

Prof. Dr. Holm Putzke, LL.M., Passau

Körperverletzungen mit Zustimmung des Geschädigten im Lichte der Strafbarkeit nach den §§ 223 ff. StGB – unter besonderer Berücksichtigung ärztlicher Heileingriffe

A. Einleitung

„Jeder hat das Recht auf [. . .] körperliche Unversehrtheit“ – so steht es in Art. 2 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes (GG). Geschützt wird dieses Recht etwa von § 223 des Strafgesetzbuchs (StGB), der denjenigen mit „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe“ bedroht, der „eine andere Person körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit schädigt“.¹

Trotz des strafrechtlichen Schutzes, den die §§ 223–229 StGB der körperlichen Unversehrtheit gewähren, gibt es keinerlei Pflicht, den eigenen Körper unversehrt zu lassen. Denn aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit folgt spiegelbildlich keine Pflicht. Nebenbei bemerkt gilt dieses Prinzip in der Regel bei allen Individualrechtsgütern (Freiheit, Eigentum, Hausrecht etc.):² Wer zum Beispiel einen nagelneuen Ferrari kauft, um ihn nach der Übereignung sogleich mit einer Eisenstange zu zertrümmern, der setzt sich keineswegs ins Unrecht.³ Nichts anderes gilt für denjenigen, dem der Käufer erlaubt, das Auto an seiner statt zu demolieren. Ganz in diesem Sinne darf jeder auch grundsätzlich selber entscheiden, was er mit seinem Körper macht oder machen lässt.⁴

Diesen Grundsatz erläuternd und seine Grenzen darstellend wird im Folgenden darauf eingegangen, unter welchen Bedingungen Körperverletzungen strafbar oder straflos sind.⁵

B. Selbstschädigungen

I. Wer sich selber fahrlässig oder gar vorsätzlich verletzt, indem er sich z. B. als Flagellant mit einer „Neunschwänzigen Katze“ Verletzungen und Schmerzen zufügt oder mit einer Axt selber verstümmelt (bei absichtlichem Vorgehen „Automutilation“ genannt), etwa einen Finger abhackt, der mißhandelt sich körperlich und schädigt sogar seine Gesundheit.⁶ Strafbar ist ein solches Verhalten aber nicht – § 229 StGB (fahrlässige Körperverletzung) und § 223 StGB (vorsätzliche Körperverletzung) schützen nicht vor Selbstverletzungen.⁷ Denn die Erfüllung dieser Tatbestände setzt voraus, dass die Körperverletzung „eine andere Person“ betrifft.⁸ Dabei kommt es weder auf die physische noch die psychische Verfassung des Selbstschädigers an: So macht sich weder derjenige strafbar, der sich mit vier Promille Alkohol im Blut absichtlich in den Fuß schießt, noch derjenige, der dies nüchtern und im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte tut.

II. Ist schon keine strafbare Selbstschädigung gegeben, kommt auch eine Teilnahme daran nicht in Betracht, also weder Anstiftung noch Beihilfe (§ 26 bzw. § 27 StGB). Bei-

spiele: Wenn der eigenverantwortlich handelnde⁹ B sich mit einer Nadel in den Finger sticht, weil A ihn als Mutprobe dazu aufgefordert hat, dann gibt es schon keine „rechtswidrige Haupttat“, weshalb eine Strafbarkeit des A wegen Anstiftung

1 Zivilrechtlichen Schutz gewährt etwa § 823 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB), der zum Schadenersatz verpflichtet, wenn jemand „vorsätzlich oder fahrlässig [. . .] den Körper, die Gesundheit [. . .] eines anderen widerrechtlich verletzt.“

2 Dazu *Hoerster*, NJW 1986, 1786, 1788.

3 Soweit er dadurch nicht anderweitiges Unrecht begeht wie die Verunreinigung der Umwelt, s. beispielsweise §§ 324 ff. StGB.

4 Nur in Ausnahmefällen hat der deutsche Gesetzgeber selbstschädigendes Verhalten unter Strafe gestellt: wenn aus der Selbstschädigung eine Fremdschädigung resultiert, sich etwa ein Soldat verstümmelt, um seine Untauglichkeit zur Erfüllung des Wehrdienstes herbeizuführen (vgl. § 17 Abs. 1 Wehrstrafgesetz); ausführlich hierzu *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997, S. 284 ff.

5 Da es in dieser Abhandlung vornehmlich um einverständliche Körperverletzungen geht, werden keine Fälle behandelt, in denen eine Körperverletzung erlaubt ist z. B. wegen Notwehr/Nothilfe (§ 32 StGB), rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) oder im Zusammenhang mit einer gerechtfertigten Festnahme (§ 127 StPO).

6 Verstanden wird unter einer körperlichen Misshandlung jedes üble, unangemessene Behandeln, welches das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigt (siehe *Joecks*, in: *Joecks/Miebach* [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch [MüKo-StGB], Bd. 3, 2003, § 223 Rn. 4 m.w.N.). Eine Gesundheitsschädigung wird angenommen, wenn ein krankhafter Zustand (also ein Zustand, der eines Heilungsprozesses bedarf) hervorgerufen oder gesteigert wird (siehe *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 223 Rn. 5).

7 Vgl. *Schroth*, in: *Roxin/Schroth* (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 21, 25.

8 Bei den Tötungsdelikten (§§ 211 ff. StGB) ist die Sachlage hingegen weniger klar. Dort heißt es „wer einen Menschen tötet“ (§ 212 Abs. 1 StGB). Von einem „anderen Menschen“ ist keine Rede. Nach ganz herrschender Meinung ist aber genau das gemeint (siehe *Eser*, in: *Schönke/Schröder* [Fn. 6], Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 33; *Neumann*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, NomosKommentar Strafgesetzbuch [NK-StGB], Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Vorbem. zu § 211 Rn. 36 ff.; a.A. *Otto*, Recht auf den eigenen Tod?, Strafrecht im Spannungsverhältnis zwischen Lebenserhaltungspflicht und Selbstbestimmung, Gutachten D zum 56. Deutschen Juristentag, 1986, D 17 f.; dagegen zutreffend *Hoerster*, NJW 1986, 1786, 1792). Suizid ist nicht strafbar, nicht zuletzt deshalb, weil die Preisgabe von eigenen Rechtsgütern Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG ist und die Straflosigkeit aus dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit folgt (zutreffend *Schneider*, in: MüKo-StGB [Fn. 6], Vorbem. zu den §§ 211 ff. Rn. 34; siehe auch *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 2011, § 23 Rn. 76).

