Die Einwilligung im Strafrecht

Martino Mona

ISBN 978-3-033-08465-0

Erste Auflage 2017

Bern

© Martino Mona 2017

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

A. Thema 1
B. Ausgangslage 3
C. Thesen 12

Erster Teil: Grundlagen 16

I. Einleitung 16

II. Aussergesetzliche Einwilligung 19

1. Einwilligung in der Strafrechtsordnung 19
2. Einwilligung und Verfassungsrecht 23
3. Meinungsspektrum in der Lehre 28
   a) Systematische Einordnung 28
   b) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung 35
4. Leitlinien in der Rechtsprechung 38
   a) Ausgangspunkt und Fokus 38
   b) Weitere Grundsätze 40
5. Fazit 46

III. Methode 46

1. Theorie und Praxis 46
2. Zugang 48
   a) Personaler Funktionalismus 48
   b) Kontextualismus 55
   c) Liberalismus 57
3. Reflektives Gleichgewicht 64
   a) Einleitung 64
   b) Grundelemente der Methode des reflektiven Gleichgewichts 64
   c) Einwilligung als Grundprinzip aus dem Urzustand 71
   d) Argumentationsstruktur 76
4. Fazit und Überleitung 79

Zweiter Teil: Dogmatik 82

I. Einleitung 82

II. Rechtsgut und Einwilligung 84

1. Einwilligung zwischen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit 84
   a) Einwilligung und Tatbestand 84
      aa) Annäherung aus einer Aussenperspektive 84
      bb) Bestimmung des Unrechts 93
   b) Tatbestand und *prima facie* Unrecht 99
2. Individualrechtsgüter und Einwilligung 103
   a) Rechtsgut und Einwilligung 103
   b) Funktion des Rechtsgutskonzepts 108
   c) Rechtsgutsträgerschaft 110
   d) Rechtsgut und Handlungsobjekt 111
3. Überleitung 115

III. Anatomie und Inhalt der Individualrechtsgüter 115

1. Einleitung 115
2. Konservativ-kollektivistisches Kollisionsmodell 118
   a) Einleitung 118
   b) Interessenspreisgabe und Strafrechtsschutzverzicht 120
   c) Güterabwägung 124
   d) Unzulängliche Beschreibung der Individualrechtsgüter 137
3. Liberal-individualistisches Integrationsmodell 145
   a) Einleitung 145
   b) Aufhebung der Rechtsgutsverletzung? 146
   c) Verfügungsbefugnis als Bestandteil der Individualrechtsgüter 157
      aa) Grundlagen 157
      bb) Anatomie des liberalen Verständnisses des Individualrechtsguts und Verfügungsfreiheit 160
   d) Widerlegung der Gegenargumente und Präzisierung des Willenselements 173
      aa) Widerlegung der Gegenargumente 173
      bb) Präzisierung 182
   e) Basismodell als Alternative? 188
4. Einwilligung, Notstand und Notwehr 189
   a) Rechtsgüter im Wortlaut der Notstandsnorm 189
   b) Wortlautargument und personales Rechtsgut 191
   c) Subjektivierung der Individualrechtsgüter 195

IV. Systematische Einordnung der Einwilligung 198

1. Einleitung ... 198
2. Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund ... 201
3. Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal ... 204
a) Einleitung ... 204
b) Abgrenzung von der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ... 208
c) Konkretisierung der Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal ... 213
4. Gleichwertigkeit von Einwilligung und Einverständnis ... 225
a) Einleitung ... 225
b) Traditionelle Unterscheidung und Wirksamkeitsvoraussetzungen ... 226
c) Widerlegung der traditionellen Unterscheidung ... 231
aa) Einleitung ... 231
bb) Argumente gegen die Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung ... 232
cc) Ein Gedankenexperiment ... 239
dd) Fazit ... 246
d) Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen aus den Umständen des konkreten Eingriffs ... 248
5. Verrechtlichung der Einwilligung ... 253
a) Ausgangslage ... 253
b) Gesetzesvorschlag ... 255

V. Voraussetzungen der Einwilligung ... 259

1. Einleitung ... 259
2. Disponibles Individualrechtsgut ... 262
a) Grundlagen ... 262
b) Grenzen der Verfügungsfreiheit über Individualrechtsgüter ... 264
aa) Überkommene Argumente für die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen ... 264
bb) Tötung auf Verlangen und liberale Sterbehilfe ... 267
cc) Einwilligungsschranken bei schweren Körperverletzungen? ... 272
c) Unveräusserliche Rechte und Einschränkung der Verfügungsfreiheit ... 279
d) Überleitung ... 283
3. Einwilligungserklärung ... 285
a) Grundlagen – Willensbekundung statt Willensrichtung ... 285
b) Einwilligungserklärung und Strafantrag ... 291
4. Einwilligungsfähigkeit ... 292

a) Einleitung ... 292
b) Zivilrechtliche Urteilsfähigkeit ... 295
c) Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht ... 298
d) Konkretisierung der Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit ... 305
aa) Grundregel ... 305
bb) Ausnahmen ... 308
cc) Schutz vor unbedachten Verfügungen ... 316
e) Einwilligung trotz Unfreiheit ... 320
f) Ist der Mensch überhaupt einwilligungsfähig? ... 323
aa) Einleitung ... 323
bb) Willensfreiheit trotz Determinismus ... 325
cc) Willensfreiheit und Determinismus als falsches Problem ... 334
dd) Schlussbetrachtungen ... 339
5. Fehlen beachtlicher Willensmängel ... 343
a) Einleitung – Ein Hungerkünstler ... 343
b) Rechtsgutsbezogene Willensmängel ... 348
c) Trennung von Unwirksamkeitsurteil und Zurechnungsfrage ... 351
d) Differenzierung der Fallgruppen ... 358
e) Strukturelle Erkenntnisse ... 361
f) Tatbestandsbezogene Einschränkung der relevanten Willensmängel ... 369
6. Inhalt der Einwilligung ... 375
a) Grundlagen ... 375
b) Einwilligung in die Fremdgefährdung ... 379
c) Fazit ... 387

VI. Einwilligung, Unschuldsvermutung und Beweislast ... 388

1. Einleitung ... 388
2. Einzelheiten ... 389
3. Schlussfolgerung ... 395

VII. Zusammenfassung und Überleitung ... 397

Dritter Teil: Besondere Anwendungsformen ... 402

I. Einleitung ... 402

II. Medizinische Heilbehandlung ... 404

1. Einleitung ... 404
2. Sondertatbestand der eigenmächtigen ärztlichen Heilbehandlung? ... 407

a) Kriterien zur Eingrenzung der Strafbarkeit ... 407
b) Tatbestandslosigkeit aller Heilbehandlungen? ... 410
c) Hintergründe des Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung ... 412
3. Rechtspolitische Erwägungen ... 415
4. Fazit und Überleitung ... 420

III. Patientenverfügung ... 421

1. Einleitung ... 421
2. Grundlagen ... 424
3. Prinzip der Verbindlichkeit ... 429
4. Widersprüche im neuen Gesetz ... 432
5. Fazit ... 439

IV. Mutmassliche Einwilligung ... 441

1. Einleitung ... 441
2. Verhältnis zu den Einwilligungssurrogaten insbesondere zur Patientenverfügung ... 443
3. Kriterium der Dringlichkeit ... 448
4. Mutmassliche Einwilligung und Interesse des Berechtigten ... 453
5. Fazit und Überleitung ... 457

V. Stellvertretende Einwilligung ... 459

1. Einleitung ... 459
2. Grundzüge und Verhältnis zu anderen Einwilligungssurrogaten ... 460
3. Stellvertretende Einwilligung in die Sterbehilfe bei originär Urteilsunfähigen? ... 468
a) Einleitung ... 468
b) Stellvertretende Einwilligung und Wohl des Vertretenen ... 471
aa) Einleitung ... 471
bb) Ambivalenz der Richtlinien ... 473
cc) Entscheidungsbefugnis des Arztes ... 480
c) Einwilligung, Sterbehilfe und Pragmatik ... 486
4. Fazit ... 492

VI. Hypothetische Einwilligung ... 493

1. Einleitung ... 493
2. Entstehung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht ... 498

3. Dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht 502
a) Einleitung 502
b) Rechtfertigung durch hypothetische Einwilligung als Sonderfall der Einwilligung? 503
c) Kausalität und Zurechnungszusammenhang 504
4. Übertragung der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht? 512
a) Gründe für die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht 512
b) Gegenargumente 512
5. Schlussbetrachtungen 523

Fazit und Ausblick 529

Literaturverzeichnis 534

Einleitung

A. Thema

Die Einwilligung des Berechtigten gehört zu den wichtigsten Grundsätzen einer modernen strafrechtlichen Ordnung und spielt in einer ganzen Reihe umstrittener Problembereiche eine zentrale Rolle. So kann die Einwilligung bei Eingriffen in die sexuelle Integrität, bei Vermögensdelikten oder bei Eingriffen in die körperliche Integrität eine mindestens unrechtsausschliessende Wirkung haben. Von besonderer Bedeutung ist die Einwilligung des Berechtigten etwa bei der medizinischen Heilbehandlung, da diese nach herrschender Meinung einen Eingriff in die körperliche Integrität und in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten darstellt. Das Prinzip der Einwilligung als Teil des ungeschriebenen Gewohnheitsrechts hat hier deshalb eine besondere Relevanz, weil nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts der medizinische Heileingriff – unabhängig von der Art der Vornahme und des Erfolgs – mindestens den Tatbestand einer einfachen Körperverletzung erfüllt.[1] Die entsprechende Strafbarkeit des Arztes entfällt sodann nur bei Vorliegen eines Strafausschlussgrundes, wobei hier die Einwilligung des Patienten in den Heilgriff im Vordergrund steht.

Nach einem allgemein anerkannten und zivilrechtlich auch ausdrücklich in Art. 28 Abs. 2 ZGB festgelegten Prinzip schliesst die Einwilligung des Rechtsgutsträgers aus, dass ihm Unrecht angetan wurde, wenn der einwilligungsfähige Berechtigte zur Disposition über das Rechtsgut befugt ist, die Einwilligung vor der Tat ausdrücklich oder konkludent erklärt hat und er damit seinen freien Wille bezeugt hat.[2] Der Täter begeht objektiv kein Unrecht, wenn er mit dem Willen des über das tatbestandlich

---

1 BGE 124 IV 258, 260.

2 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 6; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 146; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 116; STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 153.

geschützte Rechtsgut Verfügungsberechtigten handelt.[3] Das Prinzip der Einwilligung des Berechtigten wird im Wesentlichen auf Gewohnheitsrecht gestützt, das in Anlehnung an das Rechtssprichwort „*volenti non fit iniuria*“ entstanden ist .[4] Mit dem Rechtsinstitut der Einwilligung hat einerseits der Berechtigte die Möglichkeit, seine Rechtsgüter zu selbstgewählten Zwecken preiszugeben. Auf der anderen Seite erhält der Eingreifende durch die Einwilligung die Erlaubnis, straflos fremde Güter zu beeinträchtigen,[5] wobei der tatsächliche Umfang der Erlaubnis ausschliesslich vom Willen des Berechtigten abhängt. Wer sich nicht an die mit der Einwilligung verbundenen Bedingungen hält, kann sich auch nicht auf die in Frage stehende Einwilligung berufen. Für den Eingreifenden gilt zudem, dass sein Verhalten in Kenntnis und gerade anlässlich der erteilten Einwilligung erfolgt.[6]

Bereits aus dieser Grundkonstellation ergeben sich viele umstrittene Fragen: Was sind die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung? Wie wirkt sich ein Irrtum beim Berechtigten oder beim Eingreifenden auf die Einwilligung aus? Über welche Rechtsgüter darf der Einwilligende verfügen? Was bedeutet es, wenn gesagt wird, dass grundsätzlich lediglich Individualrechtsgüter wie die persönliche Freiheit, die körperliche Unversehrtheit, das Vermögen, die Ehre oder der Hausfrieden mittels Einwilligung verfügbar sind? Wo liegen die objektiven Grenzen der Einwilligung? Inwieweit ist eine gewisse staatliche Bevormundung legitim, um den Einzelnen vor unbedachten und im Hinblick auf seine langfristigen Interessen kurzschlüssigen Entscheidungen zu bewahren?[7] Unter welchen Umständen ist der Berechtigte überhaupt zu einer eigenverantwortlichen Entscheidung in der Lage? Ausserdem tauchen hier weitere, höchst komplexe Problemen und Fragen auf, die sich im Rahmen konkreter Spezialgebiete stellen: Man denke nur an Patientenverfügungen, in denen eine Einwilligung bzw. eine Einwilligungsverweigerung vorab ausgesprochen und

---

3 KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 159.

4 So die übliche Kurzfassung der von Ulpian in den Digesten überlieferten Formel „*nulla inuria est, quae in volentem fiat*“ (D. 47.10.1.5).

5 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 1.

6 BGE 100 IV 155, 159 f.

7 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 50 Rn. 120.

an bestimmte Bedingungen geknüpft wird. Oder an die Frage, inwiefern und unter welchen Bedingungen eine stellvertretende Einwilligung der gesetzlichen Vertreter von unmündigen Patienten unrechtsausschliessend wirkt. Welche Interessen dürfen dabei berücksichtigt werden? Nur das Kindeswohl oder auch religiöse Überzeu-gungen der Eltern? In welchem Umfang soll auch die grundsätzlich anerkannte mutmassliche Einwilligung in Betracht kommen? Wirken solche Einwilligungssur-rogate tatbestandsauschliessend oder rechtfertigend? Gibt es möglicherweise sogar hinreichend gute Gründe, das Konzept einer rückwirkenden rein hypothetischen Einwilligung auch im Strafrecht zuzulassen?

B. Ausgangslage

Im Rahmen der letzten Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches wurde auf die Kodifikation der von der Lehre und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze der Einwilligung und anderer sogenannter „aussergesetzlicher Rechtfertigungsgründe“ verzichtet. Die Tragweite oder das Anwendungsfeld dieser Bestimmung könne noch nicht genügend abgeschätzt werden, sie sei „noch zu unbestimmt. Eine sie betreffende Gesetzesvorschrift wäre entweder sehr allgemein gehalten und damit nichtssagend oder hochkompliziert und deshalb unpraktisch.“[8] Wie kam es zu dieser doch etwas überraschenden Einsicht?

Im Jahre 1983 beauftragte das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) Hans Schultz, die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuches auf ihre Revisionsbedürftigkeit hin zu überprüfen.[9] Zwei Jahre später legte Schultz einen Vorentwurf mit Erläuterungen vor.[10] Am 16. Februar 1987 beauftragte das EJPD sodann eine Expertenkommission mit der Ausarbeitung einer Revision auf

---

8 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. (S. 2003 f.); vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 624.

9 Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches, 1993, S. 5.

10 Vgl. SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, und SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Dritten Buches.

der Grundlage des genannten Vorentwurfs.[11] Die Gesamtkommission verabschiedete den Vorentwurf für eine Änderung des Allgemeinen Teils sowie einiger Vorschriften des Dritten Buches des Strafgesetzbuches am 19. November 1992.[12]

Zunächst fällt auf, dass sowohl im Vorentwurf von Schultz als auch in demjenigen der Expertenkommission auf eine ausdrückliche Kodifikation der Einwilligung verzichtet wurde.[13] Schultz hielt in seinem Bericht zum Vorentwurf entsprechend fest: „dass die Einwilligung des Verletzten in die Verletzung eines seiner Verfügung unterstehenden Rechtsgutes die Tat rechtmässig erscheinen lässt, steht ausser Zweifel".[14] Man könne hierbei „ohne weiteres von Gewohnheitsrecht sprechen."[15] Unter Verweis auf die Kodifikationen im portugiesischen sowie im italienischen Strafgesetzbuch zeigte Schultz sodann, dass diese den Vorteil bieten, „dass sie den Streit darüber ausschliessen, ob die Einwilligung des Verletzten überhaupt eine Tat rechtfertigen kann."[16] Selbst bei einer expliziten und eingehenderen Regelung würde aber die entscheidende Frage offen bleiben, „ob der Verletzte über das beeinträchtigte Rechtsgut überhaupt oder wenigstens bis zu einem gewissen Grade verfügungsberechtigt ist."[17] Wollte der Gesetzgeber auf diese Frage eingehen, würde dies zu einer „ungefügen und kaum praktikablen Vorschrift führen."[18] So würden sich bereits bei der Körperverletzung sehr schwierige Abgrenzungsfragen stellen, da das Kriterium „Antragsdelikt" nicht genügt und es vielmehr auf die Motive der Einwil-

---

11 Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches, 1993, S. 5.

12 Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches, 1993, S. 7.

13 Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches und zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Bern 1992, Art. 12 f.

14 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55.

15 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55; vgl. auch ausführlich zur gewohnheitsrechtlichen Natur der Einwilligung WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 27 ff.

16 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55.

17 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55.

18 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55.

ligung ankommt.[19] Dies erläutert Schultz anhand des Beispiels einer Einwilligung in einen Eingriff in die körperliche Integrität, um die schwer bedrohte Gesundheit oder das Leben zu retten, wo die Verfügungsbefugnis weiter reicht „als sie sonst gehe, beispielsweise wenn eine Bestimmungsmensur in Frage steht."[20] Anders als bei Strafbarkeit der Unterlassung, für die er eine Gesetzesvorschrift befürwortet, gehe es schliesslich bei der Einwilligung des Verletzten auch um eine Begrenzung der Strafbarkeit, welche, ohne das Legalitätsprinzip zu missachten, durch Rechtsprechung und Lehre eingeführt und ausgebildet werden könne. Wegen der zahlreichen, überaus heiklen Abgrenzungsprobleme eigne sich dieses Vorgehen bedeutend besser, weshalb von einer gesetzlichen Regelung abzusehen sei.[21]

Diesen Ausführungen von Schultz schlossen sich sodann auch die beiden Mitglieder der einschlägigen Unterkommission der Experten vollumfänglich an, die sich mit wenigen Wortmeldungen innerhalb der Beratungen der Kommission zum Thema äusserten.[22] Die Expertenkommission hatte sich zudem grosse Zurückhaltung auferlegt. Selbst dann, wenn sich ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichts eine für einen Gesetzestext geeignete Formulierung finden liesse, war die Kommission „grundsätzlich der Auffassung, dass das geltende Recht nur in Fällen einer unabweisbaren Notwendigkeit geändert werden soll."[23] Dies galt offenbar auch für blosse Ergänzungen zum geltenden Recht. Im Vernehmlassungsverfahren nahm ein einziger Teilnehmer in seiner Stellungnahme – wenn auch kurz – Bezug auf die Einwilligung.[24]

---

19 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55 f.

20 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 56.

21 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 56.

22 Vgl. hierzu die entsprechenden Verlautbarungen von Peter und Schwenter, in: Sous-Commission „Application de la loi et conditions de la répression" Procès-Verbal, 3ième séance du 11 et 12 novembre 1987, S. 119.

23 Vgl. Peter, in: Sous-Commission „Application de la loi et conditions de la répression" Procès-Verbal, 3ième séance du 11 et 12 novembre 1987, S. 119 f.

24 EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, S. 133 (Stellungnahme der Sozialdemokratischen Partei der Schweiz): „Bei den Rechtfertigungsgründen regelt der Entwurf nur Notwehr und

Wie und weshalb man zur Feststellung kam, dass eine ausdrückliche Regelung nicht notwendig erscheint, ist indes nicht erkennbar und im Übrigen auch nicht ohne weiteres nachvollziehbar. Gerade der Umstand, dass sich die herrschende Doktrin und Rechtsprechung schon seit längerem mit dem Thema der Einwilligung befasst, legt vielmehr – entgegen der erwähnten Auffassung – die Notwendigkeit einer expliziten rechtlichen Normierung nahe. Der Grundtenor der von den verschiedenen Vernehmlassungsteilnehmern geäusserten Kritik zum Vorentwurf betraf aber grossmehrheitlich die Sorge um die öffentliche Sicherheit. Das Kernstück der Vorlage, die Erweiterung und Neuregelung des Sanktionensystems, fand im Grundsatz bei einer klaren Mehrheit Zustimmung. In rund einem Fünftel der Vernehmlassungen wurde der Vorentwurf der Expertenkommission diesbezüglich aber als lückenhaft und die neuen Bestimmungen als zu sehr nur auf die Interessen der Täter ausgerichtet bezeichnet.[25] Auf jeden Fall kreisten die Debatten fast ausschliesslich um die politisch umkämpfte Thematik der Strafen und Massnahmen. In Anbetracht dieser aufgeheizten Debatte um kriminalpolitische Belange und Strafzwecke bestand augenscheinlich kein Raum für dogmatische und damit vordergründig abstrakte Fragestellungen wie etwa diejenige der Einwilligung.

Im September 1998 nahm der Bundesrat von den Ergebnissen des Vernehmlassungsverfahrens Kenntnis und beauftragte das EJPD, die Vorentwürfe im Lichte dieser Resultate zu überarbeiten und eine entsprechende Botschaft an das Parlament zu erstellen. In dieser Botschaft wurde schliesslich auch ausdrücklich zur Frage einer möglichen Kodifikation der Einwilligung Stellung bezogen und gesagt, dass man darauf verzichte, weil ihre Tragweite noch zu unbestimmt sei.[26] Bei näherer

---

rechtfertigenden Notstand, der zu Recht vom entschuldigenden Notstand getrennt wird. Der Entwurf geht offenbar davon aus, dass die Rechtfertigungsgründe der Einwilligung und der mutmasslichen Einwilligung, wie sie durch die Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden sind, keiner gesetzlichen Regelung bedürfen. Dem können wir zustimmen."

25 Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. (S. 1988).

26 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. (S. 2003 f.).

Betrachtung fällt auf, dass die Botschaft auch an anderer Stelle, etwa hinsichtlich der verschiedenen Teilnahme- und Täterschaftsformen, davon ausgeht, dass eine ausdrückliche gesetzliche Regelung „entweder unvollständig oder sehr kompliziert" wäre.[27] Aus diesem Grund werde gemäss Botschaft, „wie im geltenden Recht, auf eine entsprechende Norm verzichtet und die genaue Umschreibung Rechtsprechung und Lehre überlassen."[28] Nichts anderes – und damit eine bewusste Delegation des Gesetzgebers an Doktrin und Rechtsprechung – gilt auch für die vorliegende Frage der Einwilligung.

Ebenso wenig war die Einwilligung Thema der daran anschliessenden parlamentarischen Beratungen.[29] Erwähnung fand – hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe – einzig die von der Rechtsprechung und Lehre schon länger geforderte und nunmehr in der Botschaft vorgenommene Klarstellung zwischen rechtfertigendem und entschuldigendem Notstand.[30] Die gesamte parlamentarische Diskussion war demgegenüber von der Auseinandersetzung über die Neuordnung des Sanktionensytems an sich – mithin dem Zurückdrängen der kurzen unbedingten Freiheitstrafe und dem Ersetzen derselben durch Geldstrafen im Tagessatzsystem bzw. gemeinnützige Arbeit – geprägt.[31] Ein zweiter Schwerpunkt der Debatte betraf die Behandlung gemeingefährlicher Täter sowie die allfällige Möglichkeit einer (lebenslänglichen) Verwahrung derselben.[32] Angesichts dieser durchaus hitzigen Auseinandersetzung mit vorerwähnten Themen erstaunt es schliesslich nicht, dass die Einwilligung, resp. deren im Vorentwurf und der Botschaft nicht vorgenommenen gesetzliche Verankerung, zu keinen Wortmeldungen der Parlamentarier Anlass gab.

---

27 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. (S. 2012).

28 Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. September 1998, BBl 1999, S. 1979 ff. (S. 2012).

29 Vgl. für den Ständerat Amtliches Bulletin (AB) 2000, S 28 ff.; vgl. für den Nationalrat Amtliches Bulletin (AB) 2001, N 532 ff.

30 AB 1999 S 1111.

31 Vgl. hierzu etwa AB 1999 S 1108 sowie AB 2000 S 739.

32 AB 1999 S 1108 sowie AB 2000 S 739.

Möglicherweise wollte der Gesetzgeber nicht, durch eine Normierung der Einwilligung zu all den damit einhergehenden umstrittenen Fragen direkt oder indirekt Position beziehen müssen. Ungeklärt ist nämlich nicht nur die von Schultz erwähnte unklare Tragweite der Einwilligung bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit, sondern bereits auch die Frage, was die Einwilligung überhaupt ist, ob es sich bei der Einwilligung um einen Grund für den Ausschluss des Tatbestands oder um einen Rechtfertigungsgrund handelt.[33] Die meisten Lehrmeinungen unterscheiden zusätzlich zwischen der Einwilligung und einem tatbestandsausschliessenden Einverständnis.[34] Die in der Botschaft angesprochenen Unwägbarkeiten hinsichtlich der mit der Einwilligung verbundenen erwähnten Rechtsfragen müssen in diesem Licht verstanden werden. Die Normierung dieser komplexen Materie hätte in der Tat eine besondere Anstrengung erfordert, die der Gesetzgeber wohl vermeiden wollte. Dies würde bis zu einem gewissen Punkt die Delegation der entsprechenden Fragen an Lehre und Rechtsprechung ganz im Sinne des Vorentwurfes von Schultz sowie der Expertenkommission erklären.

Der Fokus der damaligen Debatte hinsichtlich der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches lag ganz auf einer Neuordnung des Sanktionensystems sowie auf dem Umgang mit gemeingefährlichen Straftätern. Für die Frage der Einwilligung bestand demgegenüber kein Raum. Eine hinreichende Auseinandersetzung damit, ob die Einwilligung im Rahmen der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches einer rechtlichen Normierung bedürfe oder nicht, fand schlicht nicht statt.[35] Die wenigen Autoren, die sich rückblickend dazu äussern, tun dies denn auch eher kritisch: Es wird moniert, dass die Ausführung in der Botschaft, wonach eine die Einwilligung betreffende Gesetzesvorschrift entweder sehr allgemein gehalten und damit nichtssagend oder hoch kompliziert und deshalb unpraktisch wäre, „nicht sehr überzeugt".[36] Die Begründung, man habe deshalb auf die

---

33 Vgl. ausführlich dazu BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art 14 Rn. 7.

34 Vgl. nur ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 2 m.w.H.

35 Vgl. etwa HEINE, Der kommende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, S. 113.

36 WIPRÄCHTIGER, Revision des Allgemeinen Teils, S. 403.

Kodifikation der Einwilligung verzichtet, weil deren Tragweite noch zu unbestimmt sei, wird als „nicht einfach nachvollziehbar“ beurteilt.[37]

Der Gesetzgeber ist also dem Ansinnen von Schultz und der Expertenkommission gefolgt und hat auf eine gesetzliche Normierung der Einwilligung bewusst verzichtet. Die daraus folgende Gesetzgebung zeichnet sich entsprechend durch einen fragmentarischen Charakter aus; die Auswahl der normierten Rechtfertigungsgründe hat etwas Willkürliches an sich.[38] Es erstaunt zwar nicht, dass man sich unter den gegebenen Umständen nicht die Zeit nehmen konnte oder wollte, sich vertieft mit dem Prinzip der Einwilligung zu beschäftigen. Einem Prinzip, das in der Doktrin und Rechtsprechung – im Einklang mit einer jahrhundertealten Tradition[39] – zwar seit langem anerkannt ist,[40] das aber im Einzelnen sehr umstritten und nicht zuletzt auch strukturell sehr undefiniert ist.[41] Dass man diese Aspekte nicht zumindest soweit hinreichend klären mochte, um das Konzept der Einwilligung kodifizieren zu können, mag unter Berücksichtigung des damaligen Fokus der Debatte zwar verständlich erscheinen, begründet ist es aber nicht.

So ist nicht einleuchtend, inwiefern eine entsprechende Gesetzesvorschrift zwangsläufig nichtssagend oder hochkompliziert und deshalb unpraktisch sein sollte – zumindest nicht komplizierter oder nichtssagender als die Kodifikation von mindestens so vielschichtigen Konzepten wie Notstand, Unterlassung oder Eventualvorsatz. Vermeintliche oder tatsächliche Unklarheiten, Komplikationen oder Unbestimmtheiten werden damit einfach im diffusen Konzept der Einwilligung als „aussergesetzlichem Rechtfertigungsgrund“ belassen. Nur weil die Einwilligung nicht normiert wird, wird sie nicht weniger kompliziert oder unklar – im Gegenteil. Im

---

37 DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 256.

38 Vgl. auch TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, 213, der zurückhaltender von einer „beinahe willkürlichen Auswahl“ spricht, das Fehlen der Normierung der Einwilligung aber ebenso moniert.

