

PROF. DR. JÖRG NEUNER*

Die Einwilligung im Deliktsrecht

Der Beitrag erläutert – in Abgrenzung zur Willenserklärung – die Rechtsnatur, den äußeren und inneren Tatbestand sowie die Schranken der Einwilligung.

I. Einleitung

Der 1. Entwurf zum BGB regelte in § 706, dass einem Geschädigten kein Anspruch auf Schadensersatz zusteht, wenn er in die Handlung eingewilligt hat. Die 2. Kommission strich die Vorschrift jedoch wieder. Die Rechtsfolge sei insoweit selbstverständlich, „als die Handlung durch die Einwilligung die Eigenschaft der Widerrechtlichkeit verliere.“¹ Zudem wolle der Gesetzgeber „in einer Reihe von Fällen ... den Beschädigten gerade gegen seine Einwilligung schützen“.² Der allgemeine Rechtsgrundsatz „*volenti non fit iniuria*“³ wurde somit bewusst nicht im BGB normiert und führte daneben auch in der Wissenschaft ein Nischendasein:

„So viel nun diese ganze Frage nach den Gründen des Ausschlusses der Widerrechtlichkeit für das Strafrecht behandelt ist, so wenig ist sie es für das Privatrecht, das sich vielmehr fast vollständig von den Brocken nährt, die von der – mit Literatur hierüber reich besetzten – Tafel des Strafrechts fallen.“⁴

Diese etwas stiefmütterliche Behandlung der Einwilligung dauert bis heute an,⁵ obgleich es in Teilbereichen mittlerweile spezielle Regelungen gibt, etwa im Medizinrecht (§§ 630 d, 1901 a BGB ua), zum Datenschutz (Art. 7 DS-GVO, § 51 BDSG) und schon seit langem zum Recht am Bild (§ 22 KUG).

II. Rechtsnatur

Einwilligungen beziehen sich auf ein *tatsächliches* Verhalten, sei es einen medizinischen Eingriff, die Vermarktung eines Bildes, das Fällen eines Baumes oder die Nutzung von Daten. All diese an sich unerlaubten Handlungen in der Rechtssphäre eines anderen legitimiert der Berechtigte durch seine Ein-

willigung. Er schließt damit potenzielle Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche aus und führt insoweit einen rechtlichen Erfolg herbei. Eine Einwilligung ist aufgrund dieser rechtfertigenden Wirkung zwar als *atypisches*, aber dennoch als *Rechtsgeschäft* zu qualifizieren, weil sie eben einen Eingriff für „rechters“ erklärt („*ita ius esto*“, „so soll es rechters sein“).⁶

Diese Kennzeichnung erlaubt keine pauschalen Analogien zu Willenserklärungen, doch wird in beiden Fällen eine Rechtsfolge in Geltung gesetzt. Wie eine Willenserklärung („ich nehme das Vertragsangebot an“) ist eine Einwilligung („ich willige in die Tätowierung ein“) keine bloße Mitteilung über den rein innerlich gebliebenen Willen des Erklärenden, keine Feststellung einer außerhalb ihrer selbst bestehenden Tatsache (des Willens), sondern eine *performative*⁷ Äußerung. Sie ist ein

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie an der Universität Augsburg. – §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB.

1 *Mugdan*, Mat. II, 1899, 1080 = Prot. II, 578; ausf. zur Historie *Lesser*, Die Einwilligung des Patienten, 2017, 181 ff.

2 *Mugdan*, Mat. II, 1899, 1080 = Prot. II, 578.

3 Dem Willigen geschieht kein Unrecht; s. Dig. 47, 10, 1, 5 („*nulla iniuria est, quae in volentem fiat*“).

4 *Zitelmann*, AcP 99 (1906), 1 (1), der die Einwilligung als Rechtsgeschäft interpretierte u. hieraus begriffsjuristisch die Anwendbarkeit der §§ 116 ff., 164 ff. ua ableitete, aaO, 47 ff., 62.

5 Vgl. *Obly*, GRUR 2012, 983 (983); grundlegend freilich *ders.*, „*Volenti non fit iniuria*“ – Die Einwilligung im PrivatR, 2002.

6 Vgl. *Obly* (o. Fn. 5), 214; BeckOGK BGB/*Gomille*, 1.4.2020, § 130 Rn. 21; *Klose/Straub*, MedR 2019, 714 (716); aA *Riesenhuber*, RdA 2011, 257 (258); *Hacker*, DatenprivatR, 2020, 349 f.

7 Der Begriff „Performativität“ entstammt der Sprechaktheorie u. bedeutet, dasjenige zugleich zu vollziehen, was im Sprechen benannt wird („Ich erhebe Einspruch“; „Ich taufe dieses Schiff auf den Namen Queen Elizabeth“; s. v. a. *Austin*, How to do Things with Words, 1962; aus dem rechtswissenschaftl. Diskurs *Canaris*, FS 50 Jahre BGH II, 2000, 129 (136 ff.).

Sprechakt, der das gesprochene Wort zugleich ausführt, *in concreto* eine Rechtsfolge in Geltung setzt.⁸ Der Akt des Sprechens selbst und nicht der innere Wille begründen also die Verbindlichkeit der Einwilligung.⁹ Eine Einwilligung (im engeren Sinn) ist zwar typischerweise widerruflich, aber nur *ex nunc*, so dass dies nichts an ihrer Funktion und Wirkkraft ändert, hier und jetzt den Eingriff eines Dritten für rechtmäßig zu erklären.

In der Gesamtschau ist die Einwilligung für den Erklärenden ein Medium der *Selbstbestimmung*.¹⁰ Sie ist Ausdruck und Gebrauch von Privatautonomie,¹¹ zugleich aber auch dazu bestimmt, von anderen zur Kenntnis genommen zu werden. Als solches verkörpert sie einen *Kommunikationsakt*, der dem Adressaten zugehen muss,¹² auf den dieser dann regelmäßig vertraut und der dem Erklärenden als Korrelat seiner Entscheidungsfreiheit auch grundsätzlich zurechenbar ist, selbst dann, wenn er seine Erklärung anders gemeint hat, als der Empfänger sie verstehen musste.

III. Verfassungsrecht

Verfassungsrechtlich sind Einwilligungen eine Form der Grundrechtsausübung und kein Grundrechtsverzicht. Der einzelne Grundrechtsträger kann über seinen Körper, seine Daten und sonstigen Rechtsgüter frei disponieren, er verzichtet insofern auf keinen Schutz, sondern tut das, was er tun möchte.¹³ Der Staat schützt und erkennt diese originäre Befähigung zur Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I iVm Art. 1 I GG, das Recht auf körperliche Unversehrtheit gem. Art. 2 II 1 GG, die Eigentumsgarantie des Art. 14 I GG sowie namentlich das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gem. Art. 2 I iVm Art. 1 I GG an. Darüber hinaus gewährleistet das primäre und sekundäre Unionsrecht ebenfalls in verschiedener Weise das Recht, etwas gestatten oder nicht gestatten zu können.¹⁴

IV. Abgrenzungen

Die Einwilligung, verstanden als Gestattung eines faktischen Eingriffs, ist von anderen Formen der Zustimmung sowie der Einwirkung auf eigene Rechtsgüter zu unterscheiden.

1. Sprachgebrauch

Der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Einwilligung sehr unterschiedlich. In § 182 bedeutet „Einwilligung“ die vorherige Zustimmung des Berechtigten zu einem Rechtsgeschäft mit der Folge, dass dieses von Anfang an wirksam ist.¹⁵ Fehlt eine solche Einwilligung, ist das Rechtsgeschäft grundsätzlich nur schwebend unwirksam und kann noch genehmigt werden. Das Einwilligen in ein tatsächliches Verhalten schließt hingegen *Unrecht* aus. Fehlt diese Einwilligung, ändert auch eine nachträgliche Gestattung nichts mehr an der Rechtswidrigkeit des Eingriffs und kann allenfalls als Verzicht auf Schadensersatzansprüche interpretiert werden.¹⁶ Nochmals anders zu verstehen sind „Einwilligungen“ im Familienrecht, etwa gem. §§ 1617 a II, 1618, die zeitlich selbst noch nach der (namenserteilenden) Erklärung abgegeben werden können.¹⁷

Fast schon verwirrend ist der Sprachgebrauch bei gesetzlichen Regelungen, in denen eine Pflicht zur „Einwilligung“ besteht, der „Einwilligende“ also gar nicht selbstbestimmt zu entscheiden vermag. Er sieht sich stattdessen einem Anspruch

ausgesetzt, wie etwa nach § 1598 a auf Einwilligung in eine genetische Untersuchung zur Klärung der leiblichen Abstammung. Weigert sich der Betroffene, hat das Familiengericht auf Antrag die nicht erteilte Einwilligung zu ersetzen und die Duldung einer Probeentnahme anzuordnen. Im Erbrecht sehen die §§ 2120, 2206 II eine Einwilligungspflicht des Nacherben bzw. des Erben vor. Wird die Einwilligung verweigert, besteht die Möglichkeit der Leistungsklage.¹⁸ Es handelt sich daher – vergleichbar dem Kontrahierungszwang im Vertragsrecht – um einen „Einwilligungszwang“, um eine „diktierte Einwilligung“, um einen „schwarzen Schimmel“ der Rechtsgeschäftslehre.

2. Handeln auf eigene Gefahr

Beim Handeln auf eigene Gefahr setzt man sich freiwillig einer gefährlichen Situation aus. Zu den wichtigsten Fällen einer solchen Eigengefährdung zählen das Mitfahren bei einem fahruntüchtigen Lenker sowie die Teilnahme an einer gefährlichen Sportveranstaltung.¹⁹ Die *Rechtsprechung* hatte dieses Handeln auf eigene Gefahr zunächst als rechtfertigende Einwilligung gewertet,²⁰ doch nimmt der Betroffene die Gefahr lediglich passiv hin. Das Einsteigen in den Wagen zu dem betrunkenen Fahrzeuglenker oder der Besuch der Sportveranstaltung lassen sich nicht als (konkludente) Einwilligung in eine potenzielle Rechtsgutverletzung interpretieren.²¹ Die bewusste Selbstgefährdung impliziert zwar eine Risikoübernahme, ist aber kein rechtsgeschäftliches Agieren, das einen Eingriff legitimieren soll. Daher herrscht heute weitgehender Konsens, dass Handeln auf eigene Gefahr lediglich ein *Mitverschulden* gem. § 254 I begründen kann.²²

3. Einverständnis

Von der Einwilligung unterscheidet sich das Einverständnis dadurch, dass es bereits tatbestandlich eine Rechtsgutverletzung ausschließt.

