

§ 14: Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

Ein Eingriff in die Rechtsgüter einer Person, der mit deren Willen erfolgt, ist kein Unrecht („volenti non fit iniuria“). Denn individuelle Rechtsgüter werden nur zu dem Zweck geschützt, der freien Entfaltung des Einzelnen zu dienen (Art. 2 Abs. 1 GG). Dann kann aber auch keine Rechtsgutsverletzung vorliegen, wenn eine Handlung auf der Disposition des Rechtsgutsträgers beruht, seine freie Entfaltung also nicht beeinträchtigt, sondern vielmehr deren Ausdruck ist. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn eine Beschränkung der individuellen Freiheit im Allgemeininteresse zwingend geboten ist.

I. Die herkömmliche Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung

Dabei nimmt die tradierte Auffassung eine begriffliche Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung vor – mit Konsequenzen für ihre jeweilige rechtliche Bewertung (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 539 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rn. 7 ff.; *Rengier* AT § 23 Rn. 1 ff.; *Kühl* AT § 9 Rn. 22 ff.; *Fischer StGB Vor* § 32 Rn. 3b).

1. Unterscheidungskriterium

Im Anschluss an *Geerds* GA 1954, 262 wird wie folgt zwischen Einverständnis und Einwilligung unterschieden:

- Das Einverständnis wirkt tatbestandsausschließend: Die Billigung des Opfers führt dazu, dass schon der Tatbestand eines Delikts nicht gegeben ist, weil das Delikt notwendig ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Opfers voraussetzt; z.B. § 123 StGB: „Eindringen“ bedeutet das Betreten des Raumes ohne oder gegen den Willen des Berechtigten. Wird der Raum im Einklang mit dem Willen des Berechtigten betreten, ist § 123 StGB schon tatbestandlich nicht gegeben.
- Die Einwilligung wirkt rechtfertigend: Trotz Billigung des Opfers bleibt das Täterverhalten tatbestandsmäßig. Das Gesetz macht die Tatbestandsverwirklichung also nicht vom Willen des Opfers abhängig. Die Tatbestandsverwirklichung wird jedoch durch die Einwilligung des Opfers gerechtfertigt (z.B. § 223 StGB).

2. Unterschiede in der rechtlichen Behandlung

Aus der Unterscheidung der beiden Rechtsfiguren werden folgende teilweise erheblichen Konsequenzen für die rechtliche Behandlung abgeleitet.

- Beim Einverständnis soll allein der innere Wille maßgeblich sein, auch wenn dieser nicht nach außen hervorgetreten ist. Bei der Einwilligung sei hingegen eine Kundgabe nach außen erforderlich.

- Das Einverständnis setze nur den „natürlichen Willen“ voraus, die Einwilligung demgegenüber die Einsichtsfähigkeit des Opfers.
- Willensmängel (Irrtum, Täuschung und Zwang) sollen beim Einverständnis unbeachtlich sein, bei der Einwilligung jedoch zur Unwirksamkeit führen.
- Die irrtümliche Annahme einer nicht vorhandenen Zustimmung schließt, wenn sie ein Einverständnis betrifft, nach § 16 StGB den Vorsatz aus (Tatbestandsirrtum). Wenn der Täter über eine Einwilligung irrt, befindet er sich hingegen in einem Erlaubnistatbestandsirrtum.

II. Die Einwilligung als Tatbestandsausschließungsgrund

Ein plausibler Grund für die systematische Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung ist jedoch weder hinsichtlich der Voraussetzungen noch hinsichtlich der Rechtsfolgen ersichtlich. Vielmehr ist jeder wirksamen Zustimmung des Rechtsgutsträgers eine tatbestandsausschließende Wirkung beizumessen (*Roxin* AT I § 13 Rn. 11 ff.; *Kindhäuser* AT § 12 Rn. 4 ff.; *MüKo/Schlehofer* Vor § 32 Rn. 126 ff.; *Gössel/Dölling* BT I § 12 Rn. 48, § 38 Rn. 42; *SK/Wolters* § 228 Rn. 2).

