



## IMR305: Charlotte Schmitt-Leonardy

IME028: Rechtfertigender Notstand, allgemeines Festnahmerecht, Einwilligung im Strafrecht,  
mutmaßliche und hypothetische Einwilligung

Episode 305 | Gäste: Charlotte Schmitt-Leonardy | Arbeitgeber: Universität Bielefeld | Veröffentlicht:  
19.6.2025

---

**[00:10] Marc:**

Herzlich willkommen zu einer neuen Episode Irgendwas mit Recht in der Examens-Edition. Ihr seht es schon am Cover, Strafrecht steht vorne drauf. Das heißt, Charlotte Schmidt-Leonardi ist hier. Hallo Charlotte.

**[00:20] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Hallo Marc.

**[00:22] Marc:**

Charlotte, wir haben in unserer letzten Folge mit Professor Radtke, die wir vor einiger Zeit in Karlsruhe aufgezeichnet haben und die mir sehr viel Freude gemacht hat, die Rechtfertigungsgründe und die Notwehr thematisiert. Und da haben wir mehr die Grundlagen beleuchtet und sehr ausführlich dargelegt. Und ich erinnere mich gerne zurück, ihr beiden hattet so einen kleinen Schlagabtausch, kann man es nicht nennen, aber eine schöne fachliche Diskussion.

**[00:46] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Ja, ich war wieder im Hörsaal eigentlich. Ich wusste wieder genau, warum wir ihm alle, meine Freundesgruppe, so gern zugehört haben. Weil er die Dinge so systematisch darstellt, die Strukturen. Plötzlich siehst du in einem Bereich, der dir lauter Bäume vor dir, plötzlich siehst du den Wald. Plötzlich siehst du einen Weg, plötzlich siehst du einen Dreierschritt. Ja, in der Tat, das hat total viel Spaß gemacht.

**[01:08] Marc:**

Und darauf knüpfen wir heute an. Was machen wir heute genau?

**[01:12] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Wir bauen darauf auf. Wir haben wirklich breit die Struktur der Rechtfertigungsgründe mit ihm entwickelt, auch dem Gegenargument Rechnung getragen, dass Strafrecht ja nur auswendig Lernerei sei. Er hat uns erneut ins Gedächtnis gerufen, wie viel Systematik und auch wie viel Systementsprechung zu finden ist, wenn man genauer hinschaut. Zu finden ist mit dem Verfassungsrecht, mit Prinzipien, die man kennt. Und erwartbarerweise sind wir eben nur durch die Notwehr gekommen, die wir sehr im Einzelnen immer wieder mit Blick auf diese Prinzipien, den Dreierschritt, die Rechtfertigungssituation, die Notwehrlage, dann die Rechtfertigungshandlung, die Notwehrhandlung, die Verteidigung eben gegen den Angreifer und dann das subjektive Element. Das haben wir sehr differenziert besprochen und heute in Folge 2 der Rechtfertigungsgründe bleiben uns eben alle anderen. Wir müssen durch die Notstände kommen, durch das Festnahmerecht, durch die Einwilligung, also das Tempo wird heute ein bisschen höher.

**[02:18] Marc:**

Dann legen wir direkt los, oder?

**[02:20] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Perfekt.

**[02:21] Marc:**

Welche Notstände gibt es? Wo sollte man anfangen, wenn man sich mit dem Thema zum ersten Mal auseinandersetzt oder wenn man es gerade zum ersten Mal wiederholt? Man hat es ja idealerweise dann doch schon mal irgendwann in der Vorlesung gehört.

**[02:32] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Ja, wo ist eigentlich ein super Stichwort? Denn wir denken natürlich immer ans StGB und das ist auch grundsätzlich richtig in der Strafrechtsklausur, aber das ist ein bisschen trügerisch im Bereich der Rechtfertigungsgründe. Hier schauen wir auch ins BGB und zwar in die Paragraphen 228 und 904. Das ist jetzt nicht der Klausurklassiker, aber man darf diese Lex Specialis gegenüber Paragraf 34, dem klassischen Notstand, Paragraf 34 StGB. Diese spezialgesetzliche Ausprägung darf man nicht vernachlässigen. Also was ist das? 228, der sogenannte Defensivnotstand. Da geht die Gefahr von einer Sache aus. Das wird in der Klausur womöglich ein Tier sein. Sie wissen, wir hängen unheimlich an unseren Tieren, aber sie werden vom BGB als Sachen angesehen. Das heißt zum Beispiel, ein Hund greift einen Menschen an und man verteidigt sich gegen diesen Hund, indem man ihn schlägt oder erschießt. Das wird die typische Klausurkonstellation sein. Das ist ein 228er Defensivnotstand. Man muss also im BGB schauen. Und da gibt es aber eben auch ein Prüfungsschema, das auch in 904 gut funktionieren wird, sich da nur in zwei Punkten unterscheidet. Sie fangen an mit der drohenden Gefahr für den Betroffenen oder einen Dritten. Das ist der Ausgangspunkt bei allen Notständen, die wir heute thematisieren. Dann handeln, das sich gegen eine Sache richtet. Und zwar hier bei 228 BGB gegen die Sache, von der die Gefahr ausgeht. Also gegen den Hund, der sie anspringt. Und die Handlung, die sie holzieren, muss erforderlich sein. Das heißt, die Gefahr darf nicht anders abwendbar sein. Und hier kommt die Güterabwägung, die Interessenabwägung ins Spiel, die wir bei der Notwehr explizit nicht hatten.

**[04:40] Marc:**

Das heißt, ich übersetze mal gerade dieser Punkt, den du gerade sehr betont hast, das muss sich genau gegen die Sache wenden. Typischer Fehler in der Klausur wäre, Hund greift dich an und du schlägst eine Fensterscheibe kaputt, um zu flüchten und prüfst dann erstmal den 228 dahingehend. Könnte man das so sagen?

**[04:58] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Das könnte man so sagen. Es ist ein super Segway zum 904, weil die Fensterscheibe wäre für 904 genau das, was wir als Anknüpfungspunkt brauchen. Es kann sich anbieten, es vielleicht kurz anzuprüfen, aber man muss eben wissen, 228, das ist defensiv Verteidigungsnotstand gegen die Sache, die einen angreift. Also hier nur die Abwehr des Hundes, der auf einen zurennt. Hier, und das betone ich jetzt dreimal bei den drei Notständen, die wir uns anschauen, die Güterabwägung, das heißt, die Handlung darf zu dem angerichteten Schaden nicht außer Verhältnis stehen. Es muss so ein bisschen eine Abwägung erfolgen, hier in diesem Fall ein bisschen großzügiger. Das heißt, im Anbetracht des angreifenden Dings darf sozusagen der Schaden nicht ganz außer Verhältnis stehen. Das wird bei 904 ein Ticken anspruchsvoller sein, die Abwägung, aber grundsätzlich bei allen Notstandssituationen eine Abwägung. Und wie wir uns erinnern aus der Folge mit Herrn Radtke, immer diese dritte Ebene, diese subjektive Ebene, das Ganze muss mit einem Abwehrwillen ausgeführt werden, also nicht sozusagen bei Gelegenheit des Angriffs den Hund erschießen, den ich immer schon umbringen wollte und eigentlich gab es keinen Angriff und ich wusste, dass er so spielt, sondern es muss wirklich ein Abwehrwille erkennbar sein. § 228, teilweise wird das ein bisschen bestritten, aber in der Norm steht, um, also diese Formulierung ist eigentlich relativ eindeutig, um abzuwenden. Genau, das ist zu unterscheiden, wie gesagt, nicht so häufig in der Klausur, aber man darf es nicht aus dem Grund. Blick verlieren, weil es spezialgesetzlich ist, zu 34 StGB. Zweite Spezialkonstellation 904 BGB. Der sogenannte Aggressivnotstand, das ist die Konstellation, die du eben genannt hast, da richtet sich die Notstandshandlung nicht gegen die Sache, von der die Gefahr ausgeht, sondern gegen eine Sache mithilfe, der man eine Gefahr irgendwie abwenden will. Also um gleich ein Beispiel zu formulieren, man ist auf einer Party, ein besoffener, aggressiver Gast greift mich an und ich weiche zurück und greife gerade so eine Vase, die da steht, eine super teure, jetzt müsste ich Vasenhersteller kennen, ich kenne sie nicht, aber eine super teure Picasso-Vase, sagen wir das, und haue sie ihm über dem Kopf kaputt. Das war das Einzige, was ich hatte, sonst wäre ich vergewaltigt worden. Da ist sozusagen in Bezug auf den Angreifer natürlich 32 einschlägig. Den haben wir ausreichend besprochen. Er greift mich an. Ich wehre mich gegen ihn, indem ich ihn verletze. Aber die Vase kann natürlich dafür nichts und steht im Eigentum des Gastgebers, der dafür auch nichts kann. Hier muss ich mir mit 904 helfen, also dem Aggressivnotstand, ich greife in das Eigentum des Gastgebers ein und diese Verteidigungshandlung hier im Kontext 303, Sachbeschädigung, ist erst und nur dann gerechtfertigt, wenn der drohende Schaden für das gefährdete Rechtsgut gegenüber dem Schaden des Gastgeber-Eigentümers unverhältnismäßig groß wäre. Das ist hier klar. Entweder ich werde vergewaltigt und sterbe oder seine Vase geht drauf, dann ist klar, dass ich mich der Vase bedienen darfte.