9 Was darunter zu verstehen ist, wird im folgenden Text erläutert.

nach § 26 StGB ausscheidet.¹⁰ Aus dem gleichen Grund entfällt eine Strafbarkeit wegen Beihilfe nach § 27 StGB, wenn A dem zur eigenverantwortlichen Selbstverletzung schon entschlossenen B ein scharfes Messer reicht. Man kann auch präziser sagen: Wer vorsätzlich an einer eigenverantwortlichen Selbstschädigung mitwirkt, handelt nicht unerlaubt riskant, weil das Risiko, dass ein anderer sich eigenverantwortlich schädigt, von der Rechtsordnung nicht missbilligt ist.¹¹ In beiden Fällen handelt A folglich nicht pflichtwidrig, weshalb ihm die Verletzung des B nicht objektiv zurechenbar ist, mithin eine Strafbarkeit mangels Tatbestandserfüllung entfällt.

1. Anders liegt die Sache dann, wenn zum Beispiel A den dreijährigen oder stark betrunkenen B dazu auffordert, mit seiner Hand eine glühend heiße Kochplatte anzufassen, und B – blind für die Verbrennungsgefahr – der Aufforderung Folge leistet. Zugefügt hat B sich die Körperverletzung selber. Aber derartige Fälle unterscheiden sich von straflosen Selbstschädigungen. In der soeben genannten Konstellation handelt der Verletzte eigenverantwortlich (was die Zurechenbarkeit ausschließt), in der anderen kannte der Selbstverletzer das Risiko hingegen nicht. Wer in einem solchen Fall eine andere Person dazu bringt, sich selber zu schädigen, der macht sich strafbar: Als mittelbarer Täter begeht er die Straftat „durch einen anderen“ (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB) – der Verletzte ist sein „Werkzeug“.

2. Für die Beantwortung der Frage, wann jemand (mittelbarer) Täter einer Körperverletzung ist (er also die eigentliche Körperverletzung zwar verursacht, nicht aber eigenhändig vorgenommen hat), werden folgende Kriterien herangezogen:

a) Üblicherweise wird ein Entfallen der Freiverantwortlichkeit und eine Strafbarkeit eines Beteiligten angenommen, wenn *erstens* das selbstschädigende Verhalten entsprechend den §§ 19, 20, 35 StGB, § 3 JGG entschuldigt oder die Selbstschädigungsentscheidung nach Einwilligungregeln unwirksam wäre und *zweitens* die Tatherrschaft über den Selbstschädigungsakt nicht beim Geschädigten lag.¹²

b) Die Rechtsprechung sieht die Sache ähnlich: „Die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung unterfällt grundsätzlich nicht den Tatbeständen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer lediglich eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, macht sich danach nicht wegen eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts strafbar.“¹³ Eine solche (schon den Tatbestand ausschließende) Selbstgefährdung sei gegeben, „wenn jemand selbstgefährdende Handlungen vornimmt oder sich in eine schon bestehende Gefahr hineinbegibt“.¹⁴ Eine Beeinträchtigung der Freiverantwortlichkeit des Selbstgefährdungsentschlusses wird in der Regel angenommen, „wenn der Täter kraft überlegenen Fachwissens das Risiko besser erfasst als der Selbstgefährdende, namentlich wenn das Opfer einem Irrtum unterliegt, der seine Selbstverantwortlichkeit ausschließt [. . .] oder es [. . .] zu einer Risikoabwägung nicht mehr hinreichend in der Lage ist“¹⁵.

c) Wem also in der konkreten Situation die Fähigkeit fehlt, die Tragweite des Eingriffs voll zu erfassen, etwa weil er konstitutionell (z. B. als Kind oder Betrunkener) oder aufgrund von Willensmängeln (z. B. wegen eines Irrtums, einer Täuschung oder Drohung oder der Unkenntnis von Risikofaktoren, die anderen Beteiligten bekannt sind) dazu nicht in der Lage ist, dem kann kein eigenverantwortliches Verhalten attestiert werden. Wer an einer solchen „Tat“ mitwirkt, verhält sich sorgfaltswidrig, schafft also eine rechtlich missbilligte Gefahr. Zur Konsequenz hat dies, dass ihm der verursachte Erfolg objektiv zugerechnet wird. Das gilt auch für fahrlässiges Verhalten: So ist wegen fahrlässiger Körperverletzung schon derjenige strafbar, „der bei gebotener Sorgfalt wissen

kann, dass der andere sich selber gefährdet und dies nicht eigenverantwortlich tut“¹⁶. Wer hingegen das einem gefährlichen Verhalten innewohnende Risiko kennt, muss für seine Sicherheit zunächst selber Sorge tragen.¹⁷

C. Fremdschädigungen

Wie gesehen, ist bei Selbstschädigungen schon der Körperverletzungstatbestand nicht erfüllt; mangels objektiver Zurechnung gilt das auch für einen Beteiligten, soweit die Selbstschädigung eigenverantwortlich geschieht.

Bei Fremdschädigungen geht die herrschende Meinung davon aus, dass eine (vorherige) Zustimmung des Geschädigten nicht schon die Tatbestandserfüllung ausschließt, sondern als Rechtfertigungsgrund (genauer: als Einwilligung) erst die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung entfallen lässt, mithin deren Unrecht.

An dieser Stelle muss zunächst etwas zur Terminologie gesagt werden: Üblicherweise wird zwischen Einverständnis und Einwilligung unterschieden.¹⁸ Beide Formen der Zustimmung können das Strafunrecht ausschließen; während ein Einverständnis aber schon den Tatbestand entfallen lässt (weshalb gewollt redundant die Rede ist vom „tatbestandsausschließenden Einverständnis“), beseitigt eine Einwilligung¹⁹ hingegen erst die Rechtswidrigkeit (weshalb die Bezeichnung „rechtfertigende Einwilligung“ gebräuchlich ist).²⁰ Von einem Einverständnis wird gesprochen, wenn die tatbestandliche Beschreibung des strafbaren Verhaltens die fehlende Zustimmung des Betroffenen beinhaltet. Angenommen wird dies etwa für § 248b StGB, der die Tatbestandserfüllung ausdrücklich davon abhängig macht, dass die Ingebrauchnahme eines Kraftfahrzeugs oder Fahrrades „gegen den Willen des Berechtigten“ stattfindet. Gleiches soll etwa für die §§ 123, 240, 242 StGB gelten, bei denen die Voraussetzungen „eindringen“, „nötigen“

10 Vgl. Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2011, § 13 Rn. 77.

11 Hierzu Hardtung, NStZ 2001, 206, 207 m.w.N.; Murmann, AT (Fn. 8), § 23 Rn. 76.

12 Siehe etwa Rengier (Fn. 10), § 13 Rn. 80 f.; dazu auch Murmann, AT (Fn. 8), § 23 Rn. 78 ff. und 95 ff., der allerdings primär auf Einwilligungsregeln abstellt (Rn. 80).

