



Anja Disput

Die (mutmaßliche) Zustimmung  
des Rechtsgutsträgers und deren  
Auswirkungen auf die Erfüllung  
des strafrechtlichen Tatbestandes



## **Abschnitt A: Einführung**

Das deutsche Strafrecht bietet dem Berechtigten die Möglichkeit, seine Rechtsgüter nach seinem Belieben preiszugeben. Diese Preisgabe befreit denjenigen, der in diese Rechtsgüter – wie von dem Berechtigten gewünscht – verletzend eingreift, von der gesetzlich drohenden Strafe.

Straffreiheit bei einem so erfolgten Rechtsgutseingriff besteht unter bestimmten Voraussetzungen sogar dann, wenn die Preisgabe durch den Rechtsgutsträger tatsächlich überhaupt nicht erfolgt ist, sondern nur vermutet wird.

Eine gesetzliche Regelung der Zustimmungswirkung existiert bisher<sup>1</sup> nicht.

Die Freistellung der Rechtsgüter von dem Schutz der Strafgesetze wird unter dem Begriff der „Einwilligung“ diskutiert. Die Konzeption der Einwilligung zeigt ganz grundsätzlich, dass dem Willen des Individuums im Strafrecht Bedeutung zugemessen wird. Das ist nicht unbedingt selbstverständlich, gerade da das Strafrecht als Teil des Öffentlichen Rechts durch die Unterordnung des Einzelnen unter die Staatsgewalt geprägt ist,<sup>2</sup> so dass es sich hier um eine Materie handelt, die von ihrer Natur her der Einwilligung eher unzugänglich<sup>3</sup> ist. Dennoch wird dem Einzelnen durch die Einwilligung die Möglichkeit gegeben, auf die Strafbarkeit des Täters Einfluss zu nehmen.

Die Einwilligung und die sie umgebenden Problematiken sind noch immer nicht vollständig geklärt. Obwohl die Diskussion besonders engagiert in den siebziger Jahren geführt wurde, zeigt ein Blick auf diese, dass sie sich auch heute keinesfalls erledigt hat.<sup>4</sup> Es existieren nach wie vor Definitions- und Auslegungsschwierigkeiten, die nicht zuletzt in der noch immer fehlenden gesetzlichen Regelung der Einwilligungsmaterie begründet sein dürften.

Dem Folgenden ist vor auszuschicken, dass die Bezeichnung „Einwilligung“ an sich zu pauschal ist. Die Terminologien in dem Komplex, der sich wohl am Bes-

---

<sup>1</sup> Derzeit findet sich eine Normierung nur in § 228 StGB (§ 226 StGB a. F.). In dieser Norm ist aber lediglich der Fall einer unwirksamen Einwilligung geregelt.

<sup>2</sup> Vgl. nur: Jescheck/Weigend: Strafrecht AT, § 34 I.

<sup>3</sup> Im Unterschied zum Zivilrecht; in diesem Rechtsgebiet wird von der Gleichordnung der Bürger ausgegangen, so dass die gestaltende Betätigung des individuellen Willens einen Grundpfeiler darstellt; vgl.: Palandt-Heinrichs: Einf v § 145 Rn. 7.

<sup>4</sup> Vgl. nur die in jüngster Zeit erschienenen Schriften von Sternberg-Lieben: Objektive Schranken und Rönnau: Willensmängel.

ten im umfassenden Sinne als „Zustimmung des Berechtigten“ bezeichnen lässt, sind nicht unbedingt eindeutig.

Gebräuchlicher Weise wird in Anlehnung an Geerds<sup>5</sup> die Zustimmung nach ihrem jeweiligen Wirkungsstandort in Einverständnis und Einwilligung unterteilt. Ein Einverständnis liegt vor, wenn durch die Zustimmung des Rechtsgutsträgers bereits der Tatbestand eines Deliktes ausgeschlossen wird. Ist dies nicht der Fall, wird die Zustimmung als Einwilligung bezeichnet und wirkt erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu Gunsten des Täters rechtfertigend. Die Verwendung der Begriffe „Einverständnis“ und „Einwilligung“ richtet sich somit danach, auf welcher Stufe im Delikttaufbau die Zustimmung Wirkung entfaltet. Der Wirkungsort der Zustimmung ist wiederum von der Ausgestaltung des konkreten strafrechtlichen Tatbestandes abhängig.

Schwierig wird die Wahl einer eindeutigen Terminologie bei Einbeziehung der Auffassung, die diese Unterscheidung zwischen Tatbestands- und Rechtfertigungsebene nicht trifft, sondern stets die Zustimmung des Rechtsgutsträgers auf der Tatbestandsebene verankert und ebenfalls als Einwilligung bezeichnet<sup>6</sup>.