Dies folgt bereits aus dem oben (KK 263) genannten Gedanken der auf das Individuum bezogenen Rechtsgutstheorie, nach der die bloße Ausübung der Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) die gleichzeitige Verletzung eines dem Ausübenden zustehenden Rechtsguts und damit eine Tatbestandserfüllung ausschließt. Übersetzt man dies in dogmatische Kategorien, so entfällt bei einer wirksamen und dem Täter bekannten Einwilligung der

Erfolgs- und mit ihm der Handlungsunwert sowie der Deliktstyp. Eine Handlung kann daher nicht tatbestandsmäßig sein.

Zudem würde eine rechtfertigende Einwilligung im System der Rechtfertigungsgründe, die maßgeblich auf den Prinzipien der Interessenabwägung und der Erforderlichkeit beruhen, einen Fremdkörper darstellen. Rechtfertigungsgründe sorgen im Konflikt widerstreitender Interessen für die „Verteidigung“ des überwiegenden Interesses. Bei der Einwilligung aber geht es nicht um Konfliktsituationen, da der Rechtsgutsträger sein Interesse am Rechtsgut aufgibt. Hier hilft nur das zweite „Standbein“ der Rechtfertigungsprinzipien, nämlich das „Prinzip des mangelnden Interesses“ (KK 192 f.), das aber eher künstlich für die Einwilligung geschaffen erscheint und harmonisch allein zur mutmaßlichen Einwilligung passt.

Schließlich zeigen die zahlreichen Fälle, in denen die Abgrenzung zwischen Einverständnis und Einwilligung gerade umstritten ist, dass eine klare Grenzziehung letztlich nicht möglich und die Zweiteilungslehre damit nicht durchführbar ist.

Dass bereits der Gesetzeswortlaut des § 228 StGB der Einwilligung rechtfertigende Wirkung zumisst, ist so nicht zutreffend. Nach § 228 StGB handelt der Täter bei einer Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten nur dann rechtswidrig, „wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“. Nach § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist eine „rechtswidrige Tat nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. „Rechtswidrig“ in § 228 StGB kann also auch als „tatbestandsmäßig-rechtswidrig“ gelesen werden.

Eine solche Einordnung der Einwilligung als Tatbestandsausschließungsgrund bedeutet keine Relativierung des Rechtsgutsschutzes, sondern lediglich eine konsequente Ausrichtung am individuellen Rechtsgutsträger.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, über diesen Ansatz gegenüber der Ärztelobby eingeknickt zu sein, die gebetsmühlenartig darauf verwiesen hatte, die Ärzte seien eben nicht mit Messerstechern gleichzusetzen.

Von der Sache her hat sich aber nichts geändert. Fehlt es an einer wirksamen Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff, ist nach wie vor der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Liegt eine solche hingegen vor, gebietet das Denken in Rechtsgütern, bereits den Tatbestand der Körperverletzung entfallen lassen.

Hinweis zum Aufbau der KK: Nach der hier vertretenen Meinung wären die Fragen rund um die Einwilligung also bereits auf der Verbrechensstufe des Tatbestandes zu erörtern. Sie werden auch aus pragmatischen Gründen im Kontext der Rechtswidrigkeit dargestellt, weil dies der Ausgangspunkt der (nicht überzeugenden) herrschenden Auffassung ist.

III. Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung

1. Disponibilität des geschützten Rechtsgutes

Der Verzicht auf das geschützte Interesse muss überhaupt rechtlich zulässig sein. Disponibel sind alle Individualrechtsgüter mit Ausnahme des menschlichen Lebens (arg. § 216 StGB). Über Rechtsgüter der Allgemeinheit (z.B. das Vertrauen in die Unbestechlichkeit des Beamtenapparates) kann der Einzelne somit nicht wirksam disponieren.

2. Verfügungsberechtigung

Der Einwilligende muss auch verfügungsberechtigt, d.h. Träger des geschützten Interesses oder sonst (z.B. als Vertreter des Rechtsgutsträgers) zur Disposition über das Rechtsgut befugt sein. Denn selbstverständlich kann nicht jeder beliebige Dritte über eine Sache des Eigentümers bestimmen.

3. Kundgabe, Zeitpunkt und Widerruflichkeit

Die Einwilligung muss vor der Tat ausdrücklich erklärt oder konkludent zum Ausdruck gebracht worden sein, da ein nicht hervortretender Gedanke mangels Feststellbarkeit nicht zur Anknüpfung von Rechtsfolgen geeignet ist (h.M., vgl. *Roxin AT I § 13 Rn. 71 ff.*; *Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 566*). Bis zur Tatbegehung ist die Einwilligung frei widerruflich. Ausreichend ist auch eine nach Beginn, aber vor Vollendung der Tat erteilte

Einwilligung. Eine nachträgliche Genehmigung ist bedeutungslos, da der Geschädigte sonst über einen einmal entstandenen staatlichen Strafanspruch disponieren könnte, was jedoch dem Officialprinzip widerspricht.

