

# Die mutmaßliche Einwilligung

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

Als Strafrechtslehrer habe ich schon mehrmals erlebt, dass die meisten Bearbeiter eines Klausurfalles, bei dem der Täter eines versuchten Einbruchsdiebstahls sich durch Einschlagen eines Fensters Zutritt zu einem fremden Haus verschafft, wo er dann z.B. durch Ausschalten eines versehentlich eingeschaltet gelassenen Bügeleisens oder Zudrehen eines geöffneten Wasserhahnes einen schweren Schaden an Haus und Einrichtungsgegenständen des verzeigten Eigentümers verhindert,<sup>1</sup> zwar ausführlich rechtfertigenden Notstand, nicht aber mutmaßliche Einwilligung prüfen. Die Information von der Existenz dieses Rechtfertigungsgrundes scheint also in das Bewusstsein vieler Studierender noch nicht eingedrungen oder zumindest dort nicht fest genug verankert zu sein. Es besteht aber kein Zweifel an der Examensrelevanz dieses strafrechtlichen Themas, zumal – um auf den Klausurfall zurück zu kommen – bei zutreffender Würdigung eine Rechtfertigung des Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) und der Sachbeschädigung (§ 303 StGB) an dem Fenster auf der Grundlage des Notstands (§ 34 StGB) im Ergebnis zu verneinen wäre.<sup>2</sup> Dass die Studierenden nicht wussten, warum § 34 StGB – entgegen der h.M. – unanwendbar ist, machte die Sache natürlich auch nicht besser. Noch weniger als die Einwilligung – die immerhin in § 228 StGB Erwähnung findet – hat die mutmaßliche Einwilligung eine positivgesetzliche Grundlage. Ihre Anerkennung als Bestandteil des geltenden Rechts beruht auf Gewohnheitsrecht.<sup>3</sup> Dies verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da dieses Gewohnheitsrecht dem Täter zum Vorteil gereicht.

## I. Abgrenzung zu anderen Rechtfertigungsgründen

### 1. Einwilligung

Schon der Name zeigt die Nähe zur Einwilligung an. Ob mutmaßliche Einwilligung und Einwilligung auf derselben dogmatischen Ebene – der Rechtswidrigkeit – stehen, ist jedoch in der modernen Strafrechtslehre alles andere als feststehend. Inzwischen existiert eine beachtliche Schar Anhän-

ger der Auffassung, die Einwilligung sei gar kein Rechtfertigungsgrund,<sup>4</sup> sondern schließe stets bereits die objektive Tatbestandsmäßigkeit aus.<sup>5</sup> Demgegenüber steht außer Frage, dass die mutmaßliche Einwilligung niemals tatbestandsausschließende Wirkung haben kann, sondern ein Rechtfertigungsgrund ist.<sup>6</sup> Ein „mutmaßliches Einverständnis“ gibt es nicht,<sup>7</sup> ebenso wenig ein „mutmaßliches Verlangen“ bei § 216 StGB. Für die Frage der Abgrenzung ist der Streit um die richtige Platzierung der Einwilligung im Aufbau der Straftat jedoch ohne Belang. Naturgemäß besteht zwischen mutmaßlicher Einwilligung und Einwilligung eine starke Ähnlichkeit. Wie unten (II. 1.) noch näher darzustellen sein wird, stimmen die Merkmale beider Rechtfertigungsgründe weitgehend überein. Der wesentliche Unterschied besteht darin, dass in der Situation der mutmaßlichen Einwilligung der betroffene Rechtsgutsinhaber überhaupt keinen tatbezogenen Willen bilden kann und demgemäß erst recht keine Einwilligung – oder deren Gegenteil: Ablehnung einer Einwilligung – erklären kann. Im Erlaubnistatbestand der mutmaßlichen Einwilligung bedarf es also eines Surrogates für das zentrale Einwilligungselement, die tatsächliche und auch kundgegebene Zustimmung des Rechtsgutsinhabers zu der Tat (dazu unten II. 2.).

### 2. Rechtfertigender Notstand

Da die Situationen, in der eine mutmaßliche Einwilligung anwendbar sein könnte, oftmals den Charakter einer Gefahrenlage haben, liegt auch die Anwendung des Rechtfertigungsgrundes „Notstand“ (§ 34 StGB) nahe (siehe den in der Einleitung erwähnten „Bügeleisen-Fall“).<sup>8</sup> Deswegen ist verständlich, dass in der akademischen Diskussion über das „Wesen“ der mutmaßlichen Einwilligung auch die Meinung vertreten wird, es handle sich um einen Sonderfall des rechtfertigenden Notstands.<sup>9</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass mutmaßliche Einwilligung nicht nur in Gefahren-

\* Der Verf. ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Vgl. das Beispiel bei Heinrich, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 2. Aufl. 2010, Rn. 477; Lenckner, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 165 (S. 182); Roxin, in: Stratenwerth/Kaufmann/Geilen/Hirsch/Schreiber/Jakobs/Loos (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 447.

<sup>2</sup> Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 17 Rn. 54.

<sup>3</sup> Kindhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, § 19 Rn. 1, Krey/Esser, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 677; Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 9 Rn. 46; Müller-Dietz, JuS 1989, 280 (281); Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 23 Rn. 1; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 8.

