festgestellt werden könnte, dass der Patient auch bei richtiger und vollständiger Aufklärung eingewilligt hätte, steht doch fest, dass er tatsächlich eine solche Entscheidung nicht getroffen hat und dass sich der Arzt über das Selbstbestimmungsrecht

57 BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2.

58 BGH NStZ 2012, 205, 206; ähnlich etwa BGH NStZ-RR 2004, 16 (Bandscheiben-Fall) und BGH JR 2004, 469 (Bohrerspitzen-Fall).

59 Überblick des umfangreichen einschlägigen Schrifttums bei Schönke/Schröder/Eser/Sternberg-Lieben, § 223, Rn. 40g/h; krit. jüngst auch Haas, GA 2015, S. 86ff., 147ff. aus Sicht der Problematik der hypothetischen Kausalverläufe.

60 Dafür etwa Ransiek, in: Kohlmann-FS (2003), S. 207ff.; Rönnau StV 2011, S. 753, 755.

61 Davor warnen u. a. Eisele, JA 2005, S. 252, 253; Riedelmaier, Ärztlicher Eingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, 2004, S. 86; Sowada, NStZ 2012, S. 7.

62 Vgl. oben Fn. 29.

63 Dazu siehe statt vieler Merkel, JZ 2013, S. 975, 979.

64 Bollacher/Stockburger, Jura 2006, S. 913.

65 Albrecht, 2010, S. 403f.

66 Albrecht, 2010, S. 403f.

67 Puppe, JR 2004, 470.

68 Puppe, JR 2004, 470.

69 AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 27.

70 AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 26.

71 Puppe, JR 2004, 470.

des Patienten hinweggesetzt hat. [...] Die hypothetische Einwilligung wäre, selbst wenn sie wirklich objektiv feststünde, nichts als eine unbeachtliche Ersatzursache.⁷²

Jedenfalls muss die Einwilligung des Patienten Auskunft über im Tatzeitpunkt tatsächlich Geschehenes geben, bei der hypothetischen Einwilligung wird aber der geäußerte Wille des Patienten nicht unmittelbar berücksichtigt.⁷³ Im Tatzeitpunkt soll ferner insgesamt die Rechtswidrigkeit wirklich feststehen: Eine nachträgliche Zustimmung bzw. eine nachträgliche Verweigerung der Zustimmung durch Annahme der hypothetischen Einwilligung würde eine Rückwirkungsfiktion bedeuten. Die nachträgliche Berücksichtigung von Hypothesen ist jedoch im Strafrecht fehl am Platz.⁷⁴ Wie ergänzend hervorgehoben wird, kommt die hypothetische Einwilligung einer nachträglichen Genehmigung aus psychologischen Gründen zumindest nahe.⁷⁵ Die nachträgliche Genehmigung wirkt aber im Strafrecht nicht rechtfertigend (arg. e. § 228 StGB), sondern bestenfalls strafbarkeitsausschließend (wie in § 331 III StGB).⁷⁶ Eine mögliche Anerkennung der hypothetischen Einwilligung würde daher zugleich die systemwidrige Anerkennung einer rechtfertigenden Wirkung der Genehmigung bedeuten.

Schließlich ist auf noch zwei ergänzenden Gedanken hinzuweisen: Zum einen sind mögliche Manipulationsgefahren nicht zu übersehen:⁷⁷ Indem der Patient im Nachhinein danach gefragt wird, ob er bei ordnungsgemäßer Aufklärung eingewilligt hätte, steht im Ergebnis die Strafbarkeit des Arztes zur Disposition des Patienten, wobei kaum möglich ist, jede bewusste oder unbewusste Beeinflussung der Aussagen nachzuprüfen. Zum anderen gebietet weder die Akzessorietät des Strafrechts noch das Postulat der Einheit der Rechtsordnung die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung.⁷⁸

Hinweise: Lehnt man die hypothetische Einwilligung ab, kann man daran anschließend § 34 StGB erwähnen und mangels Lebensgefahr ebenfalls verneinen. Somit ergibt die Prüfung der Rechtswidrigkeit deren Vorliegen (+).