Bei einer konsequent rechtsgutsorientierten Betrachtungsweise müsste man für die Einwilligung allerdings bereits die innere Zustimmung ausreichen lassen (so die „Willensrichtungstheorie“, vgl. MüKo/*Schlehofer* Vor § 32 Rn. 146; *Joecks* Studienkommentar StGB Vor § 32 Rn. 26). Das Feststellbarkeitsargument der h.M. läuft Gefahr, das Vorliegen der Einwilligung von einer bloßen Beweisfrage abhängig zu machen.

4. Einwilligungsfähigkeit

Ferner muss der Zustimmungende auch einwilligungsfähig sein. Ob es dafür auf einen „natürlichen Willen“ oder auf den „verantwortlichen ungetrübten Willen“ des Rechtsgutsträgers ankommt, lässt sich nicht einheitlich beantworten.

Dort, wo die Einwilligung schon die Erfüllung eines bestimmten Tatbestandsmerkmals ausschließt, ist der Maßstab für die Einsichtsfähigkeit allein dem Tatbestandsmerkmal selbst zu entnehmen. So schützt die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) die Willenssphäre des Opfers in ihrer reinen Faktizität, sodass allein der natürliche Wille des Opfers entscheidend ist. Ebenso entscheidet beim Diebstahl (§ 242 StGB) allein der natürliche Wille des Opfers über das Vorliegen einer Wegnahme, da der dafür maßgebliche Gewahrsam als „tatsächliche Herrschaft über eine Sache“ verstanden wird. Eine wirksame Einwilligung in eine Beleidigung (§ 185 StGB)

erfordert hingegen, dass der Adressat das Ehrenrührige der Bemerkung sowie den sozialen Wert der persönlichen Ehre verstanden hat.

In den Fällen, in denen die Einwilligung hingegen als Tatbestandsausschließungsgrund neben die übrigen Tatbestandsmerkmale tritt (so etwa bei der Körperverletzung gem. § 223 StGB), ist nach h.M. (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 555; *Rengier* AT § 23 Rn. 15) maßgeblich, dass der Einwilligende nach seiner geistigen und sittlichen Reife imstande ist, die Bedeutung und Tragweite des Rechtsgutsverzichtes zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen. Die Einwilligungsfähigkeit ist nicht von einem bestimmten Alter abhängig. Entscheidend ist, dass der Rechtsgutsträger nach seiner Verstandesreife und Urteilsfähigkeit das Wesen, die Tragweite und die Auswirkungen des Eingriffs voll erfasst. Bei mangelnder Einsichtsfähigkeit bedarf es der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters.

Regelmäßig darf bei volljährigen Personen von ihrer Einwilligungsfähigkeit ausgegangen werden.

Beachte aber BGH NJW 1978, 1206: *A litt seit Jahren ständig unter starken Kopfschmerzen, deren Ursache alle ärztlichen Bemühungen nicht hatten ergründen können. Bei neuerlichen ergebnislosen Untersuchungen äußerte sie die Absicht, sich alle plombierten Zähne ziehen zu lassen, weil nach ihrer Überzeugung ein Zusammenhang zwischen dem Leiden und den mit einer Füllung versehenen Zähnen bestehe. Der angeklagte Zahnarzt Z war der Auffassung, dass eine solche Maßnahme medizinisch nicht geboten sei, konnte die A aber nicht von ihrer Meinung abbringen, die auf eine Extraktion beharrte. Z zog daraufhin die Zähne.*

Der BGH verneinte hier die Einwilligungsfähigkeit der A: Ein Patient, der in laienhaftem Unverstand aufgrund einer unsinnigen, selbstgestellten Diagnose von einem Zahnarzt eine umfassende Extraktion seiner Zähne

wünscht, erteilt damit keine wirksame Einwilligung zu dieser Maßnahme (BGH NJW 1978, 1206); zw.: Die Lösung des BGH läuft darauf hinaus, unvernünftigen Einwilligungen die Wirksamkeit zu versagen.