- 8 Grdl. zur Geltungstheorie *Larenz*, Die Methode der Auslegung d. Rechtsgeschäfts, 1930, 34 ff.
- 9 S. auch schon *BGH*, NJW 1956, 1106 (1107) mAnm *Neidhardt/Müller*, NJW 1956, 1097 mwN.
- 10 S. einschr. zum datenschutzrechtl. Einwilligungsregime, das aufgrund rationaler Ignoranz sowie verhaltensökonom. Effekte nur einen sehr begrenzten individuellen Nutzen hat, *Hacker* (o. Fn. 6), 60 ff., 255 ff. (257: „eigenverantwortliche und informierte Ausübung von Privatautonomie durch eine Einwilligung weitestgehend eine Illusion“).
- 11 *Resch*, Die Einwilligung d. Geschädigten, 1997, 74 f.; *Kothe*, AcP 185 (1985), 105 (110); *Kozioł*, MedR 2019, 105 (106).
- 12 Vgl. *Kothe*, AcP 185 (1985), 105 (121 ff.); *Resch* (o. Fn. 11), 134 f.
- 13 Näher *Neuner*, BGB AT, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 29 mwN.
- 14 Näher *Hacker* (o. Fn. 6), 88 ff. (Datenschutz); *Timmefeld/Conrad*, ZD 2018, 391 (Daten-, Bildnisschutz); zur Patienteneinwilligung *Lesser* (o. Fn. 1), 110 ff.
- 15 Speziell zur Einwilligung gem. § 112 HGB s. *Oetker/Lieder*, HGB, 7. Aufl. 2021, § 112 Rn. 27 ff.
- 16 S. *Zitelmann*, AcP 99 (1906), 1 (101 f.); *Ohly* (o. Fn. 5), 344 ff.; *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSDG, 3. Aufl. 2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 30; ebenso, aus strafrechtl. Sicht, *Roxin/Greco*, AT I, 5. Aufl. 2020, § 13 Rn. 79; aA *Riesenhuber*, RdA 2011, 257 (259); *Hacker* (o. Fn. 6), 204 f.
- 17 S. näher *MüKoBGB/v. Sachsen Gessaphe*, 8. Aufl. 2020, § 1617 a Rn. 29, § 1618 Rn. 20 mwN.
- 18 *MüKoBGB/Lieder* (o. Fn. 17), § 2120 Rn. 22; *BeckOK BGB/Lange*, 57. Ed. 2021, § 2206 Rn. 14 mwN.
- 19 S. *MüKoBGB/Oetker*, 8. Aufl. 2019, § 254 Rn. 66 f. mwN.
- 20 *RGZ* 141, 262 (265); *BGHZ* 2, 159 (162) = *NJW* 1951, 916.
- 21 S. *BGHZ* 34, 355 (361): „Der Fahrgast kennt zwar die Gefahr, hofft aber, sie werde sich nicht verwirklichen. Es ist seine leichtfertige Selbstgefährdung, die den Vorwurf gegen ihn begründet. Dagegen läuft es in der Regel auf eine Fiktion hinaus, wenn man das sorglose Verhalten des Fahrgastes als Einwilligung in eine Körperverletzung zu deuten versucht.“
- 22 Vgl. *BeckOK BGB/Stephan Lorenz*, 57. Ed. 2021, § 254 Rn. 26; *Staudinger/Schiemann*, BGB, 2017, § 254 Rn. 62 ff.; *Ohly* (o. Fn. 5), 225 ff.

Setzt eine Norm schon begrifflich ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Berechtigten voraus, wie etwa ein Diebstahl oder Hausfriedensbruch, liegt im Fall einer Gestattung von vornherein keine Rechtsgutverletzung vor (der willkommene Gast stört durch seinen Besuch weder das Eigentum noch den Besitz des Hausherrn). Handelt es sich hingegen um Eingriffe in die Sachsubstanz oder die körperliche Unversehrtheit, liegt tatbestandlich eine Rechtsgutverletzung vor, die durch Einwilligung gerechtfertigt sein kann (der Hausherr lässt sich vom Gast ein Tattoo stechen oder bittet diesen, Bäume im Garten zu fällen).

Zahlreiche Stimmen lehnen eine solche Unterscheidung allerdings ab und erachten jede wirksame Zustimmung als tatbestandsausschließend.²³ Dieser Auffassung liegt der liberale Gedanke zugrunde, dass bei einer freiwilligen Disposition kein Rechtsgut verletzt wird: Das Stechen-Lassen eines Tattoos ist freie Entfaltung und keine Verletzung des Körpers.

Bei einem chirurgischen Eingriff, der der Heilung des Körpers dient, scheint diese Schlussfolgerung noch näher zu liegen. An diesem Beispiel wird indes auch eine erste Argumentationschwäche deutlich, sofern der Patient im Koma liegt, vorweg keine Präferenzen äußerte und deshalb anstelle des Willens rein objektive Kriterien den Eingriff leiten. Geschützt wird in diesem Fall der Körper und nicht die Selbstbestimmung.

Das Eigentum lässt sich ebenfalls nicht auf die Verfügungsbefugnis des Berechtigten reduzieren, auch wenn die rechtliche Zuweisung der Sache immer eine solche im Verhältnis zu anderen Personen ist (und nicht zur Sache selbst). Die Operation, die der Tierarzt vornimmt, ist ein Eingriff in die Körpersphäre des Tieres und nicht nur Ausdruck der freien Entfaltung des Eigentümers, dessen Freiheit gem. § 903 S. 2 ausdrücklich durch die Vorschriften zum Tierschutz begrenzt wird. Dass dem Eigentumsobjekt eine eigenständige Bedeutung zukommt, zeigt sich auch bei herrenlosen Sachen oder Tieren, an denen *ex definitione* keine Eigentümerbefugnisse bestehen, die aber dennoch gesetzlich geschützt sein können. Sind sie nicht geschützt, verletzt der Schädiger zumindest ein natürliches Gut, und daran ändert sich nichts, wenn jemand als Eigentümer gem. § 903 S. 1 die Befugnis erlangt, auf die Sache eigenhändig oder durch Dritte einzuwirken. Die Einwilligung ist daher jedenfalls zivilrechtlich ein Rechtfertigungsgrund und kein negatives Tatbestandsmerkmal,²⁴ so dass der Eingreifende die Beweislast trägt, wie dies § 630 h II für ärztliche Eingriffe auch explizit vorsieht.

4. Gestattung

„Gestattung“ ist der Oberbegriff für verschiedene Rechtsfiguren, die jeweils Unrecht ausschließen. *Ansgar Ohly* hat diese Erscheinungsformen der *Maxime „volenti non fit iniuria“* im Sinne einer „Stufenleiter der Gestattungen“ beschrieben, die sich an der Intensität der Rechtsposition orientiert, die der Empfänger jeweils erhält.²⁵

Die bindungsschwächste Form der Gestattung ist die *frei widerrufliche Einwilligung*, die eine konkrete Handlung legitimiert, ohne dem Handelnden ein Recht einzuräumen:

Der Grundstückseigentümer gestattet seinem Nachbarn, den Weg über sein Grundstück zu benutzen. Gesetzlich ausdrücklich geregelte Fälle einer solchen schlichten, frei widerruflichen Einwilligung finden sich unter anderem in Art. 7 III 1 DS-GVO (Datenverarbeitung)²⁶ und in § 630 d III BGB (ärztlicher Eingriff).

Eine *unwiderrufliche* Einwilligung kann nur in Form eines Vertrags und nicht als einseitiges Rechtsgeschäft erteilt werden.²⁷ Gestattet jemand einem anderen dauerhaft, sein Grundstück zu betreten oder seinen Tennisplatz zu benutzen, reicht es nicht aus, dem Begünstigten wie bei einer unwiderruflichen Vollmacht ein Zurückweisungsrecht analog § 333 einzuräumen. Eine unwiderrufliche Einwilligung verschafft dem „Begünstigten“ ein subjektives Recht, das er, vergleichbar einer Schenkung, womöglich gar nicht erhalten möchte. Müsste er diese aufgedrängte Bereicherung zurückweisen, wäre er in seiner negativen Privatautonomie eingeschränkt. Dem Begünstigten steht zwar frei, ob er überhaupt das aufgedrängte Recht ausüben und den Gehweg oder Tennisplatz nutzen möchte. Durch eine einseitige Gestattung würde er aber auf jeden Fall Forderungsinhaber werden, sodass, wie bei einem Schenkungsversprechen (§ 518 I), ein Konsens erforderlich ist. Eine unwiderrufliche Einwilligung kann also grundsätzlich nur im Rahmen eines *Vertrags*, etwa einer Miete, Pacht oder Leihe (unentgeltliche Überlassung des Tennisplatzes), erklärt werden. Dieser kann freilich konkludent durch bloße Nutzung zustande kommen und es muss die Annahmeerklärung bei Unentgeltlichkeit dem Antragenden im Zweifel auch nicht zugehen (§ 151 S. 1).²⁸

Eine noch stärkere Form der Gestattung impliziert die Einräumung eines *dinglichen* Rechts.