<sup>4</sup> So die wohl immer noch h.M., vgl. Groppe, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 37; Kühl (Fn. 3), § 9 Rn. 22; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 25 Rn. 123.

<sup>5</sup> Roxin (Fn. 3), § 13 Rn. 12 ff.

<sup>6</sup> Kindhäuser (Fn. 3), § 19 Rn. 2; Rengier (Fn. 3), § 23 Rn. 47; Roxin (Fn. 3), § 18 Rn. 3; Roxin (Fn. 1), S. 447 (S. 449).

<sup>7</sup> Krey/Esser (Fn. 3), Rn. 677; Rengier (Fn. 3), § 23 Rn. 48; unzutreffend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, vor § 32 Rn. 4a, der verkennt, dass bei § 123 Abs. 1 StGB die objektive Tatbestandsmäßigkeit nicht durch einen „entgegenstehenden Willen“, sondern durch das Fehlen eines Einverständnisses begründet wird.

<sup>8</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 34 VII 1 a.

<sup>9</sup> Fischer (Fn. 7), vor § 32 Rn. 4: „Institut zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand“; Haft, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2004, S. 80; Krey/Esser (Fn. 3), Rn. 677.

Situationen, sondern auch unter Umständen anwendbar sein kann, unter denen der tatbestandsmäßige Eingriff in das Rechtsgutobjekt erforderlich ist, um dem Rechtsgutshaber einen Vorteil zu sichern, der nicht die Eigenschaft „Abwendung einer Gefahr“ hat. Außerdem ist bei der mutmaßlichen Einwilligung – anders als bei § 34 StGB – nicht Rechtfertigungsvoraussetzung, dass das Interesse an der Begehung der Tat das Interesse an ihrer Nichtbegehung „wesentlich überwiegt“. Vielmehr wird es mitunter so sein, dass der betroffene Rechtsgutshaber überhaupt kein Interesse daran hat, dass die tatbestandsmäßige Tat nicht begangen wird. Wie bei der Einwilligung lässt sich auch bei der mutmaßlichen Einwilligung – jedenfalls in bestimmten (nicht in allen) Fällen – die Rechtfertigung auf das Prinzip des „mangelnden Rechtsguterhaltungsinteresses“ zurückführen.<sup>10</sup> Zutreffend ist daher die Standortbestimmung von *Roxin*, wonach die mutmaßliche Einwilligung zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand steht.<sup>11</sup> Auf keinen Fall darf durch Anwendung des § 34 StGB ein gefahrabwendender Eingriff in Rechtsgüter der gefährdeten Person gerechtfertigt werden, wenn diese Person diesen Rettungseingriff nicht will.<sup>12</sup> Dies gilt vor allem für ärztliche Heileingriffe.<sup>13</sup>

### 3. Geschäftsführung ohne Auftrag

Ähnlichkeit hat das Verhalten des von einer mutmaßlichen Einwilligung gedeckten Täters manchmal mit dem Verhalten eines Geschäftsführers ohne Auftrag.<sup>14</sup> Denn der Täter besorgt eine Angelegenheit, die an sich in den Aufgabenkreis des betroffenen Rechtsgutshabers fällt und die dieser eigenhändig selbst erledigen würde, wenn er dazu in der Lage wäre. Aus diesem Grund ist die Überlegung naheliegend, dass das zivilrechtliche Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag in das Strafrecht übertragen werden und dort als Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit von tatbestandsmäßigen Taten ausschließen könnte, die zivilrechtlich bewertet den Charakter einer „berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag“ haben. Wie auch immer man zu dieser Idee Stellung bezieht, wird sie wenig praktische Bedeutung bei der Strafrechtsanwendung haben, da in der Mehrzahl der Fälle eine Rechtfertigung problemlos auf der Grundlage der mutmaßlichen Einwilligung begründet werden kann. Dies ist schon deswegen so, weil eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag voraussetzt, dass das Handeln des Geschäftsführers dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und dessen Interesse entspricht.<sup>15</sup> Für den „Rest“ der Fälle wird man in der Tat darauf achten müssen, dass ein Verhalten des Täters, das im Zivilrecht die Qualität eines berechtigten Eingriffs in einen fremden Rechtskreis hat und ihm sogar einen Aufwendungsersatzanspruch einbringt (§ 670 BGB), nicht im Straf-

recht als rechtswidrige Rechtsgutsverletzung bewertet wird. Denn durch eine derartige Ungleichbewertung wäre die „Einheit der Rechtsordnung“ gefährdet.

### 4. Erlaubtes Risiko

Das erlaubte Risiko ist nach zutreffender überwiegender Ansicht kein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, sondern ein materielles Leitprinzip für die Definition strafwürdiger rechtswidriger Verhaltensmuster und Abgrenzung derselben von Verhaltensmustern, die trotz Risikos akzeptabel sind und deshalb kein Unrecht sein können. Diese Wirkung entfaltet sich hauptsächlich auf der Tatbestandsebene, vor allem im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte.<sup>16</sup> Aber auch Rechtfertigungsgründe empfangen von diesem Grundgedanken inhaltsprägende Impulse.<sup>17</sup> Ein Beispiel dafür ist die mutmaßliche Einwilligung.<sup>18</sup> Begeht ein Täter nämlich eine Tat, die durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt ist, geht er zugleich das Risiko ein, dass die tatbestandsmäßige Rechtsgutsbeeinträchtigung – wie sich manchmal nachträglich herausstellt – nicht dem Interesse des betroffenen Rechtsgutshabers entspricht und deshalb von diesem auch nicht gewollt ist.<sup>19</sup> Denn die Tatsituation, in der eine Mutmaßung über den Willen des Rechtsgutshabers angestellt werden muss, ist unvermeidlich mit Unsicherheit und Fehleinschätzungsrisiko belastet. Gibt es aber ausreichende Gründe, dieses Risiko einzugehen, ist die Tat auch dann gerechtfertigt, wenn die Einschätzung tatsächlich falsch gewesen ist.<sup>20</sup>