Umstritten ist, ob im Bereich der Vermögensdelikte anstelle des Abstellens auf die geistige und sittliche Reife die Regeln über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) entsprechend heranzuziehen sind (dafür *Jakobs* AT 7/114; *Lenckner* ZStW 72 (1960), 446, 456; anders die h.M.: *Fischer* StGB Vor § 32 Rn. 3c; *Rengier* AT § 23 Rn. 15; *LK/Rönnau* Vor § 32 Rn. 193; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 554).

- ⊕ Einheit der Rechtsordnung: Die Beurteilung im Strafrecht darf nicht anders ausfallen als im Zivilrecht.
- ⊖ Unterschiedliche Zielsetzungen von Straf- und Zivilrecht.
- ⊖ Es stellte einen erheblichen Wertungswiderspruch dar, wenn geistig und sittlich reife Minderjährige zwar in schwerste Körperverletzungen einwilligen könnten, nicht aber in die Schädigung von Vermögenswerten.

5. Keine wesentlichen Willensmängel

Weiterhin darf die Einwilligung nicht an wesentlichen Willensmängeln leiden. Eine durch Täuschung erschlchene oder auf einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht beruhende Einwilligung ist regelmäßig unwirksam (BGHSt 45, 219, 221; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 557; weitergehend *Amelung* ZStW 109 (1997), 490: grds. Beachtlichkeit von Willensmängeln).

Bsp. (nach BGHSt 16, 309): *Medizinstudent M war als Famulus in einem Krankenhaus tätig. Im Rahmen seiner Tätigkeit verabreichte er Patient P eine Spritze. P hielt M für einen approbierten Arzt.*

Die h.M. (Wessels/Beulke/Satzger AT Rn. 559; Lackner/Kühl § 228 Rn. 8; Roxin AT I § 13 Rn. 98) macht von der Beachtlichkeit eines Willensmangels nur dann eine Ausnahme, wenn der Willensmangel nicht rechtsgutsbezogen und daher nicht einwilligungserheblich ist, sich also lediglich auf Randfragen oder Begleitumstände, nicht hingegen auf Inhalt und Umfang des Eingriffs, bezieht.

Bsp.:

- Ein rechtsgutsbezogener Willensmangel liegt vor, wenn A in die Verabreichung einer Spritze durch B einwilligt, B dem A aber die gesundheitsschädigende Wirkung der Injektion verschweigt.
- Kein rechtsgutsbezogener Willensmangel liegt darin, dass A in die Blutabnahme durch B deshalb einwilligt, weil B den A darüber getäuscht hat, eine Blutspendeorganisation werde ihm dafür € 50,- zahlen.

Speziell bei der Bestimmung der Reichweite der ärztlichen Aufklärungspflicht (vgl. § 630d BGB) kommt es maßgeblich darauf an, ob das in Frage stehende Risiko dem ärztlichen Eingriff spezifisch anhaftet und bei seiner Verwirklichung die Lebensführung des Patienten besonders belastet. So ist die Aufklärung über die Gefahren einer Nachbehandlung bereits vor dem ersten Eingriff nur dann notwendig, wenn die Nachbehandlung ein besonderes Gefahrpotenzial birgt.

Ebenso können Drohung und Zwang durch den Täter für die Wirksamkeit der Einwilligung beachtlich werden, sofern sie rechtsgutsbezogen sind. Dies ist etwa der Fall, wenn die Strafbarkeitsgrenze zur Nötigung (§ 240 StGB) überschritten wird. Denn der Umstand, dass der Gesetzgeber in § 240 StGB das Opfer gegen den Drohenden schützt, zeigt, dass er dessen Entscheidungsfreiheit in strafrechtlich relevanter Weise für beeinträchtigt hält (*Roxin AT I § 13 Rn. 81, 113*).

Dabei sind aber die Besonderheiten des jeweiligen Tatbestands zu beachten:

- Aus dem Wortlaut des § 177 StGB („Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“) folgt, dass danach nicht strafbar ist, wer die Einwilligung in sexuelle Handlungen durch die Drohung mit anderen Mitteln als gegenwärtiger Gefahr (z.B. Aufdeckung eines Skandals) erzwingt. Es bleibt aber bei der Strafbarkeit nach § 240 StGB wegen Nötigung.
- Es liegt auch kein Diebstahl vor, wenn jemand durch eine Nötigung erreicht, dass der Eigentümer ihm gestattet, seine – für den Täter fremde – Sache an sich zu nehmen, denn aus dem System der Vermögensdelikte ergibt sich, dass dieser Fall als Erpressung erfasst sein soll.