13 BGHSt 46, 279, 288 = NJW 2001, 1802, 1804; bekräftigt von BGH, NStZ 2011, 341, 342.

14 Dagegen sei eine (erst auf der Rechtfertigungsebene ggf. als Einwilligung relevante) „einverständliche Fremdgefährdung anzunehmen, wenn [. . .] der ‚Täter‘ allein die Tatherrschaft über das die Rechtsgutsgefährdung herbeiführende Geschehen ausübt und das ‚Opfer‘ sich lediglich den Wirkungen der gefährlichen Täterhandlungen aussetzt, so daß sein Schicksal letztlich in den Händen des ‚Täters‘ liegt“ (BayObLG, NStZ 1990, 81, 82; hierzu auch BGH, NStZ 2009, 148, 149 f.). Dazu ausführlich unter C.

15 BGH, NStZ 2011, 341, 342; siehe auch BGH, NStZ 2009, 504; NStZ 2003, 537, 538; NStZ 1986, 266, 267; NStZ 1985, 25, 26.

16 Hardtung, NStZ 2001, 206, 206 [mit Blick auf fahrlässige Tötung und zu BGH, NStZ 2001, 205 f.]; ders., in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 222 Rn. 22; ausführlich Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 154 ff.

17 Siehe Galli, SpuRt 1997, 87, 89 (bezogen auf das Sportklettern).

18 Die Frage, ob eine solche Differenzierung überhaupt angezeigt ist, verneint mit überzeugender Argumentation Schlehofer, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MüKo-StGB, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 126 ff.; siehe auch Roxin, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11 ff., 32 ff. Anders die herrschende Meinung, etwa Amelung/Eymann, JuS 2001, 937, 938; Mitsch, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2008, § 17 Rn. 95; Murmann, AT (Fn. 8), § 25 Rn. 123; Rosenau, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), StGB, 2009, Vor §§ 32 ff. Rn. 34.

19 Übrigens wird auch nach zivilrechtlicher Terminologie bei einer vorherigen Zustimmung von Einwilligung gesprochen; bei einer nachträglichen Zustimmung ist die Rede von „Genehmigung“ (siehe etwa §§ 107, 108 Abs. 1, 182 Abs. 1 BGB).

20 Zu dieser Terminologie grundlegend Geerds, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, 1953, S. 88 ff.

bzw. „wegnehmen“ so gedeutet werden, dass es auf ein nicht gewolltes Verhalten ankommt.²¹ Lässt eine Zustimmung demgegenüber nicht schon als tatbestandsausschließendes Einverständnis das Unrecht entfallen, wird sie als rechtfertigende Einwilligung eingestuft, die ebenfalls zu einem Unrechtsausschluss führt, freilich nicht wegen fehlender Tatbestandserfüllung, sondern weil die Einwilligung das schutzwürdige Interesse an der Erhaltung des Rechtsguts entfallen lässt.

Dessen ungeachtet gibt es aber auch Fälle, bei denen im Falle einer Zustimmung zu einer Körperverletzung trotz einer (einverständlichen) Fremdschädigung darüber diskutiert wird, nicht erst die Rechtswidrigkeit, sondern schon den Tatbestand entfallen zu lassen.

I. Sportverletzungen

1. Dies wird vor allem bei fahrlässigen Sportverletzungen so gesehen. Wenn es um die zivilrechtliche Schadenersatzpflicht geht, so scheidet sie laut dem Bundesgerichtshof (BGH) nach § 823 Abs. 1 BGB aus, „wenn es sich um Verletzungen handelt, die sich ein Sportler bei einem regelgerechten und dem – bei jeder Sportausübung zu beachtenden – Fairnessgebot entsprechenden Einsatz seines Gegners zuzieht [. . .]. In einem solchen Fall hat sich der Schädiger jedenfalls nicht sorgfaltswidrig verhalten.“²² Die Zivilrechtsprechung verneint dabei das „Verschulden“, womit sie versucht, einer systematischen Einordnung aus dem Wege zu gehen, sich also nicht festzulegen, ob eine Haftung z. B. wegen Sozialadäquanz oder einer Einwilligung ausscheidet.²³ Der Sache nach lässt sich das Sachkriterium freilich gut erkennen, weshalb die Haftung verneint wird: Mangels Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt fehlt es an der Pflichtwidrigkeit des Verhaltens.²⁴

Der gleiche Maßstab gilt im Strafrecht, wenn es um die Frage geht, ob der Schädiger sich wegen fahrlässiger Körperverletzung nach § 229 StGB strafbar gemacht hat.²⁵ Wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einhält, verhält sich erlaubt, d. h. nicht fahrlässig und also tatbestandslos.²⁶ Teilweise ist auch die Rede von „erlaubtem Risiko“ oder „sozialadäquatem“ oder „sportadäquatem“ Verhalten.²⁷ Auch „normale“ Regelwidrigkeiten fallen darunter. Dies wollen manche – was zweifelhaft ist – allerdings nur dann zulassen, wenn die Regelverstöße „nicht die Gefahr erheblicher Körperverletzungen begründen“²⁸.

Wie der Sorgfaltsmaßstab zu bestimmen ist, richtet sich nach den besonderen Gegebenheiten der jeweiligen Sportart. Etwa wird beim Fußball ein Sorgfaltspflichtverstoß verneint, „solange [. . .] das Verhalten eines Spielers sich noch im Grenzbereich zwischen kampfbetonter Härte und unzulässiger Unfairneß bewegt, also die Grenze zur Unfairneß noch nicht überschritten hat“²⁹. Die Grenze zwischen „intolerabel-gefährlicher Verhaltensweise und freier sportlicher Betätigung“³⁰ ist (jedenfalls bei Sportarten, bei denen Verletzungen nicht üblich sind, so z. B. beim Fußball) zu ziehen bei Fouls, die mit Verletzungsabsicht begangen werden.³¹ Bewusste Tötlichkeiten oder grob regelwidriges Verhalten (beispielsweise die „Blutgrätsche“ im Fußball³² oder Prügeleien beim Eishockey) gehören ebenfalls nicht mehr zum sportarttypischen Verhalten.³³

2. Geht es hingegen sportartbedingt um die absichtliche Verletzung des Gegners, wie es etwa beim Boxen und in der Regel auch bei allen anderen Kampfsportarten der Fall ist, stuft die herrschende Meinung Verletzungen nicht schon als tatbestandslos ein. In solchen Fällen ergebe sich der Unrechtsausschluss ggf. erst aus einer Einwilligung.³⁴