**[08:29] Marc:**

Ich stelle mal wieder die kleine Brücke her zur Klausursituation, dass ihr euch hoffentlich an unsere Worte erinnert, wenn dieses Papier vor euch liegt und ihr dann diese Konstellation erkennt oder auch eine leicht andere Konstellation. Wir haben es schon oft gesagt, bitte nicht stur auswendig lernen, sondern Systemverständnis bilden und schauen, wie ihr euer Handwerkszeug anwendet. Aber kleine Falle in der Klausur wäre ja zum Beispiel, deswegen möchte ich das auch nur nochmal betonen, prüfe die Strafbarkeit des X, der T greift den X an, das ist die Person, die du gerade beschrieben hast, die Betrunkene auf der Party und du übersiehst vielleicht einfach die Prüfung der kaputten Vase und der womöglichen Sachbeschädigung, die dann hier entsprechend durch 904 rausfliegt, sage ich mal untechnisch. Also das wäre so eine typische Konstellation, wo man sagt, ach guck mal, der eine übersieht es vielleicht, Vielleicht der andere bringt es noch gerade rein, das ist schnell wieder geschrieben, aber das macht den Prüfer natürlich ziemlich happy.

**[09:23] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Ja, das fällt natürlich auf und führt aus meiner Sicht auch immer dazu, dass man eben besonders gut da steht. Wir haben ja oft über diese Tricks gesprochen, guter letzter Eindruck oder wenn man das eben sieht und es ist wirklich kein großer Aufwand. 228, 904 BGB, mehr ist da nicht zu kennen. Und die beiden unterscheiden sich eben in diesen Punkten 3 und 4. Also es ist bei beiden Vorliegen einer gegenwärtigen Gefahr. Das Handeln richtet sich gegen eine Sache, also nicht gegen den Menschen, wie wir es normal kennen. Aber in dem einen Fall geht die Gefahr von der betroffenen Sache aus, 228, in dem anderen Fall 904 eben nicht. Und in dem einen Fall, wo sozusagen die Sache die Gefahr ist. Hat man ein bisschen weniger Anforderungen. Es darf nicht unverhältnismäßig sein, während in dem Fall, wo man eine unbeteiligte Sache, also in die Sphäre eines anderen, eines Unbeteiligten Gutes eingreift und das opfert, muss sozusagen ein wesentliches überwiegendes geschützten Interesses da sein. Die Gefahr darf nicht anders abwendbar sein, das nennt man Notwendigkeit. Da ist das Anforderungsprofil ein bisschen höher, aber im Grunde surft man da ganz entspannt durch und darf natürlich auch hier wieder nicht vergessen, unsere dritte Ebene, das subjektive Rechtfertigungselement. Also man nimmt eben diese Picasso-Vase, um sich zu verteidigen. Das war der kurze Blick ins BGB. Aber natürlich unser Hauptaugenmerk, das, was Sie erinnern aus dem ersten oder zweiten Semester, ist der Notstand gemäß 34 StGB. Ganz wichtige Norm, hat wie jetzt auch zweimal betont Auffangcharakter. Das heißt, er wird nur geprüft, wenn eben andere speziellere Rechtfertigungsgründe nicht vorliegen. Spezieller könnte auch die Notwehr sein, über die wir mit Herrn Radtke ausführlich gesprochen haben. Die Notwehr, engeres Zeitfenster, ich richte mich gegen den Angreifer. Das heißt, wenn das alles nicht einschlägig ist, denken Sie an den Notstand, Paragraph 34, und denken Sie erneut an den Dreierschritt. Das heißt, wir haben eine Notstandslage, wir haben eine Notstandshandlung, die rechtmäßig sein muss und wir haben ein subjektives Element, ein Gefahrabwendungswillen. Was bedeutet das im Einzelnen? Die Notstandslage ist eben kein Angriff, sondern eine Gefahr. Eine Gefahr für ein notstandsfähiges Rechtsgut. Da stehen einige in 34 StGB. Die haben nur Beispielecharakter. Das wird oft das sein, was in der Klausur relevant ist. Leben, Gesundheit, so etwas. Aber alle durch die Rechtsordnung geschützten Interessen, allgemeines Persönlichkeitsrecht können da geschützt sein und in Gefahr sein in der Notstandslage. Und in Gefahr bedeutet ein Zustand, in dem nach den konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens ernstlich zu erwarten ist. Das heißt, aufgrund tatsächlicher Umstände im Zeitpunkt der Notstandshandlung, wir haben hier immer wieder die Perspektive ex ante, in der Situation schauen wir auf dieses drohende Zusammenziehen der Ereignisse, ist es hier so, dass eine Beeinträchtigung des Rechtsguts wahrscheinlich ist, nach objektiven Kriterien. Unerheblich ist hier, woher das kommt. Also das ist ein ganz großer Unterscheidungspunkt zu 32. 32 ist ja immer die Verteidigung gegen den Angreifer. Das ist hier nicht so. Da kann das ein Naturereignis sein, da kann eine Gefahr durch einen Menschen geschaffen worden sein. Die Gefahrenquelle ist nicht der springende Punkt. Dafür müssen wir nachher auch ein bisschen mehr arbeiten, Interessen abwägen und so ein Kram, um in eine Rechtfertigung zu kommen. Diese Gefahr muss gegenwärtig sein. Und hier wieder, Achtung, falsche Freunde, das Wort gegenwärtig kommt hier auch vor. Aber wie wir in der Folge mit Herrn Radtke gesagt haben, gegenwärtig ist eine Gefahr in einem größeren zeitlichen Fenster. Also wenn der Schadenseintritt in nächster Zeit zu erwarten ist und ein Abwarten zu einer Verringerung der Abwehrchancen führen würde. Es heißt also nicht, wie im Bereich der Notwehr 32 gegenwärtig ist jetzt, sondern hier beim Notstand 34 ist gegenwärtig etwas länger. Das heißt, der Schadenseintritt steht noch nicht ganz unmittelbar bevor. Ein Abwarten würde entweder gar nicht mehr das Abwehren der Gefahr ermöglichen oder mit viel größeren Risiken. Das heißt, die Konstellation, die wir in der Notwehr nicht erfassen konnten, den sogenannten Die Haustyrannen, typische Klausurkonstellation, den können wir hier gut erfassen. Das heißt, nochmal zur Erinnerung, also Haustyrannenkonstellationen, typischerweise ein Mann, der seine Frau über eine lange Zeit immer wieder schlägt, misshandelt und in eine Situation psychischer Abhängigkeit bringt, also ganz katastrophale, langanhaltende Zustände, der sich dann nachts hinlegt zum Schlafen. Und die typischerweise körperlich unterlegene Frau wird diesen Moment nehmen, in dem er schläft, wo sie einen Überraschungsmoment ausnutzen kann, um ihn zu erschlagen. Das waren teilweise unglaublich ungerechte Konstellationen, weil auch durch diesen Hinterhalt, die körperlich unterlegene Frau kann sich ihm eben nicht stellen in seiner Wucht und sozusagen Aggressivität. Macht0027s nachts, kommt also damit, wenn er stirbt, sofort ins Mordmerkmal der Heimtücke. Während wenn der Mann in etwas, das teilweise Leute ehrliche Wut nannten, unfassbar, sie erschlägt, nur einen Totschlag hätte. Also große Ungerechtigkeiten, eben auch im Bereich der Rechtfertigung. Weil bei der Notwehrprüfung das Gericht immer gesagt hat, ja, nee, gegenwärtig nach 32 ist jetzt. Und jetzt schließt er halt. Anders bei der Notstandslage. Denn mit dem Schlaf des Haustyrannen hört zwar die Tortur kurzfristig auf, aber geht am nächsten Morgen weiter. Das heißt, da hat man die Dauergefahr akzeptiert. Das ist so eine Konstellation, an die man denken muss bei 34. Das heißt nicht, dass es durchgeht mit 34, aber das heißt, dass man hier eine gegenwärtige Gefahr im Sinne des 34 annehmen kann. Übrigens aktuell vielleicht auch interessant, Stichwort Klimakleber in Anführungszeichen. Auch da Dauergefahr, jeder weitere Tag ohne Gegenmaßnahmen führt zu einer Verschlimmerung der Situation rund ums Klima. Das heißt, auch da kann man eine Dauergefahr mit guten Argumenten annehmen. Heißt das, dass die Handlung dann auch geeignet ist und so weiter? Das sind anderen Prüfungspunkten vorbehalten, aber tatsächlich die Dauergefahr größeres zeitliches Fenster. Dann kommen wir in die Notstandshandlung, die zweite große Ebene, über die wir ausführlich gesprochen hatten. Nicht anders abwendbar ist eine