## II. Voraussetzungen

### 1. Objektive Einwilligungsmerkmale

Folgende Voraussetzungen der rechtfertigenden Einwilligung müssen auch bei einer rechtfertigenden mutmaßlichen Einwilligung erfüllt sein:<sup>21</sup>

#### a) Einwilligungsfähiges Rechtsgut

Einwilligungsfähig sind nur Taten, die Individualrechtsgüter, also Rechtsgüter des einzelnen, verletzen oder gefährden.<sup>22</sup>

<sup>10</sup> *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 1, 10.

<sup>11</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 448).

<sup>12</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 23 Rn. 5.

<sup>13</sup> *Kühl* (Fn. 3), § 9 Rn. 47; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (281).

<sup>14</sup> *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 203; *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109).

<sup>15</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 452).

<sup>16</sup> *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 518; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 33 Rn. 26; *Rosenau*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, vor § 32 Rn. 62; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 15 Rn. 144.

<sup>17</sup> *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 198 ff.

<sup>18</sup> *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, vor § 32 Rn. 20; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 181); *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (281); *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 453).

<sup>19</sup> *Murmann* (Fn. 4), § 25 Rn. 143.

<sup>20</sup> *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 203; *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, 2004, S. 608; *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 449).

<sup>21</sup> *Haft* (Fn. 9), S. 81; *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), § 34 VII 3; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 4; *Murmann* (Fn. 4), § 25 Rn. 144; *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 383.

Daher ist Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung nicht möglich in Bezug auf Straftatbestände, die überindividuelle Rechtsgüter schützen.<sup>23</sup> Ein alkoholbedingt fahruntüchtiger Kraftfahrzeugführer, der mit seinem Pkw ein bewusstloses schwer verletztes Verkehrsunfallopfer in die Klinik bringt, kann sich nicht auf mutmaßliche Einwilligung berufen, soweit er den Straftatbestand Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) verwirklicht. Umstritten ist, ob bei dem konkreten Gefährdungsdelikt Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315 c Abs. 1 Nr. 1 StGB) eine Rechtfertigung durch Einwilligung möglich ist. Wird also auf der Fahrt ins Krankenhaus die Gesundheit oder das Leben des transportierten Unfallopfers konkret gefährdet, ist fraglich, ob neben dem eventuell eingreifenden § 34 StGB auch die mutmaßliche Einwilligung die Rechtswidrigkeit ausschließt. Überwiegend wird einer auf Einwilligung gestützten Rechtfertigung entgegengehalten, dass § 315c StGB mit der Verkehrssicherheit ein überindividuelles Rechtsgut schützt.<sup>24</sup> Letzteres ist zwar zutreffend, aber nur „die halbe Wahrheit“ und dahingehend zu ergänzen, dass das spezifische Unrecht des § 315 c StGB erst dadurch erzeugt wird, dass sich die abstrakte Gefährlichkeit der Tat in der Gefährdung eines individuellen Rechtsobjekts konkretisiert. Die Strafvorschrift schützt deshalb auch dieses Individualrechtsgut.<sup>25</sup> Ist der Inhaber dieses Rechtsguts mit der Tat einverstanden, entfällt dieser Teil des Gesamtunrechts. Die Einwilligung hat gewissermaßen „teilrechtfertigende“ Wirkung. Das der Einwilligung entzogene „Rest-Unrecht“ ist von § 316 StGB erfasst, sodass der strafrechtliche Schutz des überindividuellen Rechtsgutes unangestastet bleibt. Da also nach vorzugswürdiger Meinung eine Rechtfertigung durch Einwilligung bei § 315c StGB anzuerkennen ist,<sup>26</sup> gilt dasselbe auch für den Fall einer mutmaßlichen Einwilligung. Einwilligungsunfähig ist das Individualrechtsgut Leben. Diese Feststellung gilt unabhängig von der Existenz des § 216 StGB, wird aber durch diese Strafvorschrift besonders eindrucksvoll vor Augen geführt.<sup>27</sup> Da nicht einmal ein Tötungsverlangen des Rechtsgutsinhabers die Tat rechtfertigt, kann auch eine mutmaßliche Einwilligung eine vorsätzliche Tötung nicht rechtfertigen. Das gilt jedenfalls für

eine Tötung durch aktives Tun. Die Tötung eines Moribunden infolge des Abbruchs ärztlicher Behandlung unterliegt hingegen einem besonderen Reglement, auf das hier nicht näher eingegangen werden kann.<sup>28</sup>