39 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 3 m.H. auf HONIG, Die Einwilligung des Verletzten.

40 Vgl. BGE 99 IV 208, 210 f.; vgl. nur STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 3.

41 Vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 33 f.

Unterschied zum anderen aussergesetzlichen Rechtfertigungsgrund, der gemäss Botschaft ebenfalls (noch) nicht kodifiziert werden soll – dem der Wahrung berechtigter Interessen –, ist die Einwilligung zudem ein rechtlich hochrelevantes Ereignis, das in einer Vielzahl von Kontexten täglich Anwendung findet.[42]

Der gegenwärtige Zustand ist auch deshalb unbefriedigend, weil dadurch nicht zuletzt in sehr heiklen zwischenmenschlichen Bereichen, etwa der medizinischen Behandlung oder der Sexualität, Rechtsunsicherheit perpetuiert wird. Rein formell ist es zwar zutreffend, dass die Einwilligung des Berechtigten die Strafbarkeit des Täters nicht begründet, sondern ausschliesst und sie daher ohne Missachtung der rechtsstaatlichen *nullum crimen sine lege* Garantie in Art. 1 StGB und Art. 7 EMRK gesetzlich undefiniert bleiben kann.[43] Das Problem ist aber, dass die fehlende Kodifikation der Einwilligung faktisch eben doch insofern strafbegründend sein kann, als der Täter in den falschen Glauben versetzt werden kann, die Einwilligung des Berechtigten sei in einem bestimmten Fall strafbarkeitsausschliessend. Die „ungeschriebenen, aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründe" können sich nur dann „zugunsten des Täters auswirken",[44] wenn der Täter „sein Verhalten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann."[45] Er muss also zumindest wissen können, auf welche Verhaltensweise diese „ungeschriebenen, aussergesetzlichen Rechtfertigungsgründe" Anwendung finden und auf welche nicht.

Ein Blick in das schweizerische Strafgesetzbuch könnte zwei ganz unterschiedliche Überzeugungen fördern: Die erste bestünde darin, auf etwas abenteuerliche aber nicht gänzlich abwegige Weise davon auszugehen – und wurde in der Vergangen-

---

42 Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 255: „grosse praktische Bedeutung"; vgl. auch TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, Rn. 213.

43 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 56.

44 Vgl. Peter, Sous-Commission „Application de la loi et conditions de la répression" Procès-Verbal, 3ième séance du 11 et 12 novembre 1987, S. 119.

45 BGE 119 IV 242, 244.

heit auch davon ausgegangen –,[46] dass durch formales *argumentum e contrario* aus der Bestimmung über die Tötung auf Verlangen gemäss Art. 114 StGB gefolgert werden kann, dass grundsätzlich alle Fälle von schwerer Körperverletzung uneingeschränkt strafbar sind, auch wenn sie mit Einwilligung des Verletzten erfolgen. Denn offensichtlich fehlt eine dem Art. 114 StGB entsprechende Norm bei den Körperverletzungstatbeständen. Wenn der Gesetzgeber für die Tötung eine Einwilligungsklausel formuliert, bei den Körperverletzungen hingegen nicht, müsse das wohl bedeuten, dass die Einwilligung bei diesen Delikten eben keine Rolle spielen kann. Der Selbstbestimmung über die eigenen Güter und Interessen werde nur dadurch Rechnung getragen, dass bestimmte Körperverletzungen als Antragsdelikt ausgestaltet sind. Nach dieser Ansicht wäre auch eine schwere Körperverletzung auf Verlangen potentiell härter zu bestrafen als eine Tötung auf Verlangen.[47] Und da eben auch bei anderen Deliktsgruppen, beispielsweise bei den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen, eine dem Art. 114 StGB entsprechende Norm fehlt, müsste man auch hier annehmen, dass die Einwilligung gänzlich unwirksam ist. Da die meisten Vermögensdelikte Offizialdelikte sind, wäre auch das Kriterium des Strafantrags ohne grosse Bedeutung.

Auf der anderen Seite könnte man durchaus auch annehmen, dass jeder Eingriff in ein Individualrechtsgut bei Einwilligung des Berechtigten zulässig ist, ausser namentlich bei der Tötung auf Verlangen.[48] Art. 114 StGB erscheint als explizite Ausnahme der allgemeinen Regel, dass bei Verlangen des Opfers der Eingriff in sein Rechtsgut nicht strafbar ist. Man dürfte also Verständnis haben für das Erstaunen des Täters, wenn er trotz unbestreitbarer Einwilligung des berechtigten Opfers

---

46 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 82 Fn. 21 m.H. auf ein Urteil des Kassationsgerichts Waadt, in dem mit einer solchen Argumentation gefolgert wurde, dass nach StGB grundsätzlich alle Fälle von Körperverletzung strafbar seien, auch wenn sie mit Einwilligung des Verletzten erfolgt seien. Das Kriterium des Antragsdelikts würde die Ausnahmen von diesem Grundsatz markieren.

47 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 82.

48 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 27 m.H. auf BGE 109 IV 102: „das Bundesgericht […] schliesst mittels Auslegung aus der Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen […] *e contrario* auf die mögliche strafausschliessende Wirkung der Einwilligung des Verletzten."

bestraft wird für einen schweren Eingriff in dessen körperliche Integrität, obschon im ganzen Gesetz für schwere Köperverletzungen gemäss Art. 122 StGB an keiner Stelle – analog zu Art. 114 StGB – gesagt wird, dass diese auch bei Einwilligung des Opfers strafbar sein können. Der Täter kann nämlich nach herrschender Meinung für eine schwere Körperverletzung mit Einwilligung des Opfers tatsächlich bestraft werden. Dies soll der Fall sein, obschon das Gesetz nahelegt, dass eine Strafbarkeit trotz Einwilligung des Opfers nur bei der Tötung auf Verlangen und unter bestimmten Umständen beim Schwangerschaftsabbruch gemäss Art. 118 Abs. 1 StGB vorliegen kann, und das Gesetz auch an keiner Stelle ausdrücklich sagt, dass eine schwere Körperverletzung mit Einwilligung des Opfers strafbar ist. Das Problem liegt hierbei nicht nur darin, dass für die Einschränkung der Einwilligung unbestimmte Rechtsbegriffe in der Art von „ohne triftige Gründe“,[49] „aus nichtigen Gründen“,[50] „ohne positiven Zweck“[51] oder „im Blick auf das wohlverstandene Interesse des Betroffenen als sinnvoll oder wenigstens vertretbar erscheinen“[52] verwendet werden. Vielmehr ist problematisch, dass generell bei einschlägigen Delikten gegen den Einzelnen an keiner Stelle im Gesetz darauf hingewiesen wird, dass eine Einschränkung der Einwilligung überhaupt möglich ist. Die Merkmale strafbaren Verhaltens und seine Folgen bei Vorliegen einer Einwilligung des Opfers sind also zurzeit keineswegs, wie es das Bundesgericht verlangt, „im Zeitpunkt seiner Ausführung bestimmt und für jedermann klar erkennbar.“[53]

C. Thesen

Ziel der vorliegenden Arbeit ist unter anderem, die Notwendigkeit einer positivrechtlichen Regelung der Einwilligung aufzuzeigen, da die Einwilligung nicht wiederkehrend in jedem Einzelfall gleichsam als moralisches Problem *ad hoc* ohne

---

49 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 16.

50 DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 247 f.

51 Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 259 m.w.H.

52 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 17.

53 Vgl. BGE 112 Ia 107, 113.

gesetzliche Grundlage geregelt werden sollte. Unabhängig von einer wünschenswerten Kodifikation soll in dieser Arbeit ein Beitrag dafür geleistet werden, dass wenigstens die Tragweite der Einwilligung nicht weiterhin so unbestimmt bleibt, wie der Bundesrat in der Botschaft beklagt, dass die Funktion der Einwilligung als Limitierung der Strafbarkeit deutlicher hervorgehoben wird und dass die „überaus heiklen Abgrenzungsprobleme“[54] nicht nur als Argument gegen eine Kodifikation festgestellt, sondern gelöst werden.

Die vorliegende Arbeit ist eine kritisch-theoretische Untersuchung der geltenden Einwilligungsdogmatik im schweizerischen Strafrecht und verfolgt ein normatives und gesetzbegründendes Ziel. Mittels strafrechtlicher und rechtsphilosophischer Grundlagenforschung soll eine Theorie der Einwilligung begründet, die Tragweite des Konzepts der Einwilligung präziser bestimmt und das Fundament für eine hinreichend praktikable Gesetzesvorschrift und für eine kohärente Rechtsprechung gebildet werden. Ausgehend vom anerkannten Prinzip der Einwilligung des Berechtigten sollen insbesondere die folgenden Thesen verteidigt werden:

Bei der Einwilligung des Berechtigten handelt es sich um einen Grund für den Ausschluss des Tatbestands und nicht um einen Rechtfertigungsgrund. Eine sachgerechte, zielführende und kohärente Dogmatik der Einwilligung basiert auf einem liberal-individualistischen personalen Rechtsgutsmodell, das den Willen und die Selbstbestimmung des Berechtigten in das Rechtsgut und mithin in den Tatbestand von Delikten gegen Individualrechtsgüter integriert. Die Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis ist nur formeller Art, kann keine substantielle Bedeutung haben und sollte deshalb aufgehoben werden. Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Einwilligung ergeben sich allein aus der Bedeutung des Rechtsgutes und den spezifischen Anforderungen einzelner Tatbestände. Die Einwilligung des Berechtigten ist in Form einer allgemeinen Norm als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal – „ohne den Willen des Berechtigten“ – in die disponiblen Individualrechtsgüter zu integrieren. Objektive Einschränkungen oder Grenzen der Einwilligung als tatbestandsausschliessende Zustimmung müssen in entsprechenden

---

[54] SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55.

Tatbeständen, nach dem Muster der Tötung auf Verlangen in Art. 114 StGB oder des strafbaren Schwangerschaftsabbruchs nach Art. 118 Abs. 1 StGB, explizit genannt werden.

Es liegt auf der Hand, dass eine gesetzliche Regelung an sich „keineswegs alle für die Rechtsanwendung wichtigen Fragen zu beantworten vermag."[55] Eine gesetzliche Norm kann ein Urteil allein schon deshalb nicht determinieren, weil der Richter, wie Schultz im Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils lapidar festhält, „bei seinem Entscheid die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen [hat]."[56] Die Einfügung der ausdrücklichen Strafbarkeit des unechten Unterlassungsdelikts im revidierten Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches wiederum wird mit der Feststellung kommentiert, es werde „auch künftig Aufgabe der Rechtsprechung sein, diejenigen Situationen zu kennzeichnen, in welchen sich für den Unterlassungstäter aufgrund der Vorschrift eines Gesetzes, der Uebernahme [sic] einer Obliegenheit oder der Schaffung einer Gefahrenlage eine Rechtspflicht zu einem aktiven Tun ergibt."[57] Nichts anderes muss für die Normierung der Einwilligung des Berechtigten gelten; auch hier bleibt auf jeden Fall einiges „Aufgabe der Rechtsprechung." Die Zielsetzung der vorliegenden Arbeit kann also insofern bescheiden sein, als von keiner gesetzlichen Regelung verlangt wird, dass sie „alle für die Rechtsanwendung wichtigen Fragen zu beantworten vermag". Es soll aber mindestens versucht werden, bestehende Fragen über die Struktur, das Wirken, die Bedeutung und die Reichweite der Einwilligung so weit beantworten zu können, dass folgendes Ziel erreicht werden kann: Mehr Klarheit, Kohärenz und Sachgerechtigkeit in der Dogmatik und in der praktischen Anwendung des Rechtsinstituts der Einwilligung des Berechtigten im Strafrecht.

In dieser Arbeit soll nicht eine umfassende und daher oft rein deskriptive Aufbereitung eines Themas geleistet werden, sondern die methodisch möglichst einwand-

---

55 SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils, S. 55.

56 Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches, 1993, S. 24; vgl. auch BGE 103 Ia 501, 503.

57 Bericht zur Revision des Allgemeinen Teils und des Dritten Buches des Strafgesetzbuches, 1993, S. 27.

freie Begründung der Thesen. Es soll nicht über das Thema „Einwilligung" geschrieben werden, sondern mit Blick auf ein konkretes Begründungsziel.[58] Das Vorgehen ist auf Normbegründung gerichtet; es ist nicht bloss norm-deskriptiv, sondern norm-propositiv, insofern dogmatische Lösungsansätze vorgeschlagen werden.[59] Daher werden argumentative Schwerpunkte gebildet, Prioritäten gesetzt und diejenigen Theorien, Meinungen, Argumente und Erkenntnisse vertieft behandelt, zur Anwendung gebracht oder einer Kritik unterzogen, die sich dafür als relevant erweisen. Der Fokus ist durchwegs auf dem materiellen Strafrecht; vereinzelt werden aber auch Aspekte aus dem Strafprozessrecht vertieft, vor allem im Hinblick auf die Beweislastfrage. Auf verschiedene rechtliche Anwendungsfelder wird in Form von konkreten Beispielen in den jeweiligen Kapiteln Bezug genommen.

---

58 Vgl. dazu programmatisch THÜRER, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz, S. 352 f., m.H. auf ein Diktum von Richard Baxter: „Write with a purpose in mind, do not just write about a theme."

59 So treffend GUTMANN, Recht als Kultur?, S. 14 f.

Erster Teil: Grundlagen

I. Einleitung

Die Einwilligung des Berechtigten ist ein Rechtsinstitut, bei dem in besonderem Masse theoretische Grundkonzepte und Auffassungen mit alltagspraktischer Anwendung Hand in Hand gehen. Umso mehr muss man sich auch darüber im Klaren sein, wie diese Thematik methodisch erfasst werden soll. Insofern die Regeln der Einwilligung also auch praktische Regeln sind, wird die Theorie – ein System von allgemeinen Prinzipien, die dem analysierten Rechtsgebiet zugrunde liegen und seine Regeln als Teil eines Ganzen rational begründen können – ergänzt durch die Praxis, die in der Anwendung von allgemeinen Regeln auf den Einzelfall besteht. Hierfür soll einerseits die Theorie im Sinne der Maxime „was in der Theorie richtig ist, taugt auch in der Praxis“[60] der Praxis den Weg weisen, andererseits soll die Praxis die Theorie vor Irrwegen bewahren.[61] Letztlich muss aber die Praxis, wenn sie nicht sinnentleertes Hantieren sein soll, als Bewirkung eines Zwecks unter Befolgung und Anwendung „gewisser im allgemeinen vorgestellten Prinzipien des Verfahrens“[62] begriffen werden.[63]

Die sinnvolle Begründung und Festigung einer Dogmatik der Einwilligung setzt auch voraus, dass das gewählte methodische Verfahren sowohl anwendungsorientiert als auch anwendungsdistanziert ist.[64] Sonst wird die Dogmatik entweder reiner Selbstzweck ohne Bezug zur Rechtswirklichkeit oder sie verkommt zu einer blossen Systematisierung oder Kompilierung von vorherrschenden praktischen Anwendungsregeln ohne tatsächlich prüfenden oder kritischen, geschweige denn reforma-

---

60 Vgl. KANT, Über den Gemeinspruch, S. 245 (AA VIII, 277).

61 UNBERATH, Die Vertragsverletzung, S. 7.

62 KANT, Über den Gemeinspruch, S. 243 (AA VIII, 275).

63 Vgl. grundlegend UNBERATH, Die Vertragsverletzung, S. 7.

64 Vgl. KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kp. 2 Rn 20 ff.

torischen oder legitimierenden Gehalt.[65] Die Grundzüge aus der Praxis, auf die man sich bei einer Anwendungsorientierung stützen muss, sollen im Folgenden unter dem Titel „Aussergesetzliche Einwilligung" dargelegt werden. Hier soll auch die Frage beantwortet werden, welche verfassungsrechtlichen Wurzeln die Anwendung von allgemeinen Regeln auf den Einzelfall bei einer Einwilligung des Berechtigten im Strafrecht haben.

Obschon es relativ unspektakulär ist, moderne Rechtsordnungen als Systeme der Einwilligung zu bezeichnen, und es unbestritten ist, dass Einwilligung „zählt", bedeutet das noch nicht, dass wir dieses Prinzip so gut verstehen, wie wir es verstehen sollten.[66] Erstaunlich unklar ist allein schon die Antwort auf die Frage, was Einwilligung eigentlich ist und daran anknüpfend was Einwilligung tut. Das kommt nicht zuletzt daher, dass Einwilligung im Strafrecht sehr vielfältig ist und in ganz unterschiedlichen Bereichen wirkt. In der Regel signalisiert sie den Willen, die eigene Rechtsposition vor dem Hintergrund einer Struktur von Rechten und Pflichten, die ein bestimmtes Verhältnis regeln, zu verändern. Einwilligung erscheint als Kraft oder Macht, mit der wir unsere normativ bestehende Position modifizieren können, indem wir bestimmte Verhaltensweisen uns gegenüber erlauben, die an sich nicht erlaubt wären.[67] Dies beschreibt George Fletcher wie folgt:

> „When individuals consent to undergo medical operations, to engage in sexual intercourse, to open their homes to police searches, or to testify against themselves in court, they convert what otherwise would be an invasion of their person or their rights into a harmless or justified activity."[68]

Der Grundgedanke ist sicher richtig, dass die Einwilligung eine Art magische Kraft hat, ein an sich unrechtmässiges Verhalten in eine harmlose oder zulässige Tätigkeit „zu verwandeln"; sie kann in diesem Sinne als „*morally transformative*" beschrie-

---

65 Vgl. REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, S. 15.

66 BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 3

67 Vgl. OWENS, Shaping the Normative Landscape, S. 164 f.

68 FLETCHER, Basic Concepts of Legal Thought, S. 109.

ben werden.[69] Die Frage ist aber zum einen, wie diese Verwandlung passiert: Ist es so, dass Einwilligung etwas Unrechtes „neutralisiert", macht Einwilligung den Berechtigten „immun" gegenüber Unrecht, oder immunisiert sie vielmehr den Empfänger der Einwilligung gegenüber Einwänden des Einwilligenden?[70] Zum anderen ist unklar, ob diese Verwandlung in den verschiedenen Bereichen auf die gleiche Art und Weise passiert.

Es versteht sich von selbst, dass eine Einwilligung eine Reihe von Voraussetzungen erfüllen muss, bevor sie überhaupt eine Einwilligung im rechtlichen Sinne sein kann, wirksam wird und mithin „verwandeln" kann.[71] Zu fragen ist aber zunächst, was eigentlich eine Einwilligung im strafrechtlichen Sinn ist, d.h. welcher tatsächliche Vorgang, mentaler, sprachlicher, körperlicher oder anderer Art, als Einwilligung im strafrechtlichen Sinne gelten kann.[72] Es geht also darum, die notwendigen ontologischen Elemente des rechtlichen Phänomens „Einwilligung" zu ergründen, insofern damit ein Phänomen gemeint ist, das nicht nur rechtlich wirksam ist, sondern gleichsam eine rechtliche Natur bekommt. Mit einer Bestimmung der Ontologie eines Phänomens geht auch eine Abgrenzung desselben von ähnlichen aber ungleichen Phänomenen einher. Insofern Definitionen mitunter ontologische Annahmen voraussetzen, setzt die Bestimmung und Konkretisierung des Prinzips der Einwilligung eine Bestimmung der ontologischen Elemente der Einwilligung voraus. Diesen Elementen können wir uns annähern, wenn wir uns fragen, was grundsätzlich in unserer Rechtsordnung und insbesondere unserer Strafrechtsordnung unter „Einwilligung" verstanden wird.

Die Vielfalt der Erscheinungen des Phänomens „Einwilligung" hat sich vor dem Hintergrund eines an sich unbestrittenen aber weitgehend unbestimmten Prinzips entwickelt, das entsprechend vor allem als fluid und wechselhaft charakterisiert

---

69 HURD, The Moral Magic of Consent, S. 124; vgl. auch ALEXANDER, The Ontology of Consent, S. 102.

70 BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 6.

71 Vgl. ALEXANDER, The Ontology of Consent, S. 102; BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 7 ff.

72 Vgl. auch RÖNNAU, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, S. 666.

werden kann. Die folgenden kursorischen Ausführungen sollen dabei nicht etwa einen abschliessenden Überblick über das Phänomen „Einwilligung“ bzw. konkreter das Recht der aussergesetzlichen Einwilligung geben, sondern nur auf einige Grundtendenzen, Meinungen und Leitlinien hinweisen, die als Auslöser der nachfolgenden Argumentation wirken. Es soll auch nicht behauptet werden, dass mit der hier skizzierten aussergesetzlichen Einwilligungsdoktrin Einzelfälle nicht auch durchaus vernünftig beurteilt werden können; Rechtsanwender können damit durchaus einige Gewässer navigieren und es ist nicht so, dass man gar nicht weiss, was man mit dieser Einwilligung anfangen soll. Es liegt aber auf der Hand, dass eine Kodifikation der Einwilligung und mehr Kohärenz in der entsprechenden Dogmatik erfordern, dass mindestens diesbezüglich mehr Klarheit und Einheit geschaffen wird. Dies ganz unabhängig von einer ebenfalls noch zu leistenden genaueren Abgrenzung des Anwendungsbereichs.

Im Folgenden soll das Prinzip der Einwilligung in der Strafrechtsordnung verortet und insbesondere auch in seiner verfassungsrechtlichen Verankerung dargelegt werden. Im Anschluss daran werden etwas genauer das Meinungsspektrum in der Strafrechtslehre und die Leitlinien der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Einwilligung im Strafrecht aufgezeigt. Dies ergibt einen Überblick über die weitgehend auf nationales Recht bezogene normative Landschaft, in der sich die weiteren Ausführungen bewegen werden. Daran anschliessend werde ich darlegen, nach welcher Methode möglichst sichergestellt werden soll, dass die Konkretisierung des Prinzips der Einwilligung den Kriterien der Kohärenz, der systematischen Widerspruchsfreiheit und der Sachgerechtigkeit genügt und mithin als begründet und überzeugend gewertet werden kann.

II. Aussergesetzliche Einwilligung

1. Einwilligung in der Strafrechtsordnung

Es gibt eine naheliegende Erklärung dafür, dass man bei der Revision des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches zum Schluss kam, man könne die Einwilligung

des Berechtigten nicht kodifizieren, weil ihre Tragweite noch zu unbestimmt sei: Das Recht der aussergesetzlichen Einwilligung ist nämlich nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Lösung der Probleme der Einwilligung weiterhin der freien Rechtsfindung des Richters anheimstellt, äusserst umstritten.[73] In einem gewissen Sinne ist das natürlich zirkulär: Eine Normierung erscheint nicht möglich, weil die Meinungen in Lehre und Rechtsprechung so stark differieren und viele Aspekte ungeklärt sind. Die Meinungen differieren und viele Aspekte sind ungeklärt, weil nicht normiert wurde. Es ist also in der Tat nicht erstaunlich, dass dieses Rechtsgebiet gekennzeichnet ist durch eine Vielzahl von kontrastierenden Theorien und Grundverständnissen,[74] die weit über das Mass hinausgehen, das man gewöhnlich bei strafrechtlichen Gesetzesnormen mit ähnlicher Dichte und Substanz kennt. Es geht dabei naturgemäss nicht um Auslegungsfragen, sondern um Grundsätzlicheres; nicht um blosse Rechtsauslegung, sondern um Rechtsschöpfung.

So ist in der Doktrin nicht nur das „Wesen der Einwilligung", sondern vor allem auch ihre deliktssystematische Einordnung ungewiss, d.h. die Frage, auf welcher Stufe des Deliktsaufbaus der zustimmende Wille des Berechtigten die unrechtausschliessende Wirkung entfaltet.[75] Es ist umstritten, ob es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund,[76] um einen Grund für den Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit[77] oder gar um einen „tatbestandlichen Unrechtsausschluss eigener Art"[78] handelt oder ob man die Einwilligung schlicht dem Bereich der objektiven Zurechnung zuordnen soll und so zur Verneinung der Tatbestandsmässigkeit kommt.[79] Eine Gegenüber-

---

73 Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 150; so auch schon NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 65.

74 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 67.

75 Vgl. nur SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117.

76 So DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 255 m.w.H.

77 So SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118 m.w.H.

78 So KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 12 Rn. 5; vgl. auch KINDHÄUSER, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, S. 503.

79 So JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien, S. 22 f.; vgl. auch KRETSCHMER, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, S. 182; so offenbar auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorgan-

stellung von entweder tatbestandsausschliessender oder rechtfertigender Einwilligung lehnt Günter Stratenwerth hingegen als „sachlich verfehlt“ ab.[80] In bestimmten Fällen, beispielsweise Nötigung gemäss Art. 181 StGB oder Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB, würde die Zustimmung des Betroffen zwar bereits die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens des Täters entfallen lassen.[81] Geboten sei aber in der Regel eine „differenzierende Betrachtungsweise“ mit der die jeweiligen Voraussetzungen für eine wirksame Zustimmung anhand der Eigenart des betroffenen Rechtsguts und der Natur des Eingriffs bestimmt werden; damit würde die Frage, ob die Einwilligung schon den Tatbestand oder erst die Rechtswidrigkeit ausschliesst, jegliche praktische Bedeutung verlieren.[82] Gemäss Günther Jakobs soll die Einwilligung mal rechtfertigend und mal tatbestandsauschliessend sein und zwar je nachdem, ob die vom Berechtigten eingesetzten tauschbaren Tatobjekte bzw. Rechtsgüter als „Basis von Entfaltung überhaupt“ fungieren oder als blosse „Entfaltungsmittel“ dienen können.[83]

Vor dem Hintergrund dieser unbestimmten systematischen Einordnung der Einwilligung soll nach herrschender Lehre auch noch differenziert werden zwischen Fällen, in denen die Einwilligung des Verletzten die Erfüllung des Tatbestandes ausschliesst, weil hier die Tatbestandsmässigkeit voraussetze, dass der Täter ohne oder gegen den Willen des Verletzten gehandelt hat, und Fällen, in denen die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund zu gelten habe.[84] Für die Fälle der ersten Gruppe könne ein Tatbestandsausschluss angenommen werden, weil die Tat überhaupt nur

---

spende, S. 88, wobei dies etwas erstaunlich ist, da er an gleicher Stelle sagt, bei einer Ausübung des Verfügungsrechts durch Einwilligung entfalle bereits die Tatbestandsmässigkeit der Handlung; wäre dies der Fall, gäbe es gar nichts, was man dem Täter dann wegen der Einwilligung des Berechtigten objektiv nicht zurechnen könnte.

80 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

81 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 8.

82 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

83 Vgl. JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7/104 ff. und 7/111 ff.; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 18 m.w.H.

84 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117; vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 25.

bei mangelnder Einwilligung denkbar sei. Als Unterscheidungshilfe wird hier die Einwilligung terminologisch meistens als „Einverständnis“ bezeichnet.[85] Es ist also nicht nur unklar, auf welcher Stufe des Deliktsaufbaus die Einwilligung wirkt, sondern – damit freilich zusammenhängend – auch in welchen Formen und Varianten sie überhaupt gedacht werden soll.

Zudem finden sich im Gesetz Delikte, bei denen die (qualifizierte) Einwilligung des Verletzten Teil des gesetzlichen Tatbestandes ist. Man denke beispielsweise an die Sanktionsandrohung bei der Tötung auf Verlangen nach Art. 114 StGB, die für den Täter immerhin eine Strafmilderung vorsieht, wenn er das Opfer auf dessen eindringliches und ernsthaftes Verlangen hin tötet. Eine entsprechende Regelung findet sich auch beim strafbaren Schwangerschaftsabbruch mit Einwilligung der schwangeren Frau nach Art. 118 Abs. 1 StGB. Der Tatbestand ist in diesen Fällen also selbst dann erfüllt, wenn die berechtigte Person in das Täterverhalten eingewilligt hat. Straflos bleibt der Schwangerschaftsabbruch hingegen auf schriftliches Verlangen der schwangeren Frau gemäss Art. 119 Abs. 2 StGB. Gemäss Art. 28 StGB ist sodann bei einer strafbaren Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium grundsätzlich der Autor strafbar, ausser wenn die Veröffentlichung „ohne Wissen oder gegen den Willen des Autors“ stattgefunden hat. Auf der anderen Seite enthält das Strafgesetzbuch mit der Verletzung des Berufsgeheimnisses in Art. 321 StGB eine Norm, in der nicht nur der Tatbestand umschrieben und eine abschliessende Liste der Normadressaten formuliert wird, sondern auch zwei spezielle Strafausschliessungs- bzw. Rechtfertigungsgründe genannt werden. Die Offenbarung des Geheimnisses ist demnach unter anderem dann nicht strafbar, wenn sie aufgrund einer Einwilligung des Berechtigten, also des Geheimnisherrn, erfolgt. Hinzuweisen ist sodann auf jene Delikte, bei denen die Einwilligung durch die unwiderlegbare Vermutung der Urteilsunfähigkeit des Verletzten wirkungslos ist – man denke an die Verabreichung gesundheitsgefährdender Stoffe an Kinder gemäss Art. 136 StGB oder an sexuelle Handlungen mit Kindern gemäss Art. 187 StGB.[86]

---

[85] Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 49.