Gefahr, wenn in der konkreten Situation das objektiv zur Gefahrenabwehr geeignete, hier haben Sie wieder diesen Terminus, den Sie aus dem Verfassungsrecht kennen, Geeignetheit und zugleich relativ mildeste Mittel. Wieder ein bekannter Terminus, Erforderlichkeit gewählt wurde. Also sie müssen Geeignetheit und Erforderlichkeit prüfen. Der Täter muss also zunächst mal checken, was er für Möglichkeiten der Gefahrenabwehr hat. Es ist eben nicht so wie bei der Notwehr, dass hier eine Verteidigung des Rechts gegen das Unrecht passiert und man im Grunde fast jedes geeignete Mittel dem Angreifer entgegenschleudern kann, sondern hier muss man wirklich ein bisschen mehr abwägen, ein bisschen mehr checken. Geeignet, ist das ein Mittel, das hier die Gefahr unterbinden kann? Ist das ein Mittel, das im Vorfeld vielleicht nicht zur Verfügung stand? Das heißt zum Beispiel, Beispiele finde ich tragen ziemlich weit, insbesondere weil unsere Podcast-Hörerinnen und Hörer vielleicht gerade am Joggen sind oder am Putzen oder am Autofahren. Nehmen wir den T und den körperlich unterlegenen O. Der O versteckt sich bei der Flucht vor dem bösen Täter T in einem verschlossenen Lagerhaus des X und der T findet ihn trotzdem und verprügelt ihn anschließend. Da hat O einen Hausfriedensbruch begangen und offenbar war der Hausfriedensbruch nicht erfolgreich und nicht geeignet, weil der T hat ihn trotzdem gefunden. Das macht aber nix. Also die Geeignetheit, auch wenn es am Schluss nicht klappt, die kann trotzdem bejaht werden. Also hier nicht sozusagen auf Abwege geraten. Wirklich ernst zu nehmen ist der zweite Punkt, die Erforderlichkeit und dann noch ernster die Interessenabwägung, der dritte Punkt in dieser zweiten Ebene. Die Erforderlichkeit meint, die Gefahr darf nicht anders abwendbar sein. Und hier denken wir auch mit vielleicht aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht ein bisschen mehr Demut und, wie soll ich sagen. Kritischem Hinterfragen an die Opfer von Haustirannen. Da ist oft die Erklärung und auch die herrschende Meinung, dass es der betroffenen Person durchaus zumutbar war, bevor sie ihren Ehepartner umbringt im Schlaf, die Polizei zu verständigen, den Ehepartner zu verlassen, die Nachbarn zurate zu ziehen, in ein Frauenhaus zu ziehen. Das wird die Spur sein, die sie in der Klausur wählen müssen, dass es konsentiert. Ich sage das deswegen mit dem K-Wert, weil natürlich in den konkreten Situationen es unglaublich schwer sein kann, für die Frauen tatsächlich ihren Mann zu verlassen oder tatsächlich in manchen kulturellen Kontexten, in Deutschland ist es jetzt weniger der Fall, aber teilweise ist die Polizei ja ganz unnütz gewesen, gar kein Partner in solchen Situationen. Das heißt, einfach so entgegenzuschleudern, naja, die Gefahr war schon anders abwendbar, finde ich manchmal so ein bisschen unsensibel. Aber ich würde sagen, im deutschen rechtsstaatlichen Kontext kann man sagen, und das ist auch konsentiert und den Weg sollten Sie nehmen in der Klausur, dass die Gefahr anders abwendbar war, zum Beispiel durch Alarmieren der staatlichen Hilfe. Also nicht anders abwendbar, ganz wichtiger Punkt.

**[20:14] Marc:**

Okay, und was ist der dritte Punkt?

**[20:15] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Der dritte Punkt ist der wichtigste, würde ich argumentieren, der, bei dem die meiste Schreibarbeit wohl anstehen wird, die Interessenabwägung. Das ist Kern- und Herzstück des Notstandrechts, die Interessenabwägung, also das Abwägen zwischen dem Erhaltungsinteresse, das geschützte Interesse also, und dem Eingriffsinteresse. Und da ist es wichtig, dass man sich vorher ein paar Gesichtspunkte vielleicht merkt, mal aufschreibt auf einen Zettel und die gedanklich so durchgeht. Zum Beispiel der Rang der kollidierenden Rechtsgüter, das Ausmaß der den Rechtsgütern drohenden Verletzungen, der Grad der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, die Größe der Rettungschance oder auch die Schutzwürdigkeit zum Beispiel kollidierender Rechtsgüter, wenn jemand die Gefahr selbst verschuldet hat, also selbst diese Situation ins Rollen gebracht hat.

**[21:23] Marc:**

Das ist doch eigentlich total dankbar, wenn sowas in der Klausur kommt, weil man dann weiß, okay, guck mal, gerade hier an dieser Stelle kann ich so ein bisschen zeigen, wie ich argumentiere, wie ich abwäge. Das ist eben nicht Prüfungsschema runterbeten, sondern wirklich, ich sag mal, inhaltliche Auseinandersetzung.

