

1. Sachverhalt¹

Der 85-jährige P lässt zur Aufklärung von Verdauungsbeschwerden eine Darmspiegelung durch den Arzt A vornehmen. Dieser klärt P über die Risiken der Untersuchung auf und lässt ihn eine Einwilligungserklärung zur Ausführung der Darmspiegelung unterschreiben. Um die Untersuchung schließlich realisieren zu können, wird P unter starke Narkotika gesetzt. Da die Ursache der Beschwerden des P durch die Darmspiegelung nicht geklärt werden kann, beschließt A, gleich im Anschluss eine Magenspiegelung vorzunehmen.

Diese Entscheidung teilt er P mit, wobei ihm bewusst ist, dass eine wirksame Einwilligung dazu von ihm nicht erteilt werden kann, da dieser nach wie vor unter dem Einfluss der Medikamente steht. Dennoch versucht A die Untersuchung durchzuführen, wobei diese daran scheitert, dass P das Einführen des Endoskops nicht durch Schluckbewegungen unterstützen kann. Angesichts dieser Situation ist A sofort klar, dass das der Untersuchung innewohnende bekannte Risiko einer Perforation der Speiseröhre, die zu einer lebensbedrohlichen Mittelfellentzündung führen kann, signifikant erhöht ist, was er aber in Kauf nimmt. Nach mehreren Versu-

September 2012 Speiseröhren-Fall

Die hypothetische Einwilligung

Leitsatz der Bearbeiterinnen:

Die Rechtswidrigkeit eines medizinischen Eingriffs entfällt, wenn der Patient bei wahrheitsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte.

BGH, Urteil vom 11. Oktober 2011 – 1 StR 134/11, veröffentlicht in NSTZ 2012, 205

chen lässt die Wirkung der Narkotika nach, was A dazu veranlasst, P erneut eine Ampulle des Wirkstoffes zu spritzen. Es schließen sich weitere erfolglose Versuche an, das Endoskop in die Speiseröhre des P einzuführen. Bei einem der Versuche kommt es zu einer Perforation der Speiseröhre. P muss stationär in einem Krankenhaus behandelt werden und verstirbt schließlich an den sich aus der Speiseröhrenperforation ergebenden Komplikationen.

A wird vom Landgericht vom Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge, § 227 StGB, freigesprochen, wogegen die Staatsanwaltschaft und die Nebenklägerin, die Ehefrau des P, Revision zum BGH einlegen.

¹ Aufgrund von ungeklärten Umständen im Originalsachverhalt wurde dieser zum besseren Verständnis leicht gekürzt und abgeändert.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Das Hauptproblem dieses Urteils liegt in der höchst umstrittenen Figur der hypothetischen Einwilligung.

Nach Auffassung der Rechtsprechung erfüllt der medizinische Eingriff eines Arztes den Tatbestand einer Körperverletzung.² Es wird dabei überwiegend davon ausgegangen, dass die Strafbarkeit des Arztes lediglich gerechtfertigt sein kann, insbesondere durch die Einwilligung³ des Patienten.

Bislang sind zwei Formen der Einwilligung anerkannt. Darunter fallen die unproblematischen Fälle, in denen der Patient nach ordnungsgemäßer Aufklärung tatsächlich in den körperlichen Eingriff einwilligt.⁴ Kann eine **tatsächliche Einwilligung** hingegen nicht eingeholt werden (z.B. bei Notfallpatienten), kommt eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der **mutmaßlichen Einwilligung** in Betracht.⁵ Eine solche liegt vor, wenn es unmöglich ist, die tatsächliche Einwilligung einzuholen und nach der ex ante zu bestimmenden Wahrscheinlichkeit der Patient in den Eingriff eingewilligt hätte.⁶ Dabei wird nicht auf die objektiven Umstände abgestellt, sondern lediglich auf die