[86] Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 63.

Die Einwilligung wirkt aber auch in anderen Bereichen der Strafrechtsordnung. So besteht beispielsweise eine immer wieder mal konstatierte, aber relativ wenig diskutierte Nähe zwischen der Einwilligung und dem Strafantragsrecht, das mittels Willenserklärung wahrgenommen wird.[87] Soweit ersichtlich ist hier jedoch die einhellige Meinung, dass mit dem Kriterium des Antragsdelikts die Bedeutung, Funktion und Reichweite der Einwilligung nicht richtig erfasst wird[88] und es gleichsam nur um „atmosphärische" und nicht rechtlich belastbare Analogien geht. Und auch in der Strafprozessordnung spielt die Einwilligung des Berechtigten in einigen Grundsatznormen eine Schlüsselrolle. So können Hausdurchsuchungen gemäss Art. 244 Abs. 1 StPO nur mit Einwilligung der berechtigten Person erfolgen; die Grenze der Tragweite dieses Grundsatzes wird in Abs. 2 festgelegt. Ähnliches gilt für die Durchsuchung von Personen und Gegenständen, die gemäss Art. 249 StPO nur dann „ohne Einwilligung" erfolgen darf, „wenn zu vermuten ist, dass Tatspuren oder zu beschlagnahmende Gegenstände und Vermögenswerte gefunden werden können." In einer eher unbegründet erscheinenden stilistischen Abwandlung wird hier das Willenselement also negativ als „ohne Einwilligung" formuliert und daran die Ausnameregelung mit der Formel „nur dann, wenn" gekoppelt. Im Übrigen ist auch in der Regelung des vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzugs nach Art. 236 Abs. 1 StPO ein Einwilligungselement des Berechtigten enthalten, wenn gesagt wird, dass die Verfahrensleitung der beschuldigten Person bewilligen kann, Freiheitsstrafen oder freiheitsentziehende Massnahmen vorzeitig anzutreten. Das impliziert, dass der Beschuldigte dies will und einen entsprechenden Antrag gestellt hat.

2. Einwilligung und Verfassungsrecht

Der positiv-rechtliche Ausgangspunkt für das Prinzip der aussergesetzlichen Einwilligung des Berechtigten im Strafrecht ist der verfassungsrechtlich in der Menschenwürdegarantie und im Grundrecht des Persönlichkeitsschutzes verankerte An-

---

87 Vgl. BSK-Strafrecht I-Riedo, Art. 30 Rn. 47 ff.; vgl. ausführlicher dazu unten S. 291 ff.

88 Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152 f.

spruch auf körperliche Unversehrtheit[89] und auf individuelle Selbstbestimmung.[90] Dass der Einzelne wirksam in Eingriffe in seine Güter durch andere Personen einwilligen darf, wird in enger Beziehung, wenn nicht gar als eigentliche Konsequenz des verfassungsrechtlich geschützten Menschen als autonome Persönlichkeit begründet, die selbstbestimmt das eigene Verhalten steuert, Lebensziele festlegt und anstrebt.[91] José Hurtado Pozo formuliert diese Gedanken wie folgt:

> „L'individu est libre de conserver ses droits ou d'en disposer, quand bien même leur contenue, en particulier pour les droits fondamentaux, est constitué de biens juridique dont la protection fait l'objet du droit pénal."[92]

Damit geht auch die Regel einher, dass Übergriffe auf den menschlichen Körper unter den Schutz der körperlichen Integrität fallen[93] und beispielsweise grundsätzlich niemand verpflichtet ist, medizinische Eingriffe in seine körperliche Integrität hinzunehmen.[94] Das urteilsfähige Individuum ist grundrechtlich in seiner Freiheit geschützt, über therapeutische oder verbessernde medizinische Eingriffe selbst be-stimmen zu dürfen.[95] Ausser in gesetzlichen Ausnahmefällen[96] hat der Patient die „Freiheit zur Krankheit"[97] und darf nicht gezwungen werden, medizini-

---

89 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 57 ff.; vgl. auch BGE 127 I 6, 10 ff.; vgl. zum Ganzen GETH/MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht, S. 158 f.

90 Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV; SGK-BV-Schweizer, Art. 10 Rn. 6 und Rn. 38 f.; SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, Rn. 20 f.

91 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 627; vgl. grundlegend AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 29; vgl. auch GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 22.

92 HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 627; vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 46.

93 SGK-BV-Schweizer, Art. 10 Rn. 23.

94 Vgl. BGE 125 I 335, 343; vgl. auch besonders deutlich der deutsche Bundesgerichtshof in BGHSt 40, 257, 262: Gegen den Willen des Patienten darf „eine ärztliche Behandlung grundsätzlich weder eingeleitet noch fortgesetzt werden."

95 Vgl. GUTMANN, Short cuts to happiness, S. 140.

96 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 71 ff.

97 SCHUBARTH, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 1092.

sche Hilfe anzunehmen und seine Genesung zu fördern.[98] Dieses Selbstbestimmungsrecht erstreckt sich auch auf die individuelle Entscheidung, auf (weitere) lebensverlängernde medizinische Massnahmen zu verzichten[99] und umfasst mithin ein „Recht zur Selbstaufgabe".[100] Für den einwilligungsfähigen Patienten bedeutet dies, dass er nach eigenem Ermessen eine medizinische Behandlung ablehnen darf;[101] die Gründe dafür werden keinen objektiven Vernünftigkeitskriterien unterworfen.[102] Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich die umfassende medizinische Aufklärung zwar als Voraussetzung für die Einwilligung in einen Heileingriff etabliert hat,[103] der Entscheid für eine Verweigerung der Einwilligung jedoch keine vorangehende Aufklärung voraussetzt und zwar genauso wenig, wie der völlige Verzicht auf Rat und Hilfe.[104] Eine „Zwangsaufklärung" ist in diesen Fällen nicht nur praktisch undurchführbar, sondern auch rechtlich nicht vorausgesetzt.

Nach der deutschen Grundrechtsdoktrin wird der Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit aus dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäss Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet. Die Verankerung des Selbstbestimmungsrechts wird im Übrigen auch in Art. 2 Abs. 1 erster Satz GG gesehen.[105] Nach ständiger Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts kann jedoch ein solcher allgemeiner und unmittelbarer Grundrechtsschutz der persönlichen Handlungsfreiheit und des

---

98 POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 641.

99 MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 153.

100 STERNBERG-LIEBEN, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht, S. 1186.

101 POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 641; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 52.

102 Vgl. WIEGAND, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, S. 163; vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 41 f.; WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 83 ff.

103 Vgl. BGE 108 II 59, 61 ff.; BGE 117 Ib 197, 200 ff.; BGE 124 IV 258, 260 f.; vgl. ausführlich dazu auch TAG, Intramurale Medizin in der Schweiz, S. 15 f.

104 Vgl. POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 647; vgl. im Ergebnis auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 16; insofern unklar TAG, Intramurale Medizin in der Schweiz, S. 16.

105 Vgl. dazu FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 75 f.

Selbstbestimmungsrechts nicht angenommen werden. Leitend soll hier vielmehr der Grundsatz sein, dass dem Einzelnen nur – aber immerhin – eine Entschliessungs- und Betätigungsfreiheit in Bezug auf die „elementaren Erscheinungen der Persönlichkeitsentfaltung“ zukommt.[106] Der verfassungsrechtliche Persönlichkeitsschutz umfasst die Freiheit, in wichtigen Belangen eine gegebene Situation selbst zu beurteilen und nach den daraus gewonnenen Einsichten zu handeln, d.h. frei und autonom zu entscheiden.[107] Zentral ist also die Frage, ob es sich um Formen der eigenen Lebensgestaltung handelt, die keine grundlegenden Aspekte betreffen, oder um solche, die von elementarer Bedeutung für die Entfaltung der Persönlichkeit des Betroffenen sind.[108] Dazu zählen allgemein die Bestimmung über den eigenen Körper, die Sexualität, die Pflege sozialer Kontakte, die Beendigung des Lebens oder auch die Fortpflanzung.[109] Weiter gefasst ist hingegen der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz, der „alle physischen, psychischen und sozialen Werte, die einer Person kraft ihrer Existenz zukommen“ umschliesst.[110]

In seiner positiven Dimension schützt das Persönlichkeitsrecht die selbstbestimmte Lebensgestaltung, die freie Entfaltung der Person als Ausdruck der freien Willensbetätigung und nicht zuletzt die Verfügungsfreiheit der Person über die Gehalte der persönlichen Integrität mithin das Recht auf Selbstbestimmung in Bezug auf den eigenen Körper.[111] Der negative Teilgehalt umfasst hingegen ein Abwehrrecht, d.h. den Schutz der psychischen und physischen Integrität vor äusseren Beeinträchtigungen ohne den Willen des Berechtigten und grundsätzlich unabhängig vom Zweck und der Intensität des Eingriffs.[112] Im Hinblick auf den Schutzbereich der

---

106 Vgl. BGE 138 IV 13, 25 f.; BGE 133 I 110, 119; vgl. auch SGK-BV-Schweizer, Art. 10 Rn. 6; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 141.

107 Vgl. BGE 131 I 58, 66; vgl. SGK-BV-Schweizer, Art. 10 Rn. 6.

108 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 43.

109 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 138 ff.

110 BSK-ZGB I-Meili, Art. 28 Rn. 5 f.

111 Vgl. VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 31 und S. 43; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 138; BÜCHLER/MICHEL, Medizin Mensch Recht, S. 47.

112 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 57 ff. und S. 71 ff.

körperlichen Integrität ist dabei auch an blosses Einwirken auf den Körper ohne Schädigungsfolgen und an medizinisch indizierte und *lege artis* vorgenommene Eingriffe zu denken.[113] In diesen rechtlich gewährleisteten Schutzbereichen, in denen der Einzelne selber disponieren darf, dürfen Verfügungen über die individuellen Güter und Interessen grundsätzlich nur mit dem Willen des Berechtigten erfolgen.[114] Grundrechtlich werden also sowohl Aktivitäten als Handlung und Freiheit *zu* etwas Bestimmtem als auch die Integrität als Zustand und Freiheit *vor* Eingriffen geschützt.[115] Wie wir sehen werden, ist dieses Zusammenwirken von negativem Schutz und positiver Freiheit der Willensbetätigung für den Bereich der strafrechtlichen Einwilligung des Berechtigten von besonderer Bedeutung. Die freie Verfügungsmöglichkeit über eigene Güter und Interessen setzt nämlich voraus, dass grundsätzlich Dritte ohne den Willen des Berechtigten nicht darüber verfügen dürfen; es besteht gleichsam eine Garantie für das Individuum, dass seine rechtliche Sphäre und vor allem seine geistige und körperliche Integrität unangetastet bleiben. Daraus ergibt sich die für die Dogmatik der Einwilligung einschlägige und potentiell ambivalente Verpflichtung des Staates, den Schutz des Selbstbestimmungsrechts mittels Schutz der persönlichen Integrität vor unerwünschten Eingriffen zu garantieren.[116]

Wir können an dieser Stelle das Gesagte dahingehend zusammenfassen, dass die Einwilligung des Berechtigten in unserer Rechtsordnung ohne weiteres als Grundprinzip anerkannt ist. Sie ist als gewohnheitsrechtlicher Grundsatz im Strafrecht unbestritten, kann in einem weniger engen Sinn als politische Grundsatznorm eines modernen demokratischen Staates angesehen werden und ist in ihrer individualrechtlichen Ausformung deutlich, wenn auch nicht explizit im Verfassungsrecht verankert. Der verfassungsrechtliche Schutz der individuellen Dispositionsfreiheit gibt aber im Umgang mit eigenen Gütern mittels Einwilligung keine Auskunft dar-

---

113 Vgl. VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 31; vgl. auch BÜCHLER/MICHEL, Medizin Mensch Recht, S. 6.

114 VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 34.

115 So treffend VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 31.

116 Vgl. auch VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 92.

über, wie die Einwilligung strafrechtlich im Einzelnen ausgestaltet werden soll und ob es beispielsweise unzulässig ist, die Wirkung der Einwilligung erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit anzusiedeln.[117] Aus den Grundrechten kann also die Regel der Wirksamkeit der Einwilligung folgen, aber zumindest für die schweizerische Verfassungsordnung nicht deren konkrete Gestalt oder Verortung.

Auf der Grundlage eines auch verfassungsrechtlich abgestützten Konsenses darüber, dass die Einwilligung des Berechtigten ein wichtiges Prinzip unserer Rechtsordnung darstellt, hat sich in der Lehre ein breites Meinungsspektrum über Grund, Struktur und Inhalt dieses Prinzips gebildet. Die Konkretisierung der aussergesetzlichen Einwilligung zeichnet sich durch einige Gemeinsamkeiten und viele Differenzen aus.[118] Im folgenden Abschnitt soll daher ein Überblick über die entsprechende Doktrin in der Schweiz gegeben werden.

3. Meinungsspektrum in der Lehre

a) Systematische Einordnung

Die Autoren sind sich weitgehend darin einig, dass der Grund für die Wirksamkeit der Einwilligung letztlich im Selbstbestimmungsrecht der Individuen bzw. darin besteht, dass die Rechtsordnung um der persönlichen Freiheit Willen den ihr unterworfenen Individuen das Recht einräumt, innerhalb gewisser Grenzen über ihre rechtlich geschützten Güter zu verfügen.[119] Differenzen sind innerhalb der Lehre hingegen insbesondere bezüglich zweier inhaltlicher Gesichtspunkte auszumachen,

---

117 Vgl. MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 370.

118 Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152: „Aussi n'est-il pas surprenant que la doctrine, unanime à reconnaître la justification de certaines infractions par le consentement, diverge sur les fondements mêmes de celle-ci."

119 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale. 628; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 116; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, 255 f.; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 6; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5; RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, S. 193; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 41 m.w.H.; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 154; GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 21 ff.; ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 12 ff.

die sich bis zu einem gewissen Grad auch gegenseitig bedingen: Die systematische Einordnung der Einwilligung und die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung im Unterschied zum Einverständnis.

Vom Gesichtspunkt der systematischen Einordnung aus gesehen, wird die Einwilligung entweder als ein aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund[120] oder aber als ein Rechtsinstitut betrachtet, das, sofern es wirksam zustande gekommen ist, stets bereits tatbestandsausschliessend wirkt.[121] Gemäss erstgenannter Ansicht wird von der rechtfertigenden Einwilligung ziemlich schneidig das tatbestandsausschliessende Einverständnis abgegrenzt.[122] Mitunter wird aber auch das Begriffspaar der tatbestandsausschliessenden und der rechtfertigenden Einwilligung verwendet, wobei die tatbestandsausschliessende Einwilligung das „fehlende Einverständnis des Betroffenen voraussetzt".[123] Das Einverständnis soll bei einigen Delikten deshalb bereits tatbestandsausschliessend sein, weil die Zustimmung des Berechtigten den betreffenden Tatbestand „ganz offensichtlich ausschliesst"[124] oder der Tatbestand, wie beispielsweise beim Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) oder beim Diebstahl (Art. 139 StGB) „ausdrücklich oder sinngemäss das fehlende Einverständnis des Betroffenen voraussetzt".[125] In solchen Fällen kann gesagt werden, dass das Verhalten desjenigen, der mit dem Einverständnis des Berechtigten handelt, nicht unter

---

120 So DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257 ff.; LOGOZ/SANDOZ, Commentaire partie générale, Art. 32 Rn. 5; NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 59 ff.; RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, S. 193 ff.; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 7 ff.; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 140 ff.

121 So HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, S. 209 ff.; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117 ff.; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 7 ff.; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 46 ff.

122 So die Formulierung in RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595; vgl. dazu auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117;

123 DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 258.

124 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117.

125 DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 258 (namentlich auch die Art. 181, 156, 189, 190 StGB); vgl. auch RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, S. 193; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 8; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 23 f.

eine Strafnorm fällt; er hat kein Rechtsgut verletzt, da er in Übereinstimmung mit dem Willen des Berechtigten gehandelt hat. Ein potentiell strafbares Verhalten wird durch das Einverständnis in ein Verhalten umgewandelt, das Teil der gewöhnlichen Alltagshandlungen zwischen Individuen in einem sozialen Kontext ist.[126] Manchmal werden unter dem Stichwort der Einwilligung auch lediglich für die rechtfertigende Einwilligung Wirksamkeitsvoraussetzungen formuliert; das Einverständnis bzw. die tatbestandsausschliessende Einwilligung wird hingegen nicht näher erläutert.[127] Dies lässt vermuten, dass aus der unterschiedlichen systematischen Einordnung von Einverständnis und Einwilligung zumindest für deren Wirksamkeit auf jeweils unterschiedliche Voraussetzungen geschlossen wird.

Gemeinhin sind laut Vertretern einer solch strikten Unterscheidung die Voraussetzungen an die Wirksamkeit des Einverständnisses weniger zahlreich, als jene an die Wirksamkeit der Einwilligung. Insbesondere soll für das Einverständnis bereits der „natürliche“ oder der „faktische“ Wille wirksamkeitskonstitutiv sein.[128] Damit sind allein äusserlich erkennbare Verhaltensweisen gemeint, von denen auf innere Absichten oder Intentionen des Berechtigten geschlossen wird, ohne dass diese auf freier Willensbestimmung basieren müssen. Für die Bejahung des natürlichen oder faktischen Willens reicht mithin die bloss äusserliche Tatsache, dass eine Person einen Eingriff ohne – ausdrücklich oder konkludent manifestierten – entgegenstehenden Willen zugelassen hat, also gerade nicht der tatsächliche Wille.[129] Damit hängt auch der Begriff der „natürlichen Willensfähigkeit“ zusammen: Für das Einverständnis soll keine besondere qualifizierte Einverständnisfähigkeit des Betroffenen erforderlich sein. Daher könne man beispielsweise nicht sagen, eine geistes-

---

126 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 633: „Ces comportements ne tombent pas sous le coup des dispositions citées; le bien juridique n’a pas été atteint, car l’auteur a agi en conformité avec la volonté de l’ayant droit. Cet assentiment change la nature de ces actes, qui deviennent des procédés normaux entre individus dans le cadre de l’ordre social.“

127 So beispielsweise in DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257 ff. und RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, S. 193 ff.

128 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 34 f.

129 Vgl. STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 168 m.w.H.

kranke Person, die als solche „natürlich“ willensfähig ist, werde „gegen ihren Willen“ entführt, wenn sie mit dem fraglichen Geschehen einverstanden sei, d.h. sich nicht dagegen wehrt, weil sie gar nicht versteht, was mit ihr geschieht. Ebenso wenig könne einem Kind, das natürliche Willensfähigkeit habe, mit dessen Einverständnis eine in seinem Alleingewahrsam befindliche Sache „weggenommen“ werden.[130]

Diese unterschiedlichen Lehrmeinungen gründen letztlich im jeweils verwendeten Begriff des Individualrechtsguts und in unterschiedlichen Grundverständnissen von Rechtfertigung.[131] Nach einer Ansicht wird das Rechtsgut als rechtlich geschütztes Interesse – beispielsweise „Eigentum“ oder „körperliche Unversehrtheit“ – vom Rechtsgutsobjekt oder dem Handlungsobjekt, mit anderen Worten von der materiellen Instanziierung des Rechtsguts in einer bestimmten Sache oder einem bestimmten Körper, unterschieden. Dann kann bei einer Einwilligung gar nicht erst eine Rechtsgutsverletzung vorliegen, da keinem rechtlich geschützten Interesse zuwidergehandelt wird.[132] Dies führt dazu, dass durch Einwilligung stets bereits der Tatbestand nicht erfüllt ist, da mit dessen Formulierung in einer strafrechtlichen Norm Rechtsgüter vor ihrer Verletzung geschützt werden sollen, die durch Einwilligung eben gerade nicht verletzt werden. Der Einzelne darf also in diesem Sinne mittels Einwilligung über seine rechtlich geschützten Güter verfügen, weil der Eingriff in diese Güter kein tatbestandsmässiges Verhalten darstellt.

Wenn man hingegen das Individualrechtsgut auf Tatbestandsebene zunächst allein auf das schützenswerte Objekt – beispielsweise eine bestimmte Sache oder einen bestimmten Körper – beschränkt und unabhängig von der berechtigten Person, ihrem Selbstbestimmungsrecht und ihrer konkreten Freiheit, über die eigenen Rechtsgüter verfügen zu dürfen, definiert, ist der Tatbestand trotz Einwilligung erfüllt. Die Einwilligung des Berechtigten kann die Tatbestandsmässigkeit des Täterverhaltens

---

130 Zum Ganzen S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32a.

131 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 8.

132 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 8.

sodann erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ausschliessen.[133] Mit Blick auf die ebenfalls von dieser Ansicht zugestandenen, um der persönlichen Freiheit Willen in gewissen Grenzen bestehenden Verfügungsfreiheit der Individuen über ihre rechtlich geschützten Güter, stellt sich die Frage, worin denn gemäss dieser Ansicht die besagte Verfügungsfreiheit überhaupt gründet.[134] Warum sollen bestimmte tatbestandsmässige Eingriffe in Individualrechtsgüter, die mit Einwilligung des Berechtigten erfolgen, ausnahmsweise gerechtfertigt sein und straflos bleiben? Eine mögliche Antwort lautet, dass es den Individuen erlaubt sein soll, auf den Rechtsschutz hinsichtlich der Rechtsgutsverletzung durch Einwilligung zu verzichten; eine andere, dass der Unwert einer Verletzung eines Rechtsguts bei Höherwertigkeit der Verfügungsfreiheit des Individuums sich durch Einwilligung im Rahmen einer Güterabwägung aufwiegen lässt.[135]

Eine differenzierende und in gewisser Weise zwischen den beiden Positionen „tatbestandsausschliessend" oder „rechtfertigend" vermittelnde Ansicht wurde hingegen von Stratenwerth entwickelt. Er sieht in seinem Modell vor allem auch eine Antwort auf die Frage, weshalb die Rechtsordnung die Verfügungsfreiheit des Einzelnen über seine rechtlich geschützten Güter in gewissem Umfang anerkennt.[136] Er hält fest, dass Rechtsgüter niemals in ihrem materiellen Substrat bestehen würden, sondern in der entsprechenden Verfügungsmöglichkeit, „also etwa nicht in einer Sache als solcher, sondern in der als ‚Eigentum' erscheinenden Herrschaft über sie."[137] Seiner Ansicht nach werde durch die Einwilligung die Rechtsgutsverletzung

---

133 Vgl. dazu STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5.

134 Vgl. dazu WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43.

135 GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152: „Pour certains, le consentement est un acte juridique conférant à son bénéficiaire le droit d'attenter aux intérêts du consentant; pour d'autres, ce dernier abdique son 'droit au droit' et cesse d'être protégé par la loi dont il décline librement le secours; pour d'autres encore, un intérêt dont le titulaire autorise la lésion perd sa qualité de bien juridiquement protégé et ne peut plus faire l'objet d'une atteinte antijuridique."

136 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5; vgl. schon STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 41 ff.; vgl. auch STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 154 Fn. 8.

137 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

selbst aufgehoben und zwar im Wesentlichen aus folgendem Grund: Individualrechtsgüter werden in der Regel nur deshalb geschützt, weil sie dem Einzelnen ein gewisses Mass an Freiheit gewähren. Da es aber um den Schutz der individuellen Freiheit geht, kann die Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsguts kein Unrecht sein, wenn der Eingriff von der Einwilligung erfasst ist und sich damit im Einklang und nicht im Widerspruch zur individuellen Freiheit und Selbstbestimmung befindet.[138] Daraus zieht Stratenwerth aber nicht den Schluss, dass die Einwilligung immer bereits den Tatbestand ausschliessen würde. Es sei nämlich sachlich verfehlt, Tatbestandsausschluss und Rechtfertigung einander strikt und prinzipiell so gegenüberzustellen, dass im Falle des tatbestandsausschliessenden Einverständnisses stets der „natürliche" Wille genügen würde, im Falle der Einwilligung jedoch noch weitergehende besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen vorzuliegen hätten. Die jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen sollen vielmehr von der Eigenart des geschützten Rechtsguts und der Natur des konkreten Eingriffs abhängig sein.[139] Die grundsätzliche Unterscheidung zwischen tatbestandsausschliessendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung ist freilich laut derjenigen Ansicht ohnehin hinfällig, die einer wirksamen Einwilligung stets tatbestandsausschliessende Wirkung zukommen lassen will. Dennoch stimmen auch hier die meisten Autoren darin überein, dass es unterschiedliche Wirksamkeitsanforderungen an die Einwilligung geben kann.[140] Das resultiere jedoch nicht aus einer kategorischen Trennung zweier Arten von Einwilligung, sondern liege vielmehr in der Struktur der betreffenden Tatbestände.[141]

---

138 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6; vgl. auch STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

139 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10 m.w.H.

140 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 119; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 639.

141 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 119; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 9; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

Antworten auf die Frage, weshalb die Rechtsordnung die Verfügungsfreiheit des Einzelnen über seine rechtlich geschützten Güter in gewissem Umfang überhaupt anerkennt, also nach den Gründen des Prinzips der Einwilligung im Allgemeinen, findet man hingegen kaum.[142] Die in der Doktrin vertretenen Ansichten enthalten meist keine Begründung für die Verfügungsfreiheit und für die legitime Wirkung der Einwilligung, d.h. es wird kein Ziel benannt, dem dieser Zustand und dem die Einwilligung dienen soll.[143] Sie sind vielmehr bloss – aber immerhin – Antworten auf die Frage nach dem jeweiligen Verständnis des Begriffs der Individualrechtsgüter und der Rechtfertigung.[144] Als solche ist diese Frage aber logisch losgelöst von der Grundlegung des Prinzips der Einwilligung und der individuellen Verfügungsfreiheit. Verfügt wird über die Individualrechtsgüter nämlich auf die eine oder andere Weise ohnehin, ganz unabhängig vom jeweiligen Verständnis von Individualrechtsgut. Die durch Einwilligung vollzogene Ausübung der Verfügungsfreiheit nimmt aber jeweils einen anderen Charakter an; durch die Bestimmung der Rechtsgüter wird auch die Verfügungsfreiheit über diese Rechtsgüter mitbestimmt. Führt das eigene Rechtsgutsverständnis dazu, dass man davon ausgeht, dass bei jeder Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsgutsobjekts trotz Einwilligung eine Rechtsgutsverletzung vorliegt, kann der Einzelne nur in dem Sinne mittels Einwilligung frei über seine Rechtsgüter verfügen, dass er sie eben gerade verletzt haben möchte und er deshalb auf den Rechtsschutz verzichtet. Dass es dem Individuum trotz des Umstandes, dass das Strafrecht Rechtsgüter vor fremden Eingriffen schützt, erlaubt sein soll, das Rechtsgut durch fremde Eingriffe zu verletzen und damit auf den Rechtsschutz zu verzichten, ist also nicht etwa eine Antwort auf die Frage nach dem Grund der Verfügungsfreiheit. Vielmehr ist dies eine Konsequenz der Existenz der Verfügungsfreiheit vor dem Hintergrund eines bestimmten Verständnisses des Rechtsgutbegriffs; das Verständnis nämlich, dass das Rechtsgut auch bei einer Einwilligung verletzt ist, wenn dessen materielle Substanz beein-

---

142 Ansatzweise in WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 41 f.; ausführlicher in NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 65 ff.

143 Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

144 Ich verdanke diesen Hinweis Gian Andri Färber.

trächtigt ist. Das gleiche gilt für das Modell der Güterabwägung. Hier wird zudem besonders deutlich, dass es immer auch um die Bestimmung der Grenze – nicht des eigentlichen Grundes – der Verfügungsfreiheit geht. Der Einzelne soll immer dann über seine Güter verfügen dürfen, wenn der Wert der Verfügungsfreiheit grösser ist als der Unwert des Eingriffs.

