

§ 19: Mutmaßliche Einwilligung

I. Voraussetzungen:

Fall 1: Autofahrer A erleidet bei einem Verkehrsunfall schwere innere Verletzungen. Chirurg C nimmt in der Unfallstation die erforderliche Notoperation vor, um A das Leben zu retten. A kann aufgrund seiner Bewusstlosigkeit keine Einwilligung erteilen.

§§ 223, 224 StGB

1. oTb und sTb (+)

2. RW:

§ 34?

Mutmaßliche Einwilligung?

Die mutmaßliche Einwilligung ist nach h.M. ein eigenständiger, gewohnheitsrechtlich anerkannter Rechtfertigungsgrund (vgl. BGHSt 16, 309 [312]; NK-*Paeffgen* Vor § 32 Rn. 157 ff.), der auf zwei Grundgedanken beruht: Ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre kann entweder zulässig sein,

- weil er den Interessen des Berechtigten dient (*Prinzip der Interessenwahrnehmung*)
- oder weil er die Interessen des Berechtigten ersichtlich nicht berührt (*Prinzip des mangelnden Interesses*).

Die mutmaßliche Einwilligung ist – anders als die Einwilligung – nach h.M. als Rechtfertigungsgrund und nicht als Kriterium des Tatbestandsausschlusses anzusehen, weil hier der wahre Wille des Betroffenen seinem vermuteten Willen tatsächlich entgegenstehen kann, so dass eine Interessenkollision jedenfalls nicht ausgeschlossen ist. Während sich die Einwilligung auf eine Willenserklärung des Berechtigten bezieht, ist der Wille des Berechtigten bei der mutmaßlichen Einwilligung ein normatives Konstrukt. Die mutmaßliche Einwilligung steht damit zwischen der Einwilligung und dem rechtfertigenden Notstand (vgl. *Roxin* AT I § 18/3 f.).

Die mutmaßliche Einwilligung hat **drei Voraussetzungen**:

- Mit Ausnahme der notwendigerweise fehlenden Einwilligungserklärung des Rechtsgutsinhabers sind alle Bedingungen einer wirksamen Einwilligung erfüllt;
- eine ausdrückliche Erklärung des Berechtigten kann wegen unüberwindbarer (oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln zu überwindender) Hindernisse (z.B. Bewusstlosigkeit, Abwesenheit usw.) nicht rechtzeitig eingeholt werden;
- eine Einwilligung ist bei objektiver Würdigung aller Umstände mit Sicherheit zu erwarten, weil das Handeln entweder im Interesse des Berechtigten liegt oder schutzwürdige Interessen des Betroffenen offensichtlich nicht berührt.

Wichtig: Eine mutmaßliche Einwilligung kommt **niemals** in Betracht, wenn der gegenteilige Wille des Betroffenen bekannt ist.

Bei Fall 1:

Objektiv: Prinzip der Interessenwahrnehmung. Präferenzen des Betroffenen sind zu ermitteln.

Subjektiv: Kenntnis der Rechtfertigungslage

Ergebnis: RW (–)

Die Beantwortung der Frage, ob ein Handeln im Interesse des Betroffenen liegt, richtet sich entscheidend nach den Präferenzen des Betroffenen (individuelle Interessen, Wünsche, Bedürfnisse, Wertvorstellungen, vgl. BGHSt 35, 246 [249]; ausführlich *Roxin* AT I § 18/19 ff.). Auf die

Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag und sonstige objektive Kriterien, insbesondere auf eine Interessenabwägung nach Maßgabe des rechtfertigenden Notstands, ist nur unter dem Aspekt der Ermittlung des hypothetischen wirklichen Willens des Betroffenen zurückzugreifen (vgl. *Jescheck/Weigend* § 34 VII).

Besondere praktische Bedeutung hat die auf dem Prinzip der Interessenwahrnehmung beruhende mutmaßliche Einwilligung im Bereich ärztlicher Hilfsmaßnahmen, etwa bei der Rettung eines bewusstlosen Unfallopfers.

Fall 2: Der Täter wechselt auf der Toilette einer Autobahnraststätte eigenmächtig Geld, weil er Münzen zur Bedienung eines Automaten benötigt. Das Geld liegt auf einem Trinkgeldteller; Reinigungspersonal ist nicht zugegen.

Hier: **Prinzip des mangelnden Interesses.** Präferenzen des Betroffenen sind zu respektieren.

II. Abgrenzung: Hypothetische Einwilligung

Die – ursprünglich für das Zivilrecht entwickelte – Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung beschreibt eine neuerdings vom BGH angewandte Einwilligungsfiktion, welche im Zusammenhang mit Aufklärungspflichten bei ärztlichen Heileingriffen genutzt wird (vgl. BGH JR 2004, 469 m. Anm. *Puppe*).

Fall 3: Arzt A vergisst nach einer Operation eine Bohrer Spitze im Knochen des Patienten P. Um den Kunstfehler nicht offenbaren zu müssen, spiegelt er andere Umstände vor, welche die Notwendigkeit einer zweiten Operation begründen sollen. Sodann führt A die weitere Operation aus, um die Bohrer Spitze zu entfernen.

Strafbarkeit des A wegen Körperverletzung (§ 223 StGB) aufgrund der zweiten Operation?

1. Ein Tatbestandsausschluss (bzw. eine Rechtfertigung) durch **Einwilligung** des P in die zweite Behandlung ist aufgrund der Täuschung über die wahren Hindergründe des Eingriffs nicht gegeben.

2. Auch eine Rechtfertigung durch die Rechtsfigur der **mutmaßlichen Einwilligung** kommt nicht in Betracht; denn diese verlangt, dass eine ausdrückliche Einwilligung des Patienten nicht bzw. nur mit unverhältnismäßigen Mitteln einholbar ist. Eine solche Erklärung hätte P jedoch vor der Operation ohne weiteres abgeben können.

3. Bei der Frage nach der **hypothetischen Einwilligung** wird demgegenüber allein gefragt, ob der Patient bei unterstellter Aufklärung ebenfalls seine Zustimmung zur Operation erteilt hätte. Auf das Vorliegen oder auch nur die Möglichkeit einer äußeren Kundgabe kommt es nicht an. Zweifel sollen dabei nach dem „in dubio“-Grundsatz zu Gunsten des Täters gehen (BGH NStZ 1996, 34 [35]; JR 2004, 251 [252]; abl. *Otto* Jura 2004, 679 [683]; *Puppe* GA 2003, 764 [769]). Allerdings genügt nach der Rspr. nicht bloß die abstrakte Denkmöglichkeit, dass eine Einwilligung auch bei pflichtgemäßer Aufklärung erfolgt wäre. Vielmehr müssen hierfür konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die im Gegensatz zur mutmaßlichen Einwilligung, welche auf den Zeitpunkt des Eingriffs abstellt, durch eine nachträglichen Betrachtung (ex-post) zu bestimmen sind.

Der Prüfungsstandort der hypothetischen Einwilligung ist umstr.: Während der BGH davon ausgeht, dass die hypothetische Einwilligung (entsprechend dem mutmaßlichen Pendant) erst die Rechtswidrigkeit ausschließt (BGH JR 2004, 251 [252]), setzen Stimmen in der Lit. bereits bei der

objektiven Zurechnung an (vgl. *Roxin AT I* § 13/120; *Stratenwerth/Kuhlen* § 9/28): Sofern eine Einwilligung des Patienten mit Sicherheit zu erwarten gewesen wäre, habe sich der Aufklärungsmangel nicht ausgewirkt, so dass es schon am Pflichtwidrigkeitszusammenhang zwischen Handlung und Erfolg fehle.

In **Fall 3** kann nicht angenommen werden, dass sich P bei Kenntnis des Sachverhalts gerade von A ein weiteres Mal hätte behandeln lassen. Dass er sich ggf. an einen anderen Arzt gewandt hätte, um die objektiv erforderliche Operation vornehmen zu lassen, ist für den konkreten Eingriff durch A ohne Bedeutung (vgl. auch BGH JR 2004, 251 [252]).

Literaturhinweis: Eisele JA 2005, 252; Mitsch JZ 2005, 279; Puppe GA 2003, 764; Roxin AT I § 13/119 ff.