

§ 14: Einverständnis, Einwilligung und mutmaßliche Einwilligung

I. Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung

Ein Eingriff in die Rechtsgüter einer Person, der mit deren Willen erfolgt, ist kein Unrecht („volenti non fit iniuria“). Dabei sind nach noch herrschender Auffassung Einverständnis und Einwilligung begrifflich zu unterscheiden – mit Konsequenzen für ihre jeweilige rechtliche Bewertung (str.).

1. Unterscheidungskriterium

Herkömmlich wird im Anschluss an *Geerds* GA 1954, 262 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 Op-

fers gerechtfertigt (z.B. § 223 StGB).

2. Neue Entwicklungen

In der neueren Entwicklung stößt die Differenzierung zunehmend auf Kritik (*Roxin* AT I § 13 Rn. 11; *Kindhäuser* AT § 12 Rn. 5): Die Billigung der Tatbestandsverwirklichung durch den Rechtsgutsträger soll stets – also auch in den bisher zur rechtfertigenden Einwilligung gerechneten Fällen – zum Tatbestandsausschluss führen. Selbst wenn man an der Differenzierung zwischen Einwilligung und Einverständnis festhalten sollte, dürften sich hieraus keine Konsequenzen für die Voraussetzungen ergeben.

- ⊕ Tatbestandlich geschützte Rechtsgüter definieren sich gerade dadurch, dass sie der freien Entfaltung des Einzelnen dienen. Von einer Rechtsgutsverletzung kann daher nicht gesprochen werden, wenn der Betreffende mit dem Eingriff einverstanden ist.

Dagegen wird wohl überwiegend (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 363; *Stratenwerth/Kuhlen* AT § 9 Rn. 7 ff.; *Rengier* AT § 23 Rn. 1; *Kühl* AT § 9 Rn. 22; *Fischer* StGB Vor § 32 Rn. 3b) noch an der o.g. Differenzierung festgehalten.

- ⊕ Die neue Strömung ebnet den wertungsmäßigen Unterschied zwischen nicht rechtsgutsverletzenden und daher grds. erlaubten Verhaltensweisen und solchen ein, die ein Rechtsgut verletzen und daher nur ausnahmsweise erlaubt sind. Bei der rechtfertigenden Einwilligung liegt ein mit einer Werteinbuße verbundener Eingriff in fremde Rechtsgüter und damit zunächst ein abstrakter Unwert vor, zu dessen Beseitigung es eines besonderen Rechtferti-

gungsgrundes bedarf.

- ⊕ Wortlaut des § 228 StGB („handelt nur dann rechtswidrig“).
- ⊖ Überlegungen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen.

3. Unterschiede in der rechtlichen Bewertung von Einverständnis und Einwilligung

(tatbestandsausschließendes) Einverständnis	(rechtfertigende) Einwilligung
Maßgeblich ist allein der innere Wille.	Kundgabe nach außen erforderlich.
Entscheidend ist nur der natürliche Wille.	Einsichtsfähigkeit des Opfers erforderlich.
Willensmängel sind unbeachtlich.	Willensmängel führen zur Unwirksamkeit.
Irrtum bedingt Tatbestandsirrtum.	Irrtum über einen Erlaubnistatbestand.

Aufgrund der Ausgestaltung der einzelnen Anforderungen (s.u.) werden die Unterschiede im Ergebnis jedoch nur selten relevant.

II. Das tatbestandsausschließende Einverständnis

1. Grund des Tatbestandsausschlusses

- Da Rechtsgüter der freien Entfaltung des Einzelnen dienen, liegt keine Rechtsgutsverletzung vor, wenn ein Verhalten auf der Disposition des Rechtsgutsträgers beruht.
- Ausfluss allgemeiner Handlungsfreiheit des Einzelnen (Art. 2 I GG).
- Grundsatz ist gewohnheitsrechtlich anerkannt.

2. Fehlende Verwirklichung des Deliktstyps

- Erfolgs- und mit ihm Handlungsunwert sowie der Deliktstyp entfallen, insb. wenn die einverständliche Handlung dem Rechtsgutsinhaber nützlich und auch sonst sozialüblich ist. Eine Handlung kann daher nicht tatbestandsmäßig sein.
- Erfolgsunwert ist aber auch nicht gegeben, wenn die Handlung trotz des Einverständnisses den Interessen des Rechtsgutsträgers zuwiderläuft. Daher kommt es nur auf den tatsächlichen Willen, nicht aber auf dessen objektive Vernünftigkeit an.

3. Fehlende Interessenabwägung

- Rechtfertigungsgründe beruhen auf den Prinzipien der Interessenabwägung und der Erforderlichkeit. Sie sorgen im Konflikt widerstreitender Interessen für die „Verteidigung“ des

überwiegenden Interesses.