Die Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit zu ziehen, ist indes nicht überzeugend. Richtig dürfte vielmehr sein, generell die allgemeinen Regeln anzuwenden, d. h. zu fragen, ob der Schädiger die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer

Acht gelassen, sich also fahrlässig verhalten oder sich ein sportarttypisches Risiko verwirklicht hat.³⁵ Bewusste Tötlichkeiten oder grob regelwidriges Verhalten gehören in jeder Sportart, also auch z. B. beim Boxen, nicht mehr zum sportarttypischen Verhalten.³⁶ Es ist kein Sachgrund erkennbar, der es rechtfertigt, den Abwehrspieler beim Fußball, der bei einem sportarttypischen Verhalten sehenden Auges die Verletzung des Gegners in Kauf nimmt, anders zu behandeln, als denjenigen Abwehrspieler, der eine ähnliche Verletzung fahrlässig verursacht. Beide verhalten sich regelkonform, beachten also die im Verkehr erforderliche Sorgfalt. Um Wertungswidersprüche zu vermeiden, sind deshalb auch vorsätzlich vollendete Handlungsdelikte so auszulegen, dass sie eine Pflichtwidrigkeit voraussetzen,³⁷ weshalb – nebenbei bemerkt – auch das Unrecht des Fahrlässigkeitsdelikts als Minus im Vorsatzdelikt enthalten ist.³⁸

21 Ausführlich dazu *Schlehofer*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 124; siehe auch *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 18), § 17 Rn. 93.

22 BGH, NJW 2010, 537, 538 m.w.N.; siehe auch OLG Hamburg, NJOZ 2001, 232 ff.; instruktiv BGH, NJW 2003, 2018 ff.

23 Dazu schon *Eser*, JZ 1978, 368, 370; bezeichnend BGH, NJW 2003, 2018, 2019.

24 Siehe nur *Friedrich*, NJW 1966, 755, 757.

25 Überzeugend *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 222 Rn. 9; *Herzberg*, NStZ 2004, 660, 662 ff.; zur Gegenansicht siehe nur *Freund*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2009, § 5 Rn. 13.

26 So etwa *Eschelbach*, in: *von Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), Beck'scher Onlinekommentar StGB [BeckOK-StGB], § 228 (Stand: 1.12.2011) Rn. 6; *Fischer*, StGB, 59. Aufl. 2012, § 228 Rn. 22; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 94; a.A. *Zöller*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), Anwalt-Kommentar StGB [AnwK-StGB], § 228 Rn. 19, der sämtliche Sportverletzungen über eine (ausdrückliche oder konkludente) Einwilligung erfassen will.

27 Siehe *Dölling*, in: *Dölling/Duttge/Rössner* (Hrsg.), Gesamtes Strafrecht [GS-StGB], 2. Aufl. 2011, § 228 Rn. 26; *Giezek*, in: *Joerden u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Andrzej Szwarz, 2009, S. 543, 554 ff.; *Rössner*, in: *Weigend/Küpper* (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, 1999, S. 312, 321 ff.; *Schild*, Sportstrafrecht, 2002, S. 116 ff.; dazu auch *Kaspar*, JuS 2004, 409, 410 m.w.N.

28 *Dölling*, in: GS-StGB (Fn. 27), § 228 Rn. 26.

29 LG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1241; ähnlich OLG Stuttgart, NJW-RR 2000, 1043.

30 *Rössner*, in: *Weigend/Küpper* (Fn. 27), S. 312.

31 Vgl. *Rössner*, in: *Weigend/Küpper* (Fn. 27), S. 312, 325; *Kaspar*, JuS 2004, 409, 410.

32 Dazu OLG Hamm, NJW-RR 2005, 1477 f.

33 Siehe *Fischer*, StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 22; *Roxin*, AT I (Fn. 18), § 24 Rn. 20; *Zöller*, in: AnwK-StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 19.

34 So etwa BGH, NJW 1953, 912, 913; BayObLGSt 1961, 180, 181 f. = NJW 1961, 2072, 2073; OLG Karlsruhe, NJW 1982, 394; *Dölling*, in: GS-StGB (Fn. 27), § 228 Rn. 26; *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 6; *Fischer*, StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 22; *Paeffgen*, in: NK-StGB (Fn. 8), § 228 Rn. 109; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 228 Rn. 14; *Zöller*, in: AnwK-StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 19; ausführlich *Eser*, JZ 1978, 368, 374.

35 Zutreffend *Hirsch*, in: Festschrift für Szwarz (Fn. 27), S. 559, 567; ebenso *Roxin*, AT I (Fn. 18), § 24 Rn. 108; dahingehend wohl auch *Rönau*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, 2. Band, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 169 (S. 163).

36 Siehe *Fischer*, StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 22; *Roxin*, AT I (Fn. 18), § 24 Rn. 20; *Zöller*, in: AnwK-StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 19.

37 Bei Unterlassungsdelikten ergibt sich dies ohnehin schon aus § 13 Abs. 1 StGB, der nur denjenigen erfasst, der „es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört“, obwohl er „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“, der also die rechtliche Einstandspflicht verletzt; siehe dazu *Putzke/Schlehofer*, Strafrecht AT, Kap. 4 A.I.1 d) aa), in Vorbereitung für 2012.

38 Anders *Duttge*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), § 15 Rn. 101 ff.; dagegen zutreffend *Freund*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vor §§ 13 ff. Rn. 299 m.w.N.

3. Werden Verletzungen außerhalb anerkannter, verbandsmäßig organisierter Sportarten beigebracht, soll nach herrschender Meinung ein Tatbestandsausschluss selbst bei (leicht) fahrlässigen Körperverletzungen nicht in Betracht kommen; das Körperverletzungsunrecht aus § 229 StGB könne – bei Vorliegen der Voraussetzungen – nur über eine Einwilligung entfallen.³⁹

Allerdings erscheint es nicht sinnvoll, zwischen „anerkannten“ und „nicht anerkannten“ Sportarten zu differenzieren.⁴⁰ Vielmehr ist allein darauf abzustellen, ob eine gewisse Chancengleichheit sowie realistische Verteidigungsmöglichkeiten und Sicherheitsmaßnahmen bestehen,⁴¹ es also Wettkampfregeln gibt, mögen sie auch individuell und spontan vereinbart worden sein. Auch in diesen Fällen ist ein Sorgfaltsverstoß zu verneinen, solange das Verhalten die Grenze zur Unfairness noch nicht überschritten hat.⁴²