(mutmaßlichen) persönlichen und individuellen Interessen des Patienten.⁷

Davon abzugrenzen ist die Figur der **hypothetischen Einwilligung**, bei der es sich um ein aus dem Zivilrecht übernommenes Rechtsinstitut handelt. Hierdurch sollen jene Fälle erfasst, in denen die Zustimmung eines Patienten nicht vorliegt oder diese wegen eines Aufklärungsmangels unwirksam ist, der Patient aber ex post betrachtet bei genügender Aufklärung in den Eingriff eingewilligt hätte.⁸ Ein Beispiel für die Anwendung der hypothetischen Einwilligung findet sich im **Bandscheibenfall**⁹, in dem eine Ärztin bei einer Patientin, die einen leichten und einen schweren Bandscheibenvorfall in verschiedenen Bereichen der Wirbelsäule erlitten hatte, versehentlich statt des vorgesehenen schweren den leichten Bandscheibenvorfall operierte. Auf Anraten des Chefarztes verschwieg sie der Patientin die Verwechslung und erklärte ihr die Notwendigkeit eines zweiten Eingriffs mit einem Frührezidiv. Aufgrund dieser wahrheitswidrigen Aufklärung erteilte die Patientin die Einwilligung zur weiteren Operation, in welcher der schwere Bandscheibenvorfall entfernt wurde. Die hypothetische Einwilligung wurde in diesem Fall angenommen, weil die Patientin auch bei korrekter Aufklärung in die Operation eingewilligt hätte.

Die **Anwendung** dieser Rechtsfigur im Strafrecht ist allerdings stark umstritten. Von einem Großteil der Literatur wird sie als unvereinbar mit den Grundsätzen der herrschenden strafrechtlichen Dogmatik komplett abgelehnt.¹⁰ Demgegenüber scheint insbesondere die Rechtsprechung ein Bedürfnis hinsichtlich der Anerkennung

² RGSt 25, 375; seither st. Rspr. (vgl. z.B. BGHSt 11, 111, 112; 43, 306, 308); ablehnend hingegen die h.L. (vgl. Eser/Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 30 m.w.N.).

³ Zur Einwilligung als Rechtfertigungsgrund vgl. Kindhäuser, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2011, § 12 Rn. 2 m.w.N.; zur Einwilligung als Ausschluss des obj. Tatbestandes vgl. Roxin, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.

⁴ Zu den Voraussetzungen einer tatsächlichen Einwilligung vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 41. Aufl. 2011, Rn. 371 ff.; Rengier, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 7 ff.

⁵ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 381; Kindhäuser (Fn. 3), § 19 Rn. 2.

⁶ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 382.

⁷ Heinrich, Strafrecht AT I, 2. Aufl. 2010, Rn. 475; Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 382; Rengier (Fn. 4), § 23 Rn. 58 ff.

⁸ Kuhlen, in: Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001, 2001, S. 331, 333.

⁹ BGH NStZ-RR 2004, 16ff.

¹⁰ Überblick zu der Argumentation: Jansen, ZJS 2011, 482, 489-494 m.w.N.

der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht zu sehen.¹¹

Im Falle ihrer Anwendung stellt sich indes die Frage, wo die Figur **dogmatisch einzuordnen** ist. Hier lassen die Entscheidungen des BGH unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten zu.

Im Schrifttum wird zum Teil angenommen, das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung müsse im Rahmen der objektiven Zurechnung auf **Tatbestandsebene** geprüft werden.¹² Unter objektiver Zurechnung versteht man, dass der Täter eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen hat, die sich im tatbestandlichen Erfolg realisiert haben muss.¹³ Die objektive Zurechenbarkeit soll dann aber bei Fällen entfallen, in denen ein Erfolg zwar durch ein pflichtwidriges Verhalten verursacht wurde, dieser aber auch eingetreten wäre, wenn der Täter pflichtgemäß gehandelt hätte (Rechtsfigur des rechtmäßigen Alternativverhaltens).¹⁴ Demnach soll der eingetretene Erfolg nicht als Unrechtserfolg qualifiziert werden, wenn der Patient bei pflichtgemäßer ärztlicher Aufklärung in die konkrete Operation durch den konkret handelnden Arzt eingewilligt hätte.¹⁵ Insofern sei die hypothetische Einwilligung eine Ausprägung des Zurechnungsausschlusses.¹⁶

