

§ 14: Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

Ein Eingriff in die Rechtsgüter einer Person, der mit deren Willen erfolgt, ist kein Unrecht. Denn individuelle Rechtsgüter werden nur zu dem Zweck geschützt, der freien Entfaltung des Einzelnen zu dienen (Art. 2 I 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 allenfalls 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. 553 ff. mit tabellarischer Gegenüberstellung in Rn. 605; *Stratenwerth/Kuhlen* § 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 Betroffenen 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 der Berechtigten. Wird der Raum im Einklang mit dem Willen der 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). Dies gilt bei denjenigen Tatbeständen, die kein Handeln gegen den Willen der Betroffenen voraussetzen.

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 (Tatumstandsirrtum). Wenn der Täter über eine Einwilligung irrt, befindet er sich hingegen in einem Erlaubnistatumstandsirrtum (dazu die KK zu § 16).

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/Greco* AT I § 13 Rn. 11 ff.; *Kindhäuser/Zimmermann* AT § 12 Rn. 4 ff.; *MK/Schlehofer* Vor § 32 Rn. 146 ff.; *Gössel/Dölling* BT I § 12 Rn. 48, § 38 Rn. 42; *SK/Wolters* § 228 Rn. 2).

Dies folgt bereits aus dem oben (KK 340 ff.) genannten Gedanken der auf das Individuum bezogenen Rechtslehre, nach der die bloße Ausübung der Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) die gleichzeitige Verletzung eines dem Ausübenden zustehenden Rechtsguts und damit eine Tatbestandserfüllung ausschließt. Individualrechtsgüter werden strafrechtlich deshalb geschützt, um eine freie Entfaltung der Individuen zu gewährleisten. Das bedeutet umgekehrt, dass ein solcher „Schutz“ dort nicht angebracht ist, wo dies für die freie Entfaltung des Individuums gar nicht erforderlich ist, ja im Gegenteil dieser sogar entgegensteht. Denn der Akt der Einwilligung ist gerade Ausdruck dieser Autonomie. Daher ist die Annahme der Gegenmeinung schon im Grundsatz nicht zutreffend: Dass ein Tatbestand ein Handeln gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers voraussetzt, ist nicht die Ausnahme, sondern die Regel.

Übersetzt man dies in dogmatische Kategorien, so entfällt bei einer wirksamen und dem Täter bekannten Einwilligung der Erfolgs- und mit ihm der Handlungsunwert. Eine Handlung, die kein anderes Rechtsgut tangiert und auch nicht tangieren will, 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 344), 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 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 I Nr. 5 StGB ist eine „rechtswidrige Tat nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“. „Rechtswidrig“ in § 228 StGB ist daher in Verbindung mit der Legaldefinition in § 11 I Nr. 5 StGB zu lesen und kann vor diesem Hintergrund auch als „tatbestandsmäßig-rechtswidrig“ gelesen werden.

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

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.

→ Einen erweiterten Überblick des Meinungsstandes bietet auch das Problemfeld *Die Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung*:
<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/einwilligung/einverstaendnisunterscheidung/>

Hinweis: Nach der hier vertretenen Meinung wären die Fragen rund um die Einwilligung also bereits auf der Verbrechenstufe des Tatbestandes zu erörtern. Sie werden in den KK aber auch aus pragmatischen Gründen im Kontext der Rechtswidrigkeit dargestellt, weil dies der Ausgangspunkt der (wie dargelegt nicht überzeugenden) herrschenden Auffassung ist. In der Klausur ist die Auseinandersetzung um die Einordnung der Einwilligung als tatbestandsausschließend oder rechtfertigend nicht zu thematisieren.

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.

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/Greco* AT I § 13 Rn. 71 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 581).

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 Offizialprinzip widerspricht.

Bei einer konsequent rechtsgutsorientierten Betrachtungsweise müsste man für die Einwilligung allerdings bereits die innere Zustimmung ausreichen lassen (so die „Willensrichtungstheorie“, vgl. MK/Schlehofer Vor § 32 Rn. 152; Joecks/Jäger 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 die zustimmende Person auch einwilligungsfähig sein. Die daran zu stellenden Anforderungen können nicht abstrakt festgelegt werden, sondern unterscheiden sich je nach Einzelfall und konkret in Frage stehendem Delikt bzw. den geschützten Rechtsgütern.