Die Bezeichnung „Einwilligung“ wird nach dieser Auffassung nicht nach der Stellung der Zustimmung im Delikttaufbau gewählt und zumindest der reine Standort vermag das Einverständnis nicht ohne weiteres von der Einwilligung abzugrenzen.

Um nachfolgend begriffliche Verwirrung zu vermeiden, ist es erforderlich, bei der Einwilligung, sollte es sich nicht um die rechtfertigende Einwilligung handeln, dies sprachlich entsprechend deutlich zu machen, indem von der tatbestandsausschließenden Einwilligung gesprochen wird.

Die Terminologie im Bereich einer nur mutmaßlich erteilten Zustimmung des Betroffenen ist dagegen überschaubar. So unterschiedlich die Auffassungen bei einer tatsächlich erteilten Zustimmung sind, so einig sind sie dagegen bisher in dem Fall, in dem der Handelnde lediglich auf Grund der nur vermuteten Zustimmung des Rechtsgutsträgers in dessen Rechtsgüter eingreift. Von allen die mutmaßliche Zustimmung anerkennenden Auffassungen wird diese als „mut-

---

<sup>5</sup> Geerds: Einwilligung, S. 104; ders.: GA 1954, 262 (262 ff); ders.: ZStW 72, 42 (42 ff).

<sup>6</sup> So bspw.: Arzt: Willensmängel, S. 11; Kaufmann: Welzel-FS, S. 397 Fn. 9; Kientzy: Mangel am Straftatbestand, S. 65 ff; Kühne: JZ 1979, 241 (242); Maurach/Zipf: § 17 Rn. 41; Roxin: Strafrecht AT, § 13 Rn. 11 ff; ders.: Noll-GS, S. 276; ders.: Kriminalpolitik, S. 25 Fn. 57; Rudolphi: Kaufmann-GS, S. 374; ders.: ZStW 86, 82 (88); Schlehofer: Einwilligung, S. 2 f; Weigend: ZStW 98, 44 (61); Zipf: Einwilligung und Risikoübernahme, S. 60 ff.

maßliche Einwilligung“ bezeichnet und bewirkt bei Vorliegen aller Voraussetzungen – über diese herrscht freilich nicht in allen Punkten Einigkeit – die Rechtfertigung des Täters.

Die mutmaßliche Einwilligung hat die Aufgabe, eine fehlende tatsächliche Einwilligung – wobei dahinstehen kann, ob die Einwilligung bereits den Tatbestand oder erst die Rechtswidrigkeit auszuschließen vermag – zu ersetzen.

Dabei ist die Anwendung dieser Rechtsfigur zunächst in den Fällen denkbar, in denen eine Einwilligung des Berechtigten (aus welchen Gründen auch immer) nicht eingeholt werden kann. Denkbar ist eine Anwendung aber auch, wenn die Einholung der tatsächlichen Zustimmung des Rechtsgutsträgers nicht notwendig erscheint.<sup>7</sup>

Ihre Anwendung ist folglich nur dann überhaupt möglich, wenn eine Einwilligung des Berechtigten nicht eingeholt werden kann.

Diese Untersuchung geht der Frage nach, welche Möglichkeiten im Rahmen des Tatbestandes – in Abgrenzung zu der Ebene der Rechtswidrigkeit – für die tatsächliche und gemutmaßte Zustimmung des Rechtsgutsträgers gegeben sind.

Eine Aufteilung der Zustimmung in Einverständnis und Einwilligung findet derzeit nur im Bereich der tatsächlich vorhandenen beziehungsweise erteilten Zustimmung des Rechtsgutsträgers statt. Dabei wird diese Trennung unterschiedslos vorgenommen, gleichgültig, ob die Einwilligung im Delikttaufbau eine tatbestandsausschließende oder rechtfertigende Funktion einnimmt. Wird dagegen der zustimmende Wille nur gemutmaßt, ist eine Trennung in Einverständnis und Einwilligung nicht anerkannt.

Durch die Anwendung der mutmaßlichen Einwilligung werden Eingriffe in Delikte, bei denen eine tatsächlich vorhandene Zustimmung nach jeder Auffassung den Ausschluss des Tatbestandes zur Folge hätte, gerechtfertigt. Der Handelnde verwirklicht damit im Ergebnis einen gesetzlichen Straftatbestand. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die, zumindest nach einer Auffassung anerkannte, von dem Gesetzgeber durch die Formulierung der Straftatbestände bewusst gestaltete Trennung von Einverständnis und Einwilligung nicht durch dieses pauschalierende Vorgehen missachtet wird.