So kann beispielsweise für den Nachbarn ein Wegerecht in Form einer Dienstbarkeit bestellt werden (§§ 1018 ff.). Auch im Immaterialgüterrecht können Nutzungsrechte mit gleichsam dinglicher Wirkung eingeräumt werden, etwa eine ausschließliche Lizenz im Patent- oder Gebrauchsmusterrecht (§ 15 PatG, § 22 GebrMG). Da solche Rechte, anders als bei einer Vollrechtsübertragung, an das Mutterrecht gebunden bleiben, spricht man von „gebundenen Rechten“. Stark umstritten ist, ob auch Persönlichkeitsrechte (zB die Vermarktung eines Künstlernamens oder das Bild einer Sportlerin) quasi-dinglich (oder allein schuldrechtlich) an einen Lizenznehmer übertragen werden können, der dann insbesondere eigene Abwehrrechte und einen Sukzessionschutz genießt.³⁰

Wird ein dingliches Recht eingeräumt, tritt der Aspekt der Einwilligung insofern zurück, als der Berechtigte (aufgrund der Dienstbarkeit oder Lizenz) ein eigenes Nutzungsrecht ausübt. Bei einem schuldrechtlichen Gestattungsvertrag wird die Einwilligung durch den Vertrag selbst definiert und terminologisch ersetzt (Miete des Tennisplatzes). Der Begriff der „Einwilligung“ ist daher prägend für die schlichte, frei widerrufliche Gestattung.

23 *Ohly* (o. Fn. 5), 130 ff.; speziell zur Kontroverse bei § 22 KUG *Dasch*, Die Einwilligung zum Eingr. in d. Recht am eigenen Bild, 1990, 31 ff.; *Specht in Dreier/Schulze*, UrhG, 6. Aufl. 2018, KUG § 22 Rn. 16 mwN; aus dem StraßR *Roxin/Greco* (o. Fn. 16), § 13 Rn. 12 ff. mwN.

24 Vgl. BT-Drs. 17/10488, 23; BGHZ 106, 391 (397 f.) mwN = NJW 1989, 1533 = JuS 1989, 756 (*Emmerich*).

25 *Ohly* (o. Fn. 5), 143 ff.; ders., GRUR 2012, 983 (986 f.).

26 Krit. hierzu *Kumkar*, ZfPW 2020, 306 (331).

27 *Ohly* (o. Fn. 5), 171 ff. (ggü. bestimmter Person); *Tinnefeld*, Die Einwilligung in urheberrechtl. Nutzungen im Internet, 2012, 9; aA *Kothe*, AcP 185 (1985), 105 (137 f.).

28 Zur Unterscheidung zw. der Verpflichtung zur Gestattung (Schuldvertrag) u. ihrer Erfüllung *Metzger*, AcP 216 (2016), 817 (831 ff.); *Ohly* (o. Fn. 5), 167 ff.

29 *Forkel*, NJW 1993, 3181 (3182) mwN.

30 *Auf. Peifer*, Individualität im ZivR, 2001, 131 ff.; *Barath*, Kommerzialisierung d. Sportlerpersönlichkeit, 2018, 178 ff.

5. Mutmaßliche Einwilligung

Wurde der Wille weder ausdrücklich (zB in Form einer Patientenverfügung gem. § 1901 a I) noch konkludent artikuliert, kommt eine mutmaßliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund in Betracht. Der Berechtigte entscheidet dann nicht selbstbestimmt über den Eingriff, vielmehr hat sich der Eingreifende lediglich bestmöglich am mutmaßlichen Willen des Berechtigten zu orientieren.

Vor allem im Bereich der Notfallmedizin besteht oftmals keine Möglichkeit, den tatsächlichen Willen des Patienten zu ermitteln (oder rechtzeitig einen Betreuer zu bestellen). Nach § 630 d I 4 dürfen in diesem Fall unaufschiebbare Maßnahmen auch ohne Einwilligung durchgeführt werden, sofern sie dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechen.³¹

Eine differenzierende Regelung enthält § 7 II Nr. 2 UWG, wonach eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen ist „bei Werbung mit einem Telefonanruf gegenüber einem Verbraucher ohne dessen vorherige ausdrückliche Einwilligung oder gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer ohne dessen zumindest mutmaßliche Einwilligung.“³²

In der DS-GVO (Art. 4 Nr. 11) ist eine mutmaßliche Einwilligung überhaupt nicht vorgesehen.

V. Tatbestand

Eine Einwilligung setzt wie eine Willenserklärung einen äußeren und einen inneren Tatbestand voraus.

1. Äußerer Tatbestand

Den äußeren Tatbestand einer Einwilligung bildet die Erklärung – das Gesagte, nicht das Gewollte. Wie bei Willenserklärungen ist die Rede vom „objektiven“ Tatbestand insofern ungenau, als sich die Erklärung meist nicht an einen unbestimmten Personenkreis richtet, sondern an einen konkreten Adressaten mit eigener Perspektive und potenziellem Sonderwissen.

a) Zweck der Erklärung

Die Erklärung muss aus Sicht des Adressaten einen *rechtlichen Erfolg* bezwecken, indem sie einen faktischen Eingriff legitimiert. Sie muss als eine Kundgabe zu verstehen sein, die das Verhalten eines anderen im Rechtskreis des Gestattenden für rechtmäßig erklärt. Bloße Absichtserklärungen („Ich erwäge, Ihnen das zu gestatten ...“) oder ein schlichtes Dulden reichen nicht aus.

b) Arten der Erklärung

Einwilligungen bedürfen häufig der *Schriftform*.

Die Gestattung eines ärztlichen Eingriffs kann zwar gem. § 630 d I formfrei erfolgen, doch wird in zahlreichen Nebengesetzen eine schriftliche Erklärung gefordert (§ 6 I 2 TFG; § 3 a II ESchG ua), teilweise auch eine besondere Niederschrift (§ 8 II 4 TPG ua) oder eine betreuungsgerichtliche Genehmigung (§ 1904 I 1 BGB ua). Im Urheberrecht ist bei unbekannten Nutzungsarten und künftigen Werken die Schriftform vorgeschrieben (§§ 31 a I 1, 40 I 1 UrhG), ebenso wie im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes (§ 26 II 3 BDSG; anders als nach Art. 7 DS-GVO). Zur Veröffentlichung von Bildern durch den Arbeitgeber hat das BAG entschieden, dass die Einwilligung des Arbeitnehmers gem. § 22 KUG im Wege verfassungskonformer Auslegung und unter Berücksichtigung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung schriftlich erfolgen muss.³³

Mitunter verlangt das Gesetz auch, dass Einwilligungen *ausdrücklich* erklärt werden. Dies gilt beispielsweise für genetische Untersuchungen gem. § 8 I 1 GenDG, für Telefonwerbung gem. § 7 II Nr. 2 UWG³⁴ oder für die Übermittlung von Daten gem. § 5 I 2 IFG.³⁵ Das Erfordernis „ausdrücklich“ bedeutet, dass sich der Einwilligende einer standardisierten Kommunikationsform (Worten oder konsentierten Zeichen) zu bedienen hat. Die Erklärung muss außerdem inhaltlich hinreichend bestimmt sein, also klar und deutlich den Gestattungswillen zum Ausdruck bringen.³⁶

Sofern das Gesetz nicht etwas anderes verlangt, kann eine Einwilligung auch *konkludent* erklärt werden. Der Einwilligende bedient sich in diesem Fall keiner standardisierten Kommunikationsform, doch kann unter Einbeziehung aller Umstände aus dem Verhalten auf einen Gestattungswillen geschlossen werden.

Die Problematik stellt sich sehr häufig bei Bildaufnahmen. So hat die *Rechtsprechung* entschieden, dass eine konkludente Einwilligung nur jene Bilder erfasst, die die Teilnahme der Prominententochter am Reitturnier illustrieren, nicht aber Bilder, die das Zusammentreffen mit ihrer Familie am Rande des Geschehens zeigen.³⁷ Fertigt im Rahmen einer Beziehung ein Partner vom anderen intime Filmaufnahmen an, kann dem Abgebildeten nach Ende der Beziehung ein Löschantrag wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts zustehen, sofern er seine Einwilligung auf die Dauer der Beziehung konkludent beschränkt hat.³⁸ In dem bloßen Abschluss eines Behandlungsvertrags gem. § 630 a I ist noch keine konkludente Einwilligung zu sehen, sie kann aber anzunehmen sein, wenn der Patient sich der Behandlung bewusst unterzieht.³⁹

Schweigen hat im Rechtsverkehr grundsätzlich keinen Erklärungswert, impliziert also keine Einwilligung. Dies gilt gem. § 3 I 1 TPG auch für eine postmortale Organspende, im Unterschied zur „Widerspruchslösung“ im österreichischen Organtransplantationsgesetz (§§ 5 ff.). Das „beredte Schweigen“, bei dem ein Erklärungswert vorweg definiert wird, spielt bei einer schlichten Einwilligung keine Rolle, sofern die Abrede bereits als Gestattung mit Widerrufsvorbehalt zu verstehen ist („Sie dürfen mein Grundstück überqueren, solange Sie nichts Gegenteiliges von mir hören“). Ähnliches gilt für eine vertragliche Gestattung mit einer „Opt-out-Klausel“, die aber ihrerseits unzulässig sein kann, wie etwa im Bereich des Datenschutzes: „Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwil-

31 Das zugrunde liegende Schuldverhältnis wird bei Fehlen des (Behandlungs-) Vertrags durch die Regeln der GoA (§§ 677 ff. BGB) bestimmt; s. näher BeckOK BGB/Katzenmeier, 57. Ed. 2021, § 630 d Rn. 22, § 630 a Rn. 49 ff.; Ohly (o. Fn. 5), 224 f.

32 S. näher Köhler in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, § 7 Rn. 158 ff. mwN.

33 BAGE 150, 195 = NJW 2015, 2140 Rn. 26 (mAnm Spielberger) mAnm Kolb, GWR 2015, 215.

34 BGH, NJW 2020, 2540 Ls. 1: „Eine wirksame Einwilligung (iSv) § 7 II Nr. 2 Fall 1 UWG liegt nicht vor, wenn der Verbraucher bei der Erklärung der Einwilligung mit einem aufwändigen Verfahren der Abwahl von in einer Liste aufgeführten Partnerunternehmen konfrontiert wird, das ihn dazu veranlassen kann, von der Ausübung dieser Wahl Abstand zu nehmen und stattdessen dem Unternehmer die Wahl der Werbepartner zu überlassen.“

35 Art. 4 Nr. 11 DS-GVO definiert „Einwilligung“ als eine „unmissverständlich abgegebene Willensbekundung“; s. auch die in EG 32 genannten Bsp. (Anklicken eines Kästchens, eindeutige Erklärung oder Verhaltensweise ua) sowie Hacker (o. Fn. 6), 165 ff.