**[21:38] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Genau, und das ist im Grunde etwas, das Sie trainiert haben in den meisten öffentlich-rechtlichen Klausuren. Das ist wirklich Kernabwägung von Interessen. Und da ist es wirklich wichtig, dass man sich merkt, weil in der Aufregung passiert das schnell. Der absolute Lebensschutz ist hier A und O und gilt immer. Das heißt, wenn ich sage Rang der kollidierenden Rechtsgüter, dann heißt es aber nicht, ich wäge ab, das Leben desjenigen, der nur noch ein paar Tage zu leben hat, weil er 99 ist und das Leben des 19-Jährigen, auch wenn man immer wieder von Ansichten hört, die in diese Richtung tendieren. Es gibt keine Quantifizierung im deutschen Strafrecht im Sinne von die Tötung weniger für das Überleben vieler ist okay. Also wir meinen es hier wirklich ernst mit dem Lebensschutz in seiner Absolutheit. An den Rändern wird das diskutiert. Also das Recht auf autonomes Sterben ist etwas, das wir auch hier in den Folgen thematisieren werden. Aber nie, nie, nie, nie, nie kann Leben gegen Leben abgewogen werden. Das ist also wirklich ein absolutes No-Go. Das Leben ist absolut geschützt. Aber ansonsten tatsächlich die Kriterien, die ich genannt habe, Rang der kollidierenden Rechtsgüter, also ob das jetzt irgendwie was Materielles ist gegenüber körperlicher Unversehrtheit, Ausmaß der Verletzungen, Grad der Wahrscheinlichkeit, Rettungschance, sowas. Nehmen Sie das, listen Sie das vielleicht auf und arbeiten Sie das wirklich ab. Das scheint mir eine ganz gute Klausurstrategie zu sein, also so eine Liste vielleicht anzulegen.

**[23:20] Marc:**

Genau.

**[23:21] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Wenn Sie diese Abwägungsarbeit gemacht haben, müssen Sie sich trotzdem noch die Angemessenheitsfrage stellen. In 34 Satz 2 ist dieser sozialethische Wertungsspielraum angedeutet. Das heißt, sie müssen nochmal so eine Art Grobcheck im Hinblick auf die Angemessenheit machen. Das sind Fallgruppen, wenn der Täter sich zum Beispiel auf die Seite des Unrechts stellt. A nötigt den B, ein Mein-Ei zu schwören, sonst würde er ihn umbringen. Das sind Angemessenheitsfragen oder zwangsweise Blutentnahmen zur Rettung eines Schwerverletzten. Da ist es eben auch ein Eingriff in Artikel 1. Also das geht sehr, sehr weit. Da muss man nochmal checken. Bei besonderen Gefahrtragungspflichten. Also stellen Sie sich vor, Sie sind ein Polizist, der irgendwie tatenlos zusieht, wie verprügelt wird, weil er einfach Angst hat, selbst verprügelt zu werden. Das geht halt nicht. Der hat eine besondere Gefahrtragungspflicht. Da haben Sie ab und an Anwendungsfälle in der Klausur. Ich würde sagen... In der überwiegenden Klausurzahl wird es eigentlich über die Interessenabwägung schon gelöst sein. Da wird es also nicht so sehr auf 34 Satz 2 ankommen. Wichtig ist, dass sie, und das ist was, was ich beobachtet habe, deswegen will ich das nochmal betonen, dass sie sich nicht verheddern in diesem dogmatischen, aber er hatte ja keine andere Wahl, also musste er so vorgehen, sondern immer wieder so rauszoomen und sagen, kann das wirklich noch in Ordnung sein, angemessen sein? Also denken Sie zum Beispiel an einen mittellosen Menschen, der wirklich dringend Geld braucht für eine lebensnotwendige Operation und er kann sich das irgendwie nur dadurch beschaffen, dass er nachts in die Milliardärsvilla seines Nachbarn einsteigt und 10.000 Euro klaut. Da würden sie doch sagen, naja gut, aber das ist doch eine lebensnotwendige OP und die gesundheitliche Integrität, das ist doch auf jeden Fall viel mehr wert als 10.000 Euro. Ja, ja, ja. Und in der Interessenabwägung, rein nach dem Wortlaut, kämen sie wahrscheinlich ungefähr da raus. Lebensnotwendige Operation, Rettung des Lebens, also nichts kann doch wichtiger sein. Aber zoomen sie raus und sehen, das ist eine Notlage, die ist ganz tragisch, aber die geht in Richtung der Sozialgemeinschaft. Die muss die lösen. Eine Versicherung muss die lösen. Die Gesellschaft muss die lösen. Irgendwelche Netze müssen ihn auffangen. Wenn diese Netze versagen, also die Hilfe der Sozialgemeinschaft versagt, dann kann man nicht einfach dem reichen Nachbarn sozusagen diese Duldungspflicht auferlegen und sagen, dessen Auto kann man jetzt einfach klauen und verticken oder dessen Safe kann man aufbrechen. Also insofern, wenn man das Verhalten dann als gerechtfertigt ansehen würde, dann würde man permanent so einen Robin-Hood-Diebstahl legitimieren. Das würde nicht passen. Also immer so ein bisschen rauszoomen bei dieser Angemessenheit. Aber wie gesagt, die Interessenabwägung wird, glaube ich, die meisten Konstellationen lösen. Und vielleicht auch, das wäre jetzt eigentlich eine Frage, die du immer stellen würdest. Ich antizipiere jetzt schon, was du denken könntest. Es ist ja dann auch nicht aus. Wenn sie bei 34 nicht in die Rechtfertigung kommen, ich sehe dich nicken, dann können sie immer noch in der Schuld über 35 rauskommen. Das heißt, die Menschen sind nicht unbedingt strafbar. Unterm Strich müssen sie nicht ins Gefängnis, wenn man in dieser Kategorie eben dann zu einem Nein kommt.

**[26:53] Marc:**

Mhm. Dann haben wir 34, glaube ich, ganz gut behandelt, oder?

**[26:57] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Fast. Wir dürfen nicht immer den dritten, letzten Herrn Rattgeschritt vergessen. Nochmal zur Erinnerung, dass dann auch der Gefahrabwendungswille vorliegen muss. Ich hatte es zwar schon mal gesagt, aber das kommt eben nach dieser Angemessenheit. Das heißt, wie bei der Notwehr ist ein subjektives Rechtfertigungselement erforderlich. Das steht auch im Text, um die Gefahr abzuwenden. Der Täter muss also in Kenntnis von der Notstandslage handeln. Er muss wissen, dass seine Handlung die Gefahr abwendet und er muss mit der Motivation handeln, die Gefahr abzuwenden. Also, wenn jetzt zufällig die Gefahr ist und bei der Gelegenheit plündert einfach der schon immer plündern wollende Dieb irgendein Haus, da kommen wir nicht raus. Wir haben dieses subjektive Element, diese dritte Ebene, die wir immer wieder checken müssen.

**[27:46] Marc:**

Gut, das führt uns zu etwas, wo ich mich, glaube ich, gerade an Hörsaal C im Bonner Juridikum zurückrinnere. Da war ich ganz beeindruckt, dass es das gibt, das allgemeine Festnahmerecht nach 127 StPO.

