

Examenskurs Strafrecht BT I (Rep²)

HS 2019

I. Zustimmung

Einverständnis
(tatbestandsausschließend)

Einwilligung
(rechtfertigend)

II. Einwilligung

1. Objektiver Tatbestand

- a) Zustimmung zur Tatbestandsverwirklichung:
 - Nach h.M. ist eine Erklärung der Zustimmung nötig, die Gegenauffassung lässt den intern bleibenden Willen genügen (vgl. *Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 29).
 - Die Zustimmung muss im Zeitpunkt der Tat vorliegen.
- b) Disponibles Rechtsgut (in der Regel: Individualrechtsgut des Zustimmungenden)
 - Vorfrage: Welches Rechtsgut schützt der jeweilige Deliktstatbestand (strittig etwa bei § 164)?
- c) Wahrung deliktsspezifischer Grenzen:
 - Keine wirksame Einwilligung in vorsätzliche Tötung (§ 216).
 - Keine wirksame Einwilligung bei Sittenwidrigkeit der Körperverletzung (§ 228).
 - Schranke des § 228 besteht nach h.M. nur bei Körperverletzungen.
- d) Einsichtsfähigkeit:
 - Fähigkeit, Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmäßigen Eingriffs zu beurteilen.
 - Entscheidend ist die individuelle Urteilsfähigkeit (strafrechtliche Lehre), eine Mindermeinung fordert für die wirksame Zustimmung zur Verletzung von Vermögensrechten (also etwa zu einer Sachbeschädigung) die volle Geschäftsfähigkeit (vgl. §§ 104 ff. BGB).
 - Für Einwilligungsunfähige kann der Sorgeberechtigte wirksam zustimmen (etwa die Eltern für das minderjährige Kind, § 1626 BGB)
- e) Freiheit der Einwilligung von Zwang und Irrtum:
 - Unwirksam ist die erzwungene, d.h. die durch Nötigung (§ 240), insbesondere durch Drohung mit einem empfindlichen Übel herbeigeführte Zustimmung (*Roxin* AT I § 13 Rn. 113 ff.).
 - Nach h.M. schließt jeder Irrtum von einiger Erheblichkeit (dazu BGHSt 16, 309 – Famulus-Fall) die Wirksamkeit der Zustimmung aus.
 - Zum Teil nimmt man das nur bei rechtsgutsbezogenen Irrtümern an (vgl. *Roxin* AT I § 13 Rn. 98 ff.). Eine weitere Mindermeinung lässt die Wirksamkeit der Einwilligung nur bei einer Täuschung (des Zustimmungenden durch den Täter), nicht aber bei einem anderweit entstandenen Irrtum entfallen (*Roxin* AT I § 13 Rn. 111 f.).

2. Subjektiver Tatbestand

Die Rechtfertigung erfordert ein Handeln in Kenntnis der objektiven Einwilligungsvoraussetzungen.

- a) Fehlt dieses subjektive Rechtfertigungselement (etwa wegen Unkenntnis von der Zustimmung oder weil zu Unrecht ein Sachverhalt angenommen wird, der ihre Unwirksamkeit zur Folge hätte), so stellt sich die allgemeine Frage, ob wegen vollendeter oder nur wegen versuchter Tat zu bestrafen ist.
- b) Liegt nur das subjektive, nicht aber das objektive Rechtfertigungselement vor, nimmt der Täter also irrig die Voraussetzungen einer rechtfertigenden Einwilligung an, so handelt er im Erlaubnistatbestandsirrtum, womit nach h.M. ohne weiteres eine Bestrafung wegen vorsätz-

licher Tatbegehung ausscheidet (Reichweite und Begründung dieser h.M. ist zwischen verschiedenen Auffassungen umstritten). Für die Fallbearbeitung wichtig ist folgendes:

