

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
I. Teil: Einleitung	15
A. Einführung in die Thematik	15
B. Gang der Untersuchung	18
II. Teil: Definition der hypothetischen Einwilligung	20
III. Teil: Medizinrechtlicher Hintergrund	21
A. Historische Entwicklung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung in der zivilrechtlichen Judikatur	21
I. Ursache für die Entwicklung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung	21
II. Historische Entwicklung	22
1. Rechtsprechung des RG zum Einwand der hypothetischen Einwilligung	22
2. Wandel der Rechtsprechung Mitte des 20. Jahrhunderts	24
3. Beachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung in jüngerer Rechtsprechung	25
B. Beweislastverteilung beim Vorbringen des Einwands der hypothetischen Einwilligung	29
I. Grundsätze	29
II. Austariertes System der Darlegungs- und Beweislast	31
1. Berufen des Arztes auf den Einwand der hypothetischen Einwilligung	32
2. Darlegung eines Entscheidungskonflikts durch den Patienten	33
3. Widerlegen des Entscheidungskonflikts durch den Arzt	38
C. Stand der Zivilrechtswissenschaft zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung	39
I. Bestimmung des verletzten Rechtsguts als Weichenstellung für die grundsätzliche Beachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung	39

II. Stand der Lehre zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung	42
1. Unbeachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung	42
2. Anerkennung des Einwands der hypothetischen Einwilligung	44
3. Vermittelnde Ansicht	46
D. Sonderstellung des Einwands der hypothetischen Einwilligung im Rahmen des Schmerzensgeldanspruchs	47
I. Unbeachtlichkeit des Einwands der hypothetischen Einwilligung im Rahmen der Geltendmachung von Schmerzensgeldansprüchen	48
II. Anerkennung des Einwands der hypothetischen Einwilligung beim Ausgleich immaterieller Schäden	49
III. Ansicht der Rechtsprechung zur Sonderstellung des Einwands der hypothetischen Einwilligung im Rahmen von Schmerzensgeldansprüchen	50
E. Zusammenfassung des arzt haftungsrechtlichen Hintergrunds der hypothetischen Einwilligung	51
IV. Teil: Übernahme der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ins Strafrecht	52
A. Ärztlicher Heileingriff	52
I. Qualifikation des ärztlichen Heileingriffs	52
1. Körperverletzungsdoktrin der Judikatur	52
2. Standpunkt der Lehre	55
a) Erfolgstheorie	56
b) Erfolgsunabhängiger Lösungsansatz	58
c) Zweispurige Lösungen	59
d) Gefolgschaft der Rechtsprechung	61
e) Anwendbarkeit der Qualifikationstatbestände	61
3. Stellungnahme	64
II. Erforderlichkeit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund	66
1. Einwilligung	67
a) Rechtsnatur der Einwilligung	67
b) Voraussetzungen der Einwilligung	68
aa) Disponibilität des beeinträchtigten Rechtsguts und Dispositionsbefugnis der Betroffenen	68
bb) Einwilligungsfähigkeit	68
cc) Form und Zeitpunkt der Einwilligungserklärung	69
dd) Willensmangelfreiheit	70
ee) Sittenwidrigkeitsklausel § 228 StGB	71
ff) Handeln in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung	71
c) Mutmaßliche Einwilligung	72
2. Aufklärung als spezifische Voraussetzung der Einwilligung in ärztliche Heileingriffe	73
a) Zentrale Bedeutung der Aufklärung für die Rechtfertigung	73

b) Arten der Aufklärung	74
aa) Sicherheitsaufklärung/therapeutische Aufklärung	75
bb) Selbstbestimmungsaufklärung: Diagnose-, Verlaufs- und Risikoaufklärung	75
(1) Diagnoseaufklärung	75
(2) Verlaufsaufklärung	76
(3) Risikoaufklärung	77
c) Grundsätze der Aufklärung	78
aa) Arzt als Aufklärungspflichtiger	78
bb) Patient als Adressat der Aufklärung	78
cc) Form der Aufklärung	79
dd) Zeitpunkt der Aufklärung	79
ee) Umfang der Aufklärung	80
ff) Fehlende Aufklärungsbedürftigkeit: Verzicht, eigene Sachkunde, therapeutische Kontraindikation	81
B. Relevanz der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Judikatur	83
I. Erste Ansätze zur Übertragung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung auf den Bereich des Medizinstrafrechts	83
1. Urteil des BGH vom 28.06.1963 – 4 StR 202/63	83
2. Urteil des BGH vom 25.09.1990 – 5 StR 342/90	84
3. Surgibone-Fall, Urteil des BGH vom 29.06.1995 – 4 StR 760/94	85
II. Anwendung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht	88
1. Bandscheiben-Fall, Beschluss des BGH vom 15.10.2003 – 1 StR 300/03	88
2. Bohrer Spitzen-Fall, Urteil des BGH vom 20.01.2004 – 1 StR 319/03	90
III. Etablierung des Rechtsinstituts der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht	91
1. Liposuktion-Fall, Urteil des BGH vom 05.07.2007 – 4 StR 549/06	91
2. Turboentzug-Fall, Urteil des BGH vom 23.10.2007 – 1 StR 238/07	92
IV. Zusammenfassung der Entwicklung der hypothetischen Einwilligung in der strafrechtlichen Judikatur	93
C. Überblick über den Stand der Lehre zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung	94
I. Befürworter der hypothetischen Einwilligung	94
II. Gegner der hypothetischen Einwilligung	95
D. Dogmatische Einordnung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung	96
I. Ansicht der strafrechtlichen Judikatur	96
II. Ansätze der Wissenschaft	98
1. Einordnung der hypothetischen Einwilligung auf Ebene des Tatbe- stands	98
2. Verortung der hypothetischen Einwilligung auf Ebene der Rechtswidrigkeit	99