Mit der hiesigen Sicht ist es daher auch konsequent, Verletzungen, die durch eine verabredete Prügelei vorsätzlich verursacht werden, nicht dem Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB zu subsumieren, soweit gewisse Regeln gelten und das Kräfteverhältnis annähernd gleich verteilt ist. Die ganz herrschende Meinung lehnt dies hingegen ab, subsumiert derart verursachte Verletzungen dem entsprechenden Körperverletzungstatbestand und eröffnet erst über eine Einwilligung den Weg zum Unrechtsausschluss.⁴³

II. Ärztliche Heilbehandlungen

Auch beim ärztlichen Heileingriff wird darüber diskutiert, schon den Tatbestand der Körperverletzung entfallen zu lassen. § 161 des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs (E 1962) gibt darüber Auskunft, wann bei einer Behandlung von einer Heilbehandlung gesprochen werden kann: wenn dieser Eingriff „nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt“ ist, „Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern“.⁴⁴ In der Tat mutet es auf den ersten Blick seltsam an, einem Arzt, der *lege artis* (d. h. kunstgerecht) und erfolgreich beispielsweise einen entzündeten Blinddarm entfernt, also eine Heilbehandlung vornimmt, zu attestieren, er habe den Tatbestand der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB erfüllt, also eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt.

1. Gleichwohl stufen Rechtsprechung und Teile der Literatur ärztliche Heileingriffe – ohne Rücksicht darauf, ob sie mit oder ohne Zustimmung des Patienten erfolgen – tatbestandlich als Körperverletzungen nach § 223 Abs. 1 StGB ein.⁴⁵ Freilich sei die tatbestandliche Körperverletzung gerechtfertigt, wenn der Eingriff *lege artis*, mit Erfolg und mit Einwilligung des Patienten vorgenommen werde.⁴⁶

2. In der medizin(straf)rechtlichen Literatur verneinen viele schon die Tatbestandsmäßigkeit eines ärztlichen Heileingriffes ohne Rücksicht auf die Zustimmung des Patienten. Was die Begründungen angeht, so bietet sich ein buntes Bild:⁴⁷ Manche verneinen den Tatbestand schon, wenn die Heilbehandlung medizinisch indiziert, d. h. notwendig war und *lege artis*, d. h. kunstgerecht durchgeführt wurde. Andere verlangen zusätzlich das Gelingen der Operation. Wieder andere wollen nur dann eine Tatbestandserfüllung verneinen, wenn mit dem Eingriff kein „wesentlicher Substanzverlust“ verbunden ist.

3. Auch mit Blick auf die oben gemachten Ausführungen zur Sozialadäquanz ist es richtig und konsequent, Eingriffe, die ohne Zustimmung vorgenommen werden, selbst dann als tatbestandliche Körperverletzung anzusehen, wenn sie medizinisch indiziert und erfolgreich waren sowie *lege artis* durch-

geführt worden sind.⁴⁸ Fußen (*lege artis* durchgeführte) Heilbehandlungen allerdings auf einer autonomen Entscheidung des Patienten, d. h. finden sie mit (wirksamer) Zustimmung des Rechtsgutsträgers statt, ist eine Körperverletzung schon tatbestandlich zu verneinen.⁴⁹ Das muss dann konsequenterweise auch für (*lege artis* durchgeführte) medizinisch nicht indizierte Heilbehandlungen, z. B. Schönheitsoperationen, gelten, weil die medizinische Indikation für die strafrechtliche Bewertung (jedenfalls mit Blick auf die Frage der Tatbestandserfüllung) irrelevant ist.⁵⁰

D. Voraussetzungen einer wirksamen Zustimmung

I. Tatbestandsausschließendes Einverständnis

Ein tatbestandsausschließendes Einverständnis setzt zunächst die Verfügungsmacht (Dispositionsbefugnis) über das Rechtsgut voraus. Bei § 123 StGB ist der Hausrechtsinhaber verfügungsbefugt, bei § 242 StGB der Gewahrsamsinhaber und bei § 248b StGB der Nutzungsberechtigte. Deren Zustimmung muss innerlich vorhanden sein, nicht jedoch vorab kundgegeben werden. Anders als bei der rechtfertigenden Einwilligung soll es genügen, dass eine natürliche Willensfähigkeit gegeben ist, d. h. die Fähigkeit, überhaupt einen Willen zum Rechtsgutsverzicht zu bilden. Ein Verständnis für das Rechtsgut und dessen Verzicht sind demnach entbehrlich. Zwang lässt das Einverständnis unwirksam sein, eine Täuschung schade jedoch nach herrschender Meinung nicht. Wenn zum Beispiel der Inhaber einer Dortmunder Eckkneipe in die Runde der Gäste fragt, ob Fans von Schalke 04 anwesend seien und sie gegebenenfalls sein Lokal sofort verlassen mögen, dann macht sich der Schalcker Ultra nicht wegen Hausfriedensbruchs nach § 123 StGB strafbar, wenn er inkognito einfach sitzen bleibt.

39 Vgl. *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 15 Rn. 220; zur Haftung im Zivilrecht bei einem „Rempeltanz“: BGH, NZV 2006, 412 ff.

40 Ebenso *Fischer*, StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 22; *Spoenle*, NStZ 2011, 552, 555.

41 Siehe *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 228 Rn. 34; *Spoenle*, NStZ 2011, 552, 555.

42 Vgl. LG Stuttgart, NJW-RR 1988, 1241.

43 Siehe *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 228 Rn. 19; ferner BGH, NStZ 2000, 87 f.; *Eser*, JZ 1978, 368, 374; zur Hooligan-Trendsportart „Mannschaftskickboxen“ *Spoenle*, NStZ 2011, 552, 556, der die dabei wechselseitig begangenen Körperverletzungen – bei der Einhaltung von Regeln, die schwere Verletzungsfolgen ausschließen, die Chancengleichheit wahren und von Schiedsrichtern auch durchgesetzt werden können – aufgrund wirksamer Einwilligungen für gerechtfertigt hält.

44 Zur an § 161 E 1962 orientierten Definition des ärztlichen Heileingriffs vgl. auch *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 223 Rn. 9.

45 Vgl. RGSt 25, 375, 377 f.; BGH, NStZ 2004, 442; etwa auch *Hardtung*, JuS 2008, 864, 868 f.; *ders.*, NStZ 2011, 635; *Krey/Esler*; Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2011, Rn. 667; *Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und *lex artis* – eine arztstrafrechtliche Untersuchung, 2000, S. 189.

46 Siehe BGH, NStZ 2004, 442; BGH, NJW 1978, 1206.

47 Zum Ganzen: *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), § 223 Rn. 30 ff.; *Geilen*, in: *Wenzel* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Medizinrecht, 2. Aufl. 2009, Rn. 408, 410 ff.; *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 223 Rn. 43 ff.

