

§ 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.

III. Die rechtfertigende Einwilligung

1. Grundgedanke

Die rechtfertigende Einwilligung ist ihrem Wesen nach ein Verzicht auf Rechtsschutz (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 370). Sie kann daher nur bei verzichtbaren Individualrechtsgütern in Betracht kommen.

2. Anforderungen an die Wirksamkeit der Einwilligung

a) 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.

b) 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.

c) Einwilligungsfähigkeit

Ferner muss der Zustimmende auch einwilligungsfähig sein. Die Einwilligungsfähigkeit ist nicht von einem bestimmten Alter abhängig. Maßgeblich ist nach h.M. (*Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 374; *Rengier* AT § 23 Rn. 15) vielmehr, dass der Einwilligende nach seiner geistigen und sittlichen Reife imstande ist, die Bedeutung und Tragweite des Rechtsgutsverzichtes zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen. Entscheidend ist, dass er 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. Mit der Bemerkung, sie müsse es selbst wissen, ob sie die Zähne „heraushaben“ wolle, erklärte er sich schließlich dazu bereit. Die A hat die Einwände des Z gegen die verlangte Maßnahme nicht in den Wind geschlagen. Sie war sich nicht gewiss, dass sich ihr Zustand bessern werde. Jedoch hielt sie die Extraktion für die einzige verbleibende Therapie, die sie – wie ihm klar war – aus Unkenntnis, Rat- und Hoffnungslosigkeit, jedoch nach seinem Eindruck aufgrund reiflicher Überlegung, begehrte. Infolge eines Missverständnisses glaubte Z, A wolle sämtliche Zähne gezogen haben, während diese aber nur die plombierten meinte. Z entfernte darauf insgesamt 16

Zähne, darunter auch unplombierte, so dass der Oberkiefer nunmehr zahnlos war. Eine Besserung des Leidens ist nicht eingetreten. Die A trägt jetzt Prothesen.

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. 375*).

- ⊕ 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.

d) Keine wesentlichen Willensmängel

Weiterhin darf die Einwilligung nicht an wesentlichen Willensmängeln leiden. Eine durch Nötigung erzwungene, durch Täuschung erschlichene oder auf einer Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht beruhende Einwilligung ist regelmäßig unwirksam (BGHSt 45, 219, 221; *Wessels/Beulke/Satzger* AT Rn. 376; a.A. *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. 376a; *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 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 ärztlichen Aufklärungspflicht 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. Dies gilt auch, wenn der Arzt bei der Folgebehandlung auf eine „Außenseitermethode“ zurückgreift, und wird daher im Falle des Einsatzes von Zitronensaft zur Desinfektion einer Wunde verneint (BGH NStZ 2011, 343; *Jahn* JuS 2011, 468).

e) 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 Studierende und Mitglieder schlagender Verbindungen. In einer Mensur fügt der A dem B mehre Schmisse zu.*
- Vereinfacht nach BayObLG NJW 1999, 372: *Um als Mitglied in einer Jugend-Gang aufgenommen zu werden, erklärte sich der 15jährige O gegenüber den Gangmitgliedern A, B und C bereit, sich dem Aufnahme-ritual der Gang zu unterwerfen. Dieses bestand darin, dass sich der Bewerber von den Gang-Mitgliedern zusammenschlagen lässt. Der Bewerber darf sich während dieses zweiminütigen Vorgangs gegen die Angreifer wehren und kann jederzeit den Kampfabbruch verlangen. O wurde ausführlich über diese „Spielregeln“ aufgeklärt und auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er auch mit „schlimmen Schlägen“ rechnen müsse und hierbei auch „etwas Schlimmes“ („blaues Auge“, „Rippenbrüche“, „ein paar Zähne feh-*

len“) passieren könne. Nachdem O die Regeln akzeptiert hatte, schlugen und traten A, B und C auf ihn ein. Auch nachdem dieser zu Boden gestürzt war, wurde er weiter mit Schlägen und Tritten gegen Körper und Kopf traktiert. Etwa nach einer Minute ließen die Schläger von O ab und fragten ihn, ob er den Aufnahmetest abbrechen wolle. Da O wieder aufstand und erklärte, dass er weitermachen wolle, schlugen und traten sie erneut auf diesen ein, so dass dieser wiederum zu Boden ging und benommen liegen blieb. O erlitt zahlreiche Prellungen am Körper und insb. am Kopf sowie eine Zahnabsplitterung. Er war aufgrund der erlittenen Verletzungen zwei Wochen lang krankgeschrieben.

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 Bestimmungsmensur 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 Bestimmungsmensur einig seien.“

⊖ Eine am Zweck der Tat orientierte Betrachtung entfernt sich vom Schutzgut der körperli-

chen 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. Lediglich bei (drohenden) schweren Verletzungen sei der staatliche Eingriff in die Dispositionsfreiheit legitim. Ein Verstoß gegen die guten Sitten ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die einwilligende Person durch die Körperverletzung in die Gefahr des Todes gebracht wird (BGH NJW 2004, 1054, 1056). So hat das BayObLG im obigen Aufnahme-ritual-Fall festgestellt: „Es ist für jeden vernünftigen Menschen ohne weiteres klar, dass vor allem durch auf solche Weise zugefügte Kopfverletzungen schwerste Schädigungen, ja sogar der Tod des Opfers, eintreten können. Die für den „Prüfling“ bestehende akute und schwerwiegende Gefahr wurde auch nicht dadurch in relevanter Weise vermindert, dass er sich gegen die Angreifer wehren und jederzeit den Abbruch des Vorgangs verlangen durfte. [...] Unter diesen [...] Umständen steht die Tat der Angekl. in Widerspruch zu sozialetischen Wertvorstellungen.“

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).

Der Grad der Sittenwidrigkeit bestimmt sich aber auch nach den die Tatausführung begleitenden Umständen. So ist bspw. bei Schlägereien, an denen mehr als zwei Menschen beteiligt sind, aufgrund der Unkontrollierbarkeit gruppenspezifischer Prozesse immer von einer Gefahr der Eskalation auszugehen. Eine solche Auseinandersetzung ist daher generell gefährlich und verstößt deshalb, auch wenn im Vorfeld Absprachen zwischen den Beteiligten stattgefunden haben, gegen die guten Sitten (BGH NJW 2013, 1379).

Zum Themenkreis der verabredeten Schlägereien siehe auch *Jahn* JuS 2013, 945; *Jäger* JA 2013, 634.

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 Ausnahmevorschrift.

f) Kundgabe, Zeitpunkt und Widerruflichkeit

Schließlich muss die Einwilligung vor der Tat ausdrücklich erklärt oder konkludent zum Ausdruck gebracht worden sein. Bis zur Tatbegehung ist die Einwilligung frei widerruflich. Eine nachträgliche Genehmigung ist bedeutungslos.

g) Subjektive Anforderungen

Vgl. dazu § 11 (Grundfragen der Unrechtslehre) KK 196 ff.

IV. Mutmaßliche Einwilligung

In Fällen rechtlich zulässiger, aber tatsächlich fehlender Einwilligung kann eine sog. mutmaßliche Einwilligung in Betracht kommen. 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 durch mutmaßliche Einwilligung 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.

Obj. 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 zum einen die ärztliche Aufklärungspflicht faktisch überflüssig. Bei lege artis durchgeführten Operationen wird sich in aller Regel eine hypothetische Einwilligung annehmen lassen, bei nicht lege artis erfolgten Operationen ist auch eine abgegebene Einwilligung unwirksam (s. BGH NStZ 2008, 150, 151). Zum anderen 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.).