

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
-------------------------	----

Erster Teil

Rechtstatsachen

1.	Begriffliche Klärung	22
2.	Molekularbiologische Grundlagen	22
2.1	Funktionsweise der intakten menschlichen Immunabwehr.	22
2.1.1	Zelluläre Abwehr.	23
2.1.2	Humorale Abwehr.	24
2.2	Veränderungen im Immunsystem infolge der HIV-Infektion.	24
3.	Verlauf der HIV-Infektion.	26
3.1	Akute Infektion mit HIV.	26
3.2	AIDS Related Complex (ARC).	27
3.3	AIDS-Vollbild.	28
3.4	Perspektiven von HIV-Infizierten.	29
3.4.1	Zusammenhang der einzelnen Stadien der Erkrankung.	29
3.4.2	Therapiemöglichkeiten.	29
3.4.3	Mortalitätsrate.	30
4.	Diagnostik.	30
4.1	Direkter Virus-Nachweis.	31
4.1.1	Isolierung des Virus.	31
4.1.2	Nachweis von Virusantigenen oder viraler Nukleinsäure.	31
4.2	Nachweis von virusspezifischen Antikörpern.	31

10	Inhaltsverzeichnis	
4.2.1	Methode	31
4.2.2	Zuverlässigkeit dieser Testverfahren	32
5.	Epidemiologie	33
5.1	Statistische Daten	33
5.2	Übertragungswege	34
5.2.1	Voraussetzungen für die HIV-Übertragung	34
5.2.2	Übertragungsgerechte Verhaltensweisen	36
5.2.3	Einzelfälle und nicht eindeutig aufklärbare Fälle von HIV-Übertragungen	36
5.2.4	Ungefährliche Verhaltensweisen	37
5.2.5	Höhe des Übertragungsrisikos und Möglichkeiten der Prophylaxe	37
5.2.5.1	Geschlechtsverkehr mit HIV-Positiven	37
5.2.5.2	„Needle-sharing“ und andere Blut-zu-Blut-Kontakte	38
5.2.5.3	Kinder HIV-positiver Frauen	39
5.2.5.4	Prophylaxe	39
6.	Psychosoziale Aspekte von HIV-Tests	40
6.1	Auswirkungen eines positiven Testergebnisses	40
6.2	Die Ambivalenz von HIV-Tests	41

Zweiter Teil

Durchführung von HIV-Tests ohne den Willen des Betroffenen

Erster Abschnitt

HIV-Test und Einwilligung

1.	Überblick über den Meinungsstand in der Spezialliteratur	44
1.1	Medizinische Indikation als Äquivalent für Information	44
1.2	Medizinische Indikation als Ausgangspunkt für eine stillschweigende Einwilligung des Patienten	45
1.3	Nach dem Behandlungsauftrag differenzierende Lösungen	46
1.4	Relevanz der Einwilligung auch für den Umfang der Blutdiagnostik	48
1.5	Absehen von Aufklärung aufgrund des ärztlichen Fürsorgeprinzips	49