Dass der Einzelne Verfügungsfreiheit hat und dass die Einwilligung des Berechtigten auf die eine oder andere Art das Unrecht der Tat aufheben soll, wird freilich im Wesentlichen ohne vertiefte Diskussion als gewohnheitsrechtliches und auf die Verfassung abstützbares Faktum angenommen. Die Verfügungsfreiheit über ein Individualrechtsgut mittels Einwilligung gründet in diesem Sinne letztlich allein in ihrer Akzeptanz durch die Rechtsordnung; sie ist Ausfluss der von der Rechtsordnung akzeptierten persönlichen Freiheit. Diesen Aspekt hat Philippe Graven sehr richtig erkannt:

> „Reste néanmoins à expliquer pourquoi un particulier peut valablement consentir à la violation d'une norme édictée dans l'intérêt général, renoncer à une protection instituée dans l'intérêt général ou dépouiller un bien du caractère de bien pénalement protégé que la volonté générale lui attribue. L'explication ne peut être que politique, et non juridique: un Etat libéral doit reconnaître, parallèlement à l'intérêt public au respect des biens individuels pénalement protégés, un intérêt public à l'exercice de la liberté individuelle; sauf disposition contraire, les citoyens peuvent donc consentir au sacrifice de leurs biens, dans la mesure où l'intérêt général à la libre disposition de ceux-ci prime l'intérêt général à leur intangibilité."[145]

b) Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Weitgehend unbestritten ist die Annahme, dass das Prinzip der Einwilligung überhaupt nur auf die eine oder andere Weise konkretisiert werden kann, wenn bestimmte Erfordernisse einer rechtswirksamen Einwilligung eingehalten werden. Bezüglich dieser formellen und substantiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der

---

[145] GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152.

Einwilligung, sei sie nun rechtfertigend oder ein allgemeiner Tatbestandsausschlussgrund, besteht insofern Einigkeit, als grundsätzlich alle Autoren die Erfüllung von bestimmten Voraussetzungen – zumindest in Form von Typen oder Kategorien – verlangen,[146] die hier kursorisch bezeichnet werden sollen.

Der Einwilligende darf ausschliesslich über individuelle Rechtsgüter, nicht aber über Rechtsgüter der Allgemeinheit verfügen.[147] Die Einwilligung muss ausdrücklich oder konkludent vor der Tat erteilt worden und nach aussen hervorgetreten sein.[148] Die Einwilligungsfähigkeit muss gegeben sein. Ausreichend ist hierfür die Urteilsfähigkeit, d.h. die Einsicht in das Wesen und die Tragweite des Verzichts auf den Schutz des Rechtsguts.[149] Weitgehend Einigkeit besteht auch im Hinblick auf den Grundsatz, dass die allgemeinen Voraussetzungen einer gültigen Einwilligung, deren Form und Aufklärungsgehalt je nach Schwere des Eingriffs verschieden sein können; sie sind jeweils der Rechtsgrundlage, der betroffenen Individualrechtsgüter, dem Handlungskontext sowie der berechtigten Personen anzupassen.[150] Im Übrigen gilt, dass keine (wesentlichen) Willensmängel bestehen dürfen, d.h. Ernsthaftigkeit,

---

146 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 120 f.; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 10 ff.

147 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 50 f. Rn. 120; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 10 f.; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257 f.; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 13 f.; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 641; vgl. ausführlich hierzu S. 262 ff.

148 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 51 Rn. 120; BSK-StGB I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 14; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 259; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 23; vgl. aber zu Recht präzisierend HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 650, die vorhandene aber nicht erklärte Einwilligung wirkt immerhin insofern, als der Täter nur wegen Versuch bestraft werden kann. Vgl. ausführlich dazu unten S. 285 ff.

149 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 18 f.; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 260; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21 f.; vgl. ausführlich dazu unten S. 292 ff.

150 Vgl. VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 220; vgl. auch BÜCHLER/MICHEL, Medizin Mensch Recht, S. 64.

Freiwilligkeit und Irrtumsfreiheit müssen gegeben sein.[151] Auf Seiten des Täters ist ein Handeln in Kenntnis und aufgrund der Einwilligung erforderlich.[152]

Anerkannt ist auch, dass diese Dispositionsfreiheit über eigene Rechtsgüter, die autonome Verfügungsbefugnis und damit die Möglichkeit einer gültigen Einwilligung, nicht uneingeschränkt gilt. Die konkreten Grenzen der Verfügungsfreiheit werden aber unterschiedlich bestimmt; Kriterien hierfür ergeben sich unter anderem aus dem Subjektstatus, dem Recht auf Leben, der persönlichen Integrität oder gar der Menschen- bzw. Gattungswürde.[153] Gewisse Verhaltensweisen sind unabhängig von der Einwilligung verboten, dazu gehört das Verbot der Fremdtötung: Tötung auf Verlangen bleibt trotz eindringlichem und ernsthaftem Verlangen des Verletzten gemäss Art. 114 StGB strafbar. Obschon sich der Einzelne ungestraft selbsttöten darf, bedeutet das nicht, dass er auch in eine Tötung gegenüber Dritten einwilligen darf.[154] Weitergehende objektive Begrenzungen vor allem auch im Hinblick auf die Körperverletzung sind hingegen umstritten.[155]

Je nach systematischer Einordnung sind die Differenzen bezüglich der Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung im Unterschied zum Einverständnis prägnanter. Für die Wirksamkeit der tatbestandsausschliessenden Einwilligung[156] bzw. des

---

151 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 53 Rn. 120; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 20; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 260; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 20 und Rn. 22; vgl. auch VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 220; vgl. ausführlich hierzu unten S. 343 ff.

152 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 53 N. 120; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 21; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 24; vgl. auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 260 f., die die Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung explizit entsprechend den Titeln „Anforderungen an die Einwilligung aus der Sicht des Einwilligen“ und „Voraussetzungen beim Täter“ aufteilen.

153 Vgl. VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 58 ff.; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 50 ff. Rn. 120.

154 Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257 f.; vgl. hierzu kritisch GUTMANN, Short cuts to happiness, S. 144 f.

155 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 14 ff.

156 Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 258; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 8.

Einverständnisses, das bereits die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals entfallen lässt, soll bereits das „natürliche“ bzw. das „faktische“ Einverständnis ausreichend sein.[157] Die entsprechende Unterscheidung ist durch die jeweilige dogmatische Einordnung der Einwilligung bestimmt und in erster Linie terminologischer, nicht etwa sachlicher Natur. Warum jedoch das faktische bzw. das natürliche Einverständnis ausreichend sein soll und warum hier Willensmängel keine oder nur eine sehr beschränkte Rolle spielen sollen, wird nirgends deutlich gesagt.[158]

4. Leitlinien in der Rechtsprechung

a) Ausgangspunkt und Fokus

Die Einwilligung des Berechtigten wird bei den gegen Individualinteressen gerichteten Straftaten vom Bundesgericht in ständiger Praxis grundsätzlich als Rechtfertigungsgrund angesehen. Im grundlegenden BGE 99 IV 208 ging es dabei um die Frage, ob ein indizierter medizinischer Eingriff, der *lege artis* durchgeführt wurde, eine tatbestandsmässige Körperverletzung darstellt. Dies wurde mit dem Argument bejaht, dass sonst auch ein indizierter, gefährlicher chirurgischer Eingriff, der mit Heilungsvorsatz des Arztes aber ohne Einwilligung des Patienten vorgenommen wird und trotz kunstgerechtem Vorgehen scheitert, straflos bleiben müsste. Für eine solche Einschränkung des Tatbestandes der Körperverletzung gäbe es im Gesetz aber keinerlei Anknüpfungspunkte.[159] Dies müsse auch deshalb gelten, weil das schweizerische Strafgesetzbuch kein Delikt des eigenmächtigen Heileingriffs kenne und der Schutz vor solchen Eingriffen mittels der Nötigungsnorm von Art. 181

---

157 Vgl. dazu SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117.

158 Vgl. ausführlich zu diesen Fragen unten S. 225 ff.

159 BGE 99 IV 208, 210: „Ciò stante sfuggirebbe a punizione anche un pericoloso intervento chirurgico, effettuato senza il dovuto consenso e che andasse fallito, ritenuto che l’operazione sia stata eseguita a regola d’arte e che sia stata medicalmente giustificata dalla malattia o dalla ferita diagnosticate, nonché dall’intento di perlomeno prolungare la vita al paziente. Per una siffatta limitazione della fattispecie, la legge non contiene alcun punto d’appoggio.“

StGB keineswegs ausreichend sei.[160] Wenn der medizinische Eingriff also den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, bleibt gemäss Bundesgericht nur noch die Möglichkeit, dass der Eingriff durch Rechtfertigungsgründe gedeckt sein könnte, in erster Linie durch die Einwilligung des Patienten. Dies wurde unter anderem mit Hinweis auf die italienische Gesetzgebung und Doktrin sowie die deutsche Rechtsprechung bejaht.[161] Die Einwilligung wird seither von der Rechtsprechung so einhellig als (aussergesetzlicher) Rechtfertigungsgrund anerkannt, dass von Gewohnheitsrecht die Rede sein kann.[162]

Ausgehend vom Grundsatz, dass die medizinische Heilbehandlung als tatbestandliche Körperverletzung gilt, die in der Regel nur mit Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden kann, präzisiert das Bundesgericht sodann die Voraussetzungen für die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung. Das Abstellen auf den Heilungszweck ist laut Bundesgericht kein taugliches Abgrenzungskriterium; nicht alles, was medizinisch angezeigt sein kann, muss vom betreffenden Patienten als für ihn gut und richtig betrachtet werden.[163] Ausschlaggebend für das Wohl des Betroffenen ist also sein persönlicher Wille und nicht das, was nach Auffassung des Arztes im Interesse des Patienten angezeigt ist. Deshalb erfüllen gemäss Bundesgericht ärztliche

---

160 BGE 99 IV 208, 210: „A prescindere dal fatto che non esiste un diritto del medico all'esecuzione di un suo intervento, nulla può essere dedotto per questa tesi dall'art. 181 ss CP. Le relative norme tutelano infatti la libertà e non l'integrità corporale. Non presentano neppure una sufficiente protezione del paziente contro arbitrari interventi medici, né contro siffatti interventi, ai quali il paziente abbia acconsentito sia perché non reso edotto o insufficientemente informato sulla gravità dell'intervento, sia perché l'abbia ritenuto urgente, sia infine semplicemente perché era erroneamente convinto di doverlo sopportare anche contro la sua espressa volontà; e ciò pure qualora nei suoi confronti non sia stata esercitata violenza né profferita grave minaccia nel senso dell'art. 181 CP. La situazione giuridica è diversa negli ordinamenti in cui l'intervento intrapreso a mero giudizio del medico è disciplinato da una fattispecie speciale […]. Il diritto svizzero difetta di una siffatta regolamentazione speciale, per cui nel caso di interventi medici che danneggiano l'integrità corporale o la salute, l'adempimento della fattispecie di lesioni corporali deve essere ammesso."

161 BGE 99 IV 208, 211; bestätigt in BGE 124 IV 258, 260; vgl. auch BGE 100 IV 155, 159; BGE 109 IV 102, 105.

162 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 623 Fn. 219; vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 32.

163 BGE 124 IV 258, 260.

Eingriffe, auch wenn sie medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind, jedenfalls insoweit den Tatbestand der Körperverletzung, als sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. bei Amputationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern.[164] Es obliegt laut Bundesgericht dem Arzt zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt hat und dieser in den Eingriff eingewilligt hat. Mangelt es bestimmten medizinischen Verfahren an wissenschaftlich abgesicherten Erkenntnissen und bestehen ungewisse Risiken, sind diese laut Bundesgericht normalerweise den insoweit „experimentellen Heilversuchseingriffen" zuzuordnen. Das heisst, es handelt sich dann nicht um eine „Standardtherapie". In diesem Fall müssen, um Willensmängel bei der Einwilligung des Patienten zu verhindern, die qualifizierten Sorgfalts- und Aufklärungspflichten für Heilversuche herangezogen werden.[165]

b) Weitere Grundsätze

Die Einwilligung ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur bei solchen Straftatbeständen wirksam, welche ausschliesslich individuelle Rechtsgüter schützen.[166] Gemäss Bundesgericht muss die Einwilligung freiwillig und vor der Tat bzw. vor dem Eingriff erteilt worden sein. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung anerkennt je nach Gegebenheiten auch die Rechtfertigung von tatbestandsmässigem Verhalten, das sich lediglich auf eine konkludente Einwilligung der betroffenen Person stützen kann.[167] Eine nachträgliche Einwilligung vermag keine Wirkung zu

---

164 BGE 124 IV 258, 261.

165 BGE 134 IV 175, 181 f.

166 BGE 100 IV 155, 159; BGE 131 IV 1, 10 f.; vgl. bereits BGE 78 IV 170, wo sich das Bundesgericht nur dahingehend äussert, dass bei Verunreinigen von Trinkwasser die Einwilligung des Eigentümers der Quelle keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, da die entsprechende Norm die öffentliche Gesundheit und damit ein Allgemeingut schützt; vgl dazu auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 77.

167 BGE 99 IV 208, 211; BGE 100 IV 155, 159; vgl. bereits BGE 98 IV 217, 218: Sofern der Berechtigte urteilsfähig ist, kann seine Einwilligung im Sinne von Art. 321 Ziff. 2 StGB stillschweigend erfolgen.

entfalten.[168] Eine Einwilligung kann ausserdem auch allgemein ausgesprochen und dabei an spezifische Bedingungen geknüpft werden, welche der Handelnde beachten muss.[169] Für die Einwilligung des Verletzten gilt laut Bundesgericht ausserdem das „Willensprinzip“: Der tatsächliche Umfang der Erlaubnis hängt ausschliesslich vom Willen des Verletzten ab. Wer sich nicht an die mit der Einwilligung verbundenen Bedingungen hält, kann sich auch nicht auf die in Frage stehende Einwilligung berufen.[170]

Eine Einwilligung kann laut Bundesgericht durch Vorhandensein von Willensmängeln unwirksam werden. Gemäss Bundesgericht kann eine Einwilligung etwa auch schon durch „wirtschaftliche Not“ unwirksam werden.[171] Dies trifft dann zu, wenn der Einwilligende aufgrund einer Notsituation in seiner Entscheidungsfreiheit eingeschränkt ist. Ein typisches Beispiel dafür ist die Prostitution: Wenn die Prostitu-ierte nach den vom Täter vorgegebenen Umständen ihre Kosten nur durch Prostitution bestreiten kann, so vermag das formale Einverständnis der Betroffenen nach Ansicht des Bundesgerichts den Täter nicht von der Förderung der Prostitution gemäss Art. 195 Abs. 3 StGB zu entlasten.[172] Auch in Bezug auf Prostitution im Rahmen des Menschenhandels ist eine Einwilligung der Prostituierten nicht wirksam, wenn sie auf die schwierigen wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen im Herkunftsland zurückzuführen ist.[173] Ohnehin nicht wirksam ist eine Einwilligung, wenn die Person im Vorfeld nicht über alle bzw. in falscher Weise über bestimmte Umstände informiert wurde.[174] Bei dieser Sachlage verfügt die einwilligende Person nicht über die erforderliche Entscheidungsfreiheit.[175] Ein anderes

---

168 BGE 124 IV 258, 261; vgl. dazu auch BGer 6S_835/1999 vom 5. April 2000.

169 BGE 100 IV 155, 159 f.

170 BGE 100 IV 155, 159 f.

171 Vgl. dazu STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 169 f.

172 BGE 129 IV 81, 86 ff.

173 BGE 128 IV 117, 127 f. = Pra. 2002 Nr. 220; vgl. auch BGer 6B_81/2010 vom 29. April 2010, E. 4.2.

174 BGer 6B_590/2015 vom 7. September 2015, E. 2.8.

175 BGer 6B_469/2014 vom 4. Dezember 2014, E. 3.3.

Beispiel ist die Vergewaltigung, wobei hier die Lösung des Bundesgerichts gerade nicht darin besteht, die Wirkung der Zustimmung zu verneinen; vielmehr wird in diesem Fall ein anderer Tatbestand beigezogen: Ein faktisches Einverständnis – unabhängig davon, ob das Einverständnis beispielsweise durch Täuschung oder List erschlichen wurde –, schliesse hier den Tatbestand aus, nicht jedoch ohne weiteres die Strafbarkeit. War die betroffene Person etwa urteils- oder widerstandsunfähig, kommt nämlich eine Schändung gemäss Art. 191 StGB in Betracht,[176] für die aber anders als bei der Vergewaltigung auch eine blosse Geldstrafe verhängt werden kann.

Bei Opfern sexueller Gewalt lässt es die Rechtsprechung grundsätzlich genügen, wenn diese dem Täter tatkräftig ihren Willen manifestieren und unmissverständlich klar machen, mit sexuellen Handlungen nicht einverstanden zu sein.[177] Je nach in Frage stehender Handlung sind an das Wissen um eine fehlende Einwilligung entsprechend hohe Anforderungen zu stellen. Bezüglich sexueller Handlungen hat das Bundesgericht etwa gesagt, verbaler Widerstand sei unbedingt ernst zu nehmen.[178] Daran ändert auch eine vorübergehende Aufgabe des Widerstands nichts. Wenn das Opfer eventuell sogar während der in Frage stehenden Handlungen vorübergehend resigniert und das Geschehen „über sich ergehen lässt", kann nicht ohne Weiteres auf einen kurzfristig erfolgten Gesinnungswandel und auf eine Einwilligung geschlossen werden – insbesondere nicht bei zeitlich unmittelbar aufeinander folgendem Geschehen.[179] Aus dem Umstand, dass sich das Opfer vor der inkriminierten Tat dem Täter körperlich angenähert oder diesen anzüglich verbal provoziert hat, kann nicht geschlossen werden, es sei mit einem späteren Sexualkontakt einverstanden.[180]

---

176 BGE 119 IV 230, 232 f.

177 BGer 6B_1149/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.1.3.

178 BGer 6B_1149/2014 vom 16. Juli 2015, E. 5.11.

179 BGer 6B_834/2013 vom 14. Juli 2014, E. 2.2.

180 BGer 6B_834/2013 vom 14. Juli 2014, E. 2.2.

Laut Bundesgericht ist es ausserdem auch möglich, dass der Widerstandswille eines Opfers dauerhaft gebrochen wird, etwa bei gewalttätigem, drohendem und einschüchterndem Verhalten des Ehemannes während mehrerer Jahre. Wenn ein Opfer unter psychischen Druck gesetzt wird, kann sich die Ausweglosigkeit der Situation für das Opfer auch ergeben, ohne dass der Täter Gewalt anwendet. Es kann ausreichend sein, dass dem Opfer eine Widersetzung aus anderen Gründen nicht zuzumuten ist. Damit wird deutlich, dass eine Situation für das Opfer bereits aufgrund der sozialen und körperlichen Dominanz des Täters aussichtslos sein kann. Diese Dominanz muss nicht notwendigerweise mit der Furcht des Opfers vor körperlicher Gewalt verknüpft sein. Es kann für eine Nötigung zum Geschlechtsverkehr oder zu sexuellen Handlungen genügen, wenn der Täter das Opfer beispielsweise psychisch und physisch so erschöpft hat, dass es sich dem ungewollten Sexualkontakt nicht mehr widersetzen kann.[181] Ob die tatsächlichen Verhältnisse die Anforderungen eines Nötigungsmittels erfüllen, ist aufgrund einer individualisierenden Betrachtung der relevanten konkreten Umstände zu prüfen.[182] Grundsätzlich ist bei allen Nötigungsmitteln eine erhebliche Einwirkung auf die Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung erforderlich, wobei zu berücksichtigten ist, dass eine sexuelle Nötigung umso wirksamer ist, je empfindlicher, wehr- und hilfloser insbesondere abhängige, verletzliche oder traumatisierte Opfer einem solchen Angriff ausgesetzt sind.[183] Wenn auch bei einem Erwachsenen mit entsprechenden individuellen Fähigkeiten keine Gegenwehr mehr zugemutet werden kann,[184] fehlt es an einer wirksamen Einwilligung.[185]

Generell soll laut Bundesgericht eine rechtfertigende Einwilligung möglich sein, wenn sich jemand im Bewusstsein des Risikos durch einen anderen gefährden lässt

---

181 BGE 131 IV 167, 171.

182 BGer 6B_883/2014 vom 23. Juni 2015, E. 3.3.

183 BGE 131 IV 107, 111; BGer 6B_883/2014 vom 23. Juni 2015, E. 3.3.

184 BGE 131 IV 167, 171.

185 BGer 6B_883/2014 vom 23. Juni 2015, E. 3.3.

– etwa bei einer risikobehafteten Operation.[186] Hier wird allerdings die Frage gestellt, an welchem Punkt der rechtfertigenden Einwilligung Schranken gesetzt werden müssen. Als Kriterien werden etwa die Grösse der Gefahr, also die grössere oder kleinere Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, sowie der mit der Einwilligung verfolgte Zweck genannt.[187] Die Einwilligung in die Beeinträchtigungen eines Rechtsguts gegenüber Dritten ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu unterscheiden von Selbstverletzung und Selbstgefährdung. Der entscheidende Unterschied besteht darin, dass der sich selbst Verletzende oder Gefährdende die Tatherrschaft in eigenverantwortlicher Weise innehat.[188] Ein Beispiel hierfür ist der Suizid. Es handelt sich dabei um einen Akt der Selbstverletzung. Daran ändert sich in der Regel auch nichts, wenn ein Dritter dem Suizidenten dabei behilflich ist, indem er ihm beispielsweise seine Pistole zur Verfügung stellt.[189]

Die stillschweigende bzw. konkludente Erteilung einer Einwilligung ist gemäss Bundesgericht grundsätzlich möglich. Dies gilt beispielsweise im Falle der Teilnahme an sportlichen Tätigkeiten, die typischerweise ganz bestimmte Verletzungsrisiken mit sich bringen.[190] Hingegen werden absichtliche oder grobe Missachtungen der Spielregeln, welche dem Schutz der Beteiligten vor Verletzungen dienen, von der Einwilligung nicht gedeckt.[191] In die strafrechtliche Beurteilung von Foulspielen bei Mannschaftssportarten sind auch die geltenden Spielregeln miteinzubeziehen. Je krasser die Spielregeln verletzt werden, welche dem Schutz der körperlichen Integrität der Spieler dienen, desto weniger kann von der Verwirklichung eines

---

186 BGE 125 IV 189, 193.

187 SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 1, Systematische Einleitung, Rn. 167 m.w.H.

188 BGE 125 IV 189, 193 f.; BGE 131 IV 1, 8; BGE 134 IV 149, 153; BGE 134 IV 193, 207; vgl. auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 256.

189 DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 256.

190 BGE 109 IV 102, 105 f.; vgl. auch schon 75 IV 8: Keine Anwendung von Einwilligung bei Verletzungen bei Einzelsportarten wie Schlittschuhlaufen (anders als bei Mannschaftssportarten, die Körperkontakt erfordern).

191 BGE 121 IV 249, 253 ff.; bestätigt in BGE 134 IV 26.

spieltypischen Risikos ausgegangen werden und desto eher erscheint eine strafrechtliche Ahndung des foulenden Spielers angezeigt.[192]

Zur Frage, ob Verletzungen durch Teilnahme an Risikosportarten über die Einwilligung oder über die einverständliche Fremdgefährdung gelöst werden sollten, hielt das Bundesgericht zuletzt fest, dass nicht unbesehen von der Inkaufnahme des Risikos auf die Einwilligung in die Verletzung geschlossen werden sollte, zumal die Spieler ja gerade darauf vertrauten, nicht verletzt zu werden. Auch hier ausgehend vom Grundsatz, dass die Einwilligung des Berechtigten nur rechtfertigend wirken kann, folgert das Bundesgericht, man könne bei Sportarten, bei denen das Beibringen von Verletzungen bloss eine mehr oder weniger häufige Nebenfolge des Wettkampfs ist, generell nicht von einer Einwilligung ausgehen. Verletzungen bei Mannschaftssportwettkämpfen seien daher strafrechtlich nicht über die Einwilligung des Betroffenen zu lösen, sondern über eine Tatbestandseinschränkung nach den Grundsätzen der Sozialadäquanz, des erlaubten Risikos oder des selbstverantworteten Handelns auf eigene Gefahr. So könne etwa die Teilnahme an einem Eishockeyspiel als einverständliche Fremdgefährdung gewertet werden, insofern sich die Spieler im Bewusstsein des Verletzungsrisikos der Gefährdung durch die Gegenspieler aussetzen und in der Regel der foulende Spieler das rechtsgutsverletzende Kausalgeschehen beherrscht. Wenn es sodann zu einer Schädigung kommt, stelle sich die Frage, inwieweit dem foulenden Spieler die verursachten Verletzungsfolgen aufgrund des gegnerischen Gefährdungseinverständnisses nicht zugerechnet werden können. Für die Abgrenzung unerlaubter von noch tolerierten Risiken sei auf jeden Fall auf die im jeweiligen Wettkampf anwendbaren Spielregeln zurückzugreifen.[193]

---

192 BGE 134 IV 26, 31.

193 Zum Ganzen BGE 134 IV 26, 30 f.

5. Fazit

Die konsensfähige Grundannahme innerhalb des bestehenden Meinungsspektrums ist also nur, dass der Einzelne in einem gewissen Umfang über seine Rechtsgüter frei verfügen darf. Dies gilt unabhängig davon, ob seine Einwilligung schon tatbestandsausschliessend oder erst rechtfertigend ist, und dass eine Einwilligung nur dann vorliegt und wirksam ist, wenn bestimmte Voraussetzungen eingehalten wurden. Die jeweils sehr unterschiedliche Beantwortung der Frage nach dem Verständnis des Rechtsgutbegriffs führt jedoch zu unterschiedlichen Ansichten bezüglich des Charakters der durch Einwilligung vollzogenen Ausübung der Verfügungsfreiheit und der Art und Weise, wie durch Einwilligung verfügt wird. Wenn beispielsweise eine wirksame Einwilligung letztlich eine Rechtsgutsverletzung ausschliesst, stellt sich die Frage, weshalb das so ist und in welcher Art und Weise über das Rechtsgut verfügt werden muss, so dass dieses gar nicht erst verletzt wird. Die Beantwortung dieser Frage setzt Klarheit bezüglich dessen voraus, was unter einem Individualrecht verstanden wird und dies wiederum setzt eine bestimmte Konzeption von Recht, Staat und Individuum voraus. In dieser Hinsicht gilt in der schweizerischen Doktrin vieles nur implizit, es herrscht entweder Schweigen oder dann doch noch zu viel Interpretationsspielraum. Daher wird im Folgenden das Gewicht auf die Klärung eben dieser Konzeption gelegt und in dem Sinne geklärt, auf welche Grundtheorie sich eine Konkretisierung stützen sollte.

III. Methode

1. Theorie und Praxis

Die Konkretisierung bzw. die Kodifikation eines Konzepts wie der Einwilligung des Berechtigten muss Kriterien der Kohärenz, der systematischen Widerspruchsfreiheit und der Sachgerechtigkeit genügen. Zum Zweck der entsprechenden Beweisführung wird eine problemzentrierte und pluridisziplinäre Methode gewählt, die Bezüge zur Rechtsphilosophie und zu theoretischen Aspekten der Rechtsdogmatik ermöglicht, fachspezifische technische Argumente aufnehmen kann und Bezüge

zu konkreten Anwendungsbereichen herstellt. Für die Methode dieser Arbeit grundlegend ist mithin der an sich sehr einfache Gedanke, dass die Beschäftigung mit dem Recht auf zwei verschiedene Weisen geschehen kann und zwar „durch Aufnahme und Entwicklung des Rechtsbewusstseins im Allgemeinen, also durch Wissen, Lehren, Darstellen: oder durch die Anwendung auf die Ereignisse des wirklichen Lebens."[194] Anstatt dass dieses zweifache Element, das theoretische und das praktische, das „dem allgemeinen Wesen des Rechts selbst" angehört,[195] konstruktiv verbunden wird, sei das Hauptübel des Rechtswesens, wie von Savigny bereits 1840 beklagte, die „stets wachsende Scheidung zwischen Theorie und Praxis".[196] Da diese Scheidung in unserer Zeit nicht zuletzt auch wegen der kontinuierlich expandierenden Spezialgesetzgebung nicht geringer wird, muss in Erinnerung gerufen werden,[197] dass „jeder die ursprüngliche Einheit im Auge behalte, dass also in gewissem Grade jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhalte und entwickele. Wo dieses nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, dass die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem blossen Handwerk herabsinke."[198] Um die Frage zu beantworten, wie das Recht an die zu lösenden Aufgaben herangehen soll und welche positivrechtlichen Regelungen geschaffen werden sollen, bedarf es also einer übergreifenden Methode. Die darin entwickelten Argumente werden zum einen durch einen pragmatischen Zugang für die Lösung der Konflikte notwendig, zum anderen aber in ihrer Spannbreite durch den vorgegebenen Rahmen von Gerechtigkeitsprinzipien eingeschränkt und durch Standards der Rationalität geleitet.