36 S. näher Neuner (o. Fn. 13), § 31 Rn. 4 ff.

37 OLG Frankfurt a. M., ZUM-RD 2018, 340.

38 BGHZ 207, 163 Ls. = NJW 2016, 1094 mAnm Lampmann.

39 OLG Frankfurt a. M., MedR 2020, 383 (385) mAnm Krefse; BeckOK BGB/Katzenmeier (o. Fn. 31), § 630 d Rn. 21.

ligung darstellen.⁴⁰ Eine eigenständige Bedeutung kann das Schweigen beispielsweise in einer Geschäftsverbindung (zwischen Waldeigentümer und Holzfäller) erlangen, bei der verabredet oder üblich geworden ist, das Schweigen auf eine Anfrage als Einwilligung (zum Baumfällen) zu deuten.

c) Auslegung

Der äußere Tatbestand einer Einwilligung wird durch Auslegung der Erklärung festgestellt, die sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ des Gestattens zu ergründen hat. Beides ist ein einheitlicher hermeneutischer Vorgang.⁴¹ Ohne ihren Inhalt zu kennen, kann man eine Erklärung nicht als Einwilligung interpretieren. Die Interpretation selbst hat den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 zu entsprechen, denn die Einwilligung ist, wie eine empfangsbedürftige Willenserklärung, ein Kommunikationsakt, der dem Adressaten ein bestimmtes Handeln gestattet.⁴²

Im Regel- und Idealfall stimmen das Gesagte und das Gewollte überein. Divergieren beide potenziellen Auslegungsziele, sind die konkreten Zwecke, die der Einwilligende verfolgt, vorrangig, sofern der Adressat diese kennt.⁴³ Es gilt also auch hier der Grundsatz *falsa demonstratio non nocet*.

Willigt der Kunde in eine Tätowierung ein, benennt aber das zu stechende Motiv falsch, oder bittet der Grundstückseigentümer den Gärtner einen Baum zu fällen, den er unrichtig bezeichnet, ist jeweils das maßgeblich, was der Einwilligende tatsächlich wollte, sofern der Eingreifende dies erkannte.

Erfasste der Eingreifende den Willen nicht, ist die Erklärung analog §§ 133, 157 im Lichte von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auszulegen. Entscheidend ist hiernach zwar die Perspektive des Empfängers, doch nicht wie er die Erklärung tatsächlich verstanden hat, sondern so, wie sie redlicherweise zu verstehen war.

Hätte der Tätowierer bei hinreichender Sorgfalt erkennen müssen, dass der Kunde ein anderes Motiv wollte, ist der Eingriff rechtswidrig, ein Schadensersatzanspruch allerdings nach dem Mitverschuldensanteil des Kunden gem. § 254 I zu kürzen. Vergleichbares gilt für die Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff, die so zu interpretieren ist, wie sie ein vernünftiger Arzt unter den gegebenen Umständen verstehen würde.⁴⁴ Die Einwilligung nach § 22 KUG ist ebenfalls aus der Sicht eines verständigen Dritten zu interpretieren, der zu berücksichtigen hat, dass der Abgebildete im Zweifel nur in dem Umfang einwilligt, wie das zur Erfüllung des Vertragszwecks erforderlich ist (vgl. § 31 V UrhG).⁴⁵ Und auch bei der Gestattung von Telefonmarketing gem. § 7 II Nr. 2 UWG kommt es darauf an, ob der Anrufer bei verständiger Würdigung und Annahme eines Durchschnittsverbrauchers von der Einwilligung zu Werbezwecken ausgehen darf.⁴⁶

2. Innerer Tatbestand

Die *Essentialia* des inneren Tatbestands einer Einwilligung entsprechen den kompetenziellen Anforderungen an eine Willenserklärung.⁴⁷ Die intentionalen und materialen Anforderungen divergieren jedoch grundlegend.

a) Kompetenzielle Voraussetzungen

Der äußere Tatbestand einer Erklärung ist einer Person nur zurechenbar, wenn sie ihren Willen frei artikulieren konnte. Für Einwilligungen wird zwar nur vereinzelt eine „freiwillige“

Entscheidung ausdrücklich verlangt (Art. 7 IV DS-GVO, § 51 IV 2 BDSG, § 8 III 2 TPG ua), doch handelt es sich um einen generellen Grundsatz des Privatrechts, der Ausprägungen in den §§ 104 f. für Willenserklärungen, in den §§ 827 f. für unerlaubte Handlungen und beispielsweise in § 1760 II a für Adoptionen findet. Es muss sowohl die Handlungs- als auch die Willensfreiheit gegeben sein.

aa) *Handlungsfreiheit*. Kann der Gestattende das erklären, was er erklären möchte, besteht Handlungsfreiheit. Er muss also das, was er sagt und wozu er einwilligt, willentlich steuern können. Die Handlungsfreiheit fehlt aus *äußeren* (exogenen) Gründen, wenn die Erklärung („Sie dürfen mein Haus abreißen“) unter dem Einfluss von Hypnose erfolgt oder die Hand bei Anfertigung des Gestattungsschreibens mit Gewalt (*vis absoluta*) geführt wird. Sie fehlt aus *inneren* (endogenen) Gründen, wenn die Erklärung im Zustand der Bewusstlosigkeit oder während eines epileptischen Anfalls abgegeben wird (das unwillentliche Heben der Hand wird als Einwilligung aufgefasst).

Bei Fehlen der Handlungsfreiheit liegt keine Einwilligung vor, da der Erklärende für sein Tun nicht verantwortlich ist. Der Eingreifende (der das Gebäude abbricht) agiert deshalb *rechtswidrig*, haftet aber nur bei Verschulden. Zudem kann es sich haftungsmindernd auswirken, wenn der Erklärende keine Vorkehrungen gegen absehbare unwillentliche Handlungen trifft (er weiß, dass er aufgrund eines chronischen Leidens den Finger unkontrolliert bewegt und dadurch ungewollt Sendebefehle am Computer auslösen kann).

bb) *Willensfreiheit*. Der Erklärende muss nicht nur kompetenziell in der Lage sein, das Kundengegebene an seinem natürlichen Willen auszurichten, sondern er muss das, was er will, auch kritisch hinterfragen können. Er braucht die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit, um die Vor- und Nachteile einer Einwilligung gewichten und nach der gewonnenen Einsicht handeln zu können.⁴⁸

Diese Kompetenz fehlt bei starker Demenz oder Intelligenzminderung, aber auch bei einer vorübergehenden Beeinträchtigung im Fieber-, Drogen- oder Alkoholdelirium. In einem solchen Zustand geistiger Umnachtung kann keine Einwilligung erklärt werden. Wer die Gestattung im Rauschzustand als potentielle Verhaltensweise vorhersehen konnte, willigt zwar nicht ein, doch sind allfällige Schäden vorverschuldet.

40 EG 32 DS-GVO; s. explizit *EuGH*, C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801 Rn. 44 ff. = *NJW* 2019, 3433 (m. Editorial *Assion*, *NJW* H. 43/2019 – Planet49; *EuGH*, C-61/19, ECLI:EU:C:2020:901 Rn. 35 ff. = *NJW* 2021, 841 – Orange România; *BGH*, *NJW* 2020, 2540 Rn. 39 ff. mAnm *Spindler*, *NJW* 2020, 2513.

41 S. auch *Larenz* (o. Fn. 8), 82 f.

42 Vgl. *Obly* (o. Fn. 5), 338 f.; *Kothe*, AcP 185 (1985), 105; 122, 125 ff.).

43 Bei Einwilligungserklärungen, die sich an einen unbest. Personenkreis richten, ist Sonderwissen ebenfalls relevant; s. näher *Tinnefeld* (o. Fn. 27), 74 ff.

44 *BGH*, *NJW* 1992, 1558 (1559); *NJW* 1980, 1903 I. S. 1: „Die allgemeinen Grundsätze für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen gelten für Äußerungen, die das Einverständnis des Patienten mit einem Eingriff betreffen, entsprechend.“

45 *Specht* in *Dreier/Schulze* (o. Fn. 23), KUG § 22 Rn. 21; *Fricke* in *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 5. Aufl. 2019, KUG § 22 Rn. 16 mwN.

46 *Köhler* in *Köhler/Bornkamm/Feddersen* (o. Fn. 32), § 7 Rn. 147 mwN.

47 Hierzu ausf. *Neuner* (o. Fn. 13), § 32 Rn. 2 ff.

48 Speziell zur Einwilligung gem. § 630 dS, BT-Drs. 17/10488, 23; zur fehlenden Urteilskraft eines Patienten, der „aufgrund einer unsinnigen selbstgestellten Diagnose von einem Zahnarzt eine umfassende Extraktion seiner Zähne wünscht“, *BGH*, *NJW* 1978, 1206 (mAnm *Rogall*, *NJW* 1978, 2344) = *JuS* 1978, 710 (*Hassemer*).