48 Ebenso *Horn/Wolters*, in: *Rudolphi* u. a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum StGB (Stand: August 2003), § 223 Rn. 36 ff.; *Schroth*, in: *Roxin/Schroth* (Fn. 7), S. 21, 29.

49 So *Schroth*, in: *Roxin/Schroth* (Fn. 7), S. 21, 33 m.w.N.

50 Als Gegenstand der Einwilligung ist der Aspekt einer medizinischen Indikation freilich durchaus relevant, weil sich die Einwilligung – jedenfalls bei medizinisch-therapeutischen Heilbehandlungen – „nur auf *lege artis* durchgeführte medizinisch indizierte Eingriffe bezieht“ (*Joost*, in: *Roxin/Schroth* [Fn. 7], S. 383, 414 f. [Hervorhebungen im Original]).

II. Rechtfertigende Einwilligung

Die Voraussetzungen einer Einwilligung sind strenger.⁵¹ Sie wirkt rechtfertigend, wenn bei dem Einwilligenden die natürliche Einsichtsfähigkeit vorliegt, er dispositionsbefugt und innerlich einverstanden ist, er freiwillig (also ohne Zwang oder Täuschung) einwilligt und die Einwilligung (was umstritten ist)⁵² vor der Tat kundgibt; zudem darf die Tat, in die eingewilligt wird, nicht sittenwidrig sein (vgl. § 228 StGB) und der Adressat der Einwilligung muss die objektiv rechtfertigenden Umstände kennen.⁵³

1. Einwilligungsfähigkeit

Zunächst muss derjenige, der über die Preisgabe eines Rechtsguts entscheidet, in der Lage sein, eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen. Wann eine solche autonome Entscheidung anzunehmen ist, lässt sich dem Arzneimittelgesetz (AMG) entnehmen. Dort hat der Gesetzgeber in § 40 Abs. 4 Nr. 3 Satz 4 die Einwilligungsfähigkeit eines Minderjährigen an die Fähigkeit geknüpft, „Wesen, Bedeutung und Tragweite [des Rechtsgutseingriffs] zu erkennen und seinen Willen hiernach auszurichten“. Die genannten Kriterien können generell zugrunde gelegt werden.⁵⁴

Für die Beurteilung der Frage, wann jemand in der Lage ist, die Bedeutung des Rechtsguts und die Tragweite des Rechtsgutsverzichts zu erkennen sowie seinen Willen hiernach auszurichten, gibt es zwar keine festen Altersgrenzen, gesetzliche Vorgaben können aber eine Orientierung geben. Wer mit Vollendung des 18. Lebensjahres nach § 2 BGB als „volljährig“ gilt, dem wird man in der Regel die Einwilligungsfähigkeit zusprechen können. Das gilt aber nur, solange keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen, die z. B. auf eine psychische Krankheit hindeuten oder auf Angetrunkenheit. Auch bei Jugendlichen (also Personen, die noch nicht 18 Jahre alt sind, vgl. § 1 Abs. 2 Jugendgerichtsgesetz) ist es eine Frage des Einzelfalles. Je näher ein Jugendlicher der Volljährigkeit kommt, um so eher wird man seine Einwilligungsfähigkeit bezüglich der Verletzung eigener Rechtsgüter bejahen dürfen. Selbst die Vollendung des 14. Lebensjahres, an die § 19 StGB die Schuldfähigkeit knüpft, liefert keine verbindliche Grenze. So haben Gerichte die Einwilligungsfähigkeit bei einem Zwölfjährigen für möglich gehalten, bei einem Neunjährigen hingegen verneint.⁵⁵

Fehlt die natürliche Einsichtsfähigkeit, ist eine durch eine Einwilligung gerechtfertigte Verletzung eines Rechtsguts gleichwohl möglich. Denn nicht nur der Inhaber des Rechtsguts kann verfügungsbefugt sein, sondern etwa auch ein gesetzlicher Vertreter, z. B. gem. § 1626 Abs. 1 BGB die Eltern, gem. § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Vormund, gem. § 1901 Abs. 1 BGB ein Betreuer oder gem. § 1909 Abs. 1 Satz 1 ein Pfleger.

2. Verfügungsbefugnis

Die Befugnis, über eigene und (als gesetzlicher Vertreter) fremde Rechtsgüter zu verfügen, gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Geht es um „Leben und Tod“, besteht eine Einwilligungssperre. Dies ergibt sich aus § 216 StGB, der die Tötung eines Menschen trotz Einwilligung unter Strafe stellt.

Bei Körperverletzungen zieht § 228 StGB eine Grenze. Verwehrt wird einer Einwilligung die rechtfertigende Wirkung, „wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“. Was genau darunter zu verstehen ist, darüber herrscht keine Einigkeit. Wenig hilfreich ist der Ansatz der Rechtsprechung, die als Kriterium für das Sittenwidrigkeitsurteil auf einen Verstoß gegen das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“⁵⁶ abstellt. Dabei wird der Blick teilweise auch auf den Zweck der Beeinträchtigung gerichtet,

d. h. auf die Beweggründe und Ziele, die mit der Verletzung verfolgt werden.⁵⁷ Während unter strenger Anwendung dieser Kriterien nach älterer Rechtsprechung sadomasochistisch motivierte Körperverletzungen noch dem Urteil der Sittenwidrigkeit zum Opfer fielen,⁵⁸ richtet die jüngere Rechtsprechung – im Einklang mit großen Teilen der Literatur – den Blick auf die Intensität der Körperverletzung.⁵⁹ Was den Intensitätsgrad angeht, so erscheint es überzeugend, darauf abzustellen, dass als Nachteil für die körperliche Unversehrtheit eine schwere Gesundheitsschädigung (§ 226 StGB) drohen muss.⁶⁰ Amputiert beispielsweise ein Arzt einem kerngesunden Erwachsenen auf dessen Wunsch hin ein Bein, dann wäre die Einwilligung als sittenwidrig einzustufen, der Eingriff mithin rechtswidrig und nach § 226 StGB als schwere Körperverletzung strafbar.