2.	Tatbestandliche Einordnung der Venenpunktion zum Zwecke der HIV-Diagnostik	49
2.1	Tatbestandsproblematik	49
2.1.1	Standpunkt der Rechtsprechung	49
2.1.2	Standpunkt des Schrifttums	50
2.1.3	Relevanz des Streits im vorliegenden Zusammenhang	50
2.1.4	Ärztlicher Eingriff als gefährliche Körperverletzung?	51
2.1.5	Ergebnis	52
2.2	Rechtmäßigkeit der Venenpunktion nach Einwilligungsprinzipien	53
2.2.1	Differenzierung zwischen Einwilligung und Einverständnis	53
2.2.2	Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Einwilligung	54
3.	Aufklärung als Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung	55
3.1	Funktionen der Aufklärung	55
3.2	Umfang der gebotenen Aufklärung	56
3.2.1	Justiziabilität der Frage des Aufklärungsumfangs	56
3.2.2	Herkömmliche Grundsätze zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht	57
3.2.3	Anwendung der herkömmlichen Grundsätze zur ärztlichen Aufklärungspflicht auf die Problematik der HIV-Tests	58
3.2.3.1	Aufklärung über das Vorliegen der HIV-Symptomatik	59
3.2.3.2	Aufklärung über die spätere HIV-Diagnostik	62
3.2.3.3	Ergebnis	67
3.3	Wegfall der Aufklärungspflicht	67
3.3.1	Aufklärungsverzicht	67
3.3.2	„Therapeutisches Privileg“	68
3.3.3	Planwidrige Erweiterung des Eingriffs	71
3.3.4	Zusammenfassung	73
3.4	Rechtsfolgen der unzureichenden Aufklärung	73
3.4.1	Problemstellung	73
3.4.2	Undifferenzierte Anerkennung der Relevanz jedes Irrtums	73
3.4.3	Differenzierungsversuche in der Rechtsprechung und in der älteren Literatur	74

3.4.3.1	Umfassende Einwilligung relevanz täuschungsbedingter Fehlvorstellungen	76
3.4.3.2	„Täuschung“ nur bei vorsätzlicher Herbeiführung des Irrtums?	77
3.4.4	Grenzziehung zwischen (vom Einwilligungsadressaten nicht zurechenbar veranlaßten) beachtlichen und unbeachtlichen Fehlvorstellungen	81
3.4.4.1	Abschichtung mit Hilfe der allgemeinen Abgrenzungsformeln der Kommentarliteratur	81
3.4.4.2	Abgrenzung nach <i>Arzt</i>	83
3.4.4.3	Weiterentwicklung des <i>Arzt'schen</i> Ansatzes	84
3.4.4.4	Abgrenzung nach <i>Roxin</i>	88
3.4.4.5	Der Aspekt der mangelnden zeitlichen Flexibilität des Strafrechts (<i>Kühne</i>) als Einwand gegen die bisher gefundene Lösung?	89
3.4.5	Kausalität der Fehlvorstellung als zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung?	92
3.4.6	Wechsel des Anknüpfungspunktes für die strafrechtliche Zurechnung ..	93
3.4.6.1	Vorsätzliche Aufklärungsverkürzung	93
3.4.6.2	Fahrlässige Aufklärungsverkürzung	94
3.4.7	Ergebnis	96

Zweiter Abschnitt

Rechtfertigung des HIV-Tests durch sonstige Befugnisnormen

1.	Mutmaßliche Einwilligung	98
2.	Notwehr bzw. Nothilfe (§32 StGB)	99
2.1	Nothilfe zugunsten des „HIV-Verdächtigen“	99
2.2	Notwehr bzw. Nothilfe zugunsten des Pflegepersonals	99
3.	Rechtfertigung nach den Vorschriften des Bundes-Seuchengesetzes ..	100
3.1	Anwendbare Befugnisnorm	100
3.2	Durch beliebige Ärzte vorgenommene HIV-Tests	101
3.2.1	Problematik hinsichtlich der Eingriffskompetenz	101
3.2.2	Ausweichkonstruktionen	101
3.2.3	Zwischenergebnis	102
3.3	Durch das zuständige Gesundheitsamt vorgenommene HIV-Tests	103
3.3.1	Praktische Relevanz der Problematik	103