Besondere Probleme wirft die Einwilligungsfähigkeit *Minderjähriger* auf. Im Datenschutzrecht verlangt Art. 8 I 1 DS-GVO ein Mindestalter von 16 Jahren. Auch einige nationale Gesetze sehen feste Mindestaltersgrenzen vor: 14 Jahre (ua § 1746 I: Einwilligung in Adoption), 15 Jahre (ua § 36 SGB I: Beantragung von Sozialleistungen), 16 Jahre (ua § 2 II 3 TPG: Einwilligung in eine postmortale Organentnahme) bis hin zur Volljährigkeit (ua § 1901 a I 1: Patientenverfügung). Mitunter wird auch ein Co-Konsens von gesetzlichem Vertreter und Kind gefordert (ua § 8 a I Nr. 4, 5 TPG: Knochenmarkspende). Im Übrigen ist die Rechtslage bei medizinischen Eingriffen sehr streitig. Einige Stimmen plädieren für die analoge Anwendung der §§ 104 ff. (die ohnehin für den Behandlungsvertrag gelten), die *hM* rekurriert auf die Einsichtsfähigkeit, am systemkonformsten erweisen sich Vermutungsregelungen, die aus den gesetzlichen Detailvorgaben abzuleiten sind.⁴⁹ Einem Schwangerschaftsabbruch müssen die gesetzlichen Vertreter der *Rechtsprechung* zufolge nicht zustimmen, wenn die Minderjährige nach ihrer geistigen und sittlichen Reife die Tragweite des Eingriffs begreifen und ihren Willen hiernach ausrichten kann.⁵⁰ Eine Doppelzuständigkeit ist hingegen aufgrund der vermögens- und persönlichkeitsrechtlichen Dimension bei der Einwilligung in die Verbreitung von Bild- und Filmaufnahmen geboten.⁵¹ Für die Gestattung von Eingriffen in reine Vermögensrechte gelten die §§ 104 ff. analog, da es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob ein Minderjähriger sein Eigentum auf einen Dritten übertragen oder diesem erlauben möchte, die betreffende Sache zu zerstören.⁵²

b) Intentionale Voraussetzungen

Ohne Handlungs- und Willensfreiheit ist eine Erklärung grundsätzlich nicht zurechenbar. Ob über diese kompetenziellen Mindestvoraussetzungen hinaus eine Einwilligungserklärung auch dem Willen des Erklärenden entsprechen muss, ist gesetzlich nicht näher geregelt. Weder in § 22 KUG noch in § 630 d BGB werden voluntative Anforderungen (im Sinne eines „Handlungs-“, „Erklärungs-“ oder „Geschäftswillens“) an die Einwilligung gestellt. Art. 4 Nr. 11 DS-GVO definiert die Einwilligung als „jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung“. Ähnlich ist die Umschreibung in Erwägungsgrund Nr. 32, dem sich ebenfalls nur entnehmen lässt, dass der Einwilligende informiert, aktiv und unzweideutig tätig werden muss, indes nicht, dass er eine bestimmte Intention verfolgen muss.⁵³ In anderen Sprachfassungen der DS-GVO heißt es „informed“, „éclairée“, „informada“. Auch diese Worte bedeuten „aufgeklärt“, „in Kenntnis der Sachlage“ und beziehen sich wie der Ausdruck „*informed consent*“ auf das Wissen, hingegen nicht auf den Willen des Erklärenden. Dasselbe gilt für die datenschutzrechtlichen Regelungen in § 13 II 1 TMG und § 94 Nr. 1 TKG, die eine elektronische Erklärung dann gestatten, „wenn der Diensteanbieter sicherstellt, dass der Teilnehmer oder Nutzer seine Einwilligung bewusst und eindeutig erteilt hat.“ Vereinzelt wird hieraus gefolgert, dass ein Handlungswille sowie ein Erklärungsbewusstsein erforderlich sind,⁵⁴ doch ist dies unzutreffend. Vom Diensteanbieter kann und wird nicht mehr verlangt, als er zu leisten vermag. Er muss optimale Entscheidungsbedingungen durch ein Höchstmaß an Information und Transparenz gewährleisten und zudem für ein Opt-in-Verfahren sorgen, das dem Einwilligenden ein aktives Handeln ab-

fordert, beispielsweise durch das Setzen eines Häkchens.⁵⁵ Der Anbieter kann jedoch nicht verhindern, dass der Nutzer unwillentlich oder unbedacht eine Erklärung per „Mausklick“ abgibt, weil er übermüdet vor dem Computer sitzt, nebenbei ein Fußballspiel beobachtet oder in sonstiger Weise abgelenkt wird. Wie solche Fälle zu lösen sind, geben weder die datenschutzrechtlichen noch andere Einwilligungsbestimmungen genauer vor. Es bedarf daher eines Systemvergleichs mit Willenserklärungen, bei denen zwischen dem Kommunikations-, Partizipations- und Geschäftswillen zu unterscheiden ist.⁵⁶

aa) *Kommunikationswille*. Der Kommunikationswille fehlt, wenn der Handelnde zwar den äußeren Tatbestand einer Einwilligung (kompetenziell) zurechenbar hervorruft, aber subjektiv überhaupt nichts erklären möchte, beispielsweise per „Mausklick“ lediglich eine Seite aufrufen will, tatsächlich aber eine Einwilligungserklärung abgibt. Eine Einwilligungserklärung kann auch „abhandenkommen“, wenn das Schriftstück („Ich gestatte Ihnen, den Baum zu fällen“) versehentlich zur Post gebracht wird, obwohl der Verfasser die Entscheidung nochmals überdenken wollte.

Enthielte das „abhandengekommene“ Schriftstück ein Verkaufsangebot („Ich biete Ihnen den gefällten Baum für 100 Euro an“), läge keine Willenserklärung vor, da unwillentlich abgegebene Erklärungen lediglich im Wertpapierrecht (§ 794 I BGB, Art. 16 f. WG) zur Erfüllung (kraft Rechtscheins) verpflichtet. Der Erklärende haftet allerdings verschuldensabhängig aus *cic* und verschuldensunabhängig analog § 122, falls er die Gefahr eines Vertrauensschadens bewusst begründet hat.⁵⁷ Bei „abhandengekommenen“ Willenserklärungen ist folglich das negative Interesse zu ersetzen. Der schutzwürdige Adressat wird so gestellt, wie er stünde, wenn er nicht auf die Erklärung vertraut hätte. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt, wer alternativ dem Erklärenden ein Anfechtungsrecht analog § 119 I zuspricht mit der Kompensationspflicht nach § 122.⁵⁸

Vertraut der Adressat hingegen auf eine Einwilligung, die dem Erklärenden „abhandenkam“, scheidet ein vergleichbarer Schutz im Sinne einer normativen Rekonstruktion des *status quo ante* aus: Der Baum ist gefällt, die Daten sind verarbeitet, das Bild wurde veröffentlicht. Würde man in diesen Konstellationen jeweils einen *positiven* Vertrauensschutz verweigern, also die Erklärung nicht wie eine echte Einwilligung behandeln, wären sämtliche Eingriffe, die der Adressat vornimmt,

49 Näher *Neuner* (o. Fn. 13), § 12 Rn. 17 ff.; zur *hM* *Spickhoff*, FamRZ 2018, 412.

50 *OLG Hamm*, NJW 2020, 1373 mAnm *Lugani*, NJW 2020, 1330.

51 *Specht in Dreier/Schulze* (o. Fn. 23), KUG § 22 Rn. 26; *Erman/Klass*, BGB, 16. Aufl. 2020, Anh. zu § 12 Rn. 234.

52 *MuKoBGB/Spickhoff*, 8. Aufl. 2018, § 105 Rn. 20; *Staudinger/Klumpff*, BGB, 2017, Vorb. §§ 104 ff. Rn. 100.

53 *AA Kübling/Buchner* (o. Fn. 16), DS-GVO Art. 7 Rn. 56 f.

54 *Eckhardt in Spindler/Schuster*, Recht der elektr. Medien, 4. Aufl. 2019, TKG § 94 Rn. 7 mwN.

55 *LG Düsseldorf*, NJOZ 2016, 1222 = CR 2016, 372 Rn. 57; *Redeker in Hoeren/Sieber/Holzengel*, HdB Multimedia-Recht, 54. EL 2020, Teil 12 (Juli 2013) Rn. 116; zur unzulässigen Datenverarbeitung bei vorab angekreuztem Kästchen s. auch schon oben Fn. 40.

56 Näher *Neuner* (o. Fn. 13), § 32 Rn. 2 ff.

57 Vgl. *Canaris*, JZ 1976, 132 (134); *Singer*, Selbstbestimmung u. Verkehrsschutz im Recht d. Willenserklärungen, 1995, 197; beschränkt auf die Haftung aus *cic* *Leipold*, BGBl, 10. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8; *Stephan Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, 220.

58 So zB *BeckOGK BGB/Gomille* (o. Fn. 6), § 130 Rn. 43 mwN; f. eine Haftung aus *cic* *Medicus/Petersen*, BGB AT, 11. Aufl. 2016, Rn. 267, 608.

rechtswidrig. Ein Schadensersatzanspruch würde zwar am fehlenden Verschulden scheitern, doch könnten Notwehr und Nothilfe geübt werden. Geschützt wäre nunmehr nicht der Adressat, sondern der Erklärende. Diese Konsequenz stünde nicht nur in einem Wertungswiderstreit zum Ersatz des negativen Interesses bei „abhandengekommenen“ Willenserklärungen, sondern wäre auch sachwidrig. Tut der Adressat lediglich das, wozu er legitimiert wurde, handelt er nicht rechtswidrig, solange die Erklärung dem Berechtigten zurechenbar ist. Hieran ändert auch die deliktsrechtliche Lehre vom Erfolgsunrecht nichts, da der Adressat einer Einwilligungserklärung keinen „Erfolg“ vermeiden muss,⁵⁹ den der Berechtigte definiert und zu verantworten hat.

Die Zurechenbarkeit bestimmt sich konsequenterweise nach den Maßstäben der „abhandengekommenen“ Willenserklärung. Der Erklärende ist hiernach verantwortlich, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt oder bewusst eine Gefahr begründet. Wird also ein Entwurf verfasst und sodann von Familienangehörigen voreilig zur Post gebracht oder wird der Sendebefehl am Computer fahrlässig getätigt, liegt jeweils eine (als echt zu fingierende) Einwilligung vor, sofern der Adressat die Erklärung als Gestattung deuten durfte. Keine Einwilligung liegt hingegen vor, wenn ein unbekannter Dritter die Erklärung fälscht.