a) Qualifizierung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bzw. gesamtrechtfertigenden Rechtfertigungsgrund	99
b) Qualifizierung der hypothetischen Einwilligung als Zurechnungsausschluss	100
aa) Lösungsvorschlag von <i>Kuhlen</i>	101
bb) Lösungsvorschlag von <i>Mitsch</i>	103
3. Qualifizierung der hypothetischen Einwilligung als Strafausschließungs- bzw. Strafaufhebungsgrund	105
4. Zusammenfassung der unterschiedlichen Ansätze der Wissenschaft	105
E. Rechtspolitische Erwägungen für die Etablierung der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht	105
F. Kritische Auseinandersetzung mit dem Rechtsinstitut der hypothetischen Einwilligung	107
I. Rechtliche Bedenken	107
1. Strafrechtsdogmatische Unstimmigkeiten	107
a) Lösungsvorschlag von <i>Kuhlen</i>	108
b) Lösungsvorschlag von <i>Mitsch</i>	111
2. Missachtung bestehender Grundsätze im Strafrecht	112
a) Unbeachtlichkeit von Reserveursachen bzw. hypothetischen Kausalverläufen	112
b) Unbeachtlichkeit einer nachträglichen Zustimmung bzw. eines nachträglichen Verzichts auf Rechtsschutz	117
3. Verhältnis zwischen hypothetischer und mutmaßlicher Einwilligung	120
4. Nichtbeachtung des verfassungsrechtlich verankerten Selbstbestimmungsrechts des Patienten	123
a) Entstehung und Entwicklung des Selbstbestimmungsrechts	123
b) Verletzung des Selbstbestimmungsrechts durch die Hypothesenbildung	125
5. Unmöglichkeit eines Ausgleichs im Wege der Beweislastverteilung	128
II. Tatsächliche Schwierigkeit der Determination der Entscheidung des Patienten aufgrund der fiktiven Situation	130
III. Konsequenzen der Anerkennung des Rechtsinstituts	133
1. Im Bereich des Medizinstrafrechts	133
a) Disposition des Patienten über die Strafbarkeit des Arztes	133
b) Gefahr unzureichender Aufklärung durch Ärzte mangels strafrechtlicher Konsequenzen	134
2. Im Bereich des gesamten Strafrechts	136
IV. Konsequenz der Nichtzulassung des Rechtsinstituts	137
G. Alternativen zur hypothetischen Einwilligung als „Haftungskorrektiv“	138
I. Alternative Haftungskorrektive im Bereich des materiellen Strafrechts	138
1. Absenken der Anforderungen an die ärztliche Aufklärungspflicht im Strafrecht	139
a) Argumente für eine Anpassung der Aufklärungserfordernisse an das Strafrecht	140

b) Argumente gegen eine Anpassung der Aufklärungserfordernisse an das Strafrecht	143
c) Diskussion	144
2. Sonderstrafrecht für Ärzte	146
a) Einführung eines Tatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung	146
aa) Reformbestrebungen zur Schaffung eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung	146
bb) Grundgedanke der Reformbestrebungen	150
cc) Vorteile eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung	152
dd) Nachteile eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung	153
ee) Auswirkungen eines Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung auf die hypothetische Einwilligung	155
b) Privilegierungsvorschriften im Rahmen des allgemeingültigen Strafrechts	155
aa) Schaffung eines Ärzteprivilegs	155
bb) Einführung eines Strafmilderungsgrundes für Ärzte	158
3. Schutzzweckgedanke als strafbegrenzendes Kriterium	159
a) Grundgedanke der Schutzzwecklehre	159
b) Auswirkungen der Schutzzwecklehre auf die hypothetische Einwilligung	163
II. Strafprozessuale Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung durch Anwendung der Opportunitätsvorschriften	164
III. Zusammenfassung	166
H. Stellungnahme	166
I. Argumente gegen die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht	167
II. Argumente für die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht	168
III. Fazit	170
V. Teil: Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	174
Literaturverzeichnis	179