3.3.2	Kenntnis des Patienten als Eingriffsvoraussetzung?	103
3.3.2.1	Grammatikalische Auslegung	104
3.3.2.2	Auslegung im Hinblick auf verfassungsrechtliche Vorgaben.	104
3.3.2.3	Auslegung unter Heranziehung des §28 VwVfG.	105
3.3.2.4	Ergebnis der Auslegung	106
3.3.2.5	Umfang der gebotenen Information.	106
3.3.3	Ergebnis	107
4.	Rechtfertigung aufgrund Notstands (§34 StGB).	108
4.1	Anwendbarkeit der allgemeinen Notstandsregelung	108
4.1.1	Problemstellung	108
4.1.2	Exklusivität der Vorschrift über die Notwehr (§32 StGB).	109
4.1.3	Sperrwirkung des Rechtsinstituts der Einwilligung	109
4.1.3.1	Die These von der Spezialität der Einwilligung	109
4.1.3.2	Präzisierung der Spezialitäts-These.	110
4.1.3.3	Folgerungen für das Verhältnis zwischen Einwilligung und §34 StGB	111
4.1.4	Ergebnis zur Frage der Anwendbarkeit des §34 StGB.	112
4.2	Voraussetzungen für die Rechtfertigung nach §34 StGB.	113
4.2.1	Notstandsfähiges Schutzgut	113
4.2.2	„Gefahr“ i. S. d. §34 StGB.	114
4.2.2.1	Die Auffassung von <i>Eberbach</i>	114
4.2.2.2	Kritik an der Auffassung <i>Eberbachs</i>	115
4.2.2.3	Eigenes Konzept aufgrund differenzierender Betrachtung	115
4.2.2.4	Einschränkung im Hinblick auf die Art der Behandlung	116
4.2.2.5	Erreichen des erforderlichen Wahrscheinlichkeitsgrades	117
4.2.3	„Gegenwärtigkeit“ der Gefahr.	118
4.2.4	Zwischenergebnis	119
4.2.5	Verhältnismäßigkeit (i.w.S.) der Notstandshandlung	119
4.2.5.1	Geeignetheit des HIV-Tests.	120
4.2.5.2	Erforderlichkeit des HIV-Tests	121
4.2.5.3	Zusammenhang zwischen Erforderlichkeit des HIV-Tests und ärztlicher Behandlungspflicht	123
4.2.5.4	Voraussetzungen für die Behandlungspflicht des Arztes.	124
4.2.5.5	Interessenabwägung (§ 34 S. 1, 2. Satz. StGB).	128
4.2.5.6	HIV-Test als „angemessenes Mittel“ (§34 S. 2 StGB).	131
4.2.6	Zusammenfassung	133

*Dritter Abschnitt*Die besondere Problematik der HIV-Diagnostik im Bereich
der Justizvollzugsanstalten

1.	Problemstellung	135
1.1	Rechtstatsächliche Lage	135
1.2	Intention der Untersuchung	136
2.	Rechtfertigung durch spezielle Einwilligung des Inhaftierten	136
2.1	Prämisse	136
2.2	Das Problem der „Freiwilligkeit“	136
2.2.1	Stellungnahmen in Schrifttum und Rechtsprechung	136
2.2.2	Die Konzeption von <i>Amelung</i>	137
2.2.2.1	Freiwilligkeitsprobleme i. e. S.	138
2.2.2.1.1	Unfreiwilligkeit und Rechtswidrigkeit des Zwanges bei Einwilligungser- teilung	138
2.2.2.1.2	Legitimität des bei Erteilung der Einwilligung zum HIV-Test ausgeübten Zwanges	139
2.2.2.1.3	Spezielle Wirksamkeitsgrenzen beim legitimen Zwang	142
2.2.2.1.4	Ergebnis zum Fragenkreis „Freiwilligkeitsprobleme i. e. S.“	143
2.2.2.2	Freiwilligkeitsprobleme i. w. S.	143
2.2.2.2.1	Rationalitätskontrolle und Wirksamkeit der Einwilligung	143
2.2.2.2.2	Kontrollpflicht des Staates und strafrechtliche Relevanz	144
2.2.2.2.3	Ergebnis zum Fragenkreis „Freiwilligkeitsprobleme i. w. S.“	145
3.	Rechtfertigung durch öffentlich-rechtliche Befugnisnormen	145
3.1	Vorbehalt des Gesetzes im Strafgefangenenverhältnis	145
3.2	Eingriffsbefugnis aus §101 StVollzG	146
3.2.1	Auslegung des Begriffs „Gefahr“ i. S. d. § 101 Abs. 1 S. 1,1. Hs. StVollzG	146
3.2.2	Anwendung des Gefahrenbegriffs auf die bei HIV-Test gegebene Sachlage	147
3.2.2.1	Die Auffassung von <i>Schlund</i>	147
3.2.2.2	Früheres Risikoverhalten als Gefahren-Indikator	147
3.2.2.3	Prognose künftigen Risikoverhaltens als zusätzliche Voraussetzung für die Annahme einer Gefahr	148
3.2.2.4	Nicht-HIV-spezifischer Ansteckungsverdacht als Rechtfertigungsgrund für die HIV-Diagnostik?	150