**[28:05] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Das hast du dir wunderbar gemerkt. Ganz genau. Wir schauen nämlich nicht nur ins BGB, wenn wir links und rechts des STGB schauen, sondern wir schauen auch in die STPO 127.1. Aus meiner Sicht auch wirklich der letzte Exot, den ich Ihnen hier zumuten möchte. Aber der wiederum sehr, sehr prüfungsrelevant, weil man ihn in so einen Schachtelaufbau auch einbauen kann und das so ein bisschen versteckt ist. Das eignet sich immer ganz gut für Staatsexamensklausuren. Was ist das? Das ist ein öffentlich-rechtlicher Rechtfertigungsgrund und das ist eine Norm, die jeder Privatperson, uns, die wir keine Polizisten sind, unter ganz bestimmten Voraussetzungen das Recht gibt, eine andere Person festzunehmen. Und zwar, wenn jemand auf frischer Tat betroffen ist oder auf frischer Tat verfolgt, darüber werden wir sprechen, was bedeutet das, wann ist das so. Wenn er der Flucht verdächtig ist, wenn es darum geht, seine Identität festzustellen. Also nicht allgemein aus so einem Bedürfnis, Superman oder Wonder Woman zu spielen, sondern wirklich, um die Identität festzustellen. Aber dann ist jeder Mann befugt, eben einen anderen festzunehmen. Auch hier, wir denken wieder an Herrn Radtke, haben wir diesen Dreischritt, diese drei Ebenen. Wir haben eine Festnahmelage, die bestimmte Voraussetzungen hat. Wir haben eine Festnahmehandlung, die rechtmäßig sein muss. Und das Ganze muss mit einem Festnahmewillen erfolgen, also subjektives Rechtfertigungsmerkmal. Gehen wir ins Erste etwas tiefer rein, die Festnahmelage. Das habe ich eben schon betont in der Norm. Vorliegen einer frischen Tat. Da ist Tat oft so ein Punkt, über den man einen kleinen Streit nochmal entzünden kann und zeigen kann, dass man sich dadurch nicht irgendwie beeindrucken lässt. Ich würde jetzt auch tippen, das ist so der einzige Punkt, wo man so ein bisschen dogmatische Kenntnisse wirklich zeigen kann, weil ob die Straftat frisch ist, das kann man sich fast zusammenreimen. Das ist so ein unmittelbarer zeitlicher und räumlicher Zusammenhang zwischen der Tat und der Festnahmehandlung. Natürlich nicht, wenn irgendwie man hört, der Nachbarsjunge, der schon 21 ist, hat irgendwie vor zwei Wochen im Supermarkt irgendwas geklaut und man geht rüber und schleift ihn irgendwie zur Polizei. Nee, wie gesagt, Superman, Wonder Woman, obwohl beide würden das natürlich niemals machen, darum geht es nicht. Es geht wirklich nur situativ um das Festhalten. Aber tricky kann die Tat sein. Warum? Weil zwei Auffassungen bestehen, ob es eine wirklich begangene Tat sein muss oder ob der dringende Tatverdacht ausreicht. Und das hat so ein bisschen was damit zu tun, wer das Risiko des Irrtums tragen soll. Da wirst du dich wahrscheinlich an deine Bonner Zeit erinnern und da gibt es zwei große Lager, die da auch wirklich nicht einer Meinung sind. Die einen sehen das ganz streng und sagen, es muss die wirklich begangene Tat sein. Das ist die materiell rechtliche Lösung. Das heißt, wenn die Tat nicht vorliegt, dann greift dieser Rechtfertigungsgrund nicht und bei Zweifeln soll eben die Festnahme den staatlichen Behörden überlassen werden. Wir wollen keine Zorros. Da geht die Denke eigentlich wirklich in Richtung Übergriffe von wohlmeinenden, etwas überbordenden Privatpolizisten zu verhindern. Und da ist ein Argument, dass es einen hinreichenden Schutz dann desjenigen, der sich geirrt hat, sozusagen der private Zorro, über den Erlaubnis-Tagbestandsirrtum gibt. Da können wir verweisen auf die Folge, die ja schon gesendet ist. Da ist, wenn der Zorro sich irrt, greift für ihn der ETBI. Das ist so ein klein bisschen tricky, aber am Schluss kommen wir ohne Vorsatzschuld raus und er ist nicht im Gefängnis und das reicht den Leuten. Ein zweites Argument, das die materiell rechtlichen Anhänger stark machen, ist, die Sicherung der Strafverfolgung obliegt einfach dem Staat. Gewaltmonopol des Staates, die Private haben da nichts zu suchen. Ein drittes Argument ist, bei Polizeibeamten genügt der dringende Tatverdacht, weil sie ja auch handeln müssen. Private können sich entscheiden, nicht zu handeln. Polizisten haben eine Rechtfertigung zum Eingreifen. Das heißt, mit dieser Pflicht korrespondiert auch sozusagen der Vorzug, dass das Irren möglich ist. Es ist also das Vorrecht des Staates, sich zu irren. Die andere Seite, die Rechtsprechung, sieht das anders. Die vertritt die sogenannte Verdachtlösung, die lässt also den dringenden Tatverdacht ausreichen. Also die, um das nochmal zu erinnern, sonst checken sie nochmal ihre StPO-Unterlagen, die hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung muss bejaht werden. Dringender Tatverdacht, kennen wir aus dem Kontext U-Haft. Und die führen das Argument ins Feld genau, sozusagen spiegelbildlich. Der Festnehmende erfüllt eine öffentliche Aufgabe. Der Staat kann froh sein, wenn er die Identität nachher kennt. Das heißt, er soll insofern im Hinblick auf das Irren auch besser gestellt werden. Die lehnen sich an den Wortlaut von 127 Absatz 2 an. Dort genügt der dringende Tatverdacht auch. Warum also nicht auch bei Absatz 1? Die machen das kriminalpolitische Argument, dass Zivilcourage sonst unterminiert würde und man soll es eben stärken. Es ist zu wünschen, dass Leute sich engagieren, dass Leute einschreiten und Stopp sagen. Und insofern sagen die, der Festnehmende soll nicht das Risiko eines Irrtums tragen. Die sind auf der Seite des Privatvoros, die sagen, der soll dieses Risiko nicht tragen. Kritik natürlich umgekehrt ist dann, dass der unschuldig Festgenommene dann kein Notwehrrecht hat. Und wenn Sie das jetzt so ein bisschen, wie soll ich sagen, twisty finden in Ihrem Kopf, wieso, was hat denn das jetzt mit dem Notwehrrecht zu tun, springen Sie nochmal zur Folge von Herrn Radtke. Das sind diese Klausurkonstellationen, die mal kommen könnten und weil sie einfach praktisch zu bauen sind, auch aus einer Klausurstellerperspektive. Das heißt, man hat jemanden, der A greift B und tut ihm weh und hält ihn fest und man denkt, dass A sozusagen der Angreifer ist und B wehrt sich gegen A, gegen dieses Festhalten und will sozusagen über 32 gerechtfertigt sein. Aber dann erinnern Sie sich an diese Folge und sagen, aber A hat vielleicht das Festnahmerecht. Es liegt vielleicht kein rechtswidriger Angriff vor. Also prüfen Sie inzident in der Notwehrprüfung, ob der A an seiner Seite 127 StPO hatte. Prüfen das ja alles durch. Und da kommen Sie schon zu unterschiedlichen Lösungen. Entweder behält eben der B sein Notwehrrecht oder er behält es nicht. Das einmal durchdenken, es ist überhaupt nicht schwer, es ist

einfach nur schachtelig und sieht dann komisch aus in der Klausur. Also einmal durchdenken, die Argumente haben Sie jetzt. Das ist also die Festnahmehlage. Der Täter muss betroffen oder verfolgt sein, entweder der Flucht verdächtig oder seine Identität kann nicht sofort festgestellt werden. Das ergibt sich im Grunde alles aus dem Wortlaut, da werde ich Sie nicht überfrachten. Mit Definitionen achten Sie einfach auch so ein bisschen auf den Sachverhalt. Also nehmen wir an, es geht um einen betrügerischen Autokauf. Und es sind die Reifen irgendwie nachher ausgetauscht worden und der Tacho ist manipuliert worden und so weiter. Aber für diesen Kaufvertrag sind Kopien von Personalausweis und allem Möglichen und Autoschlüssel, alles ist im Raum. Da können Sie nicht sagen, Sie halten den Betrüger fest und berufen sich auf 127. Da braucht man Sie nicht zur Identitätsfeststellung. Da waren Personalausweisdaten ausgetauscht, da gibt es einen Namen, da findet die Polizei im Nachhinein. Also das ergibt sich aus dem Wortlaut, aber denken Sie auch ein bisschen mit. Es gibt Konstellationen, die sehen aus wie in 127, so eine zum Beispiel. Aber da braucht man nicht den Privatsorro zur Identitätsfeststellung. Okay, zweiter Punkt, rechtmäßige Festnahmehandlungen. Auch da Privatzorro, wir haben ganz viel Wertschätzung für die Zivilcourage. Also ich möchte in keiner Weise mit diesem Begriff irgendjemanden brüskieren. Im Gegenteil, ich habe die größte Wertschätzung für Zivilcourage. Aber Privat-Zorro hilft so ein bisschen, um auch abzugrenzen. Nicht alles dürfen wir. Wir dürfen keine Rache, wir dürfen keine schweren Körperverletzungen. Nur Handlungen, die die körperliche Bewegungsfreiheit beeinträchtigen und ein bisschen wehtun.