Es kann aber auch aus dem Wortlaut der neueren Judikate, die von „Rechtswidrigkeit entfällt“¹⁷ sprechen, abgeleitet werden, dass es sich bei der Figur um einen **eigenständigen Rechtfertigungsgrund** handelt. Dem-

nach entfielen bei Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung die Rechtswidrigkeit.¹⁸

Teilweise wird auch erwogen, eine Prüfung der **objektiven Zurechnung auf die Ebene der Rechtswidrigkeit** zu übertragen.¹⁹ Dabei wird davon ausgegangen, dass es zur Begründung der Rechtswidrigkeit einer Tat nicht ausreiche festzustellen, dass ein Rechtfertigungsmangel vorliegt.²⁰ Vielmehr müsse zudem geprüft werden, ob der Taterfolg objektiv zurechenbar auf diesem Rechtfertigungsmangel beruhe.²¹ Die Ansicht geht insofern von einer „strukturellen Analogie“²² von objektiver Zurechnung im Tatbestand und Zurechnung von Rechtfertigungsmängeln aus. Im Falle der hypothetischen Einwilligung fehle es somit an dem Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Taterfolg und Rechtfertigungsmangel, da der Patient auch dann in den Eingriff eingewilligt hätte, wäre er wirksam aufgeklärt worden.²³ Diese Ansicht lässt im Ergebnis aufgrund dieser fehlenden Zurechnung das Erfolgsunrecht der Tat entfallen. Bestehen bleibt hingegen das Handlungsunrecht, welches durch die Prüfung einer Versuchsstrafbarkeit Berücksichtigung finde.²⁴

Schließlich gibt es Stimmen, die die hypothetische Einwilligung außerhalb des klassischen Deliktaufbaus als **Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund** prüfen.²⁵ Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe sind dabei Umstände, die eine Strafbar-

¹¹ BGH NSTZ-RR 2004, 16; BGH NSTZ 2004, 442; BGH NSTZ-RR 2007, 340; BGH NSTZ 2008, 150.

¹² *Roxin* (Fn. 3), § 13 Rn. 122 (welcher die Einwilligung insgesamt auf Tatbestandsebene prüft und, insofern konsequent, auch die hypothetische Einwilligung dorthin verortet); *Ulsenheimer*, NSTZ 1996, 132, 133.

¹³ *Heinrich* (Fn. 7), Rn. 243 m.w.N.

¹⁴ *Heinrich* (Fn. 7), Rn. 251.

¹⁵ *Kuhlen*, JR 2004, 227, 229.

¹⁶ *Kuhlen* (Fn. 8), S. 337.

¹⁷ BGH NSTZ-RR 2004, 16, 17; NSTZ-RR 2007, 340.

¹⁸ BGH JR 2004, 251, 252; BGH JR 2004, 469; BGH NSTZ-RR 2007, 340; BGH NSTZ 2012, 205 (dazu unter 3.)

¹⁹ *Kuhlen* (Fn. 8), S. 338 ff.

²⁰ *Kuhlen* (Fn. 8), S. 339.

²¹ *Kuhlen* (Fn. 8), S. 339.

²² *Kuhlen* (Fn. 8), S. 340.

²³ *Kuhlen* (Fn. 8), S. 340.

²⁴ *Kuhlen*, JZ 2005, 713, 716; ders. in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, 431, 443.

²⁵ *Böcker*, JZ 2005, 925, 929.