#### b) Einwilligungszuständigkeit

„Einwilligungszuständigkeit“ ist Ausdruck für die kurz gefasste Frage, wessen Einwilligung im konkreten Fall rechtfertigend wirken kann, auf welche einwilligende Person also abzustellen ist. Bei der mutmaßlichen Einwilligung ist diese Fragestellung dahingehend zu modifizieren, auf welche Person sich die Erforschung eines mutmaßlichen Willens konzentrieren muss. Die Beantwortung der Frage hängt von einer bestimmten Beziehung der Person zu dem von der Tat betroffenen Objekt ab: Einwilligungszuständig ist (nur) der Inhaber des betroffenen einwilligungsfähigen Rechtsgutes, also z.B. bei einer Sachbeschädigung (§ 303 StGB) derjenige, der im Zeitpunkt der Tat Eigentümer der beschädigten oder zerstörten Sache ist oder bei einer Körperverletzung (§ 223 StGB) die Person, in deren Körper oder Gesundheit eingegriffen wird. Notwendig ist deshalb die Klärung, welches Rechtsgut der verwirklichte Straftatbestand schützt. Würde beispielsweise – wie es bei § 242 StGB der Fall ist<sup>29</sup> – zu § 303 StGB die Meinung vertreten, dass neben dem Eigentum auch der Gewahrsam geschützt ist, entstünde eine komplizierte Einwilligungssituation, wenn im konkreten Fall Eigentümer und Gewahrsamsinhaber verschiedene Personen sind. Ist der Inhaber des von der Tat betroffenen Rechtsobjekts selbst nicht einwilligungsreif (dazu unten unter c), geht die Einwilligungszuständigkeit auf einen Stellvertreter über. Bei einwilligungsunreifen Minderjährigen sind das in der Regel die Eltern als gesetzliche Vertreter und Erziehungsberechtigte. Geht es also z.B. darum, dass ein bei einem Unfall schwer verletztes Kind einer lebensrettenden Operation unterzogen werden muss, kommt es auf die Einwilligung der Eltern an. Können diese nicht einwilligen, weil sie ebenfalls bei dem Unfall verletzt wurden und bewusstlos sind, ist auf deren mutmaßlichen Willen abzustellen.

#### c) Einwilligungsreife

Da die Einwilligung in eine tatbestandsmäßige Tat den Verzicht auf den unversehrten Zustand des betroffenen Objekts, also eine Art Aufopferung dieses Objekts bedeutet, muss der Einwilligende in der Lage sein, Schwere, Bedeutung und Tragweite dieses Vorgangs verständlich und vernünftig zu beurteilen.<sup>30</sup> Voraussetzung dafür ist ein ausreichendes Maß an geistiger und seelischer Reife, um einschätzen und ermes- sen zu können, einerseits welcher Verlust mit dem Eingriff verbunden ist, andererseits welche Chancen und Vorteile – z.B. bei einem ärztlichen Heileingriff – als „Lohn“ für die Aufopferung zu erwarten sind. An ein bestimmtes Mindestalter kann die Einwilligungsreife nicht allgemein und abstrakt

<sup>22</sup> Heinrich (Fn. 1), Rn. 476; Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 258; Müller-Dietz, JuS 1989, 280 (282); Murmann (Fn. 4), § 25 Rn. 134.

<sup>23</sup> Gropp (Fn. 4), § 6 Rn. 39; Krey/Esser (Fn. 3), Rn. 663; Rönnau, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 12. Aufl. 2007, vor § 32 Rn. 176.

<sup>24</sup> BGHSt 6, 232 (234); 23, 261 (263); König, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 12. Aufl. 2008, § 315c Rn. 199; Herzog, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 315c Rn. 23.

<sup>25</sup> Sternberg-Lieben/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), § 315c Rn. 2.

<sup>26</sup> Rönnau (Fn. 23), vor § 32 Rn. 177; Sternberg-Lieben/Hecker (Fn. 25), § 315c Rn. 40.

<sup>27</sup> Gropp (Fn. 4), § 6 Rn. 39.

<sup>28</sup> Informativ dazu Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rn. 291 ff.

<sup>29</sup> Lackner/Kühl (Fn. 18), § 242 Rn. 1.

<sup>30</sup> Jescheck/Weigend (Fn. 8), § 34 VII 3.

gebunden werden. Insbesondere sind die zivilrechtlich relevanten Altersgrenzen für Geschäftsfähigkeit oder Deliktsfähigkeit kein taugliches Kriterium.<sup>31</sup> Überhaupt ist eine verallgemeinernde Grenzbestimmung nicht möglich. Maßgeblich sind stets die Umstände des konkreten Einzelfalls, d.h. vor allem die Art der Tat und die Persönlichkeit des betroffenen Rechtsgutsinhabers. Ergibt die einzelfallbezogene Prüfung, dass der Rechtsgutsinhaber noch nicht einwilligungsreif ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter – bei Kindern in der Regel die Eltern (s.o.) – eine wirksame Einwilligung erklären. Im Bereich der mutmaßlichen Einwilligung bedeutet dies, dass nicht auf den mutmaßlichen Willen des betroffenen Rechtsgutsinhabers, sondern auf den mutmaßlichen Willen des gesetzlichen Vertreters abzustellen ist (s.o.).