Es kann dabei freilich nicht darum gehen, ein methodisches Konstrukt zu konzipieren, aus dem nicht etwa nur die Einwilligung als Grundidee, sondern alle konkreten

---

194 VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, S. XIX f.

195 VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, S. XX.

196 VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, S. XXV.

197 Vgl. auch GREEN, Consent and the Grammar of Theft Law, S. 2506 f.

198 VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts, S. XX.

Elemente einer Einwilligungsdoktrin logisch und unmittelbar aus allgemeinen Prinzipien abgeleitet werden können. Aber immerhin muss versucht werden, Argumente für konkrete Lösungen zu entwickeln, die nach Kriterien der Kohärenz im Hinblick auf bestimmte Leitgrundsätze als sachgerecht beurteilt werden können, und die sich nicht einfach der zeitlich und örtlich bedingten praktischen Anwendung herrschender Rechtsauffassungen unterwerfen. Einerseits gründet eine vernünftige und gerechte praktische Anwendung des Rechts der Einwilligung also auf einer Theorie der Einwilligung, andererseits muss die Theorie aber auch danach beurteilt werden, inwiefern sie zur Lösung konkreter Einzelfragen beiträgt.[199]

2. Zugang

a) Personaler Funktionalismus

Der Zugang dieser Arbeit ist in zweierlei Hinsicht funktionalistisch: Zum einen weil davon ausgegangen wird, dass das moderne Recht sich zentral der Friedensstiftung, der Konfliktschlichtung und dem sozialen Zusammenhalt mittels staatlicher Kontrollmechanismen widmet, die in einem öffentlichen und politischen Verfahren beschlossen werden.[200] Das Ziel ist es jeweils, einen Ausgleich der zuweilen widerstreitenden Wünsche, Bedürfnisse oder Interessen der Rechtsunterworfenen herzustellen.[201] Ausgangspunkt der vorliegenden theoretischen Abhandlung über eine imminent praxisnahe Problematik ist mithin nicht die blosse Frage nach dem System oder der Natur des Rechts der Einwilligung, sondern die Frage, wie man das Recht in seiner Funktionsweise im konkreten Bereich der Einwilligung des Berechtigten im Strafrecht gestalten soll.

---

199 Vgl. UNBERATH, Die Vertragsverletzung, S. 2.

200 MACCORMICK, The Relative Heteronomy of Law, S. 76; vgl. zum Ganzen MONA, Das Recht auf Immigration, S. 30 ff.

201 So auch IACOBUCCI, Judicial Review by the Supreme Court of Canada, S. 132: „Law in the final analysis comes down to the balancing of interests." Vgl. auch KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kp. 4 Rn. 280; vgl. auch MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, § 39 Rn. 42.

Zum anderen, weil hier im Einzelnen ein Konzept des Individualrechtsguts erarbeitet und zugrunde gelegt wird, das sich vor allem durch seinen funktionalen Charakter auszeichnet, dem Einzelnen bei der persönlichen Entfaltung, der Bestimmung und Umsetzung von eigenen Zielen und der Weiterentwicklung seiner Interessen zu dienen.[202] Hierzu müssen die Individualrechtsgüter so gestaltet werden, dass sie die materiellen Mittel, die der Mensch auch in der heutigen post-industriellen Epoche benötigt, nicht nur schützen, sondern in erster Linie dem Inhaber zur Verfügung stellen. Das Recht steuert auf diese Weise widerstreitende Bedürfnisse und Interessen, die der Rechtsgutsinhaber mitunter auch mit Einsatz seiner eigenen Güter anstreben und verwirklichen kann. Das Recht schlichtet Konflikte und fördert sozialen Zusammenhalt aber nicht als Selbstzweck oder im Interesse des Staates, sondern im Interesse der einzelnen Mitglieder der entsprechenden Gesellschaft. Daher stehen auch in dieser funktionalistischen Perspektive die konkrete Person mit ihren Interessen und Bedürfnissen im Mittelpunkt der Rechtsordnung;[203] der Staat und das Recht sind dazu da, dem Menschen zu dienen, nicht sich selbst.[204] Dem entspricht auch eine personale Rechtsgutslehre, die entweder in ihrer monistischen Variante alle Rechtsgüter von den Interessen der Person her ableitet,[205] oder in der dualistischen Variante zwei Kategorien von Rechtsgütern schafft, die unverbunden nebeneinander bestehen: Auf der einen Seite die Individualrechtsgüter der einzelnen Person, deren Eigenwert und Interessen Schutzgegenstand des Strafrechts ist,[206] auf der anderen Seite kollektive oder staatliche Güter der Gesellschaft.[207] Die folgende Argumentation für eine kohärente und anwendungstaugliche Theorie der Einwilligung wird sich auf eine personale Rechtsgutslehre und auf eine funktionalistische Grund-

---

202 Vgl. auch MARX, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, S. 53 Fn. 194.

203 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 49.

204 Vgl. auch MARX, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, S. 40.

205 Vgl. NK-Hassemer, Vor § 1 Rn. 274 ff.; STERNBERG-LIEBEN, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht, S. 368 ff.; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 49.

206 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 49.

207 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 32 f. Fn. 101.

auffassung stützen, die noch etwas präziser umschrieben werden muss. Es wird sich zeigen, dass die weitere Frage, ob die personale Rechtsgutslehre nun monistisch oder dualistisch verstanden wird, nicht bedeutungsvoll ist. Entscheidend ist, dass man eine personale Rechtsgutslehre wählt und nicht eine kollektivistisch-etatistische Lehre, für die das Strafrecht allein dem Schutz von Kollektivinteressen dient und Rechtsgüter daher auf kollektive Interessen der Gemeinschaft und nicht der Individuen bezieht.

Grundsätzlich geht es darum, eine bestimmte Art und Weise zu begründen, wie das Phänomen der Einwilligung rechtlich geregelt sein muss. Es soll mit anderen Worten für einen spezifischen Bereich der Rechtsordnung bestimmt werden, wie das Recht das, was es tut – nämlich kontrastierende Interessen regeln –, besser tun kann.[208] Nach dem hier vertretenen Verständnis erschöpft sich das Recht aber nicht in seiner Funktion der sozialen Kontrolle zur autoritären Verringerung von Spannungen und Friktionen unter dem Aspekt der Wirksamkeit, sondern beinhaltet prioritär die Bestimmung von geschützten Interessen unter dem Aspekt der Gerechtigkeit. Es geht mithin keineswegs um eine „funktionale Gesellschaftstheorie“[209] und erst recht nicht um ein „funktionales Strafrecht“, das nicht dem Menschen als Zweck an sich selbst dient, sondern der Verfolgung überindividueller staatlicher Interessen um der Selbsterhaltung der jeweiligen Ordnung willen.[210] Man sollte sich auch nicht unmittelbar um eine Lösung der bestehenden Verteilungsprobleme bemühen, indem man ganz einfach gemäss der klassischen Richtlinie des Pragmatismus die Befriedigung eines Maximums an menschlichen Bedürfnissen anstrebt.[211]

---

208 Vgl. POUND, Jurisprudence I, S. 349: „[…] asking not merely what law is and how it has come to be but what (in all its senses) it does, how it does it, and how it may be made to do it better.“

209 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 3 Rn. 10.

210 MURMANN, Kritik des funktionalen Strafrechts, S. 189 f. und S. 191 (Aufhebung des inneren Zusammenhangs von Recht und Person).

211 Vgl. POUND, Interpretations of legal history, S. 11: „Pragmatism sees the validity in actions, not in that they realize the idea, but to the extent that they are effective for their purpose and in purposes to the extent that they satisfy a maximum of human demands.“

Vielmehr muss man definieren, welche Bedürfnisse rechtlich relevant sind und wer Anrecht auf die Verteilung von Gütern hat. Dabei geht man von realistischen Annahmen aus oder man überträgt Erkenntnisse aus einer idealen Entscheidungssituation in die real vorliegende Konstellation. Die Rechtsordnung erreicht ihre wirkungsvollste Zweckausrichtung dann, wenn sie die relevanten Interessen erkennt, wenn sie festlegt, unter welchen Voraussetzungen solche Interessen anerkannt werden sollen, und wenn sie bestrebt ist, diese anerkannten Interessen zu schützen.[212]

Die streng funktionalistische Sichtweise wird aber insofern erweitert, als es nicht darum gehen kann, das Problem am effizientesten und schnellsten, sondern vielmehr am gerechtesten zu lösen. Die Aufgabe, die Interessen und Bedürfnisse einer maximalen Anzahl von Personen bei minimaler Verschwendung und Friktion zu befriedigen,[213] kann also mit anderen Worten nicht dadurch gelöst werden, dass man die Möglichkeit des Rechtsgutsträgers, mittels Einwilligung seine Rechtsphäre bis zu einem gewissen Grad zu kontrollieren, einfach aufhebt. Weder darf der Täter für jegliche Eingriffe in die Rechtsgüter des Opfers trotz Einwilligung des Berechtigten bestraft werden, noch darf das Opfer in jegliche Eingriffe in seine Rechtsgüter in dem Masse einwilligen, dass der Täter auf jeden Fall straflos bleibt. Warum dies nicht zulässig ist und wo mithin die Grenzen der Tragweite der Einwilligung liegen, kann indes nur ein Verfahren darlegen, mit dem das gerechte Funktionieren des Rechts bzw. die gerechte Berücksichtigung von Interessen und Bedürfnissen begründet werden kann. Man muss ausgehend vom Prinzip der Einwilligung gleichsam eine Regel finden, der alle – ob (potentielle) Täter, Opfer oder Dritte – zustimmen können. Die grundlegende Annahme ist, dass eine gerechte Regel nicht etwas ist, das uns „gegeben“ wird oder das wir allein mittels Intuition erfassen können, sondern etwas, das wir aktiv in einem Entscheidungsakt innerhalb eines Verfahrens

---

212 KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kp. 4 Rn. 284.

213 POUND, Interpretations of legal history, S. 157: „The task is one of satisfying human demands, of securing interests or satisfying claims or demands with the least friction and the least waste, whereby the means of satisfaction may be made to go as far as possible.“

unter bestimmten Bedingungen festlegen müssen.[214] Eine Einigung muss hier trotz unterschiedlichen Intuitionen und Meinungen erzielt werden. Das Verfahren, das uns zu einer Entscheidung führen kann, setzt voraus, dass man sich mit den bestehenden Meinungsverschiedenheiten und konträren Positionen auseinandersetzt. Dieser Vorgang wird in der vorliegenden Abhandlung insofern erweitert, als es hier nicht um eine Analyse der Gründe geht, warum es zum Konzept der Einwilligung verschiedene Meinungen gibt, sondern um eine rechtsphilosophische Beurteilung dieser Meinungen und um eine kohärente Argumentationslinie zur normativen Festlegung oder Entscheidung für eine konkrete Ausgestaltung einer Dogmatik der Einwilligung.

Diese normative Festlegung setzt aber nicht voraus, dass die bestehenden Uneinigkeiten gänzlich überwunden werden und sie bewirkt nicht notwendigerweise eine Einschränkung der Pluralität von Meinungen, auch wenn die Terminologie der Regel und der Rechtssätze eine Einigkeit insinuiert. Es geht letztlich um eine öffentliche Begründung von Rechtssätzen vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sie von einigen angefochten werden.[215] Eine vordergründige „symbolische" Einigkeit strahlen Rechtssätze aber nicht etwa bloss deshalb aus, um den dahinter liegenden nicht überwundenen politischen Konflikt zu kaschieren, sondern vor allem, um die sich daraus ergebenden rechtlichen Urteile als gerecht und verallgemeinerbar darlegen zu können; dies ist eine legitime Aufgabe des Rechts. Der Entscheidungsakt für den einen und gegen den anderen Rechtssatz stellt somit im Wesentlichen eine intersubjektive Konfliktlösung dar, in der das Recht bestimmte Regeln festlegt, die man befolgen muss, auch wenn man selbst im deliberativen Verfahren nicht umfänglich überzeugt wurde und an der eigenen abweichenden (moralischen) Meinung festhält. Im Übrigen bedeutet die Tatsache, dass entsprechende Sachverhalte komplex sind

---

214 Vgl. treffend TUGENDHAT, Comments on some Methodological Aspects, S. 84; vgl. auch EPIKUR, Briefe Sprüche Werkfragmente, Lehrsatz 33, S. 77: „Gerechtigkeit ist nicht etwas an und für sich Seiendes, sondern ein im Umgang miteinander an jeweils beliebigen Orten abgeschlossener Vertrag, einander nicht zu schädigen und sich nicht schädigen zu lassen." Vgl. auch EPIKUR, Briefe Sprüche Werkfragmente, Lehrsatz 31, S. 74 f.

215 GAUS, Justificatory Liberalism, S. 3.

und einen pluralistischen Zugang nahe legen, der in erster Linie die Meinungsvielfalt berücksichtigt, nicht, dass man vor dieser Vielfalt erstarren muss,[216] sondern dass man nach der Position sucht, die innerhalb eines bestimmten Rahmens von Grundannahmen und Prinzipien am ehesten zu begründen und nachvollziehbar oder akzeptabel ist.[217]

Die Frage ist also auch, wie man eine kollektive politische Entscheidung über eine rechtliche Konstellation auf legitime und gerechte Art und Weise für bindend erklären kann. Dem Recht steht nur dann legitime Autorität zu, wenn es im Rahmen eines gerechten Verfahrens beschlossen wird, dem auch diejenigen Menschen zustimmen können, die dem konkreten Entscheid, der aus diesem Verfahren hervorgeht, möglicherweise weiterhin reserviert bzw. ablehnend gegenüberstehen. Unter Berücksichtigung von Kohärenzkriterien ergibt sich dann, dass man das eine – Gestaltung der internen Gesellschaftsformen nach bestimmten Prinzipien – nicht ohne das andere – Begründung einer Theorie der Einwilligung vermittels eben dieser Prinzipien – haben kann. Wenn man in diesem Sinne also die richtige und nicht nur eine vertretbare Lösung von vielen anstrebt, reicht es auch nicht, darauf zu achten, dass sich die Interpretationsergebnisse der möglichen Lösungsansätze ohne Widersprüche in das bestehende Rechtssystem einfügen lassen.[218] Dies beschreibt zwar korrekt eine Aufgabe der Rechtsdogmatik, ist aber in zweierlei Hinsicht als Begründungsgrundlage unzureichend: Erstens, weil das Kriterium „systemimmanente Widerspruchsfreiheit“ zu schwach ist, um zwischen unterschiedlichen und konkurrierenden Lösungsansätzen, die sich alle mehr oder weniger widerspruchsfrei einfügen lassen, den richtigen zu wählen. Zweitens, weil dies voraussetzt, dass das bestehende Rechtsystem in sich schon nicht nur schlüssig und widerspruchsfrei, sondern auch als solches in all seinen Einzelteilen richtig und erhaltenswert ist. Davon

---

216 Vgl. BERLIN/WILLIAMS, Pluralism and Liberalism, S. 306, zur Aufnahmefähigkeit des Liberalismus von verschiedenen Meinungen und Wertvorstellungen.

217 Vgl. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, S. 151.

218 So aber RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 67 m.w.H. (Aufgabe der Rechtsdogmatik); vgl. auch die entsprechende weitgehend unkritische Darlegung in NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 76 ff.

sollte keine vertiefende rechtsdogmatische Untersuchung ohne weiteres ausgehen. Sie muss vielmehr auch in Alternativen zum bestehenden Recht denken.[219] Allein schon deshalb, weil nur so rechtspolitischer Anpassungsbedarf erfasst werden kann, das in Gesetzen geronnene Recht nicht „verrostet" und das Recht angesichts veränderter Umstände nicht zu Unrecht wird.[220]

Das wird nicht etwa dadurch garantiert, dass man für das Recht eine geschützte konfliktfreie Sphäre schafft.[221] Das Recht macht vielmehr die Voraussetzungen für einen gesellschaftlichen Zusammenhalt zu seinem Anliegen und fokussiert gleichsam auf den Kern der Konflikte, um vermittels eines politischen und öffentlichen Verfahrens einen möglichst effizienten *und* gerechten gangbaren Weg zu finden. Dass Konflikte im Sinne der Theorie des Gesellschaftsvertrags mittels der Gründung einer positiven Rechtsordnung und einer Koordination der Interessen und Meinungsverschiedenheiten gelöst werden sollten, darüber besteht hinreichend Einigkeit,[222] zumindest sofern man überhaupt ein Interesse am Zusammenleben mit anderen Menschen hat. Zu diesem Zweck reicht es aber nicht aus, dass man sich bloss über verschiedene moralische Standpunkte austauscht. Vielmehr bedarf es eines umfassenden Deliberationsverfahrens, in dem einerseits eine Entscheidung zur Konfliktlösung getroffen werden muss, sich andererseits aber auch das bessere Argument durchsetzen kann. Die minimale Voraussetzung für eine solche Deliberation ist die Einigung auf einen Grundkonsens hinsichtlich der fundamentalen Verfahrensregeln.[223] Darüber, dass das Recht sinnvolle Antworten auf Konflikte und Meinungsverschiedenheiten bieten kann, besteht insofern kein Zweifel. Zu debattieren bleibt aber offensichtlich die umstrittene Frage, *wie* das Recht diese Konflikte

---

219 Vgl. KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, KP. 4 Rn. 7.

220 Vgl. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, S. 32 f.

221 So aber offenbar SHKLAR, Legalism, S. 105: „Law is sealed off from the world of conflict, lifted out of the sphere of social dispute."

222 Vgl. statt vieler MACCORMICK, Reconstruction after Deconstruction, S. 542 f.

223 Vgl. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit, S. 20 ff.; MÜLLER, Die demokratische Verfassung, S. 88 ff.

lösen soll und welche rechtlichen Massnahmen, die zur Lösung der Konflikte erwogen werden, schlüssig zu begründen und anzuwenden sind.

b) Kontextualismus

Um die Frage zu beantworten, wie das Recht diese Aufgabe lösen soll und welche Schutzpositionen geschaffen werden sollen, bedarf es einer umfassenden Methode, in der entsprechende Argumentationslinien entwickelt werden können. Die Argumente werden einerseits durch einen pragmatischen Zugang für die Lösung der Konflikte notwendig, andererseits aber in ihrer Spannbreite durch den vorgegebenen Rahmen minimaler Prinzipien eines liberalen Rechtsstaates eingeschränkt und im Wesentlichen durch Standards der Rationalität und der Fairness geleitet, die hier vorausgesetzt werden. Die vorliegende Arbeit soll sich mithin durch die inhärente argumentative Bestrebung und die Überzeugungskraft der aufgeführten normativen Begründung auszeichnen. Insofern in dieser Arbeit die grundlegenden Prinzipien des modernen Liberalismus leitend sind,[224] soll nicht in Abrede gestellt werden, dass ein ideologischer Standpunkt vertreten wird. Der Liberalismus ist aber nur insofern „Ideologie" als er durchaus eine komplexe Ansammlung von politischen Begriffen und Grundsätzen mit nachhaltigen und konsistenten Mustern darstellt.[225] Er ist aber keineswegs eine Ideologie im Sinne einer dogmatischen Laienreligion, sondern eher eine offene und sich weiter entwickelnde Doktrin, die mit der bestehenden Realität der Natur und des Menschen arbeitet, anstatt mit übermässigem Zwang und Unfreiheit die Realität zur Anpassung zu zwingen.[226] Da der Liberalismus ein umfassendes und vielfältiges politisches Konzept ist, werden die einzelnen Aspekte im weiteren Verlauf der Arbeit in ihrem Geltungsbereich, ihrer Rangordnung und ihren inhaltlichen Bestimmungen zu konkretisieren sein. Die spezifisch liberalen Grundsätze und Muster setzen als Antrieb für gesellschaftlichen Fortschritt weniger auf das Kollektiv als vielmehr auf den Unternehmungs-

---

224 Vgl. auch KUKATHAS, The Liberal Archipelago, S. 23 ff.

225 Vgl. FREEDEN, Ideology, S. 51.

226 Vgl. VARGAS LLOSA, Warum ich Liberaler bin.

geist, die spezifische Motivation und den Freiheitsdrang des Einzelnen, der seine Energie und seine Fähigkeiten dafür einsetzt, grundsätzlich aus eigenen Kräften einen befriedigenden und lebenswerten Zustand zu schaffen.

Diese hiermit offengelegte Fokussierung auf den Liberalismus bedeutet auch, dass die Wahrheit der daraus hervorgehenden Bestimmungen des Gerechten nicht grundsätzlich bewiesen werden kann, sondern nur – aber immerhin – in diesem vorausgesetzten Kontext. Man kann also überprüfen, ob eine bestimmte Politik gerecht ist, insofern man überprüft, inwieweit sie mit anerkannten Grundsätzen, Urteilen und Intuitionen des Alltags in einem liberalen Staat in einem Gleichgewicht steht und ein kohärentes Ganzes bildet. Dies hat Walther Burckhardt wie folgt treffend umschrieben:

> „Es ist gemeint, dass die Frage, welches eine *gerechte* Ordnung (für eine gegebene Gesellschaft) sei, richtig und unrichtig beantwortet werden kann; nicht aber, dass die Richtigkeit der richtigen, die Unrichtigkeit der unrichtigen Antwort *bewiesen* werden kann, und auch nicht, dass die Frage nach der schlechthin gerechten Ordnung gestellt werden kann, sondern nur die Frage nach der *für eine gegebene Gesellschaft* gerechten Ordnung, diese Frage aber allerdings.“[227]

Diese Arbeit ist also in einem noch engeren Sinn kontextuell gebunden, da in ihr als Resultat die umfassende Kodifikation bzw. die Steigerung der Kohärenz der Dogmatik der Einwilligung für das schweizerische Strafrecht angestrebt wird. Andere Strafrechtsordnungen können auf der Grundlage anderer Prinzipien, gesellschaftlicher Strukturen oder Bedürfnisse zu anderen Resultaten kommen; das soll hier keineswegs negiert werden. Genauso wie die Frage nach einer „gerechten Ordnung“ nur für eine gegebene Gesellschaft beantwortet werden kann, kann auch die Frage nach einer „gerechten Dogmatik der Einwilligung“ nur für eine gegebene Gesellschaft beantwortet werden, diese Frage aber allerdings.

---

[227] BURCKHARDT, Methode und System des Rechts, S. 241 (kursiv im Original).

c) Liberalismus

Die vorliegende Arbeit basiert auf der Idee einer freiheitlichen Rechts- und Gesellschaftsordnung, welche den Schutz der persönlichen Autonomie und damit auch den Schutz eines Wertepluralismus in den Vordergrund stellt. Grundsätzlich gilt: Das mündige und als kompetent geltende Individuum kann und muss innerhalb dieser pluralistischen Gesellschaft, in der eine moralische Wertevielfalt herrscht, seine eigenen Überzeugungen finden, seine eigene Auffassung des Guten Lebens be-stimmen und nach dem streben, was es erstrebenswert dünkt.[228] Der Liberalismus postuliert entsprechend die Handlungsfreiheit des Individuums und seine allgemei-ne Gleichberechtigung und Autonomie. Er steht für das Ideal einer „auf der verant-wortlichen Selbstbestimmung oder Autonomie der Person aufgebauten Rechtsord-nung."[229] Jeder Mensch hat Anspruch auf Schutz seiner Rechte und Freiheiten.[230] Dies gewährt dem Individuum Raum für von eigenen Präferenzen geleitetes Han-deln und befreit die Rechtsperson weitgehend von moralischen Geboten und Vor-schriften, mit der Ausnahme, dass die individuelle Handlung die Freiheitsrechte der anderen Menschen nicht gefährden soll.[231] Besonders gut auf den Punkt gebracht hat das Judith Shklar:

> „Liberalism has only one overriding aim: to secure the political conditions that are necessary for the exercise of personal freedom. Every adult should be able to make as many effective decisions without fear or favor about as many aspects of her or his life as is compatible with the like freedom of every other adult. That belief is the original and only defensible meaning of liberalism."[232]

---

228 Vgl. SOLAND, Suizidverhinderung als Straftat?, S. 21.

229 HOLLERBACH, Selbstbestimmung im Recht aus der Sicht der Rechtsphilosophie, S. 41.

230 Vgl. LOCKE, Two Treatises of Government, II, § 6, S. 289: „And Reason, which is that Law, teaches all Mankind, who will but consult it, that being all equal and independent, no one ought to harm another in his Life, Health, Liberty, or Possessions."

231 Vgl. HABERMAS, Zur Legitimation durch Menschenrechte, S. 171.

232 SHKLAR, The Liberalism of Fear, S. 21.

Die Stärke des Liberalismus liegt sodann vor allem darin, eine grosse Spannweite zwischen Extremen zu eröffnen, innerhalb derer über die angemessene Positionierung mit Toleranz und Kompromissbereitschaft gestritten werden kann. Das Ergebnis ist immer nur vorläufig und wird theoretisch nie vollständig zu rechtfertigen sein.[233] Dies entspricht dem liberalen Respekt vor demokratischen Entscheiden gleichermassen wie der liberalen Akzeptanz der Unvollkommenheit des Menschen. Charakteristisch für den Liberalismus ist nach Bertrand Russell denn auch hauptsächlich eine Denkart oder eine Art bestimmte Ansichten zu vertreten, nämlich undogmatisch, anpassungsfähig und revidierbar, je nachdem welche neuen Erkenntnisse zur Verfügung stehen.[234]

Der Liberalismus zeichnet sich dadurch aus, dass er politisch eine pluralistische Gesellschaft fördert, in der keine Instanz vorgesehen ist, die in umfassender Weise bestimmte moralische Wertvorstellungen oder Weltanschauungen als allgemein verbindlich erklärt. Diese Ansicht ist offensichtlich selber eine Wertvorstellung, die aber verbunden wird mit Grundsätzen der Toleranz, der Freiheit des Einzelnen, der Gleichbehandlung vor dem Gesetz sowie der Vorrangigkeit des Individuums vor der Gemeinschaft. Eine moderne liberale Gesellschaft kennt also sehr wohl eine allgemeinverbindliche Werteordnung, die sich in Gesetzen und Regulierungen äussert, die als bestimmte Wertvorstellungen in einem möglichst prinzipiengeleiteten Gesetzgebungsverfahren als für alle verbindlich erklärt werden. Es liegt also eine Werteordnung im Sinne einer politischen Grundstruktur vor, in der möglichst weitreichende moralische Vielfalt herrscht und in der jedem Individuum ein möglichst

---

233 BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 172; vgl. auch BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 167, der zu Recht darauf hinweist, dass die gegenteilige Auffassung, es gäbe eine „endgültige Lösung", der Hauptgrund für Krieg und Unterdrückung ist: „One belief, more than any other, is responsible for the slaughter of individuals on the altars of the great historical ideals – justice or progress or the happiness of future generations, or the sacred mission of emancipation of a nation or race or class, or even liberty itself, which demands the sacrifice of individuals for the freedom of society. This is the belief that somewhere, in the past or in the future, in divine revelation or in the mind of an individual thinker, in the pronouncements of history or science, or in the simple heart of an uncorrupted good man, there is a final solution."