 Dabei kommt es grundsätzlich nicht auf die zivilrechtlichen Regelungen zur Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff. BGB) an, sondern darauf, ob die einwilligende Person nach ihrer geistigen und sittlichen Reife dazu in der Lage war, die Tragweite des Rechtsgutseingriffs zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen. Je gewichtiger das Rechtsgut und der ihm drohende Schaden dabei sind, desto strengere Anforderungen sind zu stellen (BGH NSTz 2018, 537; Rengier AT § 23 Rn. 15). Statt der geistigen und sittlichen Reife sollte man besser darauf abstellen, ob die einwilligende Person weiß, welche Einschränkungen des Rechtsguts mit einer Einwilligung einhergehen.

So schützt die Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) die Willenssphäre des „Opfers“ in ihrer reinen Faktizität, sodass allein der natürliche Wille entscheidend ist. Wer vom Hausrechtsinhaber „sehenden Auges“ hineingelassen wird, dringt nicht in die Wohnung ein.

Umstritten ist, wie mit den übertragbaren Rechtsgütern Eigentum und Vermögen umzugehen ist. Teilweise wird hier eine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz befürwortet. So sollen mit den §§ 104 ff. BGB zivilrechtliche Sonderregeln bestehen, die aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung auch hier berücksichtigt werden sollen. Relevant wird das etwa bei einer wirksamen Einwilligung in einen Diebstahl (§ 242 StGB). Hier soll dann die volle Geschäftsfähigkeit des Einwilligenden analog §§ 104 ff. BGB verlangt werden (*Jakobs AT 7/114*).

- + Einheit der Rechtsordnung
- Unterschiedliche Zielsetzungen von Straf- und Zivilrecht.
- Die analoge Anwendung der §§ 104 ff. BGB im Strafrecht belastet die potenzielle Täterin, da so die Grenzen der täterbegünstigenden Einwilligung verengt werden. Eine solche täterbelastende Analogie ist im Strafrecht aber wegen Art. 103 II GG verboten.
- Wertungswiderspruch: Sieht man das so, dann könnte das „Opfer“ in Körperverletzungen einwilligen, in eine Sachbeschädigung oder einen Diebstahl aber nicht, obwohl die körperliche Unversehrtheit ein wertvolleres Rechtsgut ist.

Das überzeugt also nicht. Vielmehr entscheidet auch beim Diebstahl (§ 242 StGB) allein der natürliche Wille des „Opfers“ über das Vorliegen einer Wegnahme, in die allein eingewilligt wird. Denn der dafür maßgebliche Gewahrsam wird als „tatsächliche Herrschaft über eine Sache“ verstanden (BeckOK StGB/Wittig § 242 Rn. 21).

Einen weiteren Überblick über den Streitstand bietet das Problemfeld Einsichtsfähigkeit nicht/beschränkt Geschäftsfähiger: <https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/einwilligung/einsichtsfahigkeit/>.

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). Dies erscheint zweifelhaft: Die Lösung des BGH läuft darauf hinaus, unvernünftigen Einwilligungen die Wirksamkeit zu versagen (Roxin/Greco AT I § 13 Rn. 87).

5. Keine wesentlichen Willensmängel

Weiterhin darf die Einwilligung nicht an wesentlichen Willensmängeln leiden. Eine durch Täuschung erschlischene oder auf einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht beruhende Einwilligung ist regelmäßig unwirksam (BGHSt 45, 219, 221; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 572 f.; weitergehend *Amelung* ZStW 109 (1997), 490: grds. Beachtlichkeit von Willensmängeln).

Bsp. (nach BGHSt 16, 309): *Medizinstudent M war als Praktikant 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. 574) hält einen Willensmangel nur dann für unbeachtlich, wenn dieser 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.*

Bsp.: *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.*

Im obigen Beispielsfall, in dem Medizinstudent M dem P eine Spritze verabreicht, fehlt es an der Beachtlichkeit des Willensmangels, weil das Verabreichen einer Spritze eine so einfache Tätigkeit ist, dass sie nicht notwendig von einem approbierten Arzt vorgenommen werden muss. Anders wäre es etwa, wenn M eine Blinddarmoperation durchgeführt hätte (*Roxin/Greco* AT I § 13 Rn. 101).

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 Gefährpotenzial birgt.

Ebenso können Drohung und Zwang durch die Täterin 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/Greco* AT I § 13 Rn. 113).