#### d) § 228 StGB

Handelt es sich bei der tatbestandsmäßigen Tat, um deren Rechtfertigung durch mutmaßliche Einwilligung es geht, um eine Körperverletzung, ist die rechtfertigungseinschränkende Wirkung der guten Sitten zu beachten. Wenn nämlich nicht einmal eine erklärte Einwilligung das Unrecht einer sittenwidrigen Körperverletzung auszuschließen vermag, dann kann eine mutmaßliche Einwilligung dies ebenso wenig. Der Sittenwidrigkeitsmakel muss der Tat anhaften, nicht den Motivtatsachen, aus denen auf einen mutmaßlichen Willen des betroffenen Rechtsgutsinhabers geschlossen wird. Ein bedeutsames Sittenwidrigkeitskriterium ist insbesondere die Schwere und Irreparabilität des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit.<sup>32</sup> Auf der anderen Seite kann ein besonders billigerswerter Zweck dem Sittenwidrigkeitsverdikt auch bei einem sehr schwerwiegenden Eingriff in den Körper entgegenstehen.<sup>33</sup> Deshalb scheidet die Rechtfertigung einer Amputation nicht an § 228 StGB, wenn dies die einzig mögliche Maßnahme zur Lebenserhaltung des bewusstlosen Patienten ist.

#### 2. Einwilligungssurrogat

Die Rechtfertigung der Tat unter Zugrundelegung eines nicht wirklichen, sondern gemutmaßten zustimmenden Willens des betroffenen Rechtsgutsinhabers ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, der nur unter eng gefassten Voraussetzungen zulässig sein kann. Dementsprechend komplex ist der Sachverhalt, dem als „Einwilligungssurrogat“ die gleiche rechtliche Wirkung zugeschrieben werden kann wie der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts durch wirksam erklärte Einwilligung.

##### a) Dringlichkeit

Da die Umstände, auf Grund derer es unmöglich ist, eine Entscheidung des betroffenen Rechtsgutsinhabers herbeizuführen, oftmals nur von vorübergehender Natur sind, spielt das Zeitmoment eine große Rolle. Auf mutmaßliche Einwilligung darf die Rechtfertigung einer Tat nur gestützt werden,

wenn mit der Tatbegehung nicht abgewartet werden kann, bis die Entscheidungs- und Artikulationsfähigkeit des Rechtsgutsinhabers wiederhergestellt ist.<sup>34</sup> Kann die Tatbegehung also bis zu diesem Zeitpunkt aufgeschoben werden, ohne dass in der Zwischenzeit die Erreichung des Zwecks, der letztendlich die Tat rechtfertigen kann, vereitelt würde, muss die Entscheidung des Rechtsgutsinhabers abgewartet werden. Eine Tat auf der Basis bloßer Einwilligungsmutmaßung ist dann nicht zulässig. Stellt z.B. ein Arzt bei einem bewusstlosen Unfallopfer fest, dass nicht nur eine unverzügliche lebensrettende Amputation eines Unterschenkels erforderlich ist, sondern zugleich die operative Korrektur eines „Plattfußes“ am anderen Fuß sinnvoll wäre, darf er zwar die Amputation sofort vornehmen, muss mit der Plattfußoperation jedoch warten, bis der wieder zu Bewusstsein gekommene Patient dazu seine Einwilligung erteilt hat.<sup>35</sup> Hat der Rechtsgutsinhaber aber an der Erhaltung des Rechtsgutsobjekts kein Interesse und – was meistens die Folge des mangelnden Erhaltungsinteresses ist – auch kein Interesse daran, vor der Tat um Erlaubnis gebeten zu werden,<sup>36</sup> ist eine Rechtfertigung auf der Grundlage mutmaßlicher Einwilligung auch in einer nicht dringlichen Situation möglich.<sup>37</sup> Allerdings kann die Straflosigkeit in derartigen Situationen mitunter anderweitig begründet werden, sodass es auf mutmaßliche Einwilligung gar nicht ankommt.<sup>38</sup>

##### b) Pflichtgemäße Prüfung

Da der Situation der mutmaßlichen Einwilligung ein nicht völlig aufzuhebendes Risiko der Fehleinschätzung immanent ist, muss der Täter bei der Feststellung des mutmaßlichen Willens mit großer Sorgfalt vorgehen. Er darf sich nicht mit vagen und haltlosen Spekulationen begnügen, sondern muss sich der tragfähigen Gründe vergewissern, die dem Schluss auf den mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers das erforderliche Maß an Richtigkeitswahrscheinlichkeit verleihen. Er muss also eine pflichtgemäße Prüfung durchführen, bevor er sich auf einen mutmaßlichen Willensinhalt festlegt.<sup>39</sup> Entgegen der h.M., die zum Teil eine solche Rechtfertigungsvoraussetzung ablehnt,<sup>40</sup> handelt es sich nicht um ein

<sup>31</sup> *Murmann* (Fn. 4), § 25 Rn. 126.

<sup>32</sup> BGHSt 49, 34 (42).

<sup>33</sup> BGHSt 49, 166 (171).

<sup>34</sup> *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 477; *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 5; *Köhler* (Fn. 22), S. 258; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (282); *Rönnau* (Fn. 23), vor § 32 Rn. 221; *Roxin* (Fn. 3), § 18 Rn. 10; *Schlehofer*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, vor § 32 Rn. 163.