Der BGH hat die Frage, ob § 226 StGB als Maßstab gelten kann, bislang jedoch offengelassen, aber immerhin klargestellt, dass die „Grenze zur Sittenwidrigkeit [. . .] jedenfalls dann überschritten [sei], wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in *konkrete Todesgefahr* gebracht wird“.⁶¹ Es ist allerdings zweifelhaft, ob allein die Schaffung einer konkreten Todesgefahr schon zur Sittenwidrigkeit der Tat und damit zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen kann. Immerhin hat der Gesetzgeber selbst für solche Fälle die Möglichkeit der Einwilligung vorgesehen: So verlangt § 1904 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der „Einwilligung des Betreuers in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff“ die Genehmigung der Einwilligung durch das Betreuungsgericht, „wenn die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund der Maßnahme stirbt . . .“. Zuzugeben ist freilich, dass die Einwilligung nach § 1904 Abs. 2 BGB überhaupt nur dann infrage kommt, „wenn die Maßnahme medizinisch angezeigt ist und die begründete Gefahr besteht, dass der Betreute auf Grund des Unterbleibens oder des Abbruchs der Maßnahme stirbt oder einen schweren und länger dauernden gesundheitlichen Schaden erleidet.“ Aber auch unabhängig davon überzeugt die Sicht des BGH nicht, weil sonst die §§ 224 Abs. 1 Nr. 5 und 227 StGB von vornherein für eine Rechtfertigung qua Einwilligung nicht in Betracht kämen und dies vom Wortlaut des § 228 StGB – der allgemein von „Körperverletzung“ spricht – so nicht vorgesehen ist.⁶²

51 Als Rechtfertigungsgrund ist die Einwilligung zwar nirgendwo im Gesetz zu finden (indirekt in § 228 StGB, der sie voraussetzt), sie ist aber gewohnheitsrechtlich anerkannt (vgl. *Rengier*, AT [Fn. 10], § 23 Rn. 1).

52 Für die Notwendigkeit einer Kundgabe etwa *Krey/Esser*, AT (Fn. 45), Rn. 669 a.E.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 378; dagegen zu Recht etwa *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, 15. Kapitel Rn. 7; *Schlehofer*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 146 m.w.N.

53 Zu den Voraussetzungen im Überblick (mit Abweichungen im Detail) siehe auch *Frister*, AT (Fn. 52), 15. Kapitel Rn. 28 (S. 196).

54 In diesem Sinne schon Amelung, Vetorechte beschränkt Einwilligungsfähiger in Grenzbereichen medizinischer Intervention, 1995, S. 15; siehe auch *Putzke*, NJW 2008, 1568, 1569. Dies entspricht auch dem Gesetzgeberwillen, der die im AMG genannten Kriterien auch sonst zugrundelegt (vgl. BT-Drucks 11/4528 S. 71).

55 Vgl. OLG Frankfurt, NJW 2007, 3580, 3581 bzw. LG Frankenthal, MedR 2005, 243.

56 Vgl. nur BGHZ 141, 357, 361; BGHZ 4, 24, 32.

57 Siehe hierzu *Paeffgen*, in: NK-StGB (Fn. 8), § 228 Rn. 37 ff.

58 Siehe etwa RG JW 1928, 2229, 2231.

59 NJW 2004, 2458 ff.

60 So *Hardtung*, in: MüKo-StGB (Fn. 6), § 228 Rn. 24 m.w.N.; ausführlich zum Streitstand *Paeffgen*, in: NK-StGB (Fn. 8), § 228 Rn. 33 ff.

61 BGH, NJW 2004, 2458, 2460 (Hervorhebung im Original).

62 Dazu auch *Duttge*, NSZ 2009, 690, 691.

Geht es um die Einwilligung bei einwilligungsunfähigen Personen, zieht das Gesetz bei einer von den gesetzlichen Vertretern erteilten Einwilligung zusätzliche Grenzen. So dürfen z. B. Eltern nur dann in Körperverletzungen ihrer Kinder einwilligen, wenn dies gem. § 1627 Satz 1 BGB „zum Wohl des Kindes“ geschieht.⁶³ Zu verneinen ist dies etwa bei medizinisch nicht indizierten Zirkumzisionen an nicht einwilligungsfähigen Jungen, weshalb die Einwilligung in religiöse Beschneidungen nach inzwischen herrschender Lehre unwirksam ist und derartige Eingriffe mithin strafbar sind.⁶⁴

3. Zustimmungserklärung

Nach herrschender Meinung soll die Einwilligung nur dann wirksam sein, wenn der Einwilligende seinen Willen in irgendeiner Weise nach außen hin kundgetan hat.⁶⁵ Dieser Kundgabeakt müsse eindeutig sein, wobei eine konkludente Willensäußerung genügt.⁶⁶

Überzeugend ist diese Sicht freilich nicht. Es gibt keinen Sachgrund, warum ein Rechtsgut Schutz verdienen soll, wenn der Rechtsgutsträger an der Unversehrtheit des Rechtsguts nicht interessiert ist und die Verletzungshandlung mit seinem gegenwärtigen Willen übereinstimmt. Ob ein Verletzter die innere Zustimmung nach außen hin erkennbar gemacht hat, ist eine Frage der Beweisbarkeit, dieser Aspekt gehört aber nicht zu den Wirksamkeitsvoraussetzungen.⁶⁷ Etwas anderes gilt nur dann, wenn es spezielle Vorschriften gibt, die etwas anderes bestimmen, z. B. § 40 Abs. 1 S. 3 Nr. 3b und 3c Arzneimittelgesetz, wonach für die Wirksamkeit der Einwilligung deren Schriftform nötig ist. Auch der Einwand, die Kundgabe diene der Rechtssicherheit,⁶⁸ greift zu kurz. Schließlich werden derartige Befürchtungen beim tatbestandsausschließenden Einverständnis auch nicht geäußert.⁶⁹

4. Keine Willensmängel

Damit die Zustimmung strafunrechtsausschließend wirkt, muss die Einwilligung freiwillig erfolgen, d. h. ohne Zwang. Anders als beim tatbestandsausschließenden Einverständnis kann ein Irrtum eine Einwilligung unwirksam machen. Das gilt allerdings nur für sogenannte rechtsgutsbezogene Irrtümer. Betrifft der Irrtum tatbestandlich nicht erfasste Begleitumstände (vor einer Notoperation hat der Arzt dem Patienten beispielsweise versichert, dass es sich um ein katholisches Krankenhaus handelt, in Wahrheit ist es ein evangelisches) oder handelt es sich um einen bloßen Motivirrtum (bei einer Blutspende des DRK verspricht die Krankenschwester dem Spender vor der Blutentnahme z. B., dass er fünf Euro bekomme, in Wahrheit gibt es nur einen Apfel), dann ist der Irrtum unbeachtlich, weil nicht rechtsgutsbezogen. Denn über den Rechtsgutsverzicht – die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit – waren sich die Zustimmungenden voll und ganz im Klaren.