→ Einen erweiterten Überblick zum Meinungsstand bietet auch das Problemfeld *Einwilligung aufgrund täuschungsbedingten Irrtums*:

<https://strafrecht-online.org/problemfelder/at/rw/einwilligung/taeuschungsbedingte/>

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?

Es könnte jeweils eine Einwilligung vorliegen, sofern diese nicht wegen Sittenwidrigkeit der Tat gem. § 228 StGB unbeachtlich ist. 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. Somit verstößt diese Ansicht gegen den Wortlaut, der ausdrücklich auf die Sittenwidrigkeit der „Tat“ abstellt, und damit gegen Art. 103 II GG.
- Nach heute **h.M.** (BGHSt 49, 166, 170; MK/*Hardtung* § 228 Rn. 24) kommt es für die Sittenwidrigkeit der Tat maßgeblich auf Art und Gewicht des eingetretenen Körperverletzungserfolgs sowie des damit einhergehenden Gefahrengrades für Leib und Leben des Einwilligenden an.

Maßgeblich ist eine ex-ante-Beurteilung (BGH NStZ-RR 2018, 314, 315; NStZ 2015, 270, 273; NStZ 2021, 494 [498 f.]; MK/*Hardtung* § 228 Rn. 27 f.). Gesellschaftliche Vorstellungen können hingegen nicht zur

Feststellung eines Sittenverstoßes herangezogen werden. Das stellte der BGH 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) Dies hat der BGH in NStZ-RR 2018, 314 f. bekräftigt.

Ausnahmsweise könne aufgrund entsprechender gesellschaftlicher Vorstellungen die Einwilligung des potenziellen Opfers in eine Körperverletzung trotz massiver Rechtsgutsverletzungen Wirksamkeit entfalten (bspw. bei ärztlichen Heileingriffen oder gewissen Kampfsportarten, BGH NStZ 2015, 270 [273]).

Im konkreten Fall des BGH hatte der Angeklagte seine Initialen in den Rücken der Verletzten mit einem Messer geritzt. Die StA hatte argumentiert, der Zweck, die Verletzte zu „zeichnen“, führe zur Sittenwidrigkeit der Tat. Der BGH erwiderte, § 228 StGB sei strikt auf das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte zu beziehen (siehe bereits das Zitat oben). Gesellschaftliche Vorstellungen können somit keine strafbegründende, sondern nur im Einzelfall strausschließende Wirkung haben. Das ergibt sich auch aus dem klaren Wortlaut. So würde die Einwilligung in eine Mensur wohl auch nach heute h.M. nicht an der Sittenwidrigkeit scheitern (vgl. NK/Paeffgen/Zabel § 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]; NSTz 2015, 270 [273]; BeckRS 2021, 7946 [Rn. 11]; NSTz 2021, 494 [496]).

Im obigen Hooliganfall (KK 352) 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 Einwilligung 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 BeckRS 2021, 7946; BGH NJW 2013, 1379; *Jahn* JuS 2013, 945; *Jäger* JA 2013, 634; *Mitsch* NJW 2015, 1545; *Roxin/Greco* AT I § 13 Rn. 66a ff.

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 als täterbelastende Vorschrift (schränkt die Grenzen einer begünstigenden Einwilligung ein) schon wegen Art. 103 II GG 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

Behandelt man die Einwilligung als tatbestandsausschließend, muss die Täterin, den normalen Vorsatzanforderungen entsprechend, in Kenntnis der Einwilligung gehandelt haben.

Hinweis: Misst man der Einwilligung rechtfertigende Wirkung zu, muss sie in vergleichbarer Weise in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung gehandelt haben (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 582), vgl. dazu die KK zu § 16.

8. Die Einwilligung in der Fallprüfung

In der Fallprüfung ist die Einwilligung bei der Rechtswidrigkeit folgendermaßen zu prüfen (wie immer ist aus unproblematische Dinge nur kurz einzugehen):

I. Objektive Rechtfertigungselemente

1. Verfügbarkeit des geschützten Rechtsgutes (disponibles Rechtsgut)
2. Verfügungsbefugnis
3. Einwilligungsfähigkeit
4. Einwilligungserklärung
5. Freiheit von Willensmängeln

II. Subjektives Rechtfertigungselement (siehe hierzu die KK zu § 16)

IV. **Mutmaßliche Einwilligung**

In Fällen, in denen eine Einwilligung rechtlich zulässig wäre, tatsächlich aber nicht eingeholt werden kann, kann eine sog. mutmaßliche Einwilligung in Betracht kommen. Anders als die Einwilligung, der nach hier vertretener Ansicht tatbestandsausschließende Wirkung zukommt (KK 340 ff.), ist die mutmaßliche Einwilligung ein Rechtfertigungsgrund. Die Einwilligung ist Ausdruck der Handlungsfreiheit des Rechtsgutsträgers – mit der Konsequenz, dass die mit Einwilligung Handelnde nicht dessen Rechtsgüter verletzt. Die sich auf die mutmaßliche Einwilligung Berufende greift hingegen in deliktstypischer Weise in die Rechtsgüter eines anderen ein. Sie 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.