---

<sup>7</sup> In diesen Fällen des „mangelnden Interesses“ muss der Eingriff in das Rechtsgut nicht einmal dem Rechtsgutsträger zu Gute kommen; so bspw.: OLG Hamburg; NJW 1960, 1482 (1483); OLG Hamm: VRS 15, 339 (340); Hauf: Strafrecht AT, S. 44; Karliczek: Wille, S. 68; Schönke/Schröder-Lenckner: Vorbem §§ 32 ff Rn. 54; Tiedemann: JuS 1970, 108 (109); iE auch Günther: Strafrechtswidrigkeit, S. 351 f.

Daher gilt es zu erörtern, welche Auswirkungen die Annahme einer mutmaßlichen Zustimmung im Bereich des Tatbestandes nach sich ziehen würde und für welche konkreten Delikte ein solcher Tatbestandsausschluss in Frage käme.

Diese wohl am besten als „mutmaßliches Einverständnis“ zu bezeichnende Konstruktion hätte zur Folge, dass auch im Falle einer nur vermuteten Zustimmung des Berechtigten zwischen einem mutmaßlichen Einverständnis und einer mutmaßlichen Einwilligung unterschieden werden müsste.

Die Konzeption eines mutmaßlichen Einverständnisses kann nur dann erörtert werden, wenn die Wirkungsweise der Zustimmung auf der Tatbestandsebene eingehend geklärt wurde. So wird die tatbestandsausschließend wirkende tatsächliche Zustimmung zu einem zentralen Punkt dieser Untersuchung. Viele in diesem Bereich gewonnene Erkenntnisse können dann auch für das mutmaßliche Einverständnis Geltung beanspruchen. Insbesondere das wohl überwiegend anerkannte, aber sowohl in Grundlagen wie in Details umstrittene, tatsächliche Einverständnis bedarf – ebenso wie die tatbestandsausschließende Einwilligung – ausführlicher Erörterung. In diesem Zusammenhang ist es, wegen der unterschiedlich zu Grunde liegenden dogmatischen Konzeptionen, für den weiteren Verlauf der Diskussion wichtig, nach genauerer Betrachtung eine Entscheidung zwischen den Einwilligungslehren zu treffen.

Schließlich bildet der Ausschluss des Tatbestandes im tatsächlichen Bereich der Zustimmung die Grundlage, die Rückschlüsse auf die Beschaffenheit eines mutmaßlichen Einverständnisses ermöglicht.

Bevor jedoch auf die Wirkungsweise der Zustimmung eingegangen wird, ist zunächst der Begriff des Tatbestandes zu erörtern, der in Literatur und Rechtsprechung häufig in verschiedenen Zusammenhängen verwendet wird und dem stets – je nach Sinnzusammenhang – eine andere Bedeutung immanent ist. Wie die Zustimmung einzuordnen ist, wird nur möglich sein zu entscheiden, wenn die Funktion der tatbestandlichen Geschehensschilderung – in Abgrenzung zum Begriff der Rechtswidrigkeit – betrachtet wurde.

Bedeutsam ist dabei der Unterschied der Ebene des Tatbestandes zur Ebene der Rechtfertigung, da, bestünde zwischen diesen Ebenen keinerlei Differenz, es auch nicht notwendig wäre, durch eine Differenzierung der Zustimmungswirkung im tatsächlichen und insbesondere im mutmaßlichen Bereich die derzeitige Lage durch eine weitere Rechtsfigur womöglich noch zu erschweren.

Da bisher die Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens nur auf der Ebene der Rechtfertigung existierte, soll der bisherige Umgang mit dem mutmaßlichen Willen auf dieser Stufe des Deliktsaufbaus verdeutlicht werden. Am sinnvollsten geschieht dies eingebettet in die Figur der rechtfertigenden mutmaßlichen Einwilligung, ohne jedoch umfassend auf die vielfältigen Probleme derselben einzugehen. Die mutmaßliche Einwilligung kann generellen Aufschluss darüber geben, wie sich die auf dem mutmaßlichen Willen basierende Rechtsfigur zu derjenigen, die auf dem tatsächlichen Willen des Rechtsgutsträgers begründet ist, verhält. Dafür soll das bestehende Verhältnis von mutmaßlicher und tatsächlicher Einwilligung genauer betrachtet werden.

Daneben spielt die Frage nach dem mutmaßlichen Willen selbst eine entscheidende Rolle. Es ist zu untersuchen, in wie weit dieser in der Lage ist, den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz zu suspendieren und wie er zu bestimmen ist.

Schließlich sollen die gefundenen Erkenntnisse an konkreten Deliktsbeispielen überprüft und auf ihre Zuverlässigkeit getestet werden. Am Ende wird versucht, allgemeine Regeln für den Tatbestandsausschluss auf Grund der mutmaßlichen Zustimmung des Rechtsgutsträgers zu finden, die eine kontinuierliche Anwendung des mutmaßlichen Einverständnisses ermöglichen.