keit aus kriminalpolitischen Gründen entfallen bzw. nicht entstehen lassen.²⁶

3. Kernaussagen der Entscheidung

Auch wenn der BGH den konkreten Fall aufgrund von Sachverhaltsunklarheiten an das Landgericht zurückverweist, kann dennoch aus der Entscheidung abgeleitet werden, dass er die hypothetische Einwilligung prinzipiell zulassen will und dogmatisch auf der Rechtfertigungsebene verortet. Das Gericht scheint bei der hypothetischen Einwilligung von einem eigenständigen Rechtfertigungsgrund auszugehen. Darauf weist hin, dass der BGH einen Erlaubnistatbestandsirrtum prüft, wenn auch unklar bleibt, was er als Voraussetzungen für das Vorliegen eines solchen annimmt. Er stellt somit den Irrtum über das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung dem Irrtum über den anerkannten Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gleich.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Im Rahmen einer Klausur muss auf der Ebene der Rechtswidrigkeit das Eingreifen von Rechtfertigungsgründen geprüft werden. Dabei gilt es zunächst festzustellen, ob eine tatsächliche Einwilligung vorliegt.²⁷ Ist dies nicht gegeben, muss geprüft werden, ob eine Einwilligung aufgrund zwingender Umstände nicht eingeholt werden konnte, was dann den Anwendungsbereich der mutmaßlichen Einwilligung eröffnet. Liegt hingegen eine tatsächliche Einwilligung vor, muss geprüft werden, ob alle Voraussetzungen der tatsächlichen Einwilligung, insbesondere die Verfügbarkeit des Rechtsguts und die Einwilligungsfähigkeit, gegeben sind. Ist die erklärte Einwilligung unwirksam, insbesondere aufgrund von Aufklärungsmängeln, ist an die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung zu denken. Da-

für muss zunächst ermittelt werden, wie ordnungsgemäß aufzuklären gewesen wäre, um dann die Frage zu beantworten, ob der Patient im konkreten Fall daraufhin eingewilligt hätte.²⁸ Stimmen der hypothetische Wille bei korrekter Aufklärung und der nach fehlerhafter Aufklärung tatsächlich erklärte Wille überein, wäre eine hypothetische Einwilligung zu bejahen. An dieser Stelle kann dann diskutiert werden, inwiefern es überhaupt möglich ist, Hypothesen über die Willensbildung aufzustellen. Dies kann als Überleitung zu einer kurzen Darstellung der Argumente für und gegen die Anwendung der hypothetischen Einwilligung dienen. Im Ergebnis sollte man aufgrund der großen Rechtsunsicherheiten die Figur ablehnen.²⁹ Der Arzt wäre dann nach einem vollendeten Delikt zu bestrafen.

5. Kritik

Fraglich ist, ob die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung des BGH überzeugen kann. Leitet man aus der Formulierung „die Rechtswidrigkeit entfällt“ ab, dass es sich bei der hypothetischen Einwilligung um einen selbstständigen Rechtfertigungsgrund handelt, wäre bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen das eigentlich pflichtwidrige Verhalten gerechtfertigt. Gegen diese Einordnung sprechen allerdings die strukturellen Unterschiede, welche zwischen den anerkannten Rechtfertigungsgründen der tatsächlichen bzw. mutmaßlichen Einwilligung und der hypothetischen Einwilligung bestehen.

Das Bedürfnis der Strafrechtsordnung, in bestimmten Fällen das Unrecht einer Tat entfallen zu lassen, ist zuvorderst in der Idee begründet, dass das Interesse am Schutz des verletzten Rechtsguts in Widerstreit mit anderen wichtigeren Interessen gerät und durch

²⁶ *Kindhäuser* (Rn. 3), § 6 Rn. 14; *Wesels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 494 ff.

²⁷ A.A. *Roxin* (Fn. 3), § 13 Rn. 12 ff.

²⁸ *Bollacher/Stockburger*, Jura 2006, 908, 913.

²⁹ Vgl. dazu unter 5.

diese verdrängt wird (Notwehr, Notstand etc.).³⁰

Bei der Einwilligung sowie der mutmaßlichen Einwilligung leitet sich der rechtfertigende Charakter sodann aus der Regel „volenti non fit iniuria“ („dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht“) ab.³¹ Es entfällt dabei das Bedürfnis des Schutzes eines Rechtsguts, weil der Einzelne über seine Güter frei verfügen und somit auch auf seinen strafrechtlichen Schutz verzichten kann.³² Diesen Verzicht macht der Patient bei der tatsächlichen Einwilligung durch seine Äußerung deutlich. In Falle einer mutmaßlichen Einwilligung wird die Patientenautonomie dadurch sichergestellt, dass bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens auf die persönlichen und individuellen Umstände des Patienten abgestellt wird.³³ Die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens beruht dabei auf dem Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen eines Erlaubnissesatzes in der konkreten Situation des Tatzeitpunktes.³⁴ Es geht also um die Frage, ob von einem generellen Verbot im Einzelfall eine Ausnahme gemacht werden sollte.³⁵