6. Kein Verstoß gegen die guten Sitten (§ 228 StGB)

Bei Eingriffen in die körperliche Integrität darf die Tat gem. § 228 StGB zusätzlich nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Maßgeblich ist die Sittenwidrigkeit der Tat, nicht die der Einwilligung.

- BGHSt 4, 24: *A und B sind Mitglieder schlagender Verbindungen. In einer Mensur fügt der A dem B mehrere Schmisse zu.*
- Vereinfacht nach BGH NStZ 2015, 270: *Aus Begeisterung für Gewalt verabreden sich Hooligan-Gruppen zu körperlichen Auseinandersetzungen. Für solche Kämpfe existieren ungeschriebene, aber allgemein anerkannte Regeln. So muss bspw. nicht Mann gegen Mann gekämpft werden, insbesondere, wenn einzelne der Gegner bereits ausgefallen sind, können sich auch mehrere Kämpfer gegen einen Gegner wenden. Waffen sind verboten, Schutzbekleidung (Mund-, Tief-, Handschutz), Mützen und Sturmhauben erlaubt. Gekämpft wird in allen Kampfstilen, Schläge und Tritte sind mit Ausnahme des Genitalbereichs gegen alle Körperregionen – auch gegen den Kopf – gestattet, zugleich jedoch nur das Tragen von leichtem Schuhwerk. Wer am Boden liegt und keine Anstalten macht, sich zu erheben, oder wer sonst zu erkennen gibt, dass er nicht wieder in den Kampf eingreifen will, darf nicht mehr angegriffen werden. Allerdings kann es trotzdem dazu kommen, dass solche Personen weiter verletzt werden. Auch kann es in dem Kampfgeschehen zu Angriffen von hinten kommen. Der Kampf endet, wenn alle Gegner am Boden liegen oder eine Mannschaft aufgibt. Kampfrichter, die bei Regelverstößen und/oder Verletzungen unmittelbar eingreifen, um den Regelverstoß zu sanktionieren bzw. eine Behandlung zu ermöglichen, sind nicht vorgesehen. Strafbarkeit nach § 223 StGB?*

Umstritten ist, welche Kriterien für das Sittenwidrigkeitsurteil von Bedeutung sind.

- Die früher h.M. (vgl. BGHSt 4, 24, 31) stellte vor allem auf Beweggründe und Ziele der Beteiligten sowie die angewandten Mittel und die Art der Verletzung ab. Unter Anwendung dieser Auffassung hat der BGH im obigen Mensurfall festgestellt, dass „die Schlägermenschur von weiten Kreisen des Volkes missbilligt“ werde, der § 228 StGB (= § 226a a.F.) aber eng ausgelegt werden müsse. „Als Verstoß gegen die guten Sitten kann deshalb in diesem *strafrechtlichen* Sinne nur das angesehen werden, was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos *strafwürdiges* Unrecht ist. Das ist bei der Bestimmungsmenschur nicht der Fall. Auch unter ihren Gegnern befinden sich angesehene Persönlichkeiten, die sie aus den verschiedensten Gründen nicht mit krimineller Strafe bedroht sehen wollen. Es kann nicht die Rede davon sein, dass *alle* billig und gerecht Denkenden über die Sittenwidrigkeit der Bestimmungsmenschur einig seien.“
 - ⊖ Eine am Zweck der Tat orientierte Betrachtung entfernt sich vom Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit.
 - ⊖ Die grds. Ausrichtung am Zweckgedanken gibt das vom Gesetz vorgegebene ausschließliche Abstellen auf die Tat als Bezugspunkt der Sittenwidrigkeit der Sache nach auf, weil sie Gesichtspunkte einbezieht, die nur die Sittenwidrigkeit der Einwilligung selbst betreffen.
- Nach heute h.M. (BGHSt 49, 166, 170; LK/*Hirsch* § 228 Rn. 9; MüKo/*Hardtung* § 228 Rn. 25) kommt es für die Sittenwidrigkeit der Tat maßgeblich auf Art und Gewicht des eingetretenen Körperverletzungserfolges sowie des damit einhergehenden Gefahrengrades für Leib und Leben des Einwilligenden an.