In der „Vorschaubilder II-Entscheidung“⁶⁰ hatte sich der Kläger darauf berufen, zwar Dritten das Recht eingeräumt zu haben, das Lichtbild im Internet öffentlich zugänglich zu machen, nicht aber der Betreiberin der Bildersuchmaschine. Unter dem Aspekt der Risikohöhen und Schaffung einer besonderen Gefahrenlage ist dem Kläger hier der Rechtsschein einer Einwilligung zurechenbar.

In der Gesamtschau wäre es verfehlt zu sagen, der Kommunikationswille sei keine notwendige Voraussetzung einer Einwilligung. Dies würde nicht nur zur sinnentleerten Rede von der „willenlosen Einwilligung“ führen, sondern auch dogmatisch das Spezifikum des Vertrauensschutzes verkennen. Wer ohne Kommunikationswillen agiert, willigt nicht ein, muss sich aber behandeln lassen, als ob er eingewilligt hätte, sofern der objektive Rechtsscheintatbestand, die Zurechenbarkeit und die Schutzwürdigkeit des Adressaten gegeben sind.

Ein solcher *Rechtsschein*, der zur Rechtmäßigkeit des Eingriffs führt, kann beispielsweise auch entstehen, wenn Mitarbeiter, vergleichbar der Duldungs- oder Anscheinsvollmacht, im Namen, aber ohne Willen des Berechtigten einem Dritten eine Einwilligung erteilen.⁶¹

bb) *Partizipationswille*. Der Partizipationswille, herkömmlich auch „Erklärungswille“ oder „Erklärungsbewusstsein“ genannt, setzt einen Kommunikationswillen voraus und ist speziell auf die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr ausgerichtet. Der Erklärende möchte nicht nur einfach kommunizieren, sondern mittels seiner Erklärung am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnehmen.

Dieser Partizipationswille fehlt, wenn jemand Grußkarten unterzeichnen möchte, versehentlich aber eine Einwilligung zur Datenverarbeitung mituntersreibt oder durch einen falschen Klick am Computer statt einer schlichten Interaktion eine Einwilligung erklärt.

Da bereits das Fehlen des Kommunikationswillens grundsätzlich nichts an der Rechtmäßigkeit des Eingriffs durch den gutgläubigen Adressaten ändert, gilt dies erst recht für das speziellere Fehlen des Partizipationswillens („Einwilligungsbewusstseins“).⁶²

Der BGH urteilte in der „Vorschaubilder I-Entscheidung“⁶³ zutreffend, dass das Einstellen der Abbildung in das Internet aus Sicht der Betreiberin der Suchmaschine objektiv als Einverständnis in die Wiedergabe als Vorschaubild (*Thumbnail*) gewertet werden konnte; subjektiv ist allerdings ein Gestattungswille weder erforderlich noch zu fingieren, vielmehr genügt der zurechenbare *Rechtsschein* durch das Einstellen der Abbildungen.

In der weiteren Folge ist auch eine nicht ernstlich gemeinte Einwilligung, die in der irrtümlichen Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, grundsätzlich wirksam (entgegen § 118).⁶⁴ Erkennt der Tätowierer den Scherz nicht und sticht den Namen der früheren, nicht der heutigen Partnerin, handelt er rechtmäßig. Bei einem geheimen Vorbehalt des Einwilligenden folgt dieses Ergebnis zudem aus § 116 S. 1, der die Mentalreservation in verallgemeinerbarer Weise für unbeachtlich erklärt. Die rechtspolitisch höchst umstrittene Regelung des § 116 S. 2 zum erkannten Vorbehalt dürfte hingegen praktisch kaum relevant werden. Erkennt der Tätowierer, dass der Kunde den Eingriff nur einem Dritten zuliebe vornehmen lässt, ihn selbst aber gar nicht möchte, ist die Einwilligung altruistisch motiviert und damit gewollt. Eine fatalistische Haltung begründet ebenfalls keinen relevanten Vorbehalt („Ich willige in die Operation notgedrungen ein, obwohl ich mich eigentlich nicht operieren lassen möchte“). Der Erklärungsempfänger wird bei Zweifeln zudem redlicherweise nachfragen müssen. Lautet die Antwort sodann „ich willige in den Eingriff ein, will ihn aber nicht“, ist die Erklärung wegen Perplexität unwirksam.

cc) *Geschäftswille*. Ein Irrtum kann dem Einwilligenden in allen Varianten des § 119 unterlaufen. Er verschreibt sich in der Patientenverfügung und vergisst das Wort „nicht“ („Man darf mich künstlich beatmen“). Bei einem Inhaltsirrtum verwendet er einen medizinischen Fachausdruck fehlerhaft („intubieren“) und bei einem Eigenschaftsirrtum schätzt er die berufliche Stellung des Behandelnden (Chefarzt/Oberarzt) falsch ein.⁶⁵ Alle diese Irrtümer ändern indes nichts an der Rechtmäßigkeit des erfolgten Eingriffs. Eine Anfechtbarkeit der Erklärung wäre systemwidrig, unschlüssig und unangemessen. Sie wäre systemwidrig, weil selbst bei Fehlen des Kommunikations- oder Partizipationswillens der Eingreifen-

59 Zur „Erfolgsvoraussetzungsfrage“ Larenz/Canaris, SchuldR II/2, 13. Aufl. 1994, § 75 III 3 b.

60 BGH, NJW 2012, 1886; krit. Spindler, MMR 2012, 383; Riesenhuber/Szemplonneck, LMK 2013, 347219.

61 S. auch OLG Düsseldorf, NJW 2014, 3455 (m. Ann. Elmenhorst) – „Immen-dorff“.

62 AA (bzgl. Daten: Hacker (o. Fn. 6), 357 (370) Irrtümer sollen hingegen v. a. wg. der Möglichkeit des Widerrufs grds. nicht zur Antechtung legitimieren).

63 BGHZ 185, 291 Rn. 36 = NJW 2010, 2731; zust. Oby, GRUR 2012, 983 (1987); Specht, GRUR 2019, 253 (256 „konkludente Einwilligung“).

64 AA Zitelmann, AcP 99 (1906), 1162; Klose/Straub, MedR 2019, 714 (718).

65 Überhaupt keine Einwilligung liegt vor, wenn der Behandelnde (Arzt, Famulus) fachl. nicht hinr. qualifiziert ist, da grds. nur ein Eingriff *lege artis* m. entspr. Kompetenz gestattet wird; zur „Anfangsoperation“ BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655 = JuS 1984, 556 (Emmerich); zur Einschränkung bei „zweifelsfrei geringfügigen Fällen“ (außerl. Wundversorgung) BGHSt 16, 309 = NJW 1962, 682.

de grundsätzlich rechtmäßig handelt.⁶⁶ Sie wäre unschlüssig, weil das normative Urteil über das rechtskonforme Verhalten zum Zeitpunkt des Eingriffs gar nicht nachträglich durch Anfechtung⁶⁷ wieder beseitigt werden kann.⁶⁸ Die Operation durch den Arzt war aufgrund der Einwilligung definitiv rechtmäßig. Ebenso handelt ein Erwerber (iSv § 929) rechtmäßig, der als neuer Eigentümer die Sache weiterveräußert oder beschädigt, später aber durch Anfechtung des dinglichen Vertrags zum unberechtigten Besitzer mutiert.⁶⁹ Aufgrund der Anfechtung verliert der Erwerber zwar rückwirkend wieder seine Rechte, aber allein kraft der Fiktion. Die Vergangenheit selbst ist uneinholbar. Man kann den Erwerber oder den Arzt deshalb allenfalls so behandeln, „als ob“ sie rechtswidrig agierten, doch wäre diese Annahme ihrerseits rechtswidrig und willkürlich. Als Alternative verbleibt, dem Erwerber oder Arzt „vorzuhalten“, dass sie aus späterer Sicht rechtswidrig agierten, dass sich ihr Handeln *ex post* als unerlaubt darstellt. Eine solche rückwirkende Missbilligung des Eingriffs ist in einem Rechtsstaat aus Gründen der Rechtssicherheit, des Vertrauens- und Würdeschutzes aber grundsätzlich unzulässig, wie das Verbot einer Ex-post-Perspektive bei § 826 exemplarisch zeigt.⁷⁰

Insbesondere steht es Privatrechtssubjekten nicht zu, über die Rechtmäßigkeit des Verhaltens anderer Akteure im Nachhinein zu entscheiden und diesen die Legitimationsgrundlage für ihr Handeln zu entziehen. Selbst der Gesetzgeber kann ein rechtmäßiges Verhalten nur in besonderen Ausnahmefällen rückwirkend für rechtswidrig erklären.⁷¹ Im Fall eines Irrtums gibt es zudem gar keinen Sachgrund, dem Gestattenden ein rückwirkendes „Gestaltungsrecht“ einzuräumen (§§ 119, 142 I), da der maßgebliche Willensmangel allein aus seiner (kompetenziell intakten) Sphäre stammt und er überdies bis zum Zeitpunkt des Eingriffs durch die Möglichkeit des Widerrufs (§ 630 d III BGB, Art. 7 III DS-GVO ua⁷²) geschützt wird.