**[37:14] Marc:**

Und wenn ihr jetzt nicht wisst, wer Zorro war, dann googelt es einfach. Und dann habt ihr im Zweifel noch ganz viel Lektüre und Filmmaterial vor euch. Das findet ihr einfach selber heraus. Das erklären wir jetzt an der Stelle hier nicht.

**[37:26] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Oh, das könnte tatsächlich sein, dass meine Referenzen auf unser Alter schließen lassen mag. Ich gründe jetzt allerdings eine WhatsApp-Gruppe mit meinen Patenkindern, die mir jetzt coole Ausdrücke erklären werden. Und dann wird es nicht mehr erkennbar sein. Und ich werde in den nächsten Folgen bessere Beispiele finden.

**[37:46] Marc:**

Gut, zurück zum Thema.

**[37:48] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Ja, nicht draufhauen, nichts, was sozusagen wirklich wehtut, wirklich Schaden anricht. Es geht wirklich darum, Identität feststellen, Flucht verhindern, also festnageln auf dem Boden. Aber das war0027s. Und das alles, dritte Ebene, wir denken an Herrn Radtke, mit Festnahmewille. Also nicht, weil ich dem immer schon wehtun wollte oder so, sondern mit Festnahmewille. Das heißt, man muss die Festnahmehlage erkennen und aufgrund dieser Lage handeln wollen. Und dann sind wir im grünen Bereich und 127, wie Sie gesehen haben, wirklich ein einziger kleiner dogmatischer Streit mit diesen Tatforderungen. Ansonsten segeln Sie da ganz entspannt durch.

**[38:31] Marc:**

Wunderbar. Dann haben wir, glaube ich, den 127 mit einem Haken dahinter, oder?

**[38:37] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Wunderbar, ja, ganz genau.

**[38:38] Marc:**

Dann bleibt uns noch das ganz große Thema Einwilligung, wo wir aber auch noch mal eine Folge gesondert zu machen werden, stimmt0027s?

**[38:45] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Genau, wir sagen jetzt so ein bisschen was zu Einwilligung in Ihren Grundzügen, damit Sie das aus AT Perspektive gehört haben. Wir werden eine getrennte Folge zur Einwilligung. Sozusagen in Anführungszeichen Einwilligung in die Tötung, das heißt alle Konstellationen rund um Sterbehilfe, Hilfe im Sterben, assistierter Suizid und so weiter. Wir werden die Folge Killing Me Softly nennen, denn das wird auch ein Aufsatz, den ich mit zwei Mitarbeitern schreibe. Das finde ich nämlich so tricky, diese Konstellationen auseinanderzuhalten. Und wir werden auch so ein bisschen andere Spezial- und Rechtsprechungskonstellationen in eben diesen Spezialfolgen thematisieren. Aber allgemein gilt, und das sollten Sie wissen, und das gehört zu den Rechtfertigungsgründen. Einwilligung ist gesetzlich nicht geregelt, ist aber ein sehr anerkannter und sehr prüfungsrelevanter Rechtfertigungsgrund. Sie haben Andeutungen der Einwilligung im BT. Sie haben zum Beispiel 216, der Ihnen ganz klar sagt, dass eine Einwilligung nicht ausnahmsweise die Strafbarkeit wegen Tötung ausschließt. Also kommen Sie ja nicht auf die Idee, 2.12. Und dann eine Einwilligung in der Rechtfertigung zu prüfen. Sie haben 2.28., der Ihnen auch ganz klar sagt, eine Einwilligung in eine Körperverletzung ist möglich, es sei denn, die Tat verstößt gegen die guten Sitten. Das sind immer Hinweise, die ihnen einen Umkehrschluss ermöglichen, dass grundsätzlich die Einwilligung möglich ist. Sie begünstigt den Täter. Das ist auch im Übrigen ein Institut. Wir versuchen es ja hier nicht fancy schmancy zu machen, sondern schlicht und systematisch. Deswegen nutze ich selten lateinische Begriffe. Aber das ist ein ganz, ganz, ganz alter Rechtssatz. Volenti non fit in iuria. Das heißt, dem, der es so haben will, geschieht kein Unrecht. Das ist so ein, wenn Sie mal angeben wollen, sagen Sie, das ist die Grundlage des Einwilligungsgedankens, der natürlich auch im deutschen Strafrecht eine große Rolle spielt. Erste kleine Falle womöglich ist die Abgrenzung Einverständnis, Einwilligung. Wir reden hier über die Einwilligung. Das ist ein Rechtfertigungsgrund, der wird unter zwei geprüft. Und die Einwilligung knüpft an die Tat an. Also man sagt, ja, ich bin okay damit, dass du mich schlägst, zum Beispiel. Das ist die Einwilligung in die Tat. Davon tut mir das nicht weniger weh, zum Beispiel ein Boxmatch oder sowas Gefährliches. Ich bin dann trotzdem verletzt und ich habe trotzdem einen blauen Fleck. Das geht dann nicht weg, aber ich sage, das ist okay. Ich bin okay damit. Das Einverständnis ist etwas, das sich auf ein Tatbestandsmerkmal bezieht. Das heißt, wenn ein Einverständnis vorliegt, was im Tatbestand unter 1 geprüft wird, dann entfällt der Tatbestand der Norm. Das ist natürlich immer nur bei den Tatbeständen so, die irgendwas drin haben, was mit gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers übersetzbare ist. Also zum Beispiel 123, Hausfriedensbruch. Hausfriedensbruch ist es halt nicht, wenn ich hier meine Freunde zu einer Party einlade, sondern natürlich begriffsnotwendig, wenn jemand gegen den Willen in mein Haus eintritt. Oder Gewahrsamsbruch, Diebstahl gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers. Wenn er sagt, ja, finde ich super, dann hat man natürlich schon dieses Tatbestandsmerkmal nicht. Das heißt, das ist was, was man im Bereich des Tatbestands prüft. Einwilligung ist eben etwas, was man in der Rechtfertigung prüft und was dann den ganzen Tatbestand okay macht. Okay. Einverständnis, Prüfungsschema kurz, damit Sie es auf dem Schirm haben oder zumindest die wichtigsten Punkte, damit Sie das direkt, dass wir das vom sozusagen Abgrenzen direkt weg haben. Das Einverständnis hat weniger hohe Anforderungen. Da reicht die natürliche Willensfähigkeit des Betroffenen. Das kann mal so eine Konstellation sein mit Kindern, mit Heranwachsenden. Wenn eben ein Kind sagt, ja, also ein kleines Kind auch sagt, die hat so einen Roller, aber der Erwachsene sagt, ich gebe dir Süßigkeiten und du gibst mir den Roller und sie denkt, ja, ich hätte gern Süßigkeiten und ich weiß auch nicht, was 100 Euro für einen Roller bedeuten, dann gebe ich dir jetzt den Roller. Dann ist das ein Einverständnis, dass es möglich ist, die kann willensfähig sein, auch wenn sie nicht volljährig ist. Die hat zugestimmt, das Kindchen, und die hat die Bonbons und der Typ hat den Roller. Das ist also ein Einverständnis, das eben nur von dieser natürlichen Willensfähigkeit abhängt, im Zeitpunkt der Tat auch vorliegen muss. Eine innere Zustimmung meint, muss nicht explizit ausgesprochen werden wie bei der Einwilligung und dann entfällt der objektive Tatbestand. Dann sind wir also da schon im grünen Bereich. Die Einwilligung, die uns hier beschäftigt, die ist anspruchsvoller. Die ist nicht schwer, aber die ist einfach ein bisschen anspruchsvoller. Was bedeutet sie? Wir steigen erstmal ein in eine Situation, wieder in unsere erste Ebene, wo wir überhaupt über Einwilligung reden dürfen. Das heißt, das Rechtsgut, um das es geht, muss überhaupt disponibel sein. Also es muss demjenigen, der einwilligt, überhaupt zustehen, darüber zu verfügen. Das ist jetzt in Bezug auf meinen Körper der Fall, in Bezug auf mein Eigentum ist das der Fall. Wir werden darüber auch im BT sprechen. Ich kann sagen, ja klar, keine Ahnung, ich habe hier ein Buch, das kannst du verbrennen. Das ist mein Buch und du kannst das hier verbrennen. Man sollte keine Bücher verbrennen, gerade in aktuellen Zeiten wichtig zu erinnern. Aber mir fällt kein anderes Beispiel ein. Das heißt, hier ist mein Buch, du kannst verbrennen. Was ich nicht sagen kann ist, hier ist mein Haus in einem Wohngebiet, das kannst du verbrennen.