Der BGH stellte dies jüngst explizit klar: „Das Merkmal der guten Sitten in § 228 StGB ist für sich genommen konturenlos. Angesichts der Wandelbarkeit moralischer Wertungen kommen als Anknüpfungspunkt des Sittenwidrigkeitsurteils die Vorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder gar des zur Entscheidung berufenen Gerichts nicht in Betracht. [...] Der mithin zu konstatierenden Unbestimmtheit des Begriffs der guten Sitten ist dadurch zu begegnen, dass er in § 228 StGB strikt auf das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte bezogen und auf seinen Kerngehalt reduziert wird.“ (BGH NStZ 2015, 270, 273)

Entsprechend würde wohl die Einwilligung in eine Mensur auch nach heute h.M. nicht an der Sittenwidrigkeit scheitern (vgl. NK/*Paeffgen* § 228 StGB Rn. 109).

Zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit sind vielmehr die Wertungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen.

Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist – der Wertung des § 216 StGB entsprechend – jedenfalls dann anzunehmen, wenn die einwilligende Person durch die Körperverletzung in konkrete Todesgefahr gebracht wird (BGH NJW 2004, 1054, 1056; BGH NStZ 2015, 270, 273).

Im obigen Hooliganfall (KK 274) griff der BGH zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit gem. § 228 StGB explizit auf die gesetzgeberische Wertung des § 231 StGB (Verbot der Beteiligung an einer Schlägerei oder an einem von mehreren verübten Angriff) zurück. Hieraus folge die rechtliche Missbilligung von Körperverletzungshandlungen im Rahmen von Schlägereien, was sich auch auf die Beurteilung der Ein-

willigung auswirke. Ob die Sittenwidrigkeit stets anzunehmen sei – also auch dann, wenn von der verabredeten Schlägerei lediglich Bagatellverletzungen zu erwarten sind –, ließ der BGH ausdrücklich offen. Die Einwilligung sei jedenfalls dann unwirksam, wenn aus ex-ante-Perspektive die konkrete Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung anzunehmen sei. Aufgrund der „Spielregeln“ war diese Gefahr im konkreten Fall zu bejahen. Insofern deckt sich das Ergebnis mit der in der Literatur und Teilen der Rspr. vertretenen Auffassung, die Sittenwidrigkeit bei der konkreten Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung bereits unabhängig von der Art und Weise der Tatbegehung annimmt.

Zum Themenkreis der **verabredeten Schlägereien** siehe auch BGH NJW 2013, 1379, *Jahn* JuS 2013, 945; *Jäger* JA 2013, 634; *Mitsch* NJW 2015, 1545.

Zu beachten ist schließlich, dass das Sittenwidrigkeitskriterium des § 228 StGB nur im Bereich der Einwilligung in Körperverletzungsdelikte eine Rolle spielt und § 228 StGB bei der Einwilligung in andere Delikte nicht analog anwendbar ist. § 228 StGB trägt dem hohen Stellenwert der Unverletztheit von Körper und Gesundheit Rechnung und ist insoweit eine nicht analogiefähige Ausnahmegesetzvorschrift.

7. Subjektive Anforderungen

Vgl. dazu § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre) KK 195 ff.

IV. Der Irrtum über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Einwilligung

1. Irrtum über das reale Vorliegen einer Einwilligung

Ist dem Täter das tatsächliche Vorliegen einer Einwilligung des Geschädigten nicht bekannt, so ist er – bei gegebener Versuchsstrafbarkeit – wegen (untauglichen) Versuchs des jeweiligen Delikts strafbar. Denn wegen der Einwilligung konnte er den Tatbestand nicht erfüllen. Das war ihm jedoch nicht bewusst und er ging subjektiv davon aus, tatbestandsmäßig zu handeln.

2. Irrtum über das reale Nichtvorliegen einer Einwilligung

Im umgekehrten Fall der tatsächlich nicht (wirksam) erteilten Einwilligung, bei dem der Täter jedoch deren Vorliegen irrtümlich annimmt, liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum nach § 16 I 1 StGB vor. Soweit gesetzlich vorgesehen, kommt dann gem. § 16 I 2 StGB allenfalls eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht.