Ein irrender Patient kann somit einen Heileingriff nicht rückwirkend für rechtswidrig erklären.⁷³ In der weiteren Folge vermag er auch nicht die Intervention eines Dritten im Nachhinein als Nothilfe zu rechtfertigen. Geht umgekehrt der Arzt irrtümlich von einer Einwilligung aus, ist der Eingriff rechtswidrig, das Verschulden Tatfrage.⁷⁴ Weiß der Arzt nichts von der zugangsbedürftigen Einwilligung (Patientenverfügung), kann der Eingriff auf eine mutmaßliche Einwilligung gestützt werden.

c) Materiale Voraussetzungen

Zum inneren Tatbestand einer Einwilligung gehören nicht nur die kompetenziellen Grundbedingungen der Handlungs- und Willensfreiheit. Der Gestattende muss die konkrete Entscheidung auch selbstbestimmt, autonom bei der Willensbildung und der Willensentschließung, treffen können. Diese *Entscheidungsfreiheit* hat eine teilhaberechtliche und eine abwehrrechtliche Dimension. Sie erfordert in ihrer sozialen Ausrichtung einen hinreichenden Wissens- und Kenntnisstand, der vor allem durch den Zugang und Transfer von Informationen sicherzustellen ist.⁷⁵ In ihrer liberalen Ausrichtung verlangt sie einen Schutz vor externen Beeinträchtigungen, der eine durch Dritte unbeflusste Entscheidungsfindung gewährleistet.

aa) *Aufklärung*. Zahlreiche gesetzliche Informationspflichten dienen dazu, dem Entscheidungsträger ein wohlüberlegtes Ur-

teil zu ermöglichen. So ist im Bereich des Medizinrechts der Behandelnde gem. § 630 e I verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung maßgeblichen Umstände aufzuklären. Das Datenschutzrecht setzt ebenfalls voraus, dass die Einwilligung „in informierter Weise“ getroffen wird (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO; s. ferner Art. 29 VO EU 536/2014; § 51 IV BDSG). Auch ohne explizite Regelungen können zum Schutz des Einwilligenden Aufklärungspflichten bestehen, etwa im Hinblick auf die Verbreitung von Bild- oder Filmaufnahmen.⁷⁶

Ohne hinreichende Aufklärung gibt es nach der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 11 DS-GVO (s. zudem Art. 7 II 2) schon begrifflich keine Einwilligung. Im medizinischen Bereich geht § 630 d II von der Unwirksamkeit der Einwilligung aus (s. ferner § 8 TPG, § 9 GenDG ua).⁷⁷ Zu beweisen hat die korrekte Aufklärung nach § 630 h II der Behandelnde, der sich jedoch darauf berufen kann, dass der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte (sog. *hypothetische Einwilligung*). Wird ohne Aufklärung ein Heileingriff *lege artis* vorgenommen, verneinen manche eine Körperverletzung, weil die Maßnahme der Wiederherstellung der körperlichen Integrität dient, und bejahen stattdessen eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁷⁸ Dies überzeugt indes nicht, da für den Betroffenen ein medizinischer Eingriff ohne vorherige Aufklärung keine körperliche „Heilung“ bedeuten muss. Zudem wird mit Bezug auf das Rechtsgut „Körper“ die Darlegungs- und Beweislast sachgerecht verteilt und es greift bei immateriellen Schäden § 253 II ein.⁷⁹

bb) *Freiwilligkeit*. Zu den klassischen, von außen einwirkenden Antipoden der Freiwilligkeit zählen die Täuschung und Drohung (*vis compulsiva*). Nicht jede *Drohung* vermag allerdings die Freiwilligkeit aufzuheben, erst wenn entweder das angedrohte Mittel („Ich werde Dir Gewalt antun, wenn Du

66 Aus strafrechtl. Sicht ebenso *Roxin/Greco* (o. Fn. 16), § 13 Rn. 111; hingegen f. eine prinzipielle Anwendbarkeit der §§ 119 ff. *Tinnefeld* (o. Fn. 27), 127 ff.; *Dasch* (o. Fn. 23), 77 ff. mwN.

67 Zur Irrelevanz d. nachträgl. Gestattung s. bereits o. bei Fn. 16.

68 S. bereits *Dietz*, Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung u. Delikt, 1934, 233; aA *Ohly* (o. Fn. 5), 369 f. („naturalistische“ Argumentation).

69 Der redliche unberechtigte Besitzer begeht schon tatbestandlich keine unerlaubte Handlung; er wird vielmehr durch die (auch in der Beweislast vorteilhaften) Regelungen des EBV (§§ 987 ff.) geschützt, die ihm im Verhältnis zum Eigentümer sogar positive Befugnisse in Form der Nutzziehung gewähren; ebenso wie der gungläubige (Zweit-)Erwerber (für den speziell § 142 II gilt) handelt er somit nicht rechtswidrig; aA *Klose/Straub*, MedR 2019, 714 (718) mwN.

70 BGH, NJW 2020, 2798 Rn. 31 (bei § 138 ist ebenfalls der Zeitpunkt der Vornahme maßgeblich) = JuS 2020, 1076 (*Arnold*).

71 S. zur Rückwirkung näher *Lepsius*, Jura 2018, 577 (578 ff.).

72 Zur Kontroverse über die Widerrufbarkeit d. Einwilligung gem. § 22 KUG BeckOGK BGB/Specht-Riemenschneider, 1.3.2021, § 823 Rn. 1259.

73 Vgl. BGH, NJW 1964, 1177 (1178 bzgl. Freiheitsentziehung) = JuS 1964, 287 (*Emmerich*); BeckOK BGB/Katzenmeier (o. Fn. 31), § 630 d Rn. 7; *Spickhoff* in *Spickhoff*, MedizinR, 3. Aufl. 2018, BGB § 630 d Rn. 4; zum Datenschutz NK-DatenschutzR/Klement, 2019, DSGVO Art. 7 Rn. 93.

74 Zur Kontroverse zw. Vorsatz- u. Schuldtheorie bei Fehlen des Unrechtsbewusstseins MüKoBGB/Wagner (o. Fn. 17), § 823 Rn. 48 ff. mwN.

75 Zu Formerfordernissen m. Schutz- u. Warnfunktion s. bereits o. im Text bei Fn. 33.

76 S. OLG München, ZUM 2009, 429; MüKoBGB/Rixecker (o. Fn. 52), Anh. zu § 12 Rn. 68.

77 *Ausnahmen iSv § 630 e III*: Verzicht, Unaufschiebbarkeit, Kontraindikation, Vorwissen; zur Haftung nach Vertragsrecht gem. § 280 I näher BT-Drs. 17/10488, 23; BeckOK BGB/Katzenmeier (o. Fn. 31), § 630 d Rn. 27.

78 *Larenz/Canaris* (o. Fn. 59), § 75 II 1 g; *Kozioł*, MedR 2019, 105 (105, 109); *Katzenmeier*, Arzthaftung, 2002, 118 ff.

79 Vgl. BGH, NJW 2011, 1088 Rn. 9 (mAnm *Schiemann*, NJW 2011, 1046) = JuS 2011, 468 (*Jahn*); MüKoBGB/Wagner (o. Fn. 17), Vorb. § 630 a Rn. 13 ff., § 630 d Rn. 56 mwN.

nicht in die Bildveröffentlichung einwilligt“), der erstrebte Zweck („Ich zeige Dich wegen Steuerhinterziehung an, wenn Du mir nicht erlaubst, in Deiner Indoor-Plantage Hanf zu pflücken“⁸⁰) oder die Zweck-Mittel-Relation rechtswidrig ist („Ich zeige Dich wegen Diebstahls an, wenn Du mir nicht sexuelle Handlungen gestattest“⁸¹). Die Drohung kann auch von einem Dritten ausgehen („Ich tue Dir ganz Schreckliches an“, sagt der Böse, „wenn Du Dich nicht vom Schönheitschirurgen behandeln lässt“). Diese tyrannisierende Einflussnahme auf die Willensbildung durch einen Dritten ist dem Eingreifenden nicht zurechenbar, doch ebenso wenig dem Opfer. Der Eingriff erfolgt daher wie bei endogen bedingtem Fehlen der Willensfreiheit und in Übereinstimmung mit der gleichsetzenden Wertung des § 123 I rechtswidrig.

Bei einer *Täuschung* wird ein Irrtum erregt oder aufrechterhalten, sei es durch Vorspiegeln falscher oder das Verschweigen wahrer Fakten, um dadurch den Einwilligungsschluss zu beeinflussen. Dies geschieht, wenn der Daten- oder Bildverwerter einen unzutreffenden Verwendungszweck angibt oder der Arzt beim Patienten den Anschein einer besonderen fachlichen Qualifikation erweckt. Die Täuschung muss sich allerdings immer auf den Eingriff und das geschützte Rechtsgut beziehen (nicht auf die vertragliche Gegenleistung). Ein Freier, der die Prostituierte mit Falschgeld bezahlt, begeht kein Sexualdelikt (gem. §§ 823, 825). Erfolgt die Täuschung durch einen Dritten, wird die freie Willensbildung ebenfalls beeinträchtigt, doch nicht in so massiver Form wie bei der Drohung,⁸² so dass bei Abwägung der Interessen und unter Berücksichtigung der Wertung des § 123 II der Eingreifende, der die Täuschung weder kannte noch kennen musste, schutzwürdig und sein Handeln nicht als rechtswidrig zu qualifizieren ist.

Eine Täuschung setzt nach § 123 I sowie nach dem herkömmlichen Sprachgebrauch Vorsatz voraus. Für die Bestimmung von „Freiwilligkeit“ ist dieses subjektive Kriterium aufseiten des Eingreifenden indes unmaßgeblich.

Klärt der Arzt den Patienten nicht auf, ist der Eingriff mangels Einwilligung gem. § 630 d II rechtswidrig. Das Verschulden des Arztes spielt lediglich für die Haftung eine Rolle. Nichts anderes kann gelten, wenn der Arzt den Patienten unrichtig aufklärt. Bereits die schlichte *Irreführung* durch den Eingreifenden kann daher zur Unfreiwilligkeit führen.

Die Selbstbestimmung kann noch in weiteren Fällen eingeschränkt sein. Insbesondere besteht die Gefahr des Ausnutzens einer *Ungleichgewichtslage*.