Bei der Prüfung der Schuld ist darauf hinzuweisen: Wenn der Arzt das fehlende Einverständnis des Patienten erkennt, einen körperlichen Eingriff aber gleichwohl für rechtlich zulässig hält, weil ihm dieser aus medizinischer Sicht sinnvoll und geboten erscheint, liegt ein Erlaubnis-

sirrtum vor und ist § 17 StGB anzuwenden.⁷⁹ Da aber in solchen Fällen (Oberarzt der Frauenklinik, erfahrener Mediziner) die Vermeidbarkeit des Irrtums in aller Regel zu bejahen ist, kommt es im Ergebnis zur Strafbarkeit gem. § 223 StGB, wobei der Strafraum gem. § 17 S. 2 i.V.m. 49 I StGB zu mildern ist.⁸⁰

An dieser Stelle ist ein Hilfsgutachten sinnvoll, um die Strafbarkeit des F ohne aufbaumäßige Verwirrungen weiter prüfen zu können, angenommen, die hypothetische Einwilligung wird anerkannt. Nun muss entschieden werden, auch welcher Ebene sie zu verorten ist. Meistens schließt man sich dem BGH an und geht von einem eigenständigen Rechtfertigungsgrund aus.⁸¹ Hätte P ex post betrachtet bei genügender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt, so war das Verhalten des F wegen hypothetischer Einwilligung gerechtfertigt, da es sich auch um eine Behandlung lege artis handelte. Die Prüfung der Rechtswidrigkeit endet aber in concreto ebenfalls positiv (+), weil P „im Falle vorangegangener Aufklärung über den erfolgten Eingriff diesem nicht zugestimmt hätte, [...] weil es zuvor keinen entsprechenden Befund oder Beschwerden in dem operierten Bereich gegeben habe“.⁸²

Bei der Prüfung der Schuld ist darauf hinzuweisen: Hat Dr. F das Fehlen des Einverständnisses für möglich, den Eingriff aber für rechtlich zulässig gehalten, weil er medizinisch geboten war, so ist ein Verbotsirrtum gem. § 17 StGB gegeben. Denn in einem solchen Fall wird zwar das Selbstbestimmungsrecht des Patienten missachtet, liegt allerdings ein Irrtum über die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes vor.⁸³ Die Vermeidbarkeit eines solchen Irrtums ist nach BGH „kaum je zweifelhaft“.⁸⁴ Solange aber Dr. F sich zur Durchführung der rechtsseitigen Behandlungsmaßnahme „das Einverständnis der Patientin voraussetzend“ (d. h. im Glauben, dass sie in den Eingriff eingewilligt hätte) entschloss, liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum vor.⁸⁵ Denn Dr. F irrt sich über die Voraussetzungen eines (im Hilfsgutachten doch) anerkannten Rechtfertigungsgrundes: Er nimmt irrtümlich Tatumstän-

⁷⁹ AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 32 hat ebenfalls den Verbotsirrtum angesprochen.

⁸⁰ AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 34.

⁸¹ Die Verortung der hypothetischen Einwilligung in eine andere Ebene des Deliktsaufbaus (dazu siehe oben Fn. 47 ff.) würde an dem Ergebnis auch nichts ändern, zumal ihre Voraussetzungen ohnehin nicht vorliegen. D. h. die Prüfung der Strafbarkeit wäre wie üblicherweise weiter zu prüfen.

⁸² AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds – 103 Js 80/14 – 44/15 – juris, Rn. 31. Zu Recht hebt das Gericht auch hervor, dass allein von der medizinischen Indikation eben nicht auf die Annahme der Einwilligung zu schließen ist.

⁸³ BGHSt 45, 219 (225).

⁸⁴ BGH NStZ 2012, 205, 206 (Speiseröhren-Fall) i. V. m. BGHSt 45, 219 (225).

⁸⁵ Repräsentativ zur Abgrenzung zwischen Erlaubnis- und Erlaubnistatbestandsirrtum BGHSt 49, 166 (Sado-Maso-Fall).

⁷² Puppe, JR 2004, 471.

⁷³ Vgl. Albrecht, 2010, S. 359.

⁷⁴ Dazu näher Edlbauer, 2009, S. 414 ff.

⁷⁵ Sowada, NStZ 2012, 1, 6.

⁷⁶ Sowada, NStZ 2012, 1, 6 m. w. N.

⁷⁷ Dazu Albrecht 2010, S. 430 ff.

⁷⁸ Vgl. Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 46 ff.; Sowada, NStZ 2012, S. 1 ff., 8 f.; jüngst auch Haas, GA 2015, S. 86 ff., 100.

de an, bei dessen Vorliegen er gerechtfertigt gewesen wäre. Nun muss in Kürze die rechtliche Behandlung eines Erlaubnistatbestandsirrtums thematisiert werden und im Ergebnis ist (vorzugswürdig) mit der h. M. § 16 StGB analog anzuwenden.⁸⁶ Anschließend ist eine fahrlässige Körperverletzung gem. § 229 StGB zu prüfen.

Abschließende Anmerkung: Der eingeschränkten Schuldtheorie i. e. S. ist auch der BGH u. a. beim Speiseröhren-Fall gefolgt. Demnach ist aber dem Arzt nachzuweisen, dass bei ordnungsgemäßer Aufklärung die Einwilligung des Patienten unterblieben wäre. Verbleiben Zweifel, dann ist nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Gunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung erfolgt wäre.⁸⁷ Das bedeutet im Ergebnis, dass die Bejahung

der Strafbarkeit des Dr. F wegen Körperverletzung gem. § 223 StGB u. U. auch im Hilfspgutachten möglich ist.