V. Mutmaßliche Einwilligung

In Fällen rechtlich zulässiger, aber tatsächlich fehlender Einwilligung kann eine sog. mutmaßliche Einwilligung in Betracht kommen. Anders als die Einwilligung, der tatbestandsausschließende Wirkung zukommt (KK 265 ff.), ist die mutmaßliche Einwilligung ein Rechtfertigungsgrund. Die Einwilligung ist Ausdruck der Handlungsfreiheit des Rechtsgutsträgers – mit der Konsequenz, dass der mit Einwilligung Handelnde nicht dessen Rechtsgüter verletzt. Der sich auf die mutmaßliche Einwilligung Berufende greift hingegen in deliktstypischer Weise in die Rechtsgüter eines anderen ein. Er kann nur dadurch gerechtfertigt werden, dass die Einwilligung des Rechtsgutsträgers aus objektiver Sicht gemutmaßt wird. Zwei verschiedene Erwägungen können insoweit Bedeutung erlangen: Das Prinzip der Interessenbehauptung und das Prinzip des mangelnden Interesses.

1. Prinzip der Interessenbehauptung

Eine mutmaßliche Einwilligung beruht auf dem Prinzip der Interessenbehauptung, sofern der Täter im mutmaßlichen materiellen Interesse des Betroffenen handelt.

- Bsp.: *Operation des bewusstlosen Unfallopfers*

Für die Rechtfertigung ist hier nicht eine an obj. Maßstäben orientierte Güter- und Interessenabwägung entscheidend. Maßgeblich ist vielmehr ein Wahrscheinlichkeitsurteil über den wahren Willen des Rechtsgutsinhabers im Tatzeitpunkt. Relevant sind die individuellen Interessen, Bedürfnisse, Wünsche und Wertvorstellungen des Betroffenen.

Objektiven Kriterien kommt nur indizielle Bedeutung zu. Liegen aber keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Betroffene – könnte man ihn befragen – anders entscheiden würde, kann davon ausgegangen werden, dass sein hypothetisch zu ermittelnder Wille mit dem übereinstimmt, was üblicherweise als sachgerecht, normal und vernünftig angesehen wird.

Entspricht das Wahrscheinlichkeitsurteil ex ante den genannten Anforderungen, bleibt die darauf beruhende Tat rechtmäßig, auch wenn sich später herausstellt, dass trotz pflichtgemäßer Prüfung und gewissenhaften Vorgehens der wahre Wille des Betroffenen verfehlt wurde.

2. Prinzip des mangelnden Interesses

Auf dem Prinzip des mangelnden Interesses beruht die mutmaßliche Einwilligung in den Fällen, in denen es unter Respektierung der persönlichen Einstellung des Betroffenen an einem schutzwürdigen Erhaltungsinteresse fehlt.

- Bsp.: *A nimmt fünf Zwei-Euro-Stücke aus der Geldbörse des B und steckt seinen Zehn-Euro-Schein hinein, um Kleingeld für Zigaretten zu haben.*

3. Hypothetische Einwilligung

Insbesondere im Rahmen ärztlicher Heileingriffe wird eine hypothetische Einwilligung diskutiert. Dabei geht es um Fälle, in denen aufgrund einer fehlerhaften oder gänzlich fehlenden Patientenaufklärung der Eingriff eigentlich als rechtswidrig zu bewerten wäre. Hier wird zum Teil die Rechtswidrigkeit des Eingriffs abgelehnt, wenn davon auszugehen ist, dass der Patient bei ordnungsgemäßer Aufklärung seine Einwilligung erteilt hätte (BGH NStZ 2012, 205, 206; BGH NStZ-RR 2004, 16, 17; krit. dazu u.a. NK/*Paeffgen* Vor §§ 32 ff. Rn. 168a). Der ärztliche Eingriff muss dabei aber *lege artis* erfolgen (BGH NStZ-RR 2007, 340, 342).

Mit der Annahme einer solchen hypothetischen Einwilligung wird aber die ärztliche Aufklärungspflicht faktisch überflüssig, ohne dass für diese Rechtsfigur ein anzuerkennendes Bedürfnis besteht. Ferner muss sich das entscheidende Gericht zur Beantwortung der Frage, ob eine Einwilligung denn erteilt worden wäre, in das Reich der reinen Spekulationen begeben. Die Figur der hypothetischen Einwilligung ist daher abzulehnen (*Hefendehl* in: FS Frisch [2013] S. 465, 470 ff.).