Bei der hypothetischen Einwilligung liegt jedoch keine wirksame Einwilligung in den Verzicht auf den Schutz eines Rechtsguts zum Zeitpunkt der Tat vor, welche das Unrecht der Tat entfallen ließe.³⁶ Der Betroffene hat keinen wirksamen Einfluss auf seinen Rechtsgüterschutz genommen. Fraglich ist, ob dieser fehlende Einfluss zum Tatzeitpunkt durch die Annahme einer Einwil-

ligung im Nachhinein ersetzt werden kann. Dagegen spricht zunächst, dass ein tatsächliches Geschehen schon aus naturgesetzlichen Gründen nicht mit Wirkung für die Vergangenheit verändert werden kann.³⁷ Es bliebe folglich nur noch die Möglichkeit, die nachträglich abgegebene Einwilligung auf den Tatzeitpunkt rückwirken zu lassen. Gegen die Anerkennung der Rückwirkung der nachträglich abgegebenen Einwilligung kann angeführt werden, dass dies zu einer unververtretbaren Rechtsunsicherheit führe, da Umfang und Inhalt einer Strafe zum Zeitpunkt der Tat festliegen müssen.³⁸ Im Fall der Anwendung der hypothetischen Einwilligung hinge ansonsten die Strafbarkeit des Arztes von der Disposition des Patienten ab. Die Entscheidung, welche der Patient im Nachhinein treffen wird, ist im Zweifelsfall von dem (Miss-)Erfolg der Heilbehandlung beeinflusst. Es kann zudem von einer „Regelvermutung“ dahingehend ausgegangen werden, „dass sich niemand von einem Arzt operieren lassen möchte, der ihn vorsätzlich nicht über bestehende Risiken etc. aufklärt“.³⁹ Die wirklichen Umstände des Tatzeitpunktes werden bei einer nachträglichen Willensbildung völlig ausgeblendet.⁴⁰ Die Konstruktion einer Einwilligung ex post käme somit (zumindest psychologisch) einer nachträglichen Genehmigung gleich.⁴¹ Allerdings hat die nachträgliche Genehmigung im Strafrecht keine rechtfertigende Wirkung, was schon aus § 228 StGB deutlich wird, der nur die (vorherige) Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anerkennt, indem er eine „Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person,“ voraussetzt.⁴² Die nachträgliche Ge-

³⁰ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 2), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 7.

³¹ *Lenckner*, GA 1985, 301, 304; eine a.A. nimmt auch bei der Einwilligung eine Interessenabwägung vor: *Jansen* (Fn. 10), 485; *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 265.

³² *Lenckner*, GA 1985, 301, 304.

³³ Vgl. unter 2.

³⁴ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 2), Vorbem. zu §§ 32 ff. Rn. 10a; *Albrecht*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 335.

³⁵ *Wessels/Beulke* (Fn. 4), Rn. 273.

³⁶ *Otto/Albrecht*, Jura 2010, 264, 269.

³⁷ *Albrecht* (Fn. 33), S. 353.

³⁸ *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT Tb. 1, § 34 Rn. 14.

³⁹ *Bosch*, JA 2008, 70, 72.

⁴⁰ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 6.

⁴¹ *Sowada*, NStZ 2012, 1, 6.

⁴² *Schlehofer*, in: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 952, 967.

nehmung wird auch dort, wo sie geregelt wird, etwa in § 331 Abs. 3 StGB, nicht als Rechtfertigungsgrund anerkannt, sondern als die bloße Aufhebung der Strafbarkeit.⁴³ Durch die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung würde somit der Genehmigung systemwidrig ein Anwendungsbereich als Rechtfertigungsgrund zukommen.