Bsp.: Leidensmindernde Maßnahmen unmittelbar vor dem Tod eines unheilbar Kranken. Hier können nach dem BGH im Einzelfall auch Handlungen durch einen Nichtarzt zur Ermöglichung eines schmerzfreien Todes aufgrund einer mutmaßlichen Einwilligung gerechtfertigt sein (vereinfacht nach BGH NSTz 2021, 164).

Für die Rechtfertigung ist hier nicht eine an objektiven 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 der oder des Betroffenen.

Objektiven Kriterien kommt nur indizielle Bedeutung zu. Liegen aber keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Betroffene – könnte man sie befragen – anders entscheiden würde, kann davon ausgegangen werden, dass ihr 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 der oder 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. Die mutmaßliche Einwilligung in der Fallprüfung

Aus den soeben ausgeführten Voraussetzungen ergibt sich folgendes Prüfungsschema:

I. Objektive Rechtfertigungselemente

1. Verfügbarkeit des geschützten Rechtsguts
2. Verfügungsbefugnis
3. Einwilligungsfähigkeit
4. Mutmaßliche Einwilligungserklärung
 - a) Subsidiarität: Keine (zumutbare) Möglichkeit, die Einwilligung rechtzeitig einzuholen
 - b) Übereinstimmung mit dem mutmaßlichen Willen
 - c) Entbehrlichkeit der Befragung bei mangelndem Interesse

II. Subjektives Rechtfertigungselement (siehe hierzu die KK zu § 16)

V. 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.

Bsp. (nach BGH StV 2004, 376): Ärztin A operiert bei einem Bandscheibenvorfall aus Versehen am falschen Wirbel. Nachdem sie ihr Versehen bemerkt hat, spiegelt sie Patientin P vor, es sei zu einem erneuten Vorfall an der gleichen Stelle gekommen, woraufhin P in eine zweite Operation einwilligt. Nun operiert A die richtige Stelle.



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/Zabel Vor §§ 32 ff. Rn. 168a). Der ärztliche Eingriff muss dabei aber lege artis erfolgen (BGH NStZ-RR 2007, 340, 342).

Der Unterschied zur mutmaßlichen Einwilligung besteht darin, dass die Patientin bei der mutmaßlichen Einwilligung nicht nach ihrer Einwilligung gefragt werden konnte (Bsp.: Das bewusstlose Unfallopfer muss sofort medizinisch versorgt werden), während dies bei der hypothetischen Einwilligung prinzipiell möglich gewesen wäre.

Mit der Annahme einer solchen hypothetischen Einwilligung wird aber die ärztliche Aufklärungspflicht faktisch überflüssig, ohne dass für diese Rechtsfigur ein anzuerkennendes Bedürfnis besteht. Die im Zivilrecht geltende Regelung des § 630h II 2 BGB kann nicht im Strafrecht angewandt werden, weil hier der Grundsatz in dubio pro reo gilt und die Norm daher zu einer weit umfangreicheren Entlastung als im Zivilrecht führen

würde (AG Moers JA 2016, 472 mit Anm. *Jäger*). 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* FS Frisch [2013], S. 465 [470 ff.]).

Literatur: *Roxin/Greco* AT I § 13 Rn. 125 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 596 ff.

Wiederholungs- und Vertiefungsfragen

- I. Welche Rechtsgüter sind vom Grundsatz einwilligungsfähig?
- II. Was sagt die Lehre zu den negativen Tatbestandsmerkmalen (der sog. zweistufige Verbrechensbegriff) zu der herkömmlichen Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung?
- III. Welche Konsequenzen hat die Einordnung der Einwilligung als tatbestandsausschließend oder rechtfertigend für die Behandlung der irrtümlichen Annahme einer tatsächlich nicht (wirksam) erteilten Einwilligung durch den Täter?