	Inhaltsverzeichnis	15
3.2.3	Sonstige Eingriffsvoraussetzungen	.151
3.2.3.1	Zumutbarkeit und Ungefährlichkeit	.151
3.2.3.2	Erforderlichkeit des HIV-Tests	.152
3.3	HIV-Tests an U-Häftlingen	.152
3.3.1	Eingriffsvoraussetzungen	.152
3.3.2	Anordnungskompetenz	.152
3.4	Eingriffsbefugnis nach den Vorschriften des Bundesseuchengesetzes (BSeuchG)	.153
3.4.1	Konkurrenzverhältnis zu § 101 StVollzG	.153
3.4.2	Eingriffsvoraussetzungen der seuchenrechtlichen Befugnisnormen	.153
3.4.3	Anordnungskompetenz	.154
3.5	Ergebnis	.154

Dritter Teil

Befunderöffnung

Erster Abschnitt

Befugnis zur **Befunderöffnung**

1.	Problemstellung	.155
2.	Überblick über den Meinungsstand	.155
3.	Tatbestandsmerkmale des §203 StGB	.156
3.1	„Fremdes Geheimnis“	.156
3.2	Innerer Zusammenhang zwischen Berufsausübung und Bekanntwerden	.157
3.3	Offenbaren des Geheimnisses	.157
4.	Rechtfertigung der Befundweitergabe	.158
4.1	Einwilligung des Betroffenen	.159
4.1.1	Konkludente Einwilligung in die Weitergabe an eigene Hilfskräfte des Arztes	.160
4.1.2	Befundmitteilung an andere Ärzte	.160
4.1.3	Befundmitteilung an Angehörige des Patienten	.161

4.1.4	Befundmitteilung an den (potentiellen) Arbeitgeber des Patienten	162
4.1.5	Die Sonderproblematik beim beamteten Arzt und beim Werksarzt ...	163
4.2	Offenbarungsbefugnis aufgrund gesetzlicher Spezialbestimmungen ...	166
4.3	Offenbarungsbefugnis unter dem Aspekt der Sozialadäquanz	167
4.4	Offenbarungsbefugnis aufgrund schlichter Interessenabwägung	168
4.5	Offenbarungsbefugnis aufgrund §34 StGB.	169
4.6	Ergebnis.	172

Zweiter Abschnitt

Pflicht zur Befunderöffnung

1.	Verpflichtung des Infizierten zur Befundmitteilung	173
1.1	Problemstellung	173
1.1.1	Zusammenhang zwischen Pflicht zur Befundmitteilung und Strafbarkeit der HIV-Übertragung.	173
1.1.2	Überblick über die Strafbarkeit bei HIV-Übertragung.	173
1.1.3	Folgerungen für die Pflicht zur Befundmitteilung	175
1.2	Meinungsstand zur Informationspflicht des HIV-Trägers.	175
1.2.1	Lösung über die Rechtsfigur des „erlaubten Risikos“ (<i>Herzberg</i>).	175
1.2.2	Lösung nach den Grundsätzen über die Straflösigkeit eigenverantwortlicher Selbstgefährdung.	178
1.2.2.1	Differenzierung nach <i>Bruns</i>	178
1.2.2.2	Differenzierung nach <i>Herzog/Nestler-Tremel</i>	180
1.3	Kritik an den vorgestellten Ansätzen und eigene Lösung	182
1.3.1	Kritik an der Lösung über die Rechtsfigur des „erlaubten Risikos“ (<i>Herzberg</i>).	182
1.3.1.1	Abgrenzung zwischen sozialer Adäquanz und erlaubtem Risiko.	182
1.3.1.2	Grundlagen der Rechtsfigur des erlaubten Risikos.	183
1.3.1.3	Der Aspekt der (fehlenden) Konkretisierbarkeit des Opfers.	184
1.3.1.4	Der Aspekt des Gefahrbewußtseins auf Seiten des Opfers.	185
1.3.1.5	Zwischenergebnis.	188
1.3.2	Teilnahme an einer Selbstgefährdung oder einverständliche Fremdge- fährdung?	188