234 RUSSELL, Philosophy and Politics, S. 27 f.

grosser Spielraum gewährt wird, um sein Leben nach den eigenen Überzeugungen und Wertvorstellungen gestalten zu können. Der Liberalismus strebt mithin individuelle Entfaltung und grösstmögliche Freiheit zur persönlichen Lebensführung an.[235]

Diese Möglichkeiten für den Einzelnen können aber nicht garantiert werden durch eine grundlegende Relativität von Werten, vielmehr benötigen sie selber ein klares Bekenntnis zu einer Werteordnung. Aber eine durch Gesetze strukturierte Werteordnung, die nicht nur den Rahmen für die persönliche Entfaltung bietet und die dem Einzelnen grösstmögliche und gleichberechtigte Freiheit gewährt,[236] sondern auch als eigentliche Voraussetzung der Freiheit gilt.[237] Dies führt zu einer nur auf den ersten Blick paradoxalen Situation, bei der die liberale Werteordnung immer schwächer und zerbrechlicher wird, je mehr sie die Individuen zwingt, ihr eigenes Leben nach bestimmten vorgegebenen Wertvorstellungen zu führen, und immer stärker und beständiger wird, wenn sie eine möglichst grosse Vielfalt von individuellen Wertvorstellungen und Lebensformen zulässt. Moralische Vielfalt, Verhaltensweisen nach unterschiedlichen Vorstellungen des Guten und Wertewandel über die Zeit werden letztlich auch als konstitutiv für die Gesellschaft angesehen und finden ihre Grenzen nur in begründeten Gesetzen.[238]

Das damit einhergehende Verständnis des Staates als Garant individueller Freiheit legt dem Staat im vertikalen Verhältnis zu seinen Bürgern Beschränkungen seiner Kompetenzen auf. Der Staat muss sich weltanschaulich neutral verhalten und darf nicht versuchen, eine bestimmte, genau definierte Lebensform durchzusetzen. Im Bereich hoheitlicher Tätigkeit sind dem Staat Fesseln angelegt. Staatliche Eingriffe in Freiheitssphären sind nur aufgrund von Gesetzen statthaft, welche die Eingriffskompetenzen möglichst präzise benennen. Sie werden zudem vom Grundsatz gelei-

---

235 Vgl. zum Ganzen KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kp. 6 Rn. 87 ff.

236 Vgl. STRATENWERTH, Freiheit und Gleichheit, S. 107 f.

237 Vgl. GALL, Liberalismus, S. 261.

238 Vgl. WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, S. 265 und S. 268.

tet, dass der Staat alle seine Eingriffe dem Einzelnen gegenüber legitimieren muss.[239] Gesetzliche Einschränkungen der individuellen Entfaltungsmöglichkeiten sind selbstverständlich zulässig, Freiheit ist aber der Grundzustand und Restriktionen müssen gerechtfertigt werden.[240] Das Bestehen individueller Freiheit wird angenommen, Freiheit ist die normative Basis und die Beweislast liegt bei denjenigen, die diese individuelle Freiheit einschränken wollen.[241] Eine Erklärung für diesen Grundsatz skizziert Joel Feinberg wie folgt:

> „Suffice it to say that the person deprived of a liberty will think of its absence as a genuine personal loss, and when we put ourselves in his shoes we naturally share his assessment. Moreover, loss of liberty both in individuals and societies entails loss of flexibility and greater vulnerability to unforeseen contingencies. Finally, free citizens are likelier to be highly capable and creative persons through the constant exercise of their capacities to choose, make decisions, and assume responsibilities."[242]

Eine Einschränkung der individuellen Freiheit durch ein gesetzliches Verbot kann vor diesem Hintergrund nur legitimiert werden, wenn es „zugunsten eines konkurrierenden Rechts oder eines plausibel begründbaren und legitimen Ziels erfolgt und der Eingriff im konkreten Fall geeignet, notwendig und dem Träger des Berechtigten Rechts zumutbar ist."[243] Wesentlich für den Liberalismus ist mithin die Förderung der Fähigkeit und Möglichkeit des Individuums, im Rahmen einer gesetzlichen Ordnung Entscheidungen zu treffen, die auf es bezogen sind und sein eigenes Leben betreffen und zugleich mit der entsprechenden Fähigkeit und Möglichkeit der

---

239 Vgl. SEELMANN/DEMKO, Rechtsphilosophie, § 3 Rn. 37.

240 Vgl. GAUS, Justificatory Liberalism, S. 162 ff. (Fundamental Liberal Principle).

241 Vgl. beispielsweise BENN, A Theory of Freedom, S. 87; RAWLS, Justice as Fairness, S. 44 und S. 112; vgl. auch MILL, The Subjection of Women, S. 262: „The a priori presumption is in favour of freedom and impartiality."

242 FEINBERG, Harm to Others, S. 9.

243 So treffend GUTMANN, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, S. 135 f.

anderen Menschen in Einklang gebracht werden kann.[244] Ein „Recht haben" bedeutet in diesem Kontext im Wesentlichen, dass man ein Recht hat, nicht daran gehindert zu werden, bestimmte Dinge zu tun, wie beispielsweise die eigene Meinung zu äussern, Verträge abzuschliessen oder die Einwilligung in ein Verhalten Dritter zu geben – man spricht dann zuweilen von negativen Freiheiten.[245] Dieses Konzept von Rechten nimmt also zu Gunsten des Individuums an, dass es grundsätzlich fähig ist, sein Leben nach eigenen Idealen, Präferenzen und Wünschen zu gestalten, solange es daran nicht gehindert wird. Menschen sollen Rechte haben, weil sie grundsätzlich autonom und selbstbestimmt sind; sie haben Rechte, um Hindernisse und Interferenzen durch Dritte abwehren zu können.

Was geschieht nun aber, wenn – was zunehmend der Fall ist – dieser Ansatz kritisiert wird mit dem Einwand, der Mensch sei in Wahrheit grundsätzlich gar nicht frei, autonom und fähig, sein Leben selbstbestimmt zu gestalten? Wenn man im Konzept der individuellen Selbstbestimmung ein elitäres Menschenbild erblickt oder eine blosse Leerformel?[246] Wenn beispielsweise gesagt wird, dass es freiwillige Entscheidungen gar nicht geben könne, dass Entscheidungen der Individuen nur „scheinbar selbstbestimmt" seien, weil sie *de facto* immer unter diskursiv und normativ vorgeprägten Rahmenbedingungen stattfinden würden,[247] ja dass es ein „Selbst" des Individuums, das bestrebt sei, die Verfügungsgewalt über sich selbst sukzessive auszuweiten, und das durch Fremdbestimmung eingeengt werde, gar nicht gebe?[248] Dann ist das nur vordergründig menschlich und fürsorgerisch. In Wahrheit entzieht man so individuellen Rechten ganz einfach den Boden. Man bahnt dann – oft durchaus unabsichtlich – den Weg zu autoritären oder totalitären Strukturen, in denen die Menschen auch bereit sind, die „Last der Freiheit", das mühsame Privileg selbst entscheiden zu dürfen, für Ruhe, Bequemlichkeit und rela-

---

244 Vgl. SHKLAR, The Liberalism of Fear, S. 21.

245 Vgl. grundlegend dazu BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 121 f.

246 Vgl. statt vieler KRÄHNKE, Selbstbestimmung, S. 12 f. *et passim*.

247 WEHLING, Selbstbestimmung oder sozialer Optimierungsdruck?, S. 257 f.

248 WEHLING, Selbstbestimmung oder sozialer Optimierungsdruck?, S. 258.

tive Unbekümmertheit einzutauschen.[249] Denn wenn der Mensch gar nicht fähig ist, selbstbestimmt zu entscheiden, wenn es das selbstbestimmte Individuum, das durch Fremdbestimmung eingeengt wird, gar nicht gibt, warum soll er dann ein Recht haben, selbstbestimmt zu entscheiden und nicht fremdbestimmt zu werden? Ein Verbot, das Menschen dasjenige verwehrt, was sie selbst als wichtig erachten, um ihnen ein gutes Leben zu ermöglichen, wäre dann nicht mehr widersprüchlich und totalitär, sondern oft eine evidente Nebensächlichkeit.

Dagegen muss gar nicht vorgebracht werden, dass der Mensch vielmehr ein stets selbstbeherrschtes und jederzeit autonom handelndes Wesen sei. Um diese Argumente gegen individuelle Autonomie und Selbstbestimmung zu widerlegen und die Gefahr von illiberalen und totalitären Strukturen zu bannen, dürfte es eigentlich vollauf ausreichen, darauf hinzuweisen, dass ein pluralistisches Staatswesen, das auf einem Konzept der individuellen Rechte aufbaut, richtiger und menschenwürdiger ist. Es ist richtiger, weil es – wie Isaiah Berlin treffend bemerkt hat – folgende Tatsache anerkennt:

> „[…] human goals are many, not all of them commensurable, and in perpetual rivalry with one another. To assume that all values can be graded on one scale, so that it is a mere matter of inspection to determine the highest, seems to me to falsify our knowledge that men are free agents, to represent moral decision as an operation which a slide-rule could, in principle, perform.“[250]

Und es ist menschenwürdiger,

> „because it does not […] deprive men, in the name of some remote, or incoherent ideal, of much that they have found to be indispensable to their life as un-predictably self-transforming human beings.“[251]

Im horizontalen Verhältnis zwischen Bürgern gilt sodann der Grundsatz, dass jeder seine Rechte und Freiheiten insoweit nutzen darf, als er damit andere nicht schädigt

---

249 So treffend BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 159.

250 BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 171.

251 BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 171.

und damit deren legitime Rechts- und Freiheitssphäre beeinträchtigt. Der staatlichen Rechtsordnung obliegt es, die Einhaltung dieses Grundsatzes gegebenenfalls zwangsweise sicherzustellen. Die staatliche Beschränkung der Freiheit desjenigen, der die Rechte und Freiheit anderer beeinträchtigt, ist also legitim. Andererseits darf der Staat nur und insoweit die Freiheit eines Bürgers beschränken, als dies nötig ist, um die Beeinträchtigung der Rechte und Freiheiten anderer Bürger zu unterbinden. Dies folgt aus dem so genannten Schädigungsprinzip, das die Grenzen der individuellen Freiheit und die Rechtfertigung staatlicher Freiheitsbeeinträchtigungen in einer liberalen Gesellschaft bestimmt. In der berühmten Formulierung von John Stuart Mill, lautet das Schädigungsprinzip:

> „[…] that the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. […] In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign.“[252]

Eine individuelle Verhaltensweise betrifft nur dann unrechtmässig andere, wenn sie direkt Schaden zufügt – man denke an Körperverletzung oder Raub – oder jemanden daran hindert, einer bestimmten Pflicht nachzukommen – man denke etwa an massiven Alkoholmissbrauch durch Eltern von Kleinkindern.[253] Mit anderen Worten: Verhaltensweisen von freien Individuen können nur dann gesetzlich verboten werden, wenn sie ein bestimmtes Recht eines anderen verletzen. Problematisch sind folglich vor allem Fälle, in denen ein Bürger einen anderen mit dessen Zustimmung schädigt.

---

[252] MILL, On Liberty, S. 48.

[253] Vgl. KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kp. 6 Rn. 100.

Gesamthaft kann man auch sagen, dass der starke Freiheitsbezug der Einwilligungsdogmatik die Einwilligung zu einem guten Indikator macht für die Stellung, die eine Rechtsordnung dem Einzelnen im Spannungsfeld zwischen Individualismus und sozialer Bindung zugesteht.[254] Die Bedeutung und Reichweite der Einwilligung des Berechtigten, die naturgemäss weltanschaulich umstrittene Fragen nicht zuletzt im Umgang mit dem eigenen Körper erfasst, ist ein wichtiger Gradmesser für eine liberale Grundhaltung und fusst in ihrer rechtspolitischen Dimension letztlich auf einem bestimmten Menschenbild, das der Rechtsordnung zugrunde liegt.[255]

3. Reflektives Gleichgewicht

a) Einleitung

Zum Zweck der argumentativen Begründung einer Konkretisierung des Prinzips der Einwilligung wird eine problemzentrierte Methode gewählt, die zum einen Bezüge zur Rechtsphilosophie bzw. zu theoretischen Aspekten der Rechtsdogmatik ermöglicht und zum anderen auch Argumente aus der Dogmatik und Rechtsprechung aufnehmen kann.[256] Im Blickwinkel steht die Übertragung dieser Elemente in die Sphäre des Rechts, d.h. eine *rechtliche* Begründung eines umfassenden Prinzips der Einwilligung in seiner konkreten und praxisrelevanten Form. Es geht also letztlich um rechtliche Präskriptionen im Hinblick auf die Grundstruktur der Gesellschaft und die politische Ordnung und nicht um moralische Vorgaben oder bloss um eine ethische Evaluation der Sachverhalte.

b) Grundelemente der Methode des reflektiven Gleichgewichts

Zur Beantwortung der Frage nach einer „gerechten Dogmatik der Einwilligung" und mithin zur Bestimmung der rechtlichen Relevanz des Konzepts der Selbstbestimmung über die eigenen Güter und Interessen werde ich im Folgenden die nach-

---

254 RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595.

255 Vgl. MAURACH/ZIPF, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 17 Rn. 38.

256 Vgl. zum Ganzen MONA, Das Recht auf Immigration, S. 37 ff.

stehenden vier Elemente berücksichtigten: Erstens ein verallgemeinerungsfähiges Grundprinzip,[257] zweitens die bestehenden Überzeugungen und praktischen Erfahrungswerte, drittens eine Reihe von Grundtheorien, die relevante Stellungnahmen zur Interessenslage ermöglichen und viertens die Kriterien der Rationalität und der Kohärenz. Recht wird explizit als Mittel zu einem Zweck verstanden, das dank einer wissenschaftlich fundierten Grundlegung den Bereich der Einwilligung überzeugender regeln kann. Es wird versucht, innerhalb der bestehenden Rechtsordnung zu argumentieren und sich nicht auf „metaphysische" externe Annahmen, wie beispielsweise die Moral, abzustützen. Wenn dabei Resultate der sozialwissenschaftlichen Forschung stellenweise zwar als Argumente verwendet werden, gesamthaft in der vorliegenden Arbeit aber doch sekundär bleiben, ist dies darauf zurückzuführen, dass dieser Aspekt im vorgegebenen Rahmen neben dem theoretisch-normativen Teil nicht ebenfalls umfassend gewürdigt werden kann.[258]

Diesbezüglich richtet sich das Augenmerk auf die Methode des weiten reflektiven Gleichgewichts, wie sie John Rawls in seinem Hauptwerk „A Theory of Justice"[259] und anderen Werken[260] in den Grundzügen beschrieben hat. Die ursprüngliche Version des reflektiven Gleichgewichts von Rawls wurde verschiedentlich als zu subjektiv und eng kritisiert.[261] Die Methode wurde daraufhin in mancherlei Hinsicht verfeinert und ausgebaut. In der daraus resultierenden Methode des weiten reflektiven Gleichgewicht (WRE – *wide reflective equilibrium*) kommt es zu einem Zusammenspiel zwischen drei Faktoren oder Kriterien: a) Intuitionen, Gefühlen, Meinungen oder Überzeugungen, b) grundlegende Prinzipien des Rechts und der Ethik

---

257 MACCORMICK, Reconstruction after Deconstruction, S. 551.

258 Vgl. im Einzelnen zur Bedeutung der empirisch-sozialwissenschaftlichen Forschung COTTERRELL, The Sociology of Law, S. 76.

259 Vgl. RAWLS, A Theory of Justice, S. 20 f. und S. 48 ff.

260 Vgl. RAWLS, Kantian Constructivism in Moral Theory, S. 312 ff.; vgl. auch RAWLS, The Independence of Moral Theory, S. 288 ff.

261 Vgl. die Kritik in HARE, Rawls' theory of justice; vgl. auch SINGER Peter, Sidgwick and reflective equilibrium; beide stellen die Methode des reflektiven Gleichgewichts aber fälschlicherweise als eine blosse Form des Intuitionismus dar.

sowie c) relevante Grundtheorien (*relevant background theories*).[262] Erstere müssen mit Bestimmtheit vertreten werden und aus Unbefangenheit und vollem Urteilsvermögen entspringen. In diesem Sinne sind es dann sogenannte „wohlüberlegte Urteile".[263] Letztere sind hingegen allgemeine Gesellschaftstheorien, normative Theorien der Gerechtigkeit, physiologische oder psychologische Theorien, allgemeine Theorien der Politik und der Ökonomie oder Theorien der menschlichen Natur, die über die Reichweite von a) hinausgehen, vielfältiger sind als b) und auf die wir uns stützen können, wenn zwischen a) und b) Widersprüche entstehen.[264]

Wir streben nach einem reflektiven Gleichgewicht, indem wir unsere wohlüberlegten Urteile, die relevanten Grundtheorien und die Grundprinzipien aufeinander abstimmen. Wir revidieren bald unsere Meinungen oder relativieren unsere Urteile, damit sie mit den Grundtheorien und den Prinzipien übereinstimmen, bald ändern wir unsere Theorien und Prinzipien und passen sie an unsere wohlüberlegten Urteile an. Die Begründbarkeit eines Rechtsprinzips und die Bestimmung seiner Tragweite werden erreicht, indem eine inhaltliche Kohärenz zwischen den drei Komponenten hergestellt wird. Kohärenz kann in diesem Kontext verstanden werden als „ein Mass für die Gültigkeit einer Aussage, die schwächer ist als die durch logische Ableitung gesicherte analytische Wahrheit, aber stärker als das Kriterium der Widerspruchsfreiheit."[265] Das Ziel des Verfahrens ist es, eine Kohärenz zwischen den theoretisch begründeten Prinzipien und den Intuitionen herzustellen; reflektives Gleichgewicht ist dann erreicht, wenn die theoretische Seite mit den Gefühlen und Intuitionen übereinstimmt.[266] Daraus ergibt sich das korrekte Verständnis der Funk-

---

262 Vgl. DANIELS, Reflective Equilibrium and Archimedean Points, S. 85, wo er diese drei „a coherent ordered triple of sets of beliefs" nennt, die eine Person mit bestimmten ursprünglichen Intuitionen haben kann.

263 RAWLS, A Theory of Justice, S. 47.

264 Vgl. DANIELS, Reflective Equilibrium and Archimedean Points, S. 87; vgl. kritisch dazu TADROS, The Ends of Harm, S. 4 ff.

265 HABERMAS, Faktizität und Geltung, S. 258; vgl. auch GUTMANN, Recht als Kultur?, S. 13 f.; vgl. ausführlich dazu auch KRESS, Coherence, S. 524 ff.

266 Vgl. COHEN, Self-ownership, S. 65: „Reflective equilibrium is achieved when a theory of justice is in harmony with (possibly revised or regimented) intuitions about justice."

tion der Einwilligung und ihrer Reichweite ausgehend von einem begründeten und belastungsfähigen Konzept des Individualrechtsguts.

Derjenige Sachverhalt, der von einer Gesellschaft im jeweiligen historischen Kontext als positiv und erhaltenswert eingestuft wird, kann hingegen zur Bestimmung des Rechtsgut und damit der Norm nicht im Vorfeld einer Normkonstituierung ermittelt werden.[267] Vielmehr geht als Resultat aus dem Verfahren des reflektiven Gleichgewichts das hervor, was als positiv und erhaltenswert eingestuft werden sollte. In einem demokratischen Prozess der Gesetzgebung, also in dem, was Winfried Hassemer „normative gesellschaftliche Verständigung"[268] nennt, kann man sich diesem reflektiven Gleichgewicht annähern oder es gar erreichen. Das reflektive Gleichgewicht ist mithin nicht nur eine Methode, sondern gleichsam ein Zustand.[269] Im Rahmen des reflektiven Gleichgewichts fokussiert das Verfahren auf Argumentationsstrukturen, die sich an einer vergleichenden und pragmatischen Gerechtigkeit orientieren.[270] Um die bessere Lösung zu bestimmen, geht man zwischen den Urteilen über die einzelnen Optionen, dem idealen Prinzip zur spezifischen Thematik und den theoretischen Überlegungen, die sich auf die Akzeptanz der Urteile und Prinzipien auswirken, hin und her und revidiert diese Elemente wechselseitig bzw. stimmt sie aufeinander ab. Die Begründbarkeit der Entscheidung für eine Option wird erreicht, indem eine inhaltliche Kohärenz zwischen diesen Komponenten hergestellt wird. Das reflektive Gleichgewicht stellt sich nur dann ein, wenn eine Person nicht nur die eigenen, sondern auch die relevanten Gerechtigkeitsvorstellungen und die entsprechenden Argumente Anderer ernsthaft berücksichtigt hat. Diese grundsätzliche Komplexität und die verschiedenen Grundhaltungen, Zweckvorstellungen und Ziele beim Thema der Einwilligung legen im Übrigen

---

267 So aber RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 67.

268 Vgl. HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 153 *et passim*.

269 Vgl. auch MIKHAIL, Rawls' Concept of Reflective Equilibrium, S. 12, wo er von einer „*method* of advancing toward reflective equilibrium" schreibt, und S. 14, wo er zu Recht darauf hinweist, dass: „reflective equilibrium is not, strictly speaking, a 'method' […] but rather *a state of affairs*." (kursiv im Original).

270 Vgl. RAWLS, A Theory of Justice, S. 20 f. und S. 48 ff.

eine kohärentialistische Vorgehensweise nahe, die nicht nach einer alles umfassenden letztbegründenden Formel sucht, sondern durchaus offen ist für pragmatische Lösungen. Die folgende Aussage von Isaiah Berlin scheint mir in diesem Zusammenhang besonders treffend zu sein:

> „It seems to me that the belief that some single formula can in principle be found whereby all the diverse ends of men can be harmoniously realised is demonstrably false. If, as I believe, the ends of men are many, and not all of them are in principle compatible with each other, then the possibility of conflict – and of tragedy – can never wholly be eliminated from human life, either personal or social.[271]

Liegen wir beispielsweise bezüglich der Frage nach der Tragweite des Konzepts der Einwilligung des Berechtigten im Strafrecht im Streit, so kann uns dieses Verfahren helfen, zu wissen, was zu tun ist, um diesen Streit am ehesten beizulegen.[272] Diejenige Lösung des Konflikts ist die allgemein annehmbarste, bei der die einschlägigen wohlüberlegten Urteile und relevanten Grundtheorien mit dem Prinzip der Einwilligung des Berechtigten als grundsätzlich unrechtsausschliessendes Rechtsinstitut in einem Gleichgewicht stehen. Diese Übereinstimmung signalisiert Güte.[273] Da die Grundlegung eines Prinzips der Einwilligung aber sinnvollerweise den Anspruch erhebt, eine praktische Wirkung zu haben und zwar in einer spezifisch öffentlichen Angelegenheit, ist es nicht zielführend bzw. geradezu kontraproduktiv, das Prinzip in seinen konkreten Ausformungen unbegründet zu lassen. Das gewohnheitsrechtlich anerkannte Prinzip der Einwilligung ist in seinem heutigen Zustand nämlich zum einen zu unbestimmt, sowohl um kodifiziert zu werden als auch um kohärent und sinnvoll reale Rechtsverhältnisse zu leiten, es ist zum anderen auch zu abstrakt. Als abstraktes Prinzip kann es zwar eine Vielzahl von Fällen erfassen, es trägt aber auch den Mangel in sich, dass sein Wahrheitsgehalt nicht davon abhängt, ob irgend-

---

271 BERLIN, Two Concepts of Liberty, S. 169.

272 Vgl. analog für die Thematik des rechtfertigenden Notstands CONINX, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand, S. 125 ff.

273 Vgl. hierzu auch VON HUMBOLDT, Ideen zu einem Versuch, Kap. XVI.

ein Prädikat zutrifft oder nicht.[274] Die notwendig praktische Relevanz kann sodann nur punktuell durch eine Rechtsprechung erzielt werden, die nicht nur das Prinzip befolgt, sondern explizit auch ein allgemeines Verfahren zur Anwendung des Prinzips entwickelt hat.

Die Unbestimmtheit der Tragweite des Prinzips ist auf jeden Fall nicht nur ein Hindernis für die Kodifikation, sondern auch für ein korrektes Verständnis der daraus folgenden Regel im Anwendungsfall. In einem Rechtssystem, das sich weitgehend auf kodifizierte Regeln stützt, spricht mindestens der folgende Grund dagegen, hierin bereits eine regelmässig hinreichend kohärente, erwartungssichere und richtige Rechtsanwendung zu sehen: Sie lässt zu sehr die Möglichkeit für Urteile offen, die aus einem intuitiven Gedanken entspringen und nicht aus der korrekten Anwendung des Prinzips.[275] Man könnte zwar dazu verleitet werden, solche intuitive Urteile, d.h. eine konkrete moralische Entscheidung, die emotionaler Natur ist und nicht einer Anwendung von Prinzipien entspringt, als eigentliches Kriterium zu verstehen und von der Grundauffassung ausgehen, dass die Gerechtigkeit letztlich eine Frage der Intuitionen ist. Ein solcher Intuitionismus allein kann aber keine hinreichende Garantie für gerechte Urteile geben, weil er keine Regeln zur Bestimmung der Priorität von einzelnen Rechtsregeln anbietet und jeden Einzelfall nach dem beurteilen lässt, was uns spontan am ehesten als richtig erscheint.[276] Da es sich dabei jeweils um eigene und persönliche Intuitionen handelt, sind sie dem Einwand ausgesetzt, dass sie nur das reflektieren, was ein Einzelner als gerecht oder ungerecht *erachtet* und nicht das was tatsächlich gerecht oder ungerecht *ist*. Darüber hinaus besteht keinerlei Garantie, dass diese Urteile unvoreingenommen sind und nicht bloss willkürliche Neigungen, Vorurteile oder gar Aberglaube verkörpern.[277]

So schafft beispielsweise die Verortung der Einwilligung des Berechtigten auf der Ebene der Rechtfertigungsgründe als solche keine Klarheit im Hinblick auf die vi-

---

274 Vgl. MONA, Das Recht auf Immigration, S. 157.

275 Vgl. KLEY, Vertragstheorien der Gerechtigkeit, S. 4.

276 RAWLS, A Theory of Justice, S. 34.

277 Vgl. DANIELS, Reflective Equilibrium and Archimedean Points, S. 61.

rulenten Meinungsverschiedenheiten und Dissonanzen bezüglich der zentralen Frage, unter welchen Voraussetzungen die Einwilligung überhaupt wirksam sein soll. Vielmehr werden solche Voraussetzung auf der Grundlage von unterschiedlichen Behauptungen über die Grenzen der Einwilligung *ad hoc* festgelegt; Behauptungen, die wiederum auf umstrittenen moralischen Intuitionen basieren und daher regelmässig in ein Labyrinth von Unstimmigkeiten führen. Erst wenn wir diese Intuitionen strukturieren und die zugrundeliegenden moralischen Grundprinzipien erkennen und sichtbar machen können, gelingt es, einen Weg hinaus zu finden.[278] Dies bedeutet aber wiederum nicht, dass man moralische Intuitionen gar nicht berücksichtigen soll,[279] weil diese naturgemäss subjektiv und selbstgerecht sind oder weil sie nur eine empirische Bestandesaufnahme von Neigungen sind, mit der noch nichts darüber ausgesagt werden kann, wie ein normatives Urteil sein soll.[280] Es sind zwar Intuitionen, aber damit nicht blosse empirische Naturobjekte, sondern Aussagen mit einem normativen Gehalt.[281] Sie dürfen nicht schon deshalb ausgeschlossen werden, weil hier ein naturalistischer Fehlschluss vorliegen würde. Sie müssen vielmehr mittels einer Auseinandersetzung mit ihrem normativen Gehalt beurteilt werden. Eine einseitige Bestimmung von Normen auf der Grundlage allein von hypothetischen Gedankenexperimenten und theoretischen Prinzipien würde im Übrigen Gefahr laufen, eine sehr sterile Gerechtigkeit zu fördern, die von den realen Rechtssubjekten abstrahiert und losgelöst ist. Wären Prinzipien und dogmatische Regeln oft im Konflikt mit verbreiteten moralischen Intuitionen, würde im Übrigen auch das Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit von Theorie und Dogmatik unterminiert.[282] Das Recht muss also auch individuelle Urteile, Wertvorstellungen und Intuitionen der Menschen in der realen Welt einbeziehen, wenn es rational vorgehen will, um seine Funktion der Friedenserhaltung und der Konfliktschlichtung

---

278 So HYAMS, When Consent Doesn't Work, S. 110 f.

279 Vgl. zum Ganzen KLEY, Vertragstheorien der Gerechtigkeit, S. 333 f.

280 Vgl. GORDON, The New Contractarians, S. 575.

281 TUGENDHAT, Comments on some Methodological Aspects, S. 80.

282 Vgl. KLEY, Vertragstheorien der Gerechtigkeit, S. 334.

tatsächlich erfüllen zu können.[283] Da es aber nicht alleine darum gehen kann, ob eine bestimmte Rechtsnorm wirksam, gesellschaftlich akzeptabel und effektiv ist, sondern letztlich das Kriterium der Gerechtigkeit überwiegen muss, ist die Norm nicht einseitig auf die Urteile und Wertvorstellungen auszurichten, sondern eben auf die Resultate eines Annäherungsverfahrens zwischen Prinzipien und den verbreiteten Urteilen und Rechtsüberzeugungen der Menschen.

c) Einwilligung als Grundprinzip aus dem Urzustand

Dass die Einwilligung des Berechtigten in der einen oder der anderen Form das Unrecht der Tat ausschliesst, ist in unserer Rechtsordnung als Grundprinzip allgemein anerkannt.[284] In einer Gesellschaft, in der Individuen und ihre Urteile und Entscheidungen ernstgenommen werden, nimmt das Prinzip der Einwilligung naturgemäss eine Schlüsselrolle ein, und zwar nicht nur im Rechtsystem, sondern allgemein im Kontext der Moral und des praktischen Denkens.[285] Man kann das Prinzip der Einwilligung nicht zuletzt auch im Rahmen des Konzepts der Legitimierung durch Einwilligung der Rechtsunterworfenen als Voraussetzung für die Gründung einer staatlichen Rechtsordnung und jeglicher gesellschaftstheoretischer Bestimmung von Prinzipien des Rechts und der Gerechtigkeit sehen.[286] Gegenüber der Ansicht, dass der Staat und eine Regierung mit einem rechtlich abgesicherten Machtmonopol im Wesentlichen durch naturgegebene hierarchische Verhältnisse legitimiert wird und nicht über den Willen der einzelnen Bürger,[287] setzte sich spä-

---

283 Vgl. auch SEELMANN, Organtransplantation, S. 33.

284 Vgl. nur BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14, Rn. 6.

285 BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 2; vgl. auch ALEXANDER, The Ontology of Consent, S. 102: „Consent is one of the most important concepts in both morality and law."