<sup>35</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 461).

<sup>36</sup> *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), § 34 VII 1.

<sup>37</sup> *Haft* (Fn. 9), S. 80; *Heinrich* (Fn. 1), Rn. 478; *Tiedemann*, JuS 1970, 108 (109); a.A. *Rönnau* (Fn. 23), vor § 32 Rn. 222; *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 461).

<sup>38</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 462).

<sup>39</sup> *Gropp* (Fn. 4), § 6 Rn. 199; *Jescheck/Weigend* (Fn. 8), § 34 VII 3.

<sup>40</sup> *Rönnau* (Fn. 23), vor § 32 Rn. 94; *Roxin* (Fn. 3), § 18 Rn. 29.

subjektives Rechtfertigungselement.<sup>41</sup> Die ordnungsgemäße Erforschung<sup>42</sup> des mutmaßlichen Willens ist eine objektive Voraussetzung der Rechtfertigung,<sup>43</sup> die man als „Risikoverringerung“ bezeichnen kann.<sup>44</sup> Allgemein gilt im Bereich der Rechtfertigungsgründe, dass die mit der Tat verbundenen Nachteile auf das unvermeidbare Minimum reduziert werden müssen. Dem dienen bei Notwehr und rechtfertigendem Notstand die Voraussetzungen „erforderlich“ bzw. „nicht anders abwendbar“. Bei der mutmaßlichen Einwilligung muss der Täter alles ihm mögliche tun um die Gefahr zu verringern, dass die Tat nicht dem wirklichen Willen des Betroffenen entspricht. Nur auf dieser Grundlage ist es hinnehmbar, dass die Tatbegehung trotz eines Restrisikos der Fehleinschätzung gerechtfertigt ist. Zudem ist bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willens (s.u. c) im Regelfall anzunehmen, dass der Rechtsgutsinhaber nicht mit einem Eingriff einverstanden sein wird, dem keine sorgfältige Prüfung vorausgegangen ist (s.u. 3.). Allerdings ist eine zusätzliche Willenserforschung in der Regel nicht erforderlich, wenn der Rechtsgutsinhaber vor der Tat eine Einwilligung erklärt hatte und kein Anlass für die Annahme besteht, dass diese Erklärung nicht dem mutmaßlichen aktuellen Willen des Rechtsgutsinhabers entspricht. Zu prüfen ist also nur, ob eventuell ein „mutmaßlicher Widerruf“ der Einwilligung zugrunde zu legen ist. Nach h.M. handelt es sich in einem solchen Fall nicht um mutmaßliche Einwilligung, sondern sogar um (erklärte) Einwilligung. Zutreffend ist hingegen, dass die von einem in der aktuellen Tatsituation nicht präsenten, nicht willensbildungsfähigen oder nicht erklärungs-fähigen Rechtsgutsinhaber kundgegebene Einwilligung nur ein starkes Indiz für das mutmaßliche Fortbestehen des erklärten Willens – also das Fehlen eines mutmaßlichen Widerrufs – ist.

#### c) Mutmaßlicher Wille des Rechtsgutsinhabers

Bei der rechtfertigenden Einwilligung stimmt die Tat mit der vom Rechtsgutsinhaber erklärten Einwilligung überein, bei der mutmaßlichen Einwilligung muss die Tat mit dem Einwilligungssurrogat übereinstimmen. Gerechtfertigt ist die Tat also, wenn sich auch ohne erklärte Einwilligung feststellen lässt, dass die Tat einem mutmaßlichen Willen entspricht, der, wenn er vom Rechtsgutsinhaber zum Ausdruck gebracht worden wäre, die Qualität einer wirksamen Einwilligung hätte. Anknüpfungspunkte für die Ermittlung des mutmaßlichen Willens sind in erster Linie frühere Äußerungen des

<sup>41</sup> So aber *Haft* (Fn. 9), S. 80; *Kühl* (Fn. 3), § 9 Rn. 47; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165.

<sup>42</sup> Missverständlich ist es, wenn *Roxin* das tragende Fundament der Rechtfertigung als „sachgemäße Prognose“ bezeichnet, (*ders.* [Fn. 1], S. 447 [S. 449]). Prognosen richten sich immer auf etwas Zukünftiges, bei der mutmaßlichen Einwilligung geht es hingegen darum, aus Vergangenem und Gegenwärtigem auf den gegenwärtigen Willen des Rechtsgutsinhabers zu schließen.

<sup>43</sup> *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Fn. 16), vor § 32 Rn. 56: „auf Grund einer objektiv-sorgfältigen Prüfung aller Umstände zu vermuten“.

<sup>44</sup> *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 180).

