WISSEN was geprüft wird

Für Studierende & Referendare

JURA INTENSIV

RA 01/2016

Rechtsprechungs-Auswertung

ENTSCHEIDUNG DES MONATS

STRAFRECHT

Hypothetische Einwilligung kein strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund

Jura Intensiv

IMPRESSUM

Herausgeberin: Jura Intensiv Verlags UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG,
Rathausplatz 22, 46562 Voerde, **Tel.:** 02855/96171-80; **Fax:** 02855/96171-82
Internet: http://www.verlag.jura-intensiv.de - **E-Mail:** verlag@jura-intensiv.de

Chefredaktion: Rechtsanwalt Oliver Soltner (V.i.S.d.P.)

Redakteure: Theresa Bauerdick &
Richterin am Amtsgericht Dr. Katharina Henzler (Zivilrecht)
Assessor Dr. Dirk Schweinberger (Nebengebiete)
Rechtsanwalt Dr. Dirk Kues (Öffentliches Recht)
Rechtsanwalt Uwe Schumacher (Strafrecht)

Chef vom Dienst: Ines Susen

Bezugspreis: Printausgabe: 6,50 Euro/Heft. 12 Hefte pro Jahr. Ermäßigungen für Abonnenten.
Digitalausgabe: 5,99 Euro/Heft.

Werbung: Die RA steht externer Werbung offen. Mediadaten sind unter
verlag@jura-intensiv.de erhältlich.

STRAFRECHT

Problem: Hypothetische Einwilligung

Einordnung: Rechtfertigungsgründe

AG Moers, Urteil vom 22.10.2015
601 Ds-103 Js 80/14-44/15

EINLEITUNG

Das AG Moers lehnt – in Übereinstimmung mit weiten Teilen der Literatur – in der vorliegenden Entscheidung den vom BGH anerkannten Rechtfertigungsgrund der hypothetischen Einwilligung ab.

LEITSATZ (DES BEARBEITERS)

Eine tatbestandliche Körperverletzung kann nicht über eine sog. hypothetische Einwilligung gerechtfertigt sein; diesem Rechtfertigungsgrund ist im Strafrecht die Anerkennung zu versagen.

SACHVERHALT

Die Nebenklägerin N wurde aufgrund anhaltender Beschwerden von ihrem Frauenarzt zu einer ambulanten Operation in die Frauenklinik des A-Krankenhauses in B überwiesen. Am 14.11.2013 fand dort die Voruntersuchung durch den Chefarzt Dr. U statt, welcher N in dem Zusammenhang über den geplanten ambulanten Eingriff - eine sogenannte Marsupialisation: die Eröffnung der Drüse mit anschließender Nahtversorgung zur Ermöglichung des Sekretabflusses - aufklärte. Nach der erfolgten Aufklärung unterzeichnete N die Einwilligungserklärung mit folgendem Wortlaut:

„[...] 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. [...]“

Die Operation sollte am Folgetag stattfinden. Operateur war der Angeklagte A, der zum damaligen Zeitpunkt leitender Oberarzt der Klinik war. Als N sich bereits in Narkose befand, wurde sie von A untersucht. Dieser konnte die noch am Vortag bei der Voruntersuchung im Bereich der linken Labie festgestellte Zyste nicht feststellen. Stattdessen ertastete er im Bereich der rechten großen Labie eine 2x2 cm große solide Resistenz, deren Entfernung und histologische Untersuchung er (zutreffend) für medizinisch indiziert hielt. A, der sich bewusst war, dass eine Absprache mit N betreffend die Entfernung des (rechtsseitigen) Befunds zur histologischen Abklärung nicht erfolgt und die Entnahme des Gewebes nicht eilbedürftig war, entschloss sich - das Einverständnis der Patientin voraussetzend - zur Vermeidung einer weiteren Operation gleichwohl zur sofortigen Entfernung der Resistenz.

Hat A sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I strafbar gemacht?

[Anm.: Ein ggf. erforderlicher Strafantrag ist gestellt.]

PRÜFUNGSSCHEMA: KÖRPERVERLETZUNG, § 223 StGB

A. Tatbestand
- **I. Körperliche Misshandlung/Gesundheitsschädigung**
- **II. Vorsatz**

B. Rechtswidrigkeit

C. Schuld

Juris Intensiv

LÖSUNG

Durch die Operation könnte A sich wegen Körperverletzung gem. § 223 I StGB zum Nachteil der N strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

BGH, Urteil vom 05.07.2007, 4 StR 549/06, NStZ-RR 2007, 340, 341

„Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs […] **stellt jeder ärztliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit eine tatbestandsmäßige Körperverletzung dar**. Vom Vorliegen des **objektiven Tatbestandes** sowie des erforderlichen **Vorsatzes** ist dementsprechend ohne weiteres auszugehen."