286 Vgl. JOHNSTON, A History of Consent in Western Thought, S. 28, S. 31 und S. 45 ff.

287 Vgl. grundlegend THOMAS VON AQUIN, Über die Herrschaft der Fürsten; vgl. auch die skeptisch-realistische Position in HUME, Of the Original Contract, S. 189 f.: „Almost all the governments which exist at present, or of which there remains any record in story, have been founded originally either on usurpation or conquest or both, without any pretence of a fair consent or voluntary subjection of the people." Und S. 191 f.: „It is in vain to say that all governments are or should be at first founded on popular consent as much as the necessity of human affairs will admit."

testens ab dem frühen Spätmittelalter zunehmend die Idee durch, dass politische Autorität und mithin die politisch-rechtliche Ordnung als solche allein aus der allgemeinen Einwilligung und Bestimmung der Bürgerschaft abgeleitet werden kann.[288] Dies geht mit einer zunehmenden Substantiierung und einer Ausdehnung von Rechten des Individuums einher.[289] Das Prinzip der Einwilligung ist demgemäss nicht nur bedeutsam für die Beurteilung von strafrechtlich relevanten Verhältnissen, sondern es ist die Grundlage für eine legitime Rechtsordnung an sich und für die Doktrin der demokratischen Volkssouveränität und der Institution der heutigen repräsentativen Regierungsformen.

Die Entwicklung geht von einer Geringschätzung der individuellen Fähigkeiten der einzelnen Rechtsunterworfenen und einer Geringschätzung der Stabilität und des Wertes von rechtlichen und sozialen Verhältnissen, die auf der Einwilligung der Betroffenen basieren, hin zu einer Gesellschaft, in der nahezu alle Verhältnisse und nicht zuletzt das Verhältnis zwischen Staat und Individuum auf der Einwilligung der Individuen gründen.[290] Es erstaunt auch nicht, dass man ausgehend vom Grundsatz, dass die Bürger nur den Gesetzen unterworfen sein dürfen, denen sie freiwillig zugestimmt haben, zum Schluss kommt, dass der Einzelne auch seine persönliche Rechtssphäre mittels Einwilligung gestalten darf. Auch in diesem Sinne kann das moderne Recht verstanden werden als ein an Individuen orientiertes Verhältnis zwischen Menschen.[291] Ein ausgebautes Prinzip der Einwilligung des Betroffenen bezeugt nicht nur die Existenz von individuellen Rechten, sondern es positioniert auch wie kein anderes Konzept einer Rechtsordnung die Individuen als Träger von Eigenwerten.[292]

---

288 Vgl. JOHNSTON, A History of Consent in Western Thought, S. 31, m.H. auf DUNS SCOTUS, Opus Oxoniense; vgl. grundlegend HOBBES, Leviathan, 17, 95: Politische Autorität der Regierenden fliesst aus der Einwilligung der Regierten.

289 Vgl. BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 3.

290 Vgl. JOHNSTON, A History of Consent in Western Thought, S. 49.

291 SEELMANN/DEMKO, Rechtsphilosophie, § 2 Rn. 72.

292 Vgl. FLETCHER, Basic Concepts of Legal Thought, S. 109.

Wenn der Respekt vor dieser Individualität und als Konsequenz daraus die Einwilligung des Berechtigten in der öffentlichen Sphäre das entscheidende Element in der Begründung legitimer staatlicher Autorität und folglich von rechtmässigen Verhältnissen zwischen Staat und Individuum ist, dann muss die Einwilligung des Berechtigten umso mehr ein zentrales Instrument für den Einzelnen sein für den Umgang mit seinen eigenen Gütern und für eine selbstbestimmte Gestaltung seiner privaten Sphäre. In einem Staat, der seine Autorität aus der Einwilligung der Rechtsunterworfenen erlangt und dessen Gesetze, die individuelle Freiheiten einschränken, aufgrund der Zustimmung ebendieser Individuen in einem demokratischen Prozess legitim sind, erweist sich der rechtliche Umgang mit der Einwilligung des Berechtigten als wichtiger Massstab. Ein solcher Staat, der diesen Individuen die Einwilligung in Eingriffe in ihre eigenen Güter oder Interessen verbietet oder auf ein triviales Minimum reduziert, befindet sich nämlich in einem inneren Widerspruch. Indem der Staat dadurch auch den Handlungsspielraum der Bürger erheblich einschränkt, werden diese Güter und Interessen, die ihnen die Rechtsordnung zugesteht, die wiederum durch die Einwilligung der Bürger legitimiert wird, für ihre Träger vielfach zur Last;[293] ein rechtlich geschützter Vorteil wird so zu einem rechtlich erzwungenen Nachteil.

Wenn der Berechtigte nicht in einer Vielzahl von Fällen in den Eingriff in seine geschützten Güter einwilligen könnte, wären auch alltägliche und erwünschte Verhaltensweisen strafbar: Medizinische Heileingriffe, Tätowierungen oder die körperliche Betätigung bei Kampfsportarten als Körperverletzungen, eine Flugreise wegen Freiheitsberaubung, die Entsorgung von Sperrgutmaterial wegen Sachbeschädigung. Man könnte auch den eigenen Arzt oder Anwalt nicht von seinem Berufsgeheimnis entbinden und nicht frei über seine dinglichen Güter verfügen. Es würde also nicht nur abstrakt die individuelle Autonomie in einem unerträglichen Mass beschnitten, auch ein normales und aktives gesellschaftliches Leben wäre dadurch

---

[293] RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595; vgl. auch STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 35.

geradezu unmöglich.[294] Die persönliche Freiheit wäre also nicht nur als Ideal radikal eingeschränkt, wenn die Einwilligung nicht als wichtiger Grundsatz im Strafrecht Geltung hat, vielmehr wäre die freie Willensbetätigung in einem ganz praktischen Sinne blockiert. Insofern man also sagen kann, es sei „ganz undenkbar, dass eine Rechtsordnung die individuelle Freiheit solchermassen einschränken will und kann“,[295] entspricht dies auch folgender Einsicht: Wenn man sich vorstellt, dass Menschen gemeinsam einen Gesellschaftsvertrag beschliessen, in dem die wichtigsten Prinzipien ihrer Strafrechtsordnung festgehalten werden, wenn sie also im Sinne des berühmten Gedankenexperiments von John Rawls im Urzustand hinter dem Schleier des Nichtwissens entscheiden,[296] ist hinreichend klar, dass sie die Einwilligung des Berechtigten als Grundsatz in ihre Strafrechtsordnung aufnehmen würden; über das Prinzip der Einwilligung als Unrechtsausschliessungsgrund besteht daher auch Einigkeit.[297]

Dass die Einwilligung des Berechtigten in einer modernen Gesellschaftsordnung ein zentrales Konzept im Hinblick auf einen wie auch immer gearteten Ausschluss des Unrechts der Tathandlung darstellt, steht hier nicht zur Debatte. Der Satz *volenti non fit inuria* entspricht einem allgemeinen und notwendigen Prinzip des Rechts

---

294 WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 41; vgl. auch NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 166.

295 NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 166.

296 Vgl. RAWLS, A Theory of Justice, S. 12: „In justice as fairness the original position of equality corresponds to the state of nature in the traditional theory of the social contract. This original position is not, of course, thought of as an actual historical state of affairs, much less as a primitive condition of culture. It is understood as a purely hypothetical situation characterized so as to lead to a certain conception of justice. Among the essential features of this situation is that no one knows his place in society, his class position or social status, nor does anyone know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence, strength, and the like. I shall even assume that the parties do not know their conceptions of the good or their special psychological propensities. The principles of justice are chosen behind a veil of ignorance. This ensures that no one is advantaged or disadvantaged in the choice of principles by the outcome of natural chance or the contingency of social circumstances. Since all are similarly situated and no one is able to design principles to favor his particular condition, the principles of justice are the result of a fair agreement or bargain.“

297 Vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 146.

überhaupt,[298] der unbestrittenermassen gewohnheitsrechtlich anerkannt, verallgemeinerungsfähig und grundsätzlich belastbar ist. Aber wie bei jedem allgemeinen Prinzip zeigt sich auch hier, dass die Probleme erst dann auftauchen, wenn man versucht, das Prinzip auf einzelne konkrete Fälle anzuwenden. Anders als Regeln für den Einzelfall, erweisen sich Prinzipien als nicht ohne weiteres anwendbar, sondern verlangen weitergehende Überlegungen und Präzisierungen.[299] Als Rechtsregel ist die Einwilligung noch zu diffus, in den Grundelementen zu umkämpft und im Anwendungsbereich zu wenig klar definiert, um hinreichend konsistent die normativ relevante Beurteilung von Rechtsverhältnissen zu ermöglichen. Während also über das abstrakte Prinzip und den Grundgedanken der Einwilligung Einigkeit besteht, wird über die konkrete Form, die Reichweite und den Wirkgrund der Einwilligung heftig gestritten.[300] Ein belastbares theoretisches Fundament, das nicht nur das Grundprinzip stützt, sondern eine vertiefte und umfassende Begründung strukturiert und anleitet, ist die Voraussetzung, um hier mehr Klarheit und Bestimmtheit erreichen zu können.[301]

Vor diesem Hintergrund kann gesagt werden, dass die Einwilligung zugleich ein starkes Prinzip ist, weil es als solches in einer liberalen Strafrechtsordnung unbestritten ist. Sie ist aber auch ein schwaches Prinzip, weil das Prinzip erstens diffus und unbestimmt ist und weil es zweitens durchaus auch in seinem Kern angezweifelt wird, nicht zuletzt ganz radikal durch die deterministische Verneinung der Willensfreiheit oder in geringerem Ausmass durch „postmoderne“ Kritik am Konzept der Autonomie und der individuellen Selbstbestimmung. Es gilt mithin nicht, ein solches Prinzip zu begründen, wozu in der Tat ein zusätzlicher Schritt in der Argumentationskette notwendig wäre. Wir können vielmehr davon ausgehen, dass dieses

---

298 So auch NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 167.

299 Vgl. BACHMANN, Review Essay Volenti non fit iniuria, S. 1033, m.H. auf DWORKIN, Taking Rights Seriously.

300 RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595.

301 Vgl. HYAMS, When Consent Doesn’t Work, S. 113 f.

Prinzip, dass die Einwilligung des Berechtigten grundlegend ist, kontraktualistisch gesprochen, gleichsam im Urzustand bereits festgelegt wurde.

Im Folgenden gehe ich also davon aus, dass es nicht nur in der juristischen Lehre und Rechtsprechung, sondern gleichsam in unserer modernen Gesellschaftsordnung unbestritten ist, dass die Einwilligung des Berechtigten als solche ein anerkanntes Grundprinzip ist. Die Berechtigung dieses Prinzips wird hier vorausgesetzt. Wenn Menschen hinter dem Schleier des Nichtwissens zwischen den beiden Optionen Rechtsordnung ohne Prinzip der Einwilligung und Rechtsordnung mit Prinzip der Einwilligung wählen müssten, würden sie die zweite Option wählen. Dieses Resultat liegt in unserer Rechtsordnung bereits vor, so dass wir vom Bestehen der Einwilligung als Grundprinzip ausgehen können. In der Terminologie von Kant können wir sagen, dass es sich bei der Einwilligung des Berechtigten um ein gesetzgeberisches verallgemeinerungsfähiges Prinzip handelt, das in einem hypothetischen Gesellschaftsvertrag, d.h. einer blossen Idee der Vernunft, beschlossen würde, da man von ihm sagen kann, dass es „aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes habe entspringen können."[302] Wir können daher auf den zweiten Schritt fokussieren, bei dem das so beschlossene Prinzip der Einwilligung des Berechtigten im Rahmen des reflektiven Gleichgewichts überprüft und konkretisiert wird.

d) Argumentationsstruktur

Die Notwendigkeit dieses zweiten Schritts liegt auf der Hand: Ein allgemeines Prinzip oder der Grundgedanke der Einwilligung, dem zwar alle zustimmen können, ist allein nicht ausreichend, um zu gerechten Entscheidungen der praktischen Lebensgestaltung zu kommen. Dafür bestehen zu viele Vagheitsspielräume, die eine unmittelbare Beurteilungen der konkreten Sachgerechtigkeit erschweren, wenn nicht gar verunmöglichen. In der Regel müssen also weitere Aspekte aus der realen Konstellation berücksichtigt werden, nicht zuletzt die moralischen Intuitionen der tatsächlich berechtigten Menschen. Es ist demnach nicht sinnvoll, entweder den Urteilen und Meinungen oder dem Prinzip einen privilegierten epistemologischen

---

[302] KANT, Über den Gemeinspruch, S. 268 (AA VIII 297).

Status zuzubilligen.[303] Es bietet sich vielmehr eine dritte Position an, in der eine wechselseitige Rückkoppelung im Hinblick auf eine Kohärenz angestrebt wird. In Anwendung der Methode des reflektiven Gleichgewichts soll das Grundprinzip der Einwilligung des Berechtigten als „Instrument der Interessensverfolgung“[304] des Rechtsgutsinhabers mit den unterschiedlichen in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Konkretisierungsvorschlägen in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht. Unter Berücksichtigung der relevanten sachbezogenen Überzeugungen, Urteile und Grundtheorien sollen die offenen Fragen geklärt werden. Es wird geprüft, mit welchen Argumenten die ursprünglichen Gefühle und Intuitionen untermauert werden könnten, wobei diese Intuitionen verworfen werden müssen, wenn sich die Argumente als nicht schlüssig erweisen.[305] Was also zu leisten ist, ist eine kritische Analyse des Prinzips der Einwilligung des Berechtigten vor dem Hintergrund kontrastierender Theorien, die das Prinzip in die eine oder die andere Richtung zu konkretisieren versuchen ohne es grundsätzlich in Frage zu stellen. Wie soll das Institut der Einwilligung im Detail gestaltet werden? Wie wirkt sich die theoretisch so gefestigte Einwilligung in der Praxis aus?

Konkurrierende Grundtheorien und Auffassungen konzeptualisieren, ordnen, bewerten und substantiieren das Prinzip der Einwilligung auf unterschiedliche Art und Weise.[306] Im Sinne der Methode des weiten reflektiven Gleichgewichts sollen daher relevante wohlüberlegte Urteile, Intuitionen und Grundtheorien thematisiert und kritisch beurteilt werden. Es geht also nicht nur darum, die eigene Grundtheorie zu beschreiben, mit der man eine konsistente Konkretisierung des Prinzips begründen will, sondern auch darum, entgegenstehende Grundtheorien zu berücksichtigen. Es werden mithin auch Argumentationslinien aufgezeigt und sodann relativiert oder

---

303 DANIELS, Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics, S. 21.

304 So GEILEN, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, S. 90.

305 Vgl. auch MILL, On Liberty, S. 76: „If there are any persons who contest a received opinion, or who will do so if law or opinion will let them, let us thank them for it, open our minds to listen to them, and rejoice that there is someone to do for us what we otherwise ought, if we have any regard for either the certainty or vitality of our convictions, to do with much greater labour for ourselves.“

306 Vgl. BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 4.

widerlegt, die Skepsis oder Abneigung gegenüber einem liberalen Konzept der Einwilligung des Berechtigten im Strafrecht signalisieren und zu einer allzu engen und eingeschränkten Ausformung des Prinzips führen würden.

Wie sich zeigen wird, sind bereits die unterschiedlichen Vorstellungen bezüglich Wesen, Struktur und dogmatischer Ausgestaltung des Konzept „Rechtsgut", auf dem ein kohärentes System der Einwilligung aufbauen muss, Ausdruck von theoretischen Grundverständnissen. Sie sind aufs engste verknüpft mit Antworten auf die Frage, welches Verhalten überhaupt kriminalisiert werden soll[307] und was die eigentliche Aufgabe des Strafrechts im Spannungsverhältnis von Gemeinschafts- und Individualinteressen ist.[308] Obschon es sich hierbei in der Tat um vielschichtige Probleme handelt, muss dazu entsprechend Position bezogen werden.[309] Die Auseinandersetzung mit der Dogmatik der Einwilligung wird dadurch nicht vernachlässigt, sondern vielmehr angeleitet und auf das Wesentliche fokussiert. Es reicht nicht zu zeigen, dass man in der weiten Vielfalt von theoretischen Grundverständnissen einen offenen Rechtsgutsbegriff ausbreiten kann, der dann unterschiedlichste Modelle und Formen der Einwilligung aufnehmen kann, weil keine Argumente zwingend gegen ein bestimmtes Modell sprechen. Ob dann das eine oder das andere Modell im jeweiligen dogmatischen Problembereich der Einwilligung zu „vorzugswürdigen Einzellösungen" führt, lässt sich dann aber losgelöst von einer theoretischen Grundlegung gar nicht sagen.[310] Das Prädikat „vorzugswürdig" hat nämlich nur im Kontext eines gefestigten theoretischen Grundverständnisses einen normati-

---

307 Vgl. ROBERTS, Consent and the Criminal Law, Appendix C, S. 249 f.

308 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 32.

309 Vgl. aber offenbar anders RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 32; vgl. dann jedoch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 51 f. (Autonomiekonzept nach Kant) und RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 67 f., Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers im Umgang mit seinen Gütern muss aufgrund von staatstheoretischen und rechtsphilosophischen Grundverständnissen als besonders werthaft qualifiziert werden; vgl. auch STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 83, Fn. 16: „Auch der strafrechtsdogmatische Ansatz (hier: Rechtsgutsträgerschaft) sollte staatstheoretisch Farbe bekennen und unmittelbar mit der Entscheidung der Verfassung konform gehen, dass der Staat um des Menschen willen da ist und nicht umgekehrt."

310 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 32.

ven Inhalt. Sonst steht man einfach vor einem Fundus an Lösungsmöglichkeiten für ein spezifisches Regelungsproblem, für das erheblicher Spielraum besteht,[311] lässt sich im besten Fall von nicht allzu wechselhafte Intuition leiten, kann aber die für alles Recht entscheidenden Frage nach der Richtigkeit der Lösungen, der Frage nach der Gerechtigkeit, nicht beantworten.[312] An einem konkreten Beispiel: Ob eine Einzellösung, bei der eine durch Täuschung erschlichene Zustimmung des Hausei-gentümers die Strafbarkeit des Täuschenden wegen Hausfriedensbruch ausschliesst, gegenüber einer anderen Einzellösung vorzugwürdig ist, bei der die Täuschung die Wirkung der Zustimmung aufhebt, hängt vom zugrunde gelegten Rechtsgutsmodell ab. Und dieses ist wiederum das Produkt einer bestimmten Theorie, in der Konzepte wie Eigentum, Gemeinschaft, Individuum, Verhältnisse, Autonomie, Vertrauen oder Urteilsfähigkeit substantiiert werden. Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass nicht auch aus einer theoretisch fundierten Dogmatik Argumente für oder gegen die Vorzugswürdigkeit einer bestimmten Regelung hervorgehen. Ohne theoretische Fundierung geht es aber nicht.

4. Fazit und Überleitung

Ausgehend von einer liberal-individualistischen Grundtheorie soll im Folgenden das Prinzip der Einwilligung überprüft und konkretisiert werden. Dabei wird die liberal-individualistische Prämisse auch kritisch in Frage gestellt. Es zeigt sich jedoch, dass die Sachrichtigkeit der Lösung von einzelnen Problembereichen der Einwilligung aufs engste mit einer Ausrichtung an liberalen Prinzipien oder Eckpfeilern verknüpft ist. Einiges spricht auch dafür, dass ungerechte, inkohärente und überhaupt unzulängliche Aspekte der Einwilligungsdoktrin vor allem auf eine Vermengung von richtigen Grundsätzen des Liberalismus mit bestehenden paternalistischen, moralisierenden oder autonomiefeindlichen Meinungen zurückzuführen sind.[313] Im Folgenden soll aber nicht etwa gesagt werden, dass man empirisch gese-

---

311 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 67.

312 Vgl. SCHULTZ, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, S. 24.

313 Vgl. allgemeiner auch PAUEN/WELZER, Autonomie, S. 50 und S. 273 ff.

hen den heutigen Einfluss des Liberalismus auf die Einwilligung als allein bestimmend zu betrachten habe. Es ist im Gegenteil sehr wohl so, dass eine Reihe von konträren Grundtheorien – etwa Konzepte der relationalen Autonomie –,[314] von Überzeugungen, die mit Bestimmtheit vertreten werden, – etwa die grundsätzliche Überforderung des Menschen angesichts von Autonomie und Selbstbestimmung oder die notwendige Redimensionierung seiner Ansprüche –, und auch von praktischen Erfahrungswerten, den liberal-individualistischen Einfluss auf die Einwilligungsdoktrin abschwächen und dies möglicherweise sogar zu Recht. Die Lebens- und Rechtswirklichkeit ist aber nicht einfach das, was sie ist – sie ist das, was wir daraus machen. Nach der hier vertretenen Meinung soll sie liberaler sein, die Selbstbestimmung des Einzelnen fördern und seine Autonomie so umfassend wie möglich vor Kollektivismus und reiner Ausrichtung auf das Gemeinwohl schützen.

Dies setzt aber keineswegs einen libertär verstandenen Minimalstaat voraus, sondern vielmehr einen robusten Staat mit funktionierenden Institutionen auf der Basis eines gefestigten Verständnisses für Rechtsstaatlichkeit und für die Rechte und Freiheiten des Individuums. Es kann auch nicht bestritten werden, dass nach Ansicht derjenigen, die sich eine weniger individualistische und weniger liberale Lebens- und Rechtswirklichkeit wünschen, in der beispielsweise kollektive Werte oder religiöse Moral ein grössere Rolle spielen, einiges gegen die hier vertretene Position spricht. Diese Einwände gegen die Ausrichtung auf den Liberalismus sollen jedoch nicht abstrakt im Vorfeld entkräftet werden. Sie werden vielmehr im Rahmen der Analyse der Dogmatik im zweiten Teil und vor allem bei den besonderen Erscheinungsformen der Einwilligung im dritten Teil dieser Arbeit aufgegriffen und je nachdem widerlegt oder als Limitierung des weitgefassten Grundprinzips der Einwilligung des Berechtigten in die Argumentation integriert. Es wird mithin regelmässig die Frage gestellt nach einer möglichen Einschränkung der liberal-

---

[314] Vgl. beispielsweise KRAUSE, Sozial verantwortete Selbstbestimmung in der Medizin; vgl. auch mit kritischen Ansätzen SCHÖNE-SEIFERT/ACH, Relationale Autonomie.

individualistischen Grundtheorie und die Konsequenzen für die hier verteidigte Konkretisierung der Einwilligung.

Nichts spricht dafür, die Einwilligung unter dem Banner einer gänzlich idealisierten Vorstellung einer unerschütterlichen Autonomie und Selbstbestimmungsfähigkeit des Individuums als allmächtig zu bezeichnen und unlimitiert wirken zu lassen. Durch die Anerkennung der Einwilligung als zentrales Prinzip einer liberalen Rechtsordnung, welches dem Berechtigten erlauben soll, selbstbestimmt über seine Güter zu verfügen, wird auch die Möglichkeit geschaffen, die Einwilligung als konkrete Rechtsregel zu regulieren und damit alltagstauglich zu machen. Eines der Resultate der folgenden argumentativen Auseinandersetzung wird sein, dass der Einfluss einer liberal-individualistischen Grundhaltung auf die Einwilligungsdoktrin im schweizerischen Strafrecht aus normativen Gründen bestimmend sein muss. Darin liegt auch kein Zirkelschluss; es ist keine *petitio principii*, sondern vielmehr ein Anspruch auf Kohärenz. Wer will, dass die Lebens- und Rechtswirklichkeit nach Grundsätzen einer bestimmten Grundhaltung oder Ideologie gestaltet wird – etwa Liberalismus, Kommunitarismus, Sozialismus, Kollektivismus, Paternalismus oder Nationalismus oder etwa auch einer Kombination daraus – muss sich darum bemühen, dass die Einwilligung nach den entsprechenden Grundsätzen geregelt wird.

Zweiter Teil: Dogmatik

I. Einleitung

Ausgangspunkt der nachfolgenden Überlegungen ist die Einsicht, dass ein argumentativer Zusammenhang besteht zwischen dem auch verfassungsrechtlich verankerten Grundprinzip der Einwilligung des Berechtigten und der Bestimmung des Rechtsgutes auf der einen Seite sowie der straftatsystematischen Einordnung der Einwilligung auf der anderen Seite.[315] Die Bestimmung des Rechtsgutes und die straftatsystematischen Einordnung wiederum ergeben sich aus einem Zusammenwirken von relevanten sachbezogenen Überzeugungen, Urteilen und Grundtheorien. Es soll ausführlich das eigene, grundlegende Verständnis von Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit und vom Begriff des Individualrechtsguts dargelegt und verteidigt werden: Das Individualrechtsgut integriert sowohl das Rechtsgutsobjekt als auch die Verfügungsbefugnis darüber. Sodann wird als Folge dieser Überlegungen die entsprechende Einordnung der Einwilligung im System der strafrechtlichen Zurechnung geklärt. Es wird gezeigt, dass die Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist und inwiefern eine sachliche Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung nicht richtig ist. Danach gehe ich im Einzelnen auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen und Grenzen der Einwilligung ein, die stark vom Verständnis des Individualrechtsguts beeinflusst sind, sowie vertieft auf einen ebenfalls vom Rechtsgutsverständnis abhängigen eigenen Lösungsweg für die Problematik der Willensmängel. Abschliessend gehe ich in einem kurzen Kapitel auf einen bedeutsamen Zusammenhang zwischen der hier dargelegten Doktrin der Einwilligung und strafprozessualen bzw. verfassungsrechtlichen Grundsätzen der Unschuldsvermutung und der Beweislast im Strafverfahren ein.

Die Frage nach dem Grund für die unrechtsausschliessende Kraft einer Einwilligung zum einen, und die daraus resultierende deliktsystematische Einordnung der

---

[315] Vgl. auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 87 f.

Einwilligung zum anderen, hängen erwiesenermassen vom Grundverständnis von Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit und vom verwendeten Begriff des Individualrechtsguts ab.[316] Die unterschiedliche Bestimmung des Inhaltes der Individualrechtsgüter wiederum findet vor dem Hintergrund eines umstrittenen Rechtsgutsverständnisses statt: Ist das Rechtsgut abstrakt als Verhältnis einer Person zu einem Wert aufzufassen oder als konkrete Willensbeziehung einer Person zu einem Wert?[317]

Im Folgenden sollen die wesentlichen theoretischen Grundelemente analysiert und damit eine kohärente Erklärung für den Wirkungsgrund und den korrekten systematischen Wirkungsort der Einwilligung des Berechtigten ermöglicht werden. Diese auf materielle Argumente fokussierende Diskussion führt in einem weiteren Schritt zur Begründung eines personalen Rechtsgutsverständnisses und zu einer Integration des Willens und der Selbstbestimmung des Rechtsgutsträgers in den Schutzbereich des Tatbestandes. Sie hat im Übrigen auch Auswirkungen auf die fehlende Begründung für die nicht nur sprachlogische, sondern substantielle Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, d.h. für die damit verbundenen unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die Bestimmung der Grenzen der Einwilligung und den Umgang mit Willensmängeln.