- Obwohl der objektive Tatbestand einer rechtfertigenden Einwilligung verneint wurde, ist gegebenenfalls deren subjektiver Tatbestand, d.h. ein entsprechender Erlaubnistatbestandsirrtum zu prüfen.
- Naheliegend ist die Prüfung im Rahmen der Rechtswidrigkeit, also im direkten Anschluss an die Prüfung (und Verneinung) des objektiven Rechtfertigungstatbestandes. Vertretbar ist auch die Prüfung im Rahmen der Schuld. Es handelt sich um eine Aufbaumentscheidung, die nicht zu begründen ist.
- Ob ein Erlaubnistatbestandsirrtum vorliegt, sollte zuerst geprüft werden. Nur bei Bejahung eines solchen Irrtums ist anschließend die umstrittene Frage nach dessen Rechtsfolgen zu erörtern.
- Schwierigkeiten kann die Abgrenzung des Erlaubnistatbestandsirrtums vom bloßen Verbotsirrtum bereiten (der gem. § 17 Satz 1 nur bei Unvermeidbarkeit die Schuld ausschließt, bei Vermeidbarkeit aber die Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tatbegehung bestehen läßt). So handelt beispielsweise derjenige, der die besondere Gefährlichkeit seiner Körperverletzungshandlung und deswegen deren Sittenwidrigkeit verkennt, im Erlaubnistatbestandsirrtum (BGHSt 49, 34 [44 f.]). Wer die (zur Sittenwidrigkeit führende) Gefährlichkeit seiner Körperverletzungshandlung erkennt, aber gleichwohl annimmt, diese Handlung sei durch die Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt, unterliegt demgegenüber einem bloßen Verbotsirrtum.

III. Mutmaßliche Einwilligung

1. Objektiver Tatbestand

- a) Eine wirkliche Zustimmung konnte nicht erteilt werden (z.B. bei Bewusstlosigkeit des Unfallopfers).
- b) Es war die Annahme ("Mutmaßung") begründet, der Betroffene würde zustimmen, wenn er entscheiden könnte.
 - Dieses Urteil muß ex ante, d.h. im Zeitpunkt der Tathandlung begründet sein (ein abweichendes ex post-Urteil des Betroffenen ist also unbeachtlich).
 - Das Urteil stützt sich auf die Abwägung der durch die Handlung berührten Interessen und muss dabei besondere Einstellungen des Betroffenen (etwa eine religiös motivierte Ablehnung von Bluttransfusionen) berücksichtigen.
- c) Die "gemutmaßte" Zustimmung muss die genannten Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung [II. 1. b), c), d), e)] erfüllen.

2. Subjektiver Tatbestand

Die Rechtfertigung erfordert Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen. Schwierig kann wiederum die Abgrenzung zwischen Erlaubnistatbestandsirrtum und bloßem Verbotsirrtum sein, insbesondere wenn der Handelnde zu Unrecht mutmaßt, der Betroffene würde, wenn man ihn fragen könnte, dem Eingriff in seine Rechte zustimmen (vgl. BGHSt 35, 246 mit Anm. Müller-Dietz JuS 1989, 280; BGHSt 45, 219 zu Fällen der Operationserweiterung).

IV. Hypothetische Einwilligung

Neben der mutmaßlichen kennt die Rechtsprechung eine hypothetische Einwilligung (in der Literatur ist die Anerkennung dieser Rechtsfigur umstritten; vgl. *Sowada* NSTZ 2012, 1; *Roxin* medstra 2017, 129). Wird insbesondere ein Patient über die Risiken eines ärztlichen Eingriffs nicht pflichtgemäß aufgeklärt, so ist seine wirklich erteilte Zustimmung zu diesem Eingriff (der nach h.M. eine tatbestandsmäßige Körperverletzung bildet) irrtumsbedingt unwirksam. Eine mutmaßliche Einwilligung scheidet aus, weil die Möglichkeit bestand, eine wirksame Einwilligung herbeizuführen. Ist die Annahme begründet, bei pflichtgemäßer Aufklärung hätte der Patient ebenfalls (und dann: wirksam) zugestimmt, spricht man von einer hypothetischen Einwilligung (vgl. BGH JR 2004, 469; BGH NJW 2013, 1688). Sie ist kein Rechtfertigungsgrund, sondern schließt die objektive Zurechnung (wegen fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs) aus. Damit entfällt bei hypothetischer Einwilligung ein vollendetes Delikt, möglich bleibt ein strafbarer Versuch.