**[45:03] Marc:**

Warum?

**[45:04] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Weil manche Brandstiftungsdelikte eben nicht mehr nur was mit meinem Eigentum zu tun haben, sondern die Allgemeinheit betreffen und nicht disponibel sind. Gleichermaßen gilt zum Beispiel in Bezug auf den Straßenverkehr. Ich kann mich in ein gefährliches Manöver in einem Auto, kann ich einwilligen in irgendwas, was meine Gesundheit angeht, aber nicht, dass der rumrast und den Straßenverkehr gefährdet. Das heißt, ich muss über das Rechtsgut verfügen dürfen. Das darf also kein Allgemeinrechtsgut sein. Und es darf auch nicht ein Rechtsgut, ein Individualrechtsgut sein, über das der Gesetzgeber mir die Verfügung entzogen hat. Darüber haben wir schon gesprochen. Das ist das eigene Leben. Darüber kann man eben in die eine oder andere Richtung nachdenken. Da passiert im Moment sehr viel in der Wissenschaft. Aber in der Tat, einwilligungsfähig ist das Rechtsgutleben nicht. Und insofern müssen wir da schon überhaupt eine Situation haben, wo eine Einwilligung in Frage kommt. Wenn wir da im grünen Bereich sind, nehmen wir die körperliche Unversehrtheit. Dann hat die Einwilligung auch bestimmte Anforderungen. Das heißt, derjenige, der sie erklärt, muss einwilligungsfähig sein. Das hat mit der geistigen und sittlichen Reife des Berechtigten zu tun. Da ist die herrschende Meinung, dass man eher keine Altersgrenzen oder zumindest keine festen Altersgrenzen zieht, sondern auf die geistige, die tatsächlich vorliegende geistige und sittliche Reife abstellt. Da gibt es Leute, eine Mindermeinung, die das bei Eigentums- und Vermögensdelikten ans Zivilrecht anlehnen wollen. Das würde ich nicht empfehlen, da nach 104 fortfolgenden analog vorzugehen, weil man dann in einen Schieflstand kommt, dass so ein 15-Jähriger zum Beispiel über seinen Körper verfügen kann, aber plötzlich dann nicht über irgendwelche vermögensbezogenen Aspekte. Das finde ich so ein bisschen schwierig. Also insofern würde ich eben auch hier auf die tatsächliche geistige und sittliche Reifung, da hilft Ihnen der Sachverhalt auch immer, da wird es immer Hinweise geben, wie er sich verhält und tatsächlich auch Adjektive, um Sie auf das Problem zu stoßen. Wenn der Mensch einwilligungsfähig ist, dann muss er das auch irgendwie kundtun. Das heißt nicht, dass er immer explizit mit seiner Sprache oder gar schriftlich das tun muss. Also wir sind hier nicht formalistisch, aber das heißt schon, dass er das ganz klar machen muss. Also anders als beim Einverständnis, wo nur so eine innere Zustimmung reicht, muss hier entweder ausdrücklich sein, konkludent zum Ausdruck kommen, dass er einverstanden ist. Das ist also ganz wichtig und er muss auch befugt sein, das muss sein Rechtsgut sein, das haben wir eben angetippt. Es gibt die Möglichkeit der Stellvertretung in Fällen mit Minderjährigen, aber es muss eben sich um sein Rechtsgut handeln. Wann muss das der Fall sein? Im Zeitpunkt der Tat. Es muss also vor der Tatbegehung erklärt werden und im Zeitpunkt der Tat noch vorliegen. Bis zur Tatbegehung kann er es wieder rufen. Was nicht geht, ist, dass man nachträglich okay damit ist. Also es muss im Zeitpunkt der Tat okay sein, dass über mein Rechtsgut verfügt wird, mir wehgetan wird zum Beispiel. Das heißt, wenn wir jetzt zum Beispiel einen Überfall nachts haben. Bei der A, der B irgendwie eine Kette klaut und ihr eine Reinhaut und ein paar Tage später lernen, die sich kennen und verlieben sich, wie auch immer, die Beispiele funktionieren nur so halb, verlieben sich und das Opfer sagt dann, ach. Jetzt über diesen Überfall habe ich dich kennengelernt, ist jetzt gut. Und dann ist das jetzt nicht so eine Art nachträgliche Genehmigung und dann war es dann doch kein Raub. Sonder es muss vor der Tat vorliegen und im Zeitpunkt der Tat immer noch vorliegen. Und zwar auf eine Art und Weise, die frei von Willensmängeln ist. Da gibt es so zwei, drei potenzielle Klausurklippen, die wir kurz ansprechen. Aber es geht sozusagen im Grunde darum, dass Irrtümer, Täuschungen, Drohungen, alles, was erpresst ist und so weiter, nicht zu einer wirksamen Einwilligung führt. Also es muss wirklich frei von Willensmängeln sein. Ein Klausurproblem, das vielleicht interessant ist und das ich mir auch in verschiedenen Konstellationen vorstellen kann, ist, wenn eine Täuschung im Raum steht, die sich nur auf die sozusagen Motivation zur Preisgabe des betroffenen Rechtsguts bezieht. Also, ich bilde hier immer wieder Hundbeispiele, dabei habe ich meine Hündin über alles geliebt, aber die eignen sich eben so gut. Gehen wir davon aus, dass ein Hund super viel bellt und nervig ist und der Nachbar kommt zu A und sagt, pass mal auf, ich gebe dir 1000 Euro, dass ich deinen Hund erschieße und endlich ist hier dieses Gebelle weg. Und der A, dem man nie einen Hund hätte anvertrauen dürfen, sagt, 1000 Euro, mega, alles klar, mache ich mit. Und dann nimmt B sein Gewehr und erschießt den Hund und gibt dem A aber nachher kein Geld. Da hat eine Täuschung von Anfang an im Raum gestanden. Er wollte ihm nie Geld geben. Er sagt irgendwie, es ist ein unwirksames Geschäft und es ist sittenwidrig und was weiß ich. Da ging es um das Geld. Er wollte es nie bezahlen. Wie schaut man auf die Situation? Das kann man natürlich so ein bisschen unterschiedlich sehen. Es gibt die einen, die sagen, jede Täuschung macht die Einwilligung kaputt. Hat eingewilligt, um die 1.000 Euro zu kriegen. Jede Täuschung macht das kaputt. In der Mehrheit sagt man, wenn man wusste, was passiert und man willigt in diese Rechtsgutsverletzung ein, dann ist die Täuschung, die sozusagen die Motivation für diesen Entschluss betrifft, nicht relevant. Hat er hier gewusst, dass der Hund am Schluss tot ist? Ja. Hat er gewusst, dass von dem Nachbarn der Schuss auf den Hund losgeht? Ja. Er hat eingewilligt in Kenntnis aller relevanten Aspekte, dass er dem zustimmt, weil er aufs Geld aus ist, ist hier nicht relevant. Die Einwilligung ist da, es ist keine Sachbeschädigung. Und insofern, das sind so zwei Theorien, die rechtsgutsbezogene Unwirksamkeitstheorie und die normative Autonomietheorie, die eben beide in diese Richtung argumentieren, immer einzelfallbetrachtend und sagen, eine Täuschung ist im Grunde nur relevant, wenn die selbstbestimmte Entscheidung des Opfers beeinträchtigt ist und zwar im Hinblick auf das, worum es geht. Wusste er, der Hund ist am Schluss tot? Ja, damit wusste er, dass die Sache im Sinne des 303 kaputt ist. Ja, also hat er eingewilligt. Also ist hier kein Problem. Genau, das heißt, das wäre so potenziell ein Klausurproblem. Und wir denken