---

316 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596; vgl. auch AMELUNG, Rezension Rönnau Willensmängel, S. 714 und SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118.

317 Vgl. OTTO, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, § 8 Rn. 126.

II. Rechtsgut und Einwilligung

1. Einwilligung zwischen Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit

a) Einwilligung und Tatbestand

aa) Annäherung aus einer Aussenperspektive

Angesichts der durchwegs sehr komplexen bis verworrenen Meinungslage zum Verhältnis von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Individualrechtsgut in der deutschsprachigen Debatte,[318] ist es lohnenswert, sich dem Thema zunächst gleichsam von einer Aussenperspektive zu nähern. In seiner scharfsinnigen vergleichenden Untersuchung des Verhältnisses von Tat, Rechtfertigung und strafprozessualer Unschuldsvermutung,[319] stellt Antony Duff fest, dass das Konzept des Tatbestandes im herrschenden dreistufigen Deliktsaufbau das Wesen einer Straftat besser erfasst als der analytische oder bloss erklärende Behelf von *actus reus* und *mens rea* im *common law*.[320] Der Tatbestand entspricht dem *common law* Begriff der „*offence*" einschliesslich sowohl des *actus reus* als auch der *mens rea*, wobei diese beiden Elemente wichtiger und bedeutsamer sind als die nur vermeintlich kongruenten Begriffe des objektiven und des subjektiven Tatbestandes.[321] Der Tatbestand weist im Sinne eines Systemtatbestands auf ein Unrecht hin, das strafbar ist.[322] Er umfasst mithin alle unrechtsbestimmenden Merkmale, die einen bestimmten Verhaltenstypus als „eine im allgemeinen verpönte Beeinträchtigung eines geschützten Rechts-

---

318 Vgl. hierzu eindrücklich RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 21 ff.

319 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 195 ff.

320 DUFF, Answering for Crime, S. 206; vgl. auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 135 ff.

321 DUFF, Answering for Crime, S. 205.

322 SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, S. 151; vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 205 und WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 120.

gutes“ kennzeichnen.[323] Ein Verhalten ist also dann tatbestandsmässig, wenn es „sämtliche das strafrechtlich relevante Unrecht *begründenden* Merkmale aufweist“.[324] Die Tatbestandsmässigkeit ist in diesem Sinne der Grund (*ratio essendi*) für die Zugehörigkeit eines Verhaltens zu einem Unrechtstypus.[325]

Der Tatbestand weist aber nicht nur auf ein Unrecht hin. Vielmehr kann man sagen, dass die Tatbestandsmässigkeit den Kern des Unrechts ausmacht,[326] obschon sie nicht gleichzusetzen ist mit dem Unrecht.[327] In diesem Kontext ist auch die allgemein anerkannte Annahme entscheidend, dass mit dem Rechtsgutsbegriff die Tatbestandsmässigkeit im Deliktsaufbau korrespondiert.[328] Der Tatbestand ist mithin eng verknüpft mit der Verletzung eines Rechtsgutes, d.h. eines strafrechtlich geschützten Guts oder Interesses. Aufgrund einer solchen Verletzung kann die Vermutung aufgestellt werden, dass das entsprechende verletzende Verhalten unrechtmässig ist. Dieses vermutungsweise entstandene Unrecht, Duff nennt es „*presumptive wrong*“, bzw. die Vermutung als solche kann aber bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen widerlegt werden.[329] Die Tatbestandsverwirklichung bedeutet also nur ein vorläufiges Urteil über das Unrecht des Verhaltens und hält zunächst nur fest, dass das Verhalten rechtswidrig sein könnte.[330] Dies wird gewöhnlich mit der Formulierung

---

323 Vgl. dazu ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 7 ff.; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 20: Tatbestände „zeichnen nach Art abstrakter, zur Kenntnis von Jedermann aufgestellter Verbotstafeln die Bilder generell verpönter Verhaltensweisen.“; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 3 und Rn. 8: „Umschreibung des verbotenen Verhaltens, auf das eine Strafdrohung sich bezieht.“

324 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 10 (kursiv im Original).

325 Vgl. GALLAS, Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 19 (S. 38 und Fn. 53a)

326 Vgl. LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 6; vgl. auch SCHÜNEMANN, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft, S. 347.

327 Vgl. nur ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 23.

328 Vgl. MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 376.

329 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 205: „But that presumption can be defeated by a justification (*Rechtfertigung*)“ (kursiv im Original); vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 14.

330 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 10.

„die Tatbestandsmässigkeit indiziert die Rechtswidrigkeit" umschrieben.[331] Diese Indikation kann auf der Ebene der Rechtswidrigkeit bestätigt werden, wenn keine Rechtfertigungsgründe vorliegen, bzw. entkräftet werden, wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund eingreift.[332]

Insofern sich nun der Akt der Rechtfertigung auf eine Erlaubnisnorm (*permissive norm*) bezieht, die eine Ausnahme von einer Verbots- oder Gebotsnorm (*proscriptive norm*) aus dem Besonderen Teil des Strafgesetzbuches statuiert, ist aufgrund der dreistufigen Struktur hinreichend klar, warum der (fehlende) Rechtfertigungsgrund nicht als Tatbestandsmerkmal Teil der Definition des vermutungsweise unrechtmässigen Verhaltens im Tatbestand sein kann. Ein Rechtsgut wurde nämlich auch dann verletzt und ein tatbestandliches Unrecht geschaffen, wenn ein Verhalten gerechtfertigt wurde. Wenn hingegen ein Tatbestandsmerkmal nicht erfüllt ist, wurde von vornherein kein Rechtsgut verletzt und kein Unrecht geschaffen.[333] Da die unrechtsausschliessende Wirkung der Einwilligung unbestritten ist, ist für die hier interessierende Problematik die dritte Stufe des Deliktsaufbaus, die Schuldebene, nicht relevant; nicht die Schuld und auch nicht erst die Strafe sind ausgeschlossen, sondern das Unrecht.[334] Der Tatbestand erscheint damit als erste Wertungsstufe im Deliktsaufbau, auf der der Gesetzgeber mittels einzelner Elemente bestimmte Verhaltensweisen als zu vermeidende Rechtsgutsbeeinträchtigungen beschreibt und gegenüber anderen ebenfalls potentiell schädlichen Verhaltensweisen wertend abgrenzt, die ausserhalb der Reichweite des Strafrechts bleiben sollen.[335]

Wie lässt sich aber die Einwilligung des Berechtigten in dieses Grundraster einfügen? Duff entwickelt hierzu eine Argumentationskette, die in zwei wichtige Erkenntnisse mündet: Erstens sollte Einwilligung nicht als Rechtfertigungsgrund,

---

331 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 2; vgl. auch KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 6 Rn 2; kritisch FREUND, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 3 Rn. 2.

332 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 10.

333 DUFF, Answering for Crime, S. 205.

334 Vgl. FRISCH, Die Einwilligung im Deutschen Strafrecht, S. 328.

335 Vgl. MAURACH/ZIPF, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 19 Rn. 35; vgl. auch LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn 6.

sondern als Negierung eines Elements des Tatbestandes verstanden werden.[336] Zweitens sollten Tatbestände das definieren, was ein *presumptive wrong* ist. Sie sollen Verhaltensweisen bestimmen, für die wir in aller Regel kategorische und definitive Gründe haben, sie nicht als gangbare Optionen zu betrachten und anzuwenden. Sie sollen so bestimmt werden, dass das Unrecht bezeichnet wird, für das der Beschuldigte bestraft werden kann, wenn er keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe hat.[337]

Betrachten wir drei konkrete Verhaltensweisen, die tatbestandlich erfasst sind und damit grundsätzlich rechtswidrig sein können – die Vergewaltigung, die Körperverletzung und die üble Nachrede bzw. die Beschimpfung. Wenn ein bestimmtes Verhalten die Elemente des entsprechenden in Art. 190 StGB, Art. 123 StGB und Art. 173 StGB bzw. Art. 177 StGB normierten Tatbestandes erfüllt, ist es vermutungsweise ein Unrecht und es indiziert die Rechtswidrigkeit der Tat. Wie sollten diese Tatbestände aber formuliert sein und was sollten sie enthalten, damit die Einwilligung des Berechtigten als Rechtfertigungsgrund fungieren kann? Dies hängt letztlich auch davon ab, wie man die Interessen beschreibt, die vom Strafrecht geschützt werden.[338] Dahinter stehen zweifellos eine rechtsphilosophische Grundhaltung und ein prinzipiengeleitetes, kollektives Urteil über die Grundwerte in einer Gesellschaft. So ist es zunächst durchaus vernünftig zu sagen, dass die Definition des Tatbestandes eine Verbotsnorm beschreiben muss, die „moralisch kohärent" ist, insofern sie für die Mitglieder der entsprechenden Gesellschaft auf plausible Art und Weise moralisch Sinn machen muss.[339] Kann man nun aber sagen, wie das Fletcher tut, dass die Verbotsnorm im Tatbestand der Vergewaltigung das Unrecht des faktischen Eingriffs in die sexuelle Integrität mittels „sexueller Penetration" verbietet?[340]

---

336 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 219: „negation of an offence element".

337 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 223, er spricht hier von „exculpatory defence".

338 Vgl. bereits FLETCHER, Justification, S. 943: „Whether one takes non consent to be an element of the prohibition or consent to be a justification depends finally, on how one perceives the interest protected by the legal system."

339 FLETCHER, Rethinking Criminal Law, S. 567.

340 Vgl. FLETCHER, Rethinking Criminal Law, S. 705 ff.

Dass also in der Terminologie des Strafgesetzbuches der „Beischlaf", d.h. die „Vereinigung des männlichen und des weiblichen Geschlechtsteils",[341] vermutungsweise ein Unrecht darstellt, das dann erst durch die Einwilligung des Opfers rechtmässig wird?[342]

Dagegen kann man zu Recht einwenden, dass ein generelles Verbot der sexuellen Penetration zwar kohärent gedacht werden kann, für die Bürger eines modernen, liberalen Rechtsstaates aber keinen moralischen Sinn macht. Es handelt sich nicht um ein Verhalten, das immer vermutungsweise Unrecht ist und für das ein Täter gegenüber seinen Mitbürgern zur Rechenschaft gezogen werden muss – wir sollten uns nicht mit Hinweis auf die Einwilligung des Opfers für jeden Akt der sexuellen Penetration in einem Strafverfahren verteidigen müssen.[343] Es wäre in der Tat grotesk, eine sexuelle Penetration, in die eingewilligt wurde, juristisch als eine mit Einwilligung der Berechtigten verübte Vergewaltigung zu qualifizieren.[344] Das hier zugrundeliegende Argument basiert auf der Intuition, dass ein alltägliches Verhalten wie sexuelle Penetration, das nur ausnahmsweise rechtswidrig ist, nämlich wenn es ohne den Willen der Berechtigten erfolgt, nicht Substanz eines tatbestandlich normierten Verbotes sein sollte. Die Menschen würden dann ständig gegen ein Verbot verstossen, das ein Unrecht umschreibt, für das sie sich dann auf der Stufe der Rechtswidrigkeit mit Hinweis auf die Einwilligung der Berechtigten rechtfertigen müssten. Vielmehr sollte der Tatbestand so umschrieben sein, dass er bereits auf den Ausnahmefall eines Verhaltens ohne die Einwilligung der Berechtigten zugeschnitten ist.

Die Verbotsnorm im Tatbestand der Vergewaltigung verbietet also nicht deshalb nicht allein die sexuelle Penetration als solche, weil der Tatbestand in Art. 190 StGB klarstellt, dass es eine „genötigte" oder „gewaltsame" sexuelle Penetration

---

341 Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 190 Rn. 2.

342 Vgl. FLETCHER, Rethinking Criminal Law, S. 705 ff.

343 DUFF, Answering for Crime, S. 209.

344 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 9.

sein muss, und dass die Einwilligung in die sexuelle Penetration an sich bereits den Tatbestand ausschliesst. Vielmehr schliesst die Einwilligung des Opfers bereits den Tatbestand aus, weil eben das Unrecht aufgrund substantieller und nicht bloss formeller Überlegungen nicht in der blossen sexuellen Penetration bestehen kann, das dann auf der Stufe der Rechtswidrigkeit mittels einer Einwilligung als Rechtfertigungsgrund aufgehoben würde. Insofern ist es auch trügerisch zu behaupten, aufgrund der überragenden Bedeutung für die ärztliche Tätigkeit sei die Einwilligung des Verletzten der Rechtfertigungsgrund, „der am häufigsten von Privatleuten in Anspruch genommen wird."[345] Damit wird insinuiert, dass die Einwilligung des Opfers, so wie das Notwehrrecht oder das Notstandsrecht, von Privatleuten im Kontext eines (potentiellen) Strafverfahrens als entlastende Rechtstatsache eingewendet wird. Das entspricht aber keineswegs der Realität im Alltag, wo die Einwilligung – anders als Notwehr oder Notstand – vielmehr ganz einfach im Hintergrund „wirkt", ohne dass sie irgendjemand in einem strafrechtlich relevanten Sinn „in Anspruch nimmt". Entsprechend wird die „Einwilligung" in der Regel nur dann zum Rechtsfall, wenn ausnahmsweise ihr Fehlen beanstandet wird, und nicht in den tausenden von Fällen, in denen sie meistens ganz unbemerkt gewirkt hat.

Rechtfertigungsgründe, die wie Notwehr und Notstand auf einer objektiven Interessensabwägung basieren, betreffen eine erklärungsbedürftige Ausnahme.[346] Insofern ist es zutreffend, dass solche Rechtfertigungen von tatbestandsmässigen Handlungen formal gesehen auf einem Verhältnis von Regel und Ausnahme beruhen; Körperverletzung ist in der Regel verboten, im Falle der Notwehr aber ausnahmsweise erlaubt.[347] Irreführend ist es hingegen, das Gleiche für die Einwilligung zu behaupten.[348] Zum einen lautet die Regel richtigerweise, wie noch zu zeigen sein wird, „Körperverletzungen ohne den Willen des Berechtigten sind verboten", so dass es nicht sinnvoll ist, zu sagen, im Falle einer Einwilligung seien sie ausnahmsweise

---

345 AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 937.

346 Vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 223.

347 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 161.

348 So aber offenbar NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 162.

erlaubt; die Einwilligung betrifft vielmehr ein konstitutives Element der Regel. Zum anderen ist bei der Einwilligung ein anderes Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme bedeutsam: Eingriffe in Individualrechtsgüter, die mit Einwilligung des Berechtigten erfolgen, stellen den sozialtypischen Normalfall dar;[349] sie sind die Regel. Die Ausnahme sind hingegen Fälle, in denen der Eingriff auf deliktische Weise ohne oder gegen den Willen des Berechtigten erfolgt. Erlaubte Eingriffe mit Einwilligung sind also die Regel,[350] verbotene Eingriffe ohne Einwilligung sind die Ausnahme.

Dies gilt grundsätzlich für alle Tatbestände, die Individualrechtsgüter schützen.[351] Stellvertretend kann auch im Hinblick auf die beiden weiteren Beispiele der Körperverletzung und der üblen Nachrede das gleiche Argument ausgeführt werden. Auch bei einem faktischen Eingriff in die körperliche Integrität durch ein Verhalten, das den Körper im Sinne von Art. 123 StGB „verletzt", ist es irreführend zu sagen, damit werde vermutungsweise ein Unrecht geschaffen, das auf einer nächsten Stufe durch die Einwilligung des Opfers aufgehoben wird. Wir sollten nicht für jeden Eingriff in die körperliche Integrität einer anderen Person vor einem Gericht zur Rechenschaft gezogen werden. Man will auch nicht bei jedem Verhalten, das die Schwelle der Körperverletzung überschreitet, ein Strafverfahren eröffnen müssen.[352] Obschon ein faktischer Eingriff in die körperliche Integrität durch ein „verletzendes" Verhalten wohl eher als Unrecht wahrgenommen wird als ein faktischer Eingriff in die sexuelle Integrität durch „sexuelle Penetration", können wir letztlich

---

349 Vgl. OHLY, Einwilligung und Einheit der Rechtsordnung, S. 458; vgl. auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 95 f.

350 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 19: „Vielmehr handelt es sich bei ihnen um völlige normale Vorgänge des täglichen Lebens ohne unrechtsindizierende Bedeutung; derartige Fälle sind bei der Einwilligung in der Mehrzahl, weil der Rechtsgutsträger sich bei Erteilung der Einwilligung meist von seinem Nutzen leiten lassen will."

351 Für den möglichen Ausnahmebereich der Tötung vgl. unten S. 264 ff.

352 Vgl. aber auch BGer 1B_158/2012 vom 15. Oktober 2012, E. 2.6.: „Eine Nichtanhandnahme nach Art. 310 Abs. 1 lit. a StPO darf deshalb auch dann erfolgen, wenn zwar ein Straftatbestand erfüllt ist, aber offenkundig ein Rechtfertigungsgrund besteht."

auch bei der Körperverletzung feststellen, dass sie ein alltägliches Verhalten ist, das nur ausnahmsweise bei fehlender Einwilligung des Berechtigten rechtswidrig ist. Man denke nur an die Hunderten von medizinischen Eingriffen, die jeden Tag in schweizerischen Spitälern mit Einwilligung der Patienten durchgeführt werden. Im Vergleich dazu stellen die etwa 2500 einfachen Körperverletzungen, die wegen fehlender Einwilligung des Opfers jährlich zu einer Verurteilung führen,[353] eine Ausnahme dar. Medizinische Eingriffe sind zwar zweifellos tatsächliche Eingriffe in die körperliche Integrität und erfüllen nach richtiger Ansicht das objektive Tatbestandselement der Schädigung des Körpers.[354] Sie stellen aber doch nicht tatbestandsmässiges Unrecht dar, so dass eigentlich jedes Mal die Staatsanwaltschaft auf den Plan gerufen werden müsste.

Obschon man eine entsprechende Intuition durchaus nachvollziehen kann, ist es nicht zutreffend zu behaupten, die Tatbestandsmässigkeit würde eine grundsätzlich bestehende Rechtsposition markieren, die nur bei Vorliegen besonderer Umstände umgestaltet werden könne.[355] Man erlebt zwar die bewusste Erteilung einer Einwilligung nicht selten als eine eigenmächtige Veränderung der normalen Regelungssituation, sie stellt aber in Wahrheit nicht eine ausnahmsweise zulässige Verfügung über den eigenen Körper dar oder eine ausserordentliche Eingriffsrechtfertigung.[356] Alltägliche Ereignisse wie Haareschneiden, Piercing, Geschlechtsverkehr und Blutspenden zeigen vielmehr, dass solche Verhaltensweisen, die objektiv betrachtet einen Eingriff in die körperliche Integrität darstellen, nicht etwa Ausnahmecharakter haben, sondern das Leben in ganz erheblichem Ausmass prägen.[357] Das entscheidende Verhältnis, das auch für die Problematik des Strafverfahrens relevant ist, besteht also zwischen entsprechenden Eingriffen in die Integrität mit der Einwilligung des Berechtigten und Eingriffen ohne Einwilligung des Berechtigten; erstere

---

353 Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Art. 123, S. 177 (Kriminalstatistik).

354 Vgl. ausführlich dazu unten S. 404 ff.

355 MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 370.

356 Vgl. aber MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 370.

357 FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 89 f.

sind die Regel, letztere die Ausnahme. So ist auch die Gesetzeslage: Das Gesetz kann bestimmte Ausnahmesituationen festlegen, in denen die unrechtsausschliessende Wirkung der Einwilligung des Berechtigten entfällt – man denke etwa an Art. 114 StGB; als solche sind diese Ausnahmen rechtfertigungsbedürftig.[358]

Zugegebenermassen begibt man sich in einen gewissen Graubereich, je mehr man in die Tiefen der schweren Körperverletzung gemäss Art. 122 StGB vordringt. Dies ist wohl der Fall, obschon auch hier quantitativ die schweren Körperverletzungen mit Einwilligung des Berechtigten – man denke nur an die vielen starkinvasiven Operationen, die täglich durchgeführt werden – gegenüber den ungefähr 120 Verurteilungen pro Jahr wegen schwerer Körperverletzungen gemäss Art. 122 StGB deutlich überwiegen.[359] Dieser mögliche Graubereich entsteht aber nicht aufgrund von Unklarheiten bezüglich der korrekten systematischen Einordnung der Einwilligung, sondern hängt unmittelbar mit der Frage zusammen, wie weit eine Einwilligung des Berechtigten in eine schwere Körperverletzung überhaupt wirksam sein soll.[360] Es versteht sich von selbst, dass die Schwierigkeit der Bestimmung der Grenzen einer wirksamen Einwilligung im Falle einer Tötung noch prominenter wird.[361]

Auch im systematisch und strukturell anders gelagerten Bereich der Ehrverletzungsdelikte kann man konstatieren, dass der Angriff auf die Ehre, im Sinne eines legitimen Achtungsanspruchs eines jeden Menschen gegenüber seinen Mitmenschen,[362] durch eine üble Nachrede gemäss Art. 173 StGB oder eine „Beschimpfung" gemäss Art. 177 zwar zunächst ein „*presumptive wrong*" zu verkörpern

---

358 So auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 11 (das Selbstbestimmungsrecht und die Einwilligungsfreiheit des Individuums, eigene Rechtsgüter preisgeben zu dürfen, sollte nur mit guten Gründen aus überindividuellen Interessen eingeschränkt werden).

359 Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Art. 122, S. 162 (Kriminalstatistik).

360 Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 21, sie bezeichnen die Übergänge von wirksam zu nicht wirksam als „fliessend".

361 Vgl. dazu auch DUFF, Answering for Crime, S. 211 ff.

362 Vgl. zu diesem normativen Begriff der Ehre BSK-Strafrecht II-Riklin, Vor Art. 173 Rn. 10.

scheint, das nur bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen widerlegt werden kann. Das könnte man in der Tat allein schon aufgrund der negativ, ja sogar „deliktisch" konnotierten Begrifflichkeit der „üblen Nachrede" oder der „Beschimpfung" als solche annehmen. Ein Angriff auf die Ehre ist in einem modernen, liberalen Rechtsstaat aber genauso wenig geeignet, ein moralisch kohärentes generelles Verbot zu begründen, wie ein Eingriff in die sexuelle Integrität durch Penetration, ein Eingriff in die körperliche Integrität durch einen ärztlichen Skalpellschnitt oder ein regelkonformer Faustschlag bei einem Boxkampf. Das hat einerseits, wenn auch weniger deutlich, wiederum mit der Regel-Ausnahme Konstellation zu tun. Angriffe auf die Ehre durch üble Nachrede oder Beschimpfungen mit Einwilligung des Betroffenen sind die Regel, kommen im täglichen Leben häufig vor und führen „praktisch zu keinen Unzukömmlichkeiten".[363] Peter Noll nennt als Beispiele hierfür den entlassenen Häftling, der den Anstaltsdirektor ermächtigt, einen potentiellen Arbeitgeber darüber zu informieren, dass er vorbestraft ist, oder einen religiös Bekehrten, der sich zu seinem vergangenen Leben in Sünde bekennt und einen Zeugen bittet, dies zu bestätigen.[364] Man denke aber auch an die vielen Spässe und Witze, die man sich mit der – in der Regel konkludenten – Einwilligung desjenigen erlaubt, über den man sich lustig macht. Es wäre in der Tat „aller Vernunft zuwider, solches Verhalten zu bestrafen."[365]

bb) Bestimmung des Unrechts

Ebenso wichtig scheint mir hier jedoch ein weiterer Gedankengang zu sein: So wie viele Menschen auch die sexuelle Penetration ausserhalb der Ehe als „Unrecht" bezeichnen würden, obschon sie keinen Grund für eine strafrechtliche Verurteilung bietet,[366] unterscheiden sich Menschen auch im Hinblick auf die Frage, was bei einem Eingriff in die körperliche Integrität oder bei einem Angriff auf die Ehre als Unrecht zu bezeichnen ist. Diejenigen, die eine moralische Norm gegen ausserehe-

---

363 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 105 f.

364 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 106.

365 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 106.

366 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 209.

lichen Geschlechtsverkehr, gegen chirurgisches oder pharmakologisches *Body Enhancement*,[367] gegen politisch inkorrekten Humor, gegen Tätowierungen, gegen öffentliche Zurschaustellung oder gegen Organtransplantationen[368] akzeptieren, sind nicht der Meinung, dass die Einwilligung der Berechtigten die Normverletzung erlaubt; ausserehelicher Sex mit Einwilligung ist für manche sogar der paradigmatische Fall des Unrechts. Das vermeintliche Unrecht ist hier mit einer bestimmten moralischen Beurteilung von Sexualität, Ehre und Körperlichkeit und dem richtigen Umgang damit in typischerweise einverständlichen menschlichen Beziehungen verknüpft.[369] Erst die fehlende Einwilligung macht daraus ein strafrechtlich relevantes Unrecht.

Da die Frage, ob die fehlende Einwilligung ein (negativ formuliertes) Tatbestandselement der Verbotsnorm ist oder die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund fungiert, letztlich davon abhängig ist, wie man die individuellen Rechtsgüter oder Interessen versteht, die vom Strafrecht geschützt werden sollen, ist die Art und Weise, wie man das verbotene Verhalten definiert, richtungsweisend. Dies ist vor allem dann augenfällig, wenn man Tatbestände, die Eingriffe in die individuelle Rechtssphäre schützen, mit Begriffen wie „Gewalt" oder „Zwang" definiert. Man könnte den verbotenen Eingriff in die körperliche Integrität als „gewaltsamen Körperkontakt" bezeichnen[370] oder den verbotenen Eingriff in die sexuelle Integrität als „gewaltsame sexuelle Penetration",[371] wie das auch im Begriff „Vergewaltigung" anklingt. Die Verbotsnorm wäre somit auch dann verletzt und der Tatbestand erfüllt, wenn das Opfer in entsprechende Handlungen eingewilligt hat; man denke an einen orthopädisch-chirurgischen Eingriff oder an sado-masochistische Sexualprakti-

---

367 Vgl. beispielsweise SANDEL, The case against perfection; HERRMANN, Der menschliche Körper zwischen Vermarktung und Unverfügbarkeit; RUNKEL, Enhancement und Identität.

368 Vgl. beispielsweise SCHEPER-HUGHES/WACQUANT, Commodifying Bodies.

369 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 209.

370 Vgl. FLETCHER, Justification, S. 943.

371 DUFF, Answering for Crime, S. 209; vgl. auch FLETCHER, Rethinking Criminal Law, S. 705 f.

ken.[372] Insbesondere im Hinblick auf Körperverletzungsdelikte ist sodann zu beachten, dass dort faktisch ein umfassendes Verursachungsverbot besteht – jede Verursachung einer Verletzung wird als (potentiell) verbotenes Verhalten gewertet. Der Grund weshalb bestraft werden kann, liegt letztlich allein in der Verletzung der körperlichen Integrität. Die Verbotsnorm ist also bereits dann verletzt, wenn ein Eingriff in die körperliche Integrität vorliegt. Die Einwilligung des Berechtigten könnte dann höchstens auf der Ebene der Rechtswidrigkeit die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens aufheben und die Verletzung dieser Verbotsnorm, die das individuelle Rechtsgut oder Interesse, man denke an sinnlich erfahrbare, materielle Gegebenheiten wie Körper oder Sachen und an nicht „handfeste" Zustände der freien Willensbildung oder der Ehre,[373] vor gewaltsamen Eingriffen schützt, rechtfertigen.[374]

Gegen die Annahme, man könne Eingriffe in die sexuelle oder körperliche Integrität als „gewaltsame sexuelle Penetration" oder „gewaltsamen Körperkontakt" definieren und die Einwilligung darin als Rechtfertigungsgrund bezeichnen, sprechen zwei Gründe: Den ersten Einwand habe ich bereits angedeutet – wir sollten uns nicht regelmässig in einem Strafverfahren verantworten müssen für Verhaltensweisen, in die wir (gegenseitig) eingewilligt haben. Wenn wir den Grundsatz *volenti non fit iniuria* ernst nehmen, müssen wir anerkennen, dass die Einwilligung das