1.3.3	Stellungnahme zur These von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung	190
1.3.3.1	Die Position der Rechtsprechung	190
1.3.3.2	Dogmatische Einordnung der These von der Straflösigkeit der Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung	191
1.3.3.3	Rechtliche Relevanz der Unkenntnis über den HIV-Status des Sexualpartners nach Einwilligungs-Grundsätzen	193
1.3.3.4	Die Interpretation der Einwilligungs-Grundsätze durch <i>Herzog/Nestler-Tremel</i>	195
1.3.3.5	Anwendung der Tatherrschaftskriterien	197
1.3.3.6	Die Interpretation der Tatherrschaftskriterien durch <i>Herzog/Nestler-Tremel</i>	201
1.3.3.7	Stellungnahme zu den <i>Brunsschn</i> Thesen	203
1.3.4	Eigenes Differenzierungsmodell	204
1.3.4.1	Resümee aus den bisher gefundenen Ergebnissen zur Differenzierung	204
1.3.4.2	„Erlaubtes Risiko“ als Ausgangspunkt der eigenen Differenzierung	204
1.3.4.3	Befundmitteilungspflicht bei übertragungsgeeigneten Kontakten	205
1.3.4.4	Befundmitteilungspflicht bei anderen Kontakten	206
1.3.4.5	Ergebnis	208
2.	Verpflichtung des Arztes zur Befundmitteilung	208
2.1	Pflicht zur Unterrichtung des HIV-Trägers selbst	208
2.1.1	Überblick über den Meinungsstand	208
2.1.2	Strafrechtliche Relevanz der Pflicht zur Befundmitteilung	209
2.1.2.1	Relevanz im Hinblick auf die therapeutische Funktion der Aufklärung	209
2.1.2.2	Relevanz im Hinblick auf den Schutz Dritter	209
2.1.3	„Therapeutisches Privileg“ als Ausnahme von der Mitteilungspflicht?	210
2.2	Pflicht zur Unterrichtung Dritter	212
2.2.1	Meinungsstand	212
2.2.2	Befundmitteilungspflicht aufgrund der Körperverletzungs- und Tötungstatbestände	212
2.2.2.1	Zusammenhang zwischen Verletzungsverstoß und Benachrichtigungsgebot	212
2.2.2.2	Voraussetzungen der Erfolgsabwendungspflicht im allgemeinen	213
2.2.2.3	Garantenstellung des Arztes aufgrund Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle	213
2.2.2.4	Garantenstellung des Arztes aufgrund Behandlungsübernahme	214

2.2.2.5	Einschränkung der Garantenpflicht unter dem Aspekt des berechtigten Vertrauens	215
2.2.3	Befundmitteilungspflicht gegenüber Dritten aus § 138 Abs. 1 Ziff. 6 StGB	217
2.2.4	Befundmitteilungspflicht gegenüber Dritten aus §323 c StGB.	218
2.2.4.1	Anwendbarkeit des §323 c StGB.	218
2.2.4.2	Voraussetzungen des §323 c StGB.	219
2.2.5	Ergebnis.	221
	Zusammenfassung	222
	Literaturverzeichnis.	224