wieder an unsere dritte Ebene, subjektives Rechtfertigungselement. Der Täter muss immer in Kenntnis von der Einwilligung handeln. Er muss wissen, dass sie da ist. Er muss deswegen handeln. und sozusagen das muss seine Handlung bestimmen. Das kann tricky werden und da verweise ich eben auch auf eine Spezialfolge. Im Hinblick auf Arzt-Patienten-Sachen. Da ist der Umfang der Einwilligung nochmal eine ganz andere Hausnummer. Ob sozusagen die Einwilligungsdokumente vollständig waren, sind alle Risiken angesprochen worden. Da werden wir im Einzelnen auch nachher mit der hypothetischen Einwilligung im Detail sprechen.

**[52:49] Marc:**

Und alle diese Folgen findet ihr, kurzer Einschub, natürlich auf irgendwas-mit-recht.de. Wir haben euch das da alles nochmal. Klickt einfach oben auf Examens-Podcast. Da haben wir euch das alles nochmal schön aufbereitet. Könnt ihr durchscrollen, könnt ihr die alten Folgen hören, die neuen und so weiter. Das werden wir manchmal gefragt, weil es auf Spotify oder ähnliches schon mal schwierig zu finden. Geht am besten auf irgendwas mit recht.de und da findet ihr alle Möglichkeiten, wie ihr das anhören könnt und auch nochmal ganz schön in der Übersicht.

**[53:14] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Ja, ich habe mir da so ein bisschen die neue Aufteilung angeschaut. Das ist echt mega geworden. Also ganz toll. Ja, bin ich echt gespannt, wie sich das weiterentwickelt. Ja, wir sind fast am Ende. Ich weiß, das ist alles sehr detailreich oder zumindest sieht es so aus. Aber im Grunde immer wieder diese Dreierstruktur und im Grunde sind es auch nicht so viele Probleme. Man kann sich jetzt hier die Frage stellen, gibt es die Einwilligung auch bei Fahrlässigkeitsdelikten? Das ist ja manchmal so ein kurzer Zweifelsmoment in der Examensklausur. Wie ist denn das eigentlich? Und ja, die Antwort ist ja, der Täter kann auch aufgrund einer Einwilligung in die Gefährdung bewusst fahrlässig handeln. Das heißt, es kann in das Risiko zur Herbeiführung gefährlicher Verletzungen eingewilligt werden. Die einzige Ausnahme wird immer wieder, wenn wir an den absoluten Lebensschutz stoßen, da gibt es immer wieder Ausnahmen. Wenn also die Lebensgefährdung fast unausweichlich ist, das kann so ein Punkt sein. Und natürlich, wenn Sie zum Beispiel eine Einwilligung in ein gefährliches Verhalten, das nicht vorsätzlich ist, Stichwort, ich steige mit jemandem, der getrunken hat, ins Auto, man kann nie einwilligen im Hinblick auf Straßenverkehrsdelikte. Also nur im Hinblick auf die fahrlässige Körperverletzung, nicht im Hinblick auf 315. Okay, zwei letzte Kategorien. Mutmaßliche Einwilligung. Das heißt, ich habe die rechtzeitige Einwilligung nicht gekriegt. Der Mensch war bewusstlos. Es war nicht schnell genug zu kriegen. Ich habe die Einwilligung nicht. Ich habe eine explizite Einwilligung nicht gekriegt. Was mache ich dann? Dann frage ich mich, ob der Betroffene eingewilligt hätte, wenn er von dem Eingriff erfahren hätte und vorher gefragt worden wäre. Das heißt, Sie prüfen im Grunde genau das Gleiche. Sie haben keine Antwort, weil er schon bewusstlos war. Aber was hätte er getan? Und da gibt es immer eine Fülle von Hinweisen im Sachverhalt, die Ihnen helfen. Fallgruppen, die examensrelevant sind, handeln im materiellen Interesse des Betroffenen. Da sind sie immer auf Grün, das Haus brennt ab, sie machen seine Tür kaputt, um den Brand zu löschen. Natürlich mutmaßliche Einwilligung im grünen Bereich oder handeln, ohne das schutzwürdige Interesse des Betroffenen zu berühren. Die Kassiererin, die immer die Ein-Euro-Stücke austauscht, damit sie Ein-Euro-Stücke aus der ganzen EU hat. Das kann theoretisch ein Diebstahl sein, aber der Supermarkteigentümer hat kein Interesse daran, die konkreten Ein-Euro-Stücke mit der Prägung aus Griechenland, Frankreich und Deutschland zu haben und insofern ohne schützwilliges Interesse. Das sind so die zwei Fallgruppen, die problematisch sein könnten. Wie gesagt, die mutmaßliche Einwilligung im Zusammenhang mit dem allerletzten Atemzug, Sterbehilfe, Behandlungsabbruch, das ist im Grunde unter dem großen Titel mutmaßliche Einwilligung. Das machen wir in der getrennten Folge *Killing Me Softly*, womit mir nur noch auf den letzten 20 Sekunden ein Hinweis auf die hypothetische Einwilligung bleibt. Das ist eine Sonderkonstellation in Arzthaftungsfällen vor allen Dingen. Das ist nicht das Gleiche wie mutmaßliche Einwilligung. In dem Fall der hypothetischen Einwilligung haben wir ein Ja. Der Patient hat Ja oder Nein gesagt, aber er ist nicht ausreichend aufgeklärt. Und da kann man sich in bestimmten Situationen die Frage stellen, hätte er denn bei ausreichender Kenntnis auch Ja gesagt? To be continued in einer Extrafolge im Zusammenhang mit Ärzten und Patienten.

**[56:56] Marc:**

Das war in genau einer Stunde Charlotte Schmidt-Leonardi mit allem, was Sie zu diesem Thema wissen müssen. Ich glaube, das gibt es jedenfalls online frei verfügbar so nirgendwo anders. Vielen herzlichen Dank, Charlotte.

**[57:07] Charlotte Schmitt-Leonardy:**

Oh, das freut mich. Ja, von Herzen. Gerne.

[57:10] Marc:

Ciao.

[57:10] Charlotte Schmitt-Leonardy:

Ciao.

---

**Zum Arbeitgeberprofil von Universität Bielefeld**



---

Generiert von IMR Podcast • 2.1.2026