Bei ärztlichen Eingriffen bedarf es zur Wirksamkeit einer Einwilligung vollumfänglicher Aufklärung über das Ausmaß des Eingriffs und seiner möglichen Folgen. Verwirklichen sich bei einer Operation Risiken, über die der Zustimmungende vorab aufgeklärt wurde, schützt die rechtfertigende Einwilligung den Arzt vor Strafverfolgung und Schadenersatzforderungen.

5. Kenntnis der objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen

Schließlich muss derjenige, der ein Rechtsgut beeinträchtigt oder gefährdet, die objektiven Rechtfertigungsvoraussetzungen kennen (sog. subjektives Rechtfertigungselement). Zusätzlich verlangen manche eine besondere Rechtfertigungs-

motivation. Verfolge der Täter ganz andere Ziele, entfalle das subjektive Rechtfertigungselement.⁷⁰ Von der herrschenden Lehre wird eine solche Erweiterung zu Recht abgelehnt.⁷¹

III. Mutmaßliche Einwilligung

In manchen Fällen ist es nicht möglich, vor einer Rechtsverletzung die Zustimmung des Rechtsgutsträgers einzuholen, gleichwohl ergibt eine Würdigung der Umstände, dass er seine Zustimmung erklären würde, wenn man ihn fragen könnte. Dann ist die Rede von „mutmaßlicher Einwilligung“.⁷² Vorliegen müssen zunächst die auch bei der Einwilligung nötigen Voraussetzungen: Das Rechtsgut muss verfügbar sein, der Einwilligungszuständige muss einwilligungsfähig sein, die Tat darf nicht gegen § 228 StGB verstoßen und schließlich muss der Täter die Vorstellung von der Dringlichkeit und der Übereinstimmung der Tat mit dem mutmaßlichen Willen des Rechtsgutsinhabers haben. An die Stelle der bei der Einwilligung geforderten Kundgabe treten hingegen zwei andere Voraussetzungen: Erstens darf keine echte Einwilligung erlangbar, also keine Befragung des über das beeinträchtigte Rechtsgut Verfügungsberechtigten möglich sein. Andernfalls wäre es nicht sorgfaltsgemäß, sich auf bloße Vermutungen zu verlassen. Zweitens bedarf es einer sorgfaltsgemäßen Beantwortung der Frage, ob der Dispositionsbefugte einwilligen würde, wenn man ihn fragen könnte. Dies kann manchmal sogar dazu führen, dass z. B. ein Arzt wegen mutmaßlicher Einwilligung gerechtfertigt ist (beispielsweise weil er unter den gegebenen Umständen sorgfaltsgemäß angenommen hat, dass der Dispositionsbefugte eingewilligt hätte), obwohl seine Annahme sich im Nachhinein als falsch erweist (etwa weil der aus der Narkose erwachende Patient protestiert). Zur Ermittlung des (mutmaßlichen) Willens „ist der Inhalt [. . .] in erster Linie aus den persönlichen Umständen des Betroffenen, aus seinen individuellen Interessen, Wünschen, Bedürfnissen und Wertvorstellungen zu ermitteln.“⁷³ Ebenso sind die Risiken des Eingriffs in die Waagschale zu werfen.⁷⁴

IV. Hypothetische Einwilligung

Die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung bei einem ärztlichen Heileingriff soll zudem in einer weiteren Konstellation entfallen: wenn ein Patient im Falle eines Aufklärungsmangels selbst bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tat-

63 Für die Betreuung regelt dies § 1901 Abs. 2, 3 BGB.

64 Siehe hierzu etwa *Dettmeyer/Parzeller/Laux/Friedl/Zedler/Bratzke*, Archiv für Kriminologie 227 (2011), 85 ff.; *Herzberg*, MedR 2012, 169 ff.; *Jerouschek*, Beschneidung: Heileingriff, religiöses Gebot oder strafbare Körperverletzung?; in: *Degener/Heghmanns* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker, Tübingen 2012, S. 171–181; *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), Vor § 32 Rn. 41; *Paeffgen*, in: NK-StGB (Fn. 8), § 228 Rn. 18; *Schlehofer*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vor §§ 32 ff. Rn. 143 f.; grundlegend *Putzke*, in: *Putzke u. a.* (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, S. 669 ff.

65 So etwa *Mitsch*, in: *Baumann/Weber/Mitsch* (Fn. 18), § 17 Rn. 104 m.w.N.

66 Vgl. *Murmann*, AT (Fn. 8), § 25 Rn. 125.

67 *Frister*, AT (Fn. 52), 15. Kapitel Rn. 5.

68 So *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 6), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 43.

69 Hierzu *Schlehofer*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 146.

70 Bezogen auf die Notwehr: BGH, NSStZ 2007, 325, 326.

71 Zu den Gründen siehe *Schlehofer*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 95 f.

72 Ausführlich dazu *Mitsch*, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 2012, 38 ff.

73 BGH, NJW 2000, 885, 886.

74 Siehe *Eschelbach*, in: BeckOK-StGB (Fn. 26), § 228 Rn. 29.

sächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte. Die Rede ist dann von „hypothetischer Einwilligung“. In solchen Konstellationen wäre eine erteilte Einwilligung wegen der fehlerhaften Aufklärung unwirksam und eine mutmaßliche Einwilligung (falls eine ausdrückliche fehlt) scheitert daran, dass der Patient hätte gefragt werden können (oder sogar gefragt wurde). Nach der Rechtsprechung soll der Arzt gleichwohl straflos sein;⁷⁵ in der Literatur wird diese „Rechtsfigur“ zu Recht abgelehnt.⁷⁶

E. Schluss

Die vorstehenden Ausführungen haben deutlich gemacht, dass die Verletzung der körperlichen Unversehrtheit oftmals erlaubt ist. Das gilt zum einen für denjenigen, der sich eigenverantwortlich selber schädigt, zum andern aber auch dann,

wenn der Dispositionsbefugte einer Rechtsgutsschädigung wirksam zustimmt. In beiden Fällen stellt eine Körperverletzung kein Unrecht dar. Besondere Relevanz hat dies bei Sport und Spiel, aber auch beim ärztlichen Heileingriff. In letzterem Falle begeht ein Arzt (jedenfalls nach der h.M.) zwar tatbestandlich eine Körperverletzung, die über eine (ausdrückliche, mutmaßliche oder hypothetische) Einwilligung jedoch gerechtfertigt sein kann.

(Professor Dr. Holm Putzke lehrt Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Passau.)

75 Hierzu BGH, NStZ-RR 2007, 340 ff.

76 Überzeugend *Schlehofer*, in: MüKo-StGB (Fn. 18), Vorbem. zu den §§ 32 ff. Rn. 168 ff.; ebenso und ausführlich zum Diskussionsstand *Sowada*, NStZ 2012, 1 ff.