II. Rechtswidrigkeit

A müsste auch rechtswidrig gehandelt haben.

1. Rechtfertigende ausdrückliche Einwilligung der N

A könnte durch eine **ausdrückliche Einwilligung** der N gerechtfertigt sein.

Tatsächlich durchgeführte Operation ist nicht von der Einwilligungserklärung des Opfers gedeckt.

„Eine ausdrückliche Einwilligung in den erfolgten Eingriff, welche die Rechtswidrigkeit entfallen ließe, ist nicht anzunehmen. Soweit die Verteidigung sich insoweit auf die von der Nebenklägerin unterzeichnete Einwilligungserklärung, namentlich auf den Passus mit ‚[...] sich erst während des Eingriffs als medizinisch notwendig erweisenden Änderungen oder Erweiterungen [...] bin ich ebenfalls einverstanden' berufen hat, ist nicht davon auszugehen, dass dieser den tatsächlich erfolgten Eingriff abdeckt. Der tatsächlich vorgenommenen Operation lag […] ein gänzlich anderer Befund zugrunde, als der geplanten Maßnahme. Infolge dessen erforderte der Eingriff von Vornherein deutlich weiter gehende Maßnahmen als diejenigen, die im Rahmen des geplanten Eingriffs grundsätzlich vorgesehen waren: [Insbesondere] erforderte die vom Angeklagten zutreffend als indiziert beurteilte histologische Untersuchung der von ihm rechtsseitig ertasteten Resistenz in jedem Falle eine vollständige […] Entfernung des Gewebes (mit zwingend anschließendem stationärem Aufenthalt), wohingegen die geplante Behandlung des zystischen Befundes linksseitig grundsätzlich lediglich eine (ambulante) Eröffnung des Gewebes mit anschließender Nahtversorgung erfordert hätte. Angesichts dessen **kann nicht angenommen werden, dass die von der Nebenklägerin abgegebene Einwilligungserklärung den tatsächlich erfolgten Eingriff abdeckt**, zumal und maßgeblich weil die erfolgte Operation gerade an gänzlich anderer Stelle - wenn auch innerhalb desselben Organs - durchgeführt worden ist."

Die durchgeführte Operation ist also von der Einwilligungserklärung der N nicht gedeckt und A deshalb nicht durch eine ausdrückliche Einwilligung gerechtfertigt.

2. Rechtfertigende mutmaßliche Einwilligung der N

A könnte jedoch durch eine **mutmaßliche Einwilligung** der N gerechtfertigt sein.

Mutmaßliche Einwilligung nur bei fehlender Möglichkeit der Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung

„Der Eingriff ist auch nicht im Wege der mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt. **Das Eingreifen der mutmaßlichen Einwilligung setzt voraus, dass eine Einwilligung des Patienten nicht eingeholt werden kann.** Für den hier in Rede stehenden Fall, dass der Arzt intraoperativ vor der Frage steht, ob er eine mit Zustimmung des Patienten begonnene Operation

Juris intensiv

aufgrund von veränderten Umständen abbrechen oder fortsetzen soll, kommt nach der zutreffenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechtes des Patienten dann nicht in Betracht, wenn die Verzögerung des Eingriffs, die durch die Aufklärung und Einholung der Einwilligungserklärung entstünde, nicht mit akuter Lebensgefahr oder erheblichen Risiken für die Gesundheit des Patienten verbunden ist.

BGH, Urteil vom 04.10.1999, 5 StR 712/98, NJW 2000, 885

Eine Operationserweiterung ohne Zustimmung des Patienten allein unter dem Gesichtspunkt, dass eine weitere Operation - sollte sie vom Patienten gewünscht werden - mit den (üblichen) körperlichen oder seelischen Belastungen verbunden wäre, ist dementsprechend in aller Regel unzulässig. Anderenfalls liefe das Selbstbestimmungsrecht des Patienten weitgehend leer. Nach diesen Maßgaben scheidet die Annahme einer mutmaßlichen Einwilligung im vorliegenden Fall aus. Denn der vom Angeklagten vorgenommene Eingriff war […] gerade nicht in dem Sinne eilbedürftig, dass eine Verzögerung weitere Risiken barg, als diejenigen, die mit einer Folgeoperation zwangsläufig verbunden sind."

A ist somit auch nicht durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt.