- Beim Einverständnis geht es dagegen nicht um Konfliktsituationen, da der Rechtsgutsträger sein Interesse am Rechtsgut aufgibt. Das Einverständnis folgt daher dem Prinzip des mangelnden Interesses.

4. Anforderungen an die Wirksamkeit des Einverständnisses

a) Gegenstand des Einverständnisses

Das Einverständnis kann sich auf eine Handlung und/oder einen Erfolg beziehen.

b) Kundgabe

Im Unterschied zur Einwilligung genügt für ein wirksames Einverständnis der tatsächliche – innere – Wille unabhängig von seiner Kundgabe nach außen; zw., da ein nicht hervortretender Gedanke nicht zur Anknüpfung von Rechtsfolgen geeignet ist.

c) Zeitpunkt und Widerruflichkeit

Das Einverständnis muss vor der Tat erteilt sein und bei Tatbegehung fortbestehen. Bis dorthin ist es frei widerruflich. Ausreichend ist auch ein nach Beginn, aber vor Vollendung der Tat erteiltes Einverständnis. Die nachträgliche Genehmigung ist dagegen unbeachtlich, da der Geschädigte

sonst über einen einmal entstandenen staatlichen Strafanspruch disponieren könnte, was jedoch dem Officialprinzip widerspricht.

d) Einsichtsfähigkeit

Eine Einsichtsfähigkeit ist für das Einverständnis nicht erforderlich. Maßgeblich ist allein der natürliche Wille. Daher ist auch das Einverständnis von Kindern und Geisteskranken wirksam.

e) Willensmängel

aa) Grundsatz

I.d.R. sind Willensmängel nur bei der Einwilligung, nicht aber beim Einverständnis beachtlich. Denn entscheidend für das Einverständnis ist grds. allein der tatsächliche Wille.

Die Täuschung durch den Täter und ein – auch von einem Täuschungsverhalten – unabhängiger Irrtum beim Opfer sind im Allgemeinen unbeachtlich.

Bsp.:

- Durch Täuschung über Heiratsversprechen erschlichene sexuelle Handlungen sind nicht nach § 177 StGB strafbar.
- Durch Täuschung erschlichene Weggabe ist kein Diebstahl (sondern Betrug).

- Durch Täuschung erschlichener Eintritt ist kein „Eindringen“ i.S.v. § 123 StGB.
- Erwartungen des Hausrechtsinhabers hinsichtlich des Gastes (z.B. keine Straftat zu begehen) und ein entsprechender Irrtum sind unbeachtlich.

Ebenso sind Drohung und Zwang durch den Täter für die Wirksamkeit des Einverständnisses grundsätzlich unbeachtlich. Diese Irrelevanz der Fehlvorstellungen ergibt sich aber richtigerweise nicht aus der Kategorisierung als Einverständnis, sondern aus Rechtsgutsüberlegungen.

bb) Ausnahmsweise Beachtlichkeit von Drohung und Zwang

Drohung und Zwang sind nicht mehr unbeachtlich, 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).

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 das Einverständnis 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.

cc) Ausnahmsweise Beachtlichkeit einer Täuschung

Ähnlich wie bei Drohung und Zwang ist das täuschungsbedingte Einverständnis dann nicht mehr unbeachtlich, wenn das Gesetz den Rechtsgutsträger gerade auch vor der täuschungsbedingten Preisgabe des Rechtsguts schützen will.

Bsp.: § 235 I Nr. 1 Var. 3 StGB – Entziehung Minderjähriger durch List.

5. Der Irrtum über das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Einverständnisses

a) Irrtum über das reale Vorliegen eines Einverständnisses

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

b) Irrtum über das reale Nichtvorliegen eines Einverständnisses

Im umgekehrten Fall des tatsächlich nicht (wirksam) erteilten Einverständnisses, bei dem der Täter jedoch dessen Vorliegen irrtümlich annimmt, liegt ein vorsatzausschließender Tatbestandsirrtum

nach § 16 I 1 StGB vor. Denn beim Einverständnis setzt der Tatbestand notwendig ein Handeln ohne oder gegen den Willen des Berechtigten voraus. Geht der Täter aber davon aus, im Einklang mit dem Willen des Rechtsgutsinhabers zu handeln, kennt er diesen Umstand – Handeln ohne oder gegen den Willen des Berechtigten – gerade nicht. Soweit gesetzlich vorgesehen, kommt dann gem. § 16 I 2 StGB allenfalls eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht.

Schlagwörter zur Wiederholung

- I. Wann liegen gleichwertige Pflichten im Rahmen der rechtfertigenden Pflichtenkollision vor?
- II. Was sagt die Lehre zu den negativen Tatbestandsmerkmalen zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung?
- III. Was ist der Grund dafür, dass Willensmängel beim Einverständnis unbeachtlich, bei der Einwilligung aber beachtlich sein sollen?
- IV. In welchen Konstellationen sind Drohung und Zwang bei Einwilligung/Einverständnis relevant?