So kann beispielsweise ein Patient mit der Frage überrumpelt werden, ob er einer Blutuntersuchung (wegen Missbrauchs von Betäubungsmitteln) zustimmt.⁸³ Eine situative oder generelle Übermachtstellung kann auch bei der Einwilligung in sexuelle Handlungen ausgenutzt werden. Die Gestattung einer Bildverbreitung gem. § 22 KUG kann ebenfalls aus einer Zwangslage heraus erfolgen und zur Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB führen. Im Datenschutzrecht enthält Art. 7 IV DS-GVO ein *Koppelungsverbot*: „Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“⁸⁴ Zum Beschäftig-

tendenschutz sieht § 26 II BDSG speziell vor, dass „für die Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung insbesondere die im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Person sowie die Umstände, unter denen die Einwilligung erteilt worden ist, zu berücksichtigen (sind). Freiwilligkeit kann insbesondere vorliegen, wenn für die beschäftigte Person ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und beschäftigte Person gleichgelagerte Interessen verfolgen.“⁸⁵ Sind Einwilligungen als Vertragsbedingungen formuliert, können sie zudem einer AGB-Kontrolle unterliegen.⁸⁶ Eine prozedurale Regelung enthält § 8 III 2 TPG, wonach eine Gutachter-Kommission dazu Stellung nehmen muss, ob die Einwilligung in eine Lebendorganspende „nicht freiwillig erfolgt“.⁸⁷

Fehlt es an der Freiwilligkeit, liegt keine Einwilligung vor. Dies ist in zahlreichen Bestimmungen explizit normiert (Art. 7 II 2 DS-GVO, § 51 IV 1 BDSG, § 8 III 2 TPG ua), ergibt sich aber auch ganz generell aus dem Sinn und Zweck der Einwilligung als Medium der Selbstbestimmung.⁸⁸ Für eine zusätzliche Anfechtbarkeit gem. § 123 besteht kein Anlass und vor allem aufgrund der inadäquaten Ex-tunc-Wirkung auch kein Raum.⁸⁹

VI. Schranken

Auch wenn der Einwilligende aufgeklärt und ohne unbillige Fremdeinwirkung seine Entscheidung frei treffen kann, gibt es objektive Schranken der Dispositionsbefugnis zum Schutze Dritter, des Allgemeinwohls sowie des Erklärenden selbst. Die Unwirksamkeit kann sich aus § 134 (Verbotsgesetz) oder § 138 (Sittenwidrigkeit) ergeben. Auch die Grundrechte können einwirken und beispielsweise zur freien Widerrufbarkeit von Verträgen über besonders gefährliche Tätigkeiten führen.⁹⁰

Aus Gründen des *Allgemeinwohls*, nämlich zum Schutz der Landesverteidigung, ist beispielsweise die Einwilligung in eine Verstümmelung zur Wehrpflichtentziehung gem. § 134 BGB iVm § 109 StGB

- 80 Die Einwilligung ist darüber hinaus gem. § 134 BGB iVm § 29 I 1 Nr. 1 BtMG unwirksam.
- 81 S. BGHSt 31, 195 = NJW 1983, 765; Singer in Bayer. Anwaltverband, Einwilligung, 2016, 149 ff.; krit. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, 2001, 265 (287 ff.).
- 82 Staudinger/Singer/Finkenstein (o. Fn. 52), § 123 Rn. 67: „Niemand ist gezwungen, sich dem Urteil eines anderen anzuvertrauen und sich auf Tatsachenbehauptungen Dritter zu verlassen. Insofern besteht im Falle arglistiger Täuschung wenigstens ein Mindestmaß an Selbstverantwortung, wohngegen bei der Drohung aufgrund der Zwangslage keine Möglichkeit besteht, sich in zumutbarer Weise selbst zu schützen.“
- 83 In concreto verneint von LG Heidelberg, NZS 2013, 946; s. ferner BVerfG, NStZ-RR 2012, 60 (61): „Demgemäß entspricht es ganz h. M., dass eine nach § 29 I 1 StVollzG unzulässige Öffnung von Verteidigerpost durch ein eingeholtes Einverständnis des Gefangenen nicht zulässig wird.“; § 27 MPDG (gültig ab 26.5.2022): „Die Person, bei der eine klinische Prüfung, eine Leistungsstudie oder eine sonstige klinische Prüfung durchgeführt werden soll, darf nicht (...) freiheitsentziehend untergebracht sein.“; a. h. 40 I 3 Nr. 4 AMG; anders § 3 III KastrG.
- 84 Ausf. Kühling/Buchner (o. Fn. 16), DS-GVO Art. 7 Rn. 41 ff.; Hacker (o. Fn. 6), 180 ff.
- 85 Einzelheiten bei BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, 35. Ed. 2021, BDSG, § 26 Rn. 43 ff.; s. ferner zur Einwilligung v. Bewerbern in grapholog. Gutachten Staudinger/Singer/Finkenstein (o. Fn. 52), § 123 Rn. 38 mw.N.
- 86 S. BGHZ 95, 362 = NJW 1986, 46 = JuS 1986, 153 (Emmerich) – Schutz; BGHZ 177, 253 = NJW 2008, 3055 – Payback; Singer (o. Fn. 57), 176 ff.; Hacker (o. Fn. 6), 418 ff.
- 87 Ausf. Hillenkamp, MedR 2016, 109.
- 88 Vgl. BeckOK BGB/Spindler, 1.2.2021, § 823 Rn. 87; HK BGB/Staudinger, 10. Aufl. 2019, § 823 Rn. 79.
- 89 S. ferner krit. zu den Anfechtungsfristen Rosener, Die Einwilligung in Heileingriffe, 1965, 153 f.; aA BeckOK BGB/Specht-Kriemhilde (o. Fn. 72), § 823 Rn. 1258; Klose/Straub, MedR 2019, 714, 716 ff.
- 90 S. Canaris, AcP 184 (1984), 201 (233 f.); Kothe, AcP 185 (1985), 105, 138.

unwirksam. Das Verbot des Sport-Dopings dient dem Schutz der Integrität des Sports und der Chancengleichheit bei Wettkämpfen (§§ 2 ff. AntiDopG iVm § 134 BGB). Gemäß § 134 ist eine Einwilligung auch dann unwirksam, wenn die Vornahme der Handlung dem Rechtsinhaber selbst untersagt ist, etwa das Inbrandsetzen des eigenen Wohnhauses gem. § 306 a I Nr. 1 StGB.⁹¹ Dem *Drittinteresse*, nämlich dem Nasciturus, dient das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs gem. § 218 StGB iVm § 134 BGB. Unwirksam wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 I BGB ist die Einwilligung in eine Amputation zum Zwecke eines Versicherungsbetrugs.

Aus *paternalistischen* Gründen sind eine Tötung auf Verlangen gem. § 216 StGB, eine Organspende an fernstehende Personen gem. §§ 812, 19 I Nr. 2 TPG sowie eine Leihmutterschaft gem. § 1 I Nr. 7, III Nr. 2 ESchG verboten und die jeweiligen Einwilligungen gem. § 134 nichtig. Die Unwirksamkeit einer Einwilligung in die Verstümmelung der weiblichen Genitalien hat der Gesetzgeber bewusst nicht explizit normiert, „weil die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt (§ 228 StGB)“⁹². Generaleinwilligungen, insbesondere unwiderrufliche, können gem. § 138 sittenwidrig sein, sofern der Erklärende zukünftig überhaupt nicht mehr frei entscheiden kann.⁹³ Normalerweise bietet der „Schutz des Menschen vor sich selbst“ jedoch keine hinreichende Legitimationsgrundlage für Eingriffe in die Privatautonomie. In den seltenen Extremfällen, in denen jemand die Amputation eines gesunden Körperglieds oder gar die Durchtrennung des Rückenmarks wünscht, können auch schon Allgemeinwohlinteressen (Sozialhaushalt ua) einer Einwilligung entgegenstehen.⁹⁴

Die Sittenwidrigkeit der Einwilligung hat zur Folge, dass der Eingriff *rechtswidrig* ist. Potenzielle Schadensersatzansprüche scheitern im Regelfall allerdings an der Mitwirkung des Ge-

schädigten gem. § 254 I. Und dass der Masochist von der Domina kein Schmerzensgeld verlangen kann, liegt bereits in der Ratio des § 253 II begründet.⁹⁵

VII. Zusammenfassung

Die Einwilligung ist ein atypisches Rechtsgeschäft, indem sie eine an sich unerlaubte Handlung legitimiert. Sie ist Ausdruck von Privatautonomie, zugleich aber auch ein Kommunikationsakt, der nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 133, 157 auszulegen ist. Der innere Tatbestand der Einwilligung setzt Handlungs- und Willensfreiheit sowie eine hinreichende Aufklärung voraus. Der Erklärende darf zudem nicht durch den Erklärungsempfänger in der Willensbildung beeinträchtigt werden, bei einer Drohung auch nicht seitens Dritter. Irrtümer ändern hingegen nichts an der Wirksamkeit der Einwilligung. Diese kann grundsätzlich widerrufen, aber nicht angefochten werden. Fehlt der Kommunikations- oder Partizipationswille (Einwilligungsbewusstsein) kann der zurechenbare Rechtsschein einen Eingriff rechtfertigen.

91 S. bereits *Zitelmann*, AcP 99 (1906), 1 (70); ebenso *Larenz*, SchuldR II, 12. Aufl. 1981, § 71 I c.

92 BT-Drs. 17/13707, 6; in Betracht kommt auch eine Unwirksamkeit gem. § 226 a StGB iVm § 134 BGB.

93 S. bzgl. medizinischer Eingriffe *MüKoBGB/Wagner* (o. Fn. 17), § 630 d Rn. 11; nach hM ist auch eine Einwilligung in kontraindizierte Maßnahmen unwirksam, s. *OLG Hamm*, MedR 2017, 310 (312); *BeckOK BGB/Katzenmeier* (o. Fn. 31), § 630 d Rn. 10; *Knauer/Brose* in *Spickhoff* (o. Fn. 73), StGB § 222 Rn. 28 a; *Lipp*, MedR 2015, 762 (763).

94 Bei einer psych. Störung (*Body Integrity Identity Disorder*) fehlt bereits die Willensfreiheit, s. o. im Text bei Fn. 48; zum Gemeinwohlinteresse an homogenen Verhältnissen s. *Neuner*, JZ 2020, 269 (271 ff.).

95 S. zu den Funktionen des Schmerzensgeldes näher *Neuner*, JuS 2013, 577 (583 ff.); aA *Ohly* (o. Fn. 5), 412 (Fn. 109), der bei irreversiblen Verletzungen ledigl. eine Kürzung gem. § 254 I annimmt, bezugnehmend auf die Problematisierung bei *Niedermair*, Körperverletzung m. Einwilligung u. die Guten Sitten, 1999, 50.