Ferner wird davon ausgegangen, dass sich Rechtfertigungsgründe immer aus einem objektiven und einem subjektiven Element zusammensetzen. Das subjektive Element verlangt, dass der Täter im Bewusstsein gehandelt hat, das Rechtsgut eines anderen in der konkreten Situation nicht in rechtswidriger Weise zu beeinträchtigen.⁴⁴ Bei der hypothetischen Einwilligung ist dem Arzt aber bewusst, dass er nicht auf Grundlage einer Einwilligung, sondern auf Grundlage eines lediglich erdachten Sachverhaltes handelt, denn anderenfalls hätte er auch ohne weiteres vollständig aufklären können.⁴⁵ Im dem Moment, in dem der Arzt an das Vorliegen einer hypothetischen Einwilligung glaubt, vermeint er die Lage des Patienten besser einschätzen zu können als dieser selbst.⁴⁶ Er bevormundet den Patienten somit im Moment des Eingriffes in der Hoffnung, dass der Patient danach mit der ärztlichen Einschätzung konform gehe und diesen „rechtfertige“. Damit fehlt es bei der hypothetischen Einwilligung an dem subjektiven Rechtfertigungselement, denn der Arzt geht bewusst nicht von dem Vorliegen einer wirksamen Einwilligung zum Tatzeitpunkt aus. Er hat lediglich den Glauben daran, durch eine spätere Einwilligung gerechtfertigt zu handeln.

Auch scheint die Figur der hypothetischen Einwilligung den Grundsatz der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung zu unterlaufen. Damit ist gemeint, dass die Figur der mutmaßlichen Einwilligung immer nur dann Anwendung fin-

det, wenn die rechtzeitige Einholung einer tatsächlichen Einwilligung des Berechtigten im Tatzeitpunkt unmöglich ist.⁴⁷ Dadurch wird dem Betroffenen prinzipiell garantiert, eigenverantwortlich mit seinen Rechten umgehen zu können.⁴⁸ Bei der hypothetischen Einwilligung hingegen gibt es keine Voraussetzungen, die eine solche Subsidiarität garantieren würden, denn es fehlt ein Grund, weshalb die Einwilligung des Patienten nicht im Tatzeitpunkt eingeholt wird.⁴⁹ Folglich könnte der Arzt seine Pflicht zur Aufklärung bewusst missachten, bzw. sogar gezielt täuschen und darauf vertrauen, dass er straflos bleibt, denn jeder Zweifel an der Übereinstimmung des hypothetischen Willens mit dem tatsächlichen Patientenwillen oder die Unmöglichkeit einen solchen festzustellen (bei verstorbenen Patienten) wird nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ zu Gunsten des Täters entschieden.⁵⁰ Im Ergebnis gäbe es dann Fälle, in welchen es unerheblich ist, ob eine Einwilligung des Patienten vorlag oder nicht.⁵¹ Die hypothetische Einwilligung stellt sich mithin als äußerst „selbstbestimmungsfeindlich“ dar und kann sogar bis hin zur vollständigen Unterhöhlung der Patientenautonomie führen. Folglich kann dem BGH bei seiner dogmatischen Einordnung der hypothetischen Einwilligung nicht zugestimmt werden. Im Hinblick auf die weiteren vielen Unklarheiten und Streitigkeiten, welche sich in der Literatur in Bezug auf die Einordnung und den Anwendungsbereich dieser Figur finden lassen, ist der Eingliederung der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht insgesamt nicht zuzustimmen.

(Naemi Czempiel/Hannah Mugler)

⁴³ Schlehofer (Fn. 42), S. 968.

⁴⁴ Wessels/Beulke (Fn. 4), Rn. 277.

⁴⁵ Böcker, JZ 2005, 925, 927.

⁴⁶ Albrecht (Fn. 34), S. 377.

⁴⁷ Lenckner/Sternberg-Lieben (Fn. 2), Rn. 54.

⁴⁸ Albrecht (Fn. 34), S. 346.

⁴⁹ Albrecht (Fn. 34), S. 347.

⁵⁰ Sowada, NStZ 2012, 1, 7.

⁵¹ Garbe, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, 2011, S. 233.