Rechtsgutsinhabers zu dem Thema, um das es bei der Tat geht.<sup>45</sup> Hat der Rechtsgutsinhaber z.B. in einer ähnlichen Situation schon einmal eine Einwilligung erklärt bzw. die Tat geduldet oder umgekehrt eine Ablehnung der Tat erklärt, kann – sofern keine starken Indizien für einen Sinneswandel existieren, davon ausgegangen werden, dass er in der aktuellen Situation eine gleiche Stellungnahme abgegeben hätte.<sup>46</sup>

Der mutmaßliche Willensinhalt, der die Rechtfertigung der Tat trägt, ist der Hypothese einer Einwilligung zu entnehmen, die der ausreichend informierte Rechtsgutsinhaber unbeeinflusst von Irrtümern und Nötigungslagen erklärt hätte. Bei der Ermittlung des mutmaßlichen Willensinhalts sind insbesondere Willensmängel (Irrtümer, Zwänge) auszublenden, die nach h.M. einer erklärten Einwilligung ihre Wirksamkeit und Rechtfertigungstauglichkeit nicht nehmen würden. Die h.M. schichtet bekanntlich bestimmte Kategorien von Irrtümern als einwilligungsunschädlich ab und schreibt teilweise nur sogenannten „rechtsgutsbezogenen“ Irrtümern wirksamkeitshemmende Wirkung zu.<sup>47</sup> Konsequenterweise müsste die h.M. eine mutmaßliche Einwilligung schon dann annehmen, wenn der Rechtsgutsinhaber mutmaßlich auf Grund eines nicht-rechtsgutsbezogenen Irrtums zur Erklärung der Einwilligung veranlasst worden wäre. Eine derartige Demontage des strafrechtlichen Opferschutzes ist aber schon bei der erklärten Einwilligung nicht zu begründen und bei der mutmaßlichen Einwilligung vollends untragbar. Maßstabsperson für die Bestimmung des mutmaßlichen Willens ist also der Rechtsgutsinhaber im optimal aufgeklärten Zustand.

#### d) Interesse des Rechtsgutsinhabers

Wie bei der erklärten Einwilligung ist auch bei der mutmaßlichen Einwilligung Maßstab die persönliche Präferenz des Rechtsgutsinhabers. Diese wird mitunter nicht mit der Tatbewertung übereinstimmen, die von objektiver Warte aus getroffen würde, wenn Richtschnur das „wohlverstandene Interesse“ des Rechtsgutsinhabers wäre. So kann es eindeutig im Interesse eines Schwerkranken liegen, zur Behandlung einer lebensgefährlichen Krankheit einen relativ harmlosen ärztlichen Eingriff hinzunehmen. Lehnt aber der Patient – z.B. aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen – jegliche ärztliche Behandlung ab, ist dies zu respektieren. Kollidieren erklärter wirklicher – bzw. gemutmaßter wirklicher – Wille und objektiv verstandenes Interesse, richtet sich die Möglichkeit einer gerechtfertigten Tatbegehung ausschließlich nach dem Willen.<sup>48</sup> Dieser darf nicht mittels einer objektiven Interessenbewertung unterlaufen werden.<sup>49</sup> Lassen sich allerdings über die persönliche Einstellung des Rechtsgutsinhabers keine zuverlässigen Informationen erlangen, darf

<sup>45</sup> *Ebert*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 88; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 381.

<sup>46</sup> *Roxin* (Fn. 3), § 18 Rn. 21.

<sup>47</sup> *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (281).

<sup>48</sup> *Ebert* (Fn. 45), S. 88; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 175 Fn. 45); *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (282); *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 469); *Schlehofer* (Fn. 34), vor § 32 Rn. 165; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 381.

<sup>49</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 451).

davon ausgegangen werden, dass der Rechtsgutsinhaber eine Entscheidung getroffen hätte, die seinem objektiv verstandenen Interesse entspräche. Die objektive Interessenlage ist also ein Indiz für den mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers.<sup>50</sup>

### 3. Subjektives Rechtfertigungsmerkmal

Wie bei allen Rechtfertigungsgründen gibt es auch bei der mutmaßlichen Einwilligung ein subjektives Rechtfertigungselement.<sup>51</sup> Der Täter muss die Vorstellung der Dringlichkeit und der Übereinstimmung der Tat mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers haben. Dieses Bewusstsein muss das Resultat der „pflichtgemäßen Prüfung“ sein (s.o. II. 2. b). Stimmt die Tat mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers überein, obwohl der Täter sich dies nicht vorstellt, ist er nur wegen Versuchs strafbar,<sup>52</sup> sofern er pflichtgemäß geprüft hatte. Wurde diese Prüfung unterlassen und stimmt die Tat nicht mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers überein, ist der Täter wegen vollendeter Tat strafbar.<sup>53</sup> Dass dieser Täter vielleicht „ins Blaue hinein“ geglaubt hat, den wirklichen Willen des Rechtsgutsinhabers nicht zu verfehlen, entlastet ihn nicht. Entgegen der h.M.<sup>54</sup> ist der leichtfertig auf die Richtigkeit seines Handelns vertrauende Täter auch dann wegen vollendeter Tat strafbar, wenn seine Tat zufällig genau das bewirkt, was der Rechtsgutsinhaber wirklich will. Denn der Rechtsgutsinhaber will nicht, dass jemand mit seinen Rechtsgütern Roulette spielt und dabei zufällig Glück hat. Aus diesem Grund entspricht die Tat letztlich doch nicht dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers.