V. Fazit

Die hypothetische Einwilligung ist äußerst „selbstbestimmungsfeindlich“⁸⁸, kann bis hin zur vollständigen Unterhöhlung der Patientenverfügung führen und widerspricht wesentlichen Prinzipien des Strafrechts. Im Hinblick auf die vielen Unklarheiten und Streitigkeiten, welche sich in der Literatur in Bezug auf die Einordnung und den Anwendungsbereich dieser Figur finden, braucht sie m. E. zum Instrumentarium des Strafrechts nicht zu gehören. So gesehen hat das AG Moers mit seinem Urteil vom 22.10.2015 zu Recht ausgeführt, dass „der im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht entwickelten Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung für den Bereich des Strafrechts bereits die Anerkennung zu versagen“ ist.⁸⁹

⁸⁶ Zu den verschiedenen Strömungen der Vorsatz- und Schuldtheorien s. *Wessels/Beulke/Satzger*, AT¹⁵, Rn. 467 ff. m. w. N.; vgl. *Papathanasiou*, Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale. Eine Verortung der subjektiven Zurechnung innerhalb der verfassungsrechtlichen Koordinaten des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Schuldprinzips, 2014. S. 133 ff., 169 ff.

⁸⁷ BGH NStZ 2012, 205 (206).

⁸⁸ Vgl. *Sowada*, NStZ 2012, S. 7.

⁸⁹ AG Moers, Urteil vom 22. Oktober 2015 – 601 Ds 44/15, 601 Ds - 103 Js 80/14 - 44/15 – juris Rn. 25.

Sina Aaron Moslehi*

Unabhängige Untersuchungskommissionen zur Kontrolle der Polizei

Der Beitrag soll zunächst einen Überblick über die aktuelle Diskussion in Deutschland verschaffen (II) und in diesem Rahmen einen Einblick in die aktuelle Strafverfolgungspraxis geben, wenn es um Ermittlungsverfahren gegen Polizeibeamte¹ geht, die sich möglicherweise im Amt strafbar gemacht haben. Hierbei wird auch die in der Bundesrepublik oftmals diskutierte Möglichkeit der Einsetzung eines Polizeibeauftragten beleuchtet. Anschließend werden anhand konkreter Beispiele einige europäische Modelle von unabhängigen Untersuchungskommissionen beschrieben (III), bevor der Verfasser – vor dem Hintergrund des europäischen Vergleichs – kritisch resümiert, welches Modell einer unabhängigen Untersuchungskommission für die Bundesrepublik in Frage kommt und dem Grundgedanken unabhängiger Ermittlungen Rechnung trägt (IV).

* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Universität Hamburg, er dankt stud. iur. *Robert Feist* für die Unterstützung bei der Anfertigung dieses Aufsatzes.

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird in diesem Beitrag durchgängig das generische Maskulinum verwendet.

² Bei den im Mai 2015 bekannt gewordenen Vorwürfen ging es um Übergriffe auf vorläufig Festgenommene durch Beamte der Bundes-

I. Einleitung

Nach dem Bekanntwerden von Vorwürfen gegen Polizeibeamte der Bundespolizeiinspektion Hannover² stellte sich in der medialen und politischen Diskussion die Frage danach, wie mit Beschwerden von Bürgern, die Polizeibeamte eines rechtswidrigen Übergriffes beschuldigen, verfahren werden soll.³ Im Rahmen dieser Diskussionen wurde insbesondere über eine unabhängige

polizeiinspektion Hannover. Gegen einen Beamten wurde u. a. wegen Körperverletzung im Amt ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, das vor Kurzem eingestellt wurde. Nunmehr wurde gegen ihn u. a. wegen Verstößen gegen das Waffengesetz und gegen das Kunsturheberrechtsgesetz Anklage erhoben, s. NDR.de vom 17.05.2015, http://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Fluechtlinge-in-Polizeizelle-erniedrigt,misshandlung136.html (09.04.2016); SPIEGEL.de vom 05.04.2016, <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/hannover-bundespolizist-wird-nicht-wegen-folter-angeklagt-a-1085550.html> (09.04.2016); NDR.de vom 05.04.2016, https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/hannover_weser-leinegebiet/Offenbarkeine-Misshandlung-durch-Bundespolizei,bundespolizist102.html (09.04.2016).

³ Zur politischen Debatte siehe nur BT-Plenarprotokoll 18/113, 10906 B-10923 A.