3. Rechtfertigende hypothetische Einwilligung der N

Denkbar wäre schließlich eine Rechtfertigung des A durch eine **hypothetische Einwilligung** der N.

„Schließlich ist auch nicht von einer Rechtfertigung des Eingriffs unter dem Gesichtspunkt der hypothetischen Einwilligung auszugehen.

Hypothetische Einwilligung ist als Rechtfertigungsgrund abzulehnen.

Nach Auffassung des Gerichts **ist der im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht entwickelten Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung für den Bereich des Strafrechts bereits die Anerkennung zu versagen**. Dabei wird nicht verkannt, dass der 1. und 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs von einer Anwendbarkeit der Rechtsfigur auch bei der Beurteilung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes ausgehen. Dem ist jedoch aus triftigen Gründen nicht zu folgen.

Zulässigkeit der hypothetischen Einwilligung: BGH, Urteil vom 05.07.2007, 4 StR 549/06, NStZ-RR 2007, 340; Urteil vom 23.10.2007, 1 StR 238/07, NStZ 2008, 150; a.A.: Sowada, NStZ 2012, 1; Rönnau, JuS 2014, 882

Die bei der hypothetischen Einwilligung aufgeworfene Frage, ob der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den vorgenommenen ärztlichen Eingriff eingewilligt hätte, begegnet bereits methodischen Bedenken. Denn die Frage, wie sich ein Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung entschieden hätte, kann mangels Kenntnis entsprechender Naturgesetze prinzipiell kaum sinnvoll beantwortet werden, zumal unter Berücksichtigung des Umstandes, dass **nicht auf die Entscheidung eines vernünftigen Patienten, sondern auf diejenige des höchstpersönlich betroffenen Patienten abzustellen sein soll**. Angesichts der hiermit verbundenen, kaum zu überwindenden praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des fiktiven Patientenwillens wäre aufgrund des im Strafrecht geltenden in-dubio-pro-reo-Grundsatzes ein angemessener Strafrechtsschutz des Patienten nicht mehr gewährleistet. […]

Hypothetische Einwilligung führt zu unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten.

Ferner **spricht aus Sicht des Gerichts maßgeblich gegen die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung, dass durch sie das - von den §§ 223 ff. StGB jedenfalls auch - geschützte Selbstbestimmungsrecht**

Hypothetische Einwilligung würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu sehr aushöhlen.

Jura Intensiv

des Patienten erheblich ausgehöhlt werden würde. Anders als die mutmaßliche Einwilligung, setzt die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung gerade nicht voraus, dass eine Einwilligung nicht bzw. nicht ohne erhebliche Risiken für Leib oder Leben des Patienten eingeholt werden kann. Überspitzt formuliert, **könnte der Arzt seinem Patienten daher 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**. Die Barriere, die der […] Subsidiaritätsgrundsatz im Fall der mutmaßlichen Einwilligung völlig zu Recht gegen ein Unterlaufen des Selbstbestimmungsrechts errichtet hat, würde damit gänzlich wieder eingerissen.

Keine Vergleichbarkeit der hypothetischen Einwilligung mit anderen Rechtfertigungsgründen

Schließlich überzeugt die Annahme der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund auch in dogmatischer Hinsicht nicht. **Die Gründe, die das (vorläufige) Unwerturteil der Tatbestandsmäßigkeit in Rechtfertigungssituationen revidieren, liegen bei der hypothetischen Einwilligung gerade nicht vor**: Weder stellt sich die hypothetische Einwilligung als Akt der Selbstbestimmung dar (als Surrogat der Einwilligung oder mutmaßlichen Einwilligung), noch war der ärztliche Heileingriff in Abwägung kollidierender Interessen zu diesem Zeitpunkt erforderlich (Erforderlichkeitsprinzip als Kennzeichen von Rechtfertigungsgründen). **Dass die hypothetische Einwilligung als Rechtfertigungsgrund dementsprechend nicht taugt, wird letztlich auch daran deutlich, dass das in diesem Fall zwangsläufige Entfallen der Rechtswidrigkeit des Eingriffs konsequenter Weise zugleich zur Folge hätte, dass gegen einen auf Basis der hypothetischen Einwilligung handelnden Arzt keine Nothilfe geleistet werden dürfte.** […]

Keine Vergleichbarkeit der hypothetischen Einwilligung mit pflichtgemäßem Alternativverhalten

Soweit in der Literatur statt der Annahme eines Rechtfertigungsgrundes zur dogmatischen Begründung der hypothetischen Einwilligung der Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens aus dem Bereich der Zurechnungslehre fruchtbar gemacht wird, mit der Folge dass lediglich das Erfolgsunrecht ausgeschlossen sein soll, die Rechtswidrigkeit als solche hingegen unberührt bleibe, wird dieses untragbare Ergebnis zwar umgangen. Abgesehen davon, dass die übrigen bereits angeführten Einwände gegen die hypothetische Einwilligung durch diesen dogmatischen Kniff nicht ausgeräumt werden, vermag diese Anlehnung an die Zurechnungslehre aber auch sonst nicht zu überzeugen. **Der Gedanke des rechtmäßigen Alternativverhaltens lässt sich nicht ohne Brüche von der Tatbestandsebene des Fahrlässigkeitsdelikts auf die Rechtfertigungsebene übertragen.** […] Im Falle des Fahrlässigkeitsdelikts entfällt die Zurechnung des tatbestandlichen Erfolgs unter dem Gesichtspunkt des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs dann, wenn es dem Täter auch im Falle rechtmäßigen Alternativverhaltens faktisch nicht möglich gewesen wäre, den Eintritt des Erfolges zu vermeiden. Der Arzt kann indessen 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.

Juris Intern

> Nach alledem ist die hypothetische Einwilligung nach hier vertretener Auffassung für den Bereich des Strafrechts abzulehnen. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht die Anerkennung nicht versagen wollte, wäre im Übrigen im hier zu entscheidenden Fall eine Rechtfertigung (oder ein Ausschluss des Erfolgsunrechts) unter diesem Gesichtspunkt letztlich abzulehnen. Wie bereits angedeutet, setzt die Annahme einer hypothetischen Einwilligung voraus, dass davon auszugehen ist, dass der konkret betroffene Patient - hier die Nebenklägerin - auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in den medizinisch indizierten und lege artis durchgeführten Eingriff eingewilligt hätte. Davon ist jedoch nach der durchgeführten Beweisaufnahme nicht auszugehen."

Selbst bei Anerkennung der hypothetischen Einwilligung lägen deren Voraussetzungen nicht vor.

A ist auch nicht durch eine hypothetische Einwilligung gerechtfertigt und hat somit rechtswidrig gehandelt.

III. Schuld

Eine Strafbarkeit des A gem. § 223 I StGB könnte jedoch entfallen, wenn er sich irrig Umstände vorgestellt hätte, bei deren tatsächlichen Vorliegen er gerechtfertigt wäre (sog. **Erlaubnistatbestandsirrtum**).

> „[…] entfällt die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Körperverletzung auch nicht wegen Vorliegens eines Erlaubnistatbestandsirrtums. Ein solcher ist im vorliegenden Fall auf Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht gegeben. **Wenn ein 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 kein Erlaubnistatbestands- sondern lediglich ein Verbotsirrtum (in Form des Erlaubnisirrtums) gemäß § 17 StGB vor.** In diesem Fall missachtet er - wenn auch wohlmeinend - das dem Patienten grundsätzlich zustehende Selbstbestimmungsrecht und irrt damit lediglich über die Grenzen eines Rechtfertigungsgrundes. Exakt so liegt der Fall hier. Der Angeklagte ging […] nicht vom Vorliegen einer tatsächlichen Einwilligung aus. Er nahm auch nicht irrtümlich Tatsachen an, bei deren Vorliegen eine mutmaßliche Einwilligung zu bejahen gewesen wäre. Vielmehr ging der Angeklagte nach seinen eigenen Angaben davon aus, dass der Eingriff aufgrund der medizinischen Indikation zur Vermeidung einer weiteren Operation und der hiermit verbundenen Narkose im Interesse der Nebenklägerin vorgenommen werden dürfe. Dieser Irrtum schließt auch die Schuld des Angeklagten nicht aus. Diese Wirkung kommt dem Verbotsirrtum nur dann zu, wenn er unvermeidbar war. Dies kann im Falle eines Irrtums vorstehend dargestellten Inhalts bei einem Arzt kaum je der Fall sein."

BGH, Urteil vom 04.10.1999, 5 StR 712/98, NJW 2000, 885

A hat also trotz seines Irrtums **schuldhaft** gehandelt.

IV. Antrag

Der gem. § 230 StGB erforderliche **Strafantrag** ist gestellt.

V. Ergebnis

A ist strafbar gem. § 223 I StGB.

Jura Intensiv

ZUM SHOP!

Jetzt zur VOLLVERSION



RA DIGITAL 01/2016

Nur 5,99 € !!

In der JI App kann die RA Digital auch offline gelesen werden.

JURA INTENSIV

verlag.jura-intensiv.de