### III. Exkurs: Hypothetische Einwilligung

Eine im strafrechtsdogmatischen Vokabular noch recht neue Erscheinung ist die „hypothetische Einwilligung“. Entwickelt wurde sie ursprünglich im Bereich der zivilrechtlichen Arzthaftung für fehlerhafte Behandlung von Patienten und ist inzwischen von der Rechtsprechung in das Arztstrafrecht übernommen worden.<sup>55</sup> Im Ergebnis führt die hypothetische Einwilligung zur Straflosigkeit einer Tat, obwohl der von ihr betroffene Rechtsgutsinhaber weder wirksam eingewilligt hat noch die Voraussetzungen einer mutmaßlichen Einwilligung vorliegen.<sup>56</sup> In der Praxis spielte dies bisher bei Fällen eine Rolle, in denen ein Arzt den Patienten vor einem operativen

Eingriff nicht ordnungsgemäß aufgeklärt, ja sogar gezielt getäuscht hatte und danach den narkotisierten Patienten operierte. Die hypothetische Einwilligung wurde auf die nach der Tat bekannt gewordene Tatsache gestützt, dass der Patient den Eingriff auch dann gebilligt hätte, wenn er von dem Arzt ordnungsgemäß aufgeklärt (insbesondere nicht getäuscht worden) wäre.<sup>57</sup> Die Situation ähnelt zwar der einer mutmaßlichen Einwilligung, da letztlich auf einen der Tat zustimmenden Willen abgestellt wird, den der Patient zum Ausdruck gebracht hätte, wenn er zu einer solchen Erklärung in der Lage gewesen wäre.<sup>58</sup> Um einen Fall mutmaßlicher Einwilligung handelt es sich jedoch nicht,<sup>59</sup> da der Patient ohne weiteres vor der Operation hätte befragt werden können, also keine Dringlichkeit (dazu oben II. 2. a) bestand.<sup>60</sup> In der Literatur ist die hypothetische Einwilligung sehr umstritten und wird überwiegend abgelehnt.<sup>61</sup> Diejenigen, die ihre Berücksichtigung befürworten, behandeln sie zum Teil als einen die objektive Zurechnung des Erfolges ausschließenden Umstand.<sup>62</sup>

### IV. Schluss

Die mutmaßliche Einwilligung ist ein praktisch wichtiger Rechtfertigungsgrund. Schaut man genauer hin, erkennt man, dass sogar die meisten Fälle einer vor der Tat erklärten und nicht – mutmaßlich – widerrufenen – Einwilligung letztlich Fälle der mutmaßlichen Einwilligung sind.<sup>63</sup> In der Strafrechtslehre ist dies noch nicht erkannt, weshalb vor allem der willensmangelbehafteten Einwilligung in großem Umfang eine nicht gerechtfertigte Rechtfertigungswirkung zugeschrieben wird, obwohl der mutmaßliche „wirkliche“ Wille des Rechtsgutsinhabers die Tat ablehnt.<sup>64</sup> Das liegt vor allem daran, dass die Strafrechtslehre „mutmaßliche Willensmängel“ bei der „mutmaßlichen Einwilligung“ (dazu oben II. 2. c) nicht thematisiert und auch über den „mutmaßlichen Widerruf“<sup>65</sup> einer Einwilligung nicht diskutiert. Täte sie dies, würde vielleicht sichtbar, auf welchen unrichtigen Annahmen die Lehre von der rechtfertigenden Einwilligung aufbaut. Für den strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchs eröffnet sich also hier ein Feld für spannende dogmatische Forschungstätigkeit.

<sup>57</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 384a.

<sup>58</sup> *Mitsch*, in: Hellmann/Schröder (Hrsg.), Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag, 2011, S. 299 (S. 306).

<sup>59</sup> *Rengier* (Fn. 3), § 23 Rn. 62: „darf auf keinen Fall mit der mutmaßlichen Einwilligung verwechselt werden“.

<sup>60</sup> *Kindhäuser* (Fn. 3), § 19 Rn. 15.

<sup>61</sup> *Lenckner/Sternberg-Lieben* (Fn. 43), vor § 32 Rn. 54.

<sup>62</sup> *Kuhlen*, JR 2004, 227; *ders.*, in: Schünemann (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 331; *ders.*, in: Britz (Hrsg.), Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 431; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 384a; zur Kritik vgl. *Jansen*, ZJS 2011, 482 (487); *Mitsch* (Fn. 58), S. 299 (S. 308 ff.).

<sup>63</sup> *Mitsch* (Fn. 20), S. 615.

<sup>64</sup> *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 415 ff.

<sup>65</sup> Ausführlich dazu *Mitsch* (Fn. 20), S. 630 ff.

<sup>50</sup> *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 175 Fn. 45); *Müller-Dietz*, JuS 1989, 280 (282); *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 451); *Schlehofer* (Fn. 34), vor § 32 Rn. 165.

<sup>51</sup> *Roxin* (Fn. 3), § 14 Rn. 96; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 275.

<sup>52</sup> *Roxin* (Fn. 3), § 14 Rn. 104; *Wessels/Beulke* (Fn. 21), Rn. 279.

<sup>53</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 455).

<sup>54</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 3), § 9 Rn. 47; *Lenckner* (Fn. 1), S. 165 (S. 174); *Roxin* (Fn. 1), S. 447 (S. 460).

<sup>55</sup> Ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung *Albrecht*, Die „hypothetische Einwilligung“ im Strafrecht, 2010, S. 33 ff.; *Jansen*, ZJS 2011, 482 (483).

<sup>56</sup> *Kühl* (Fn. 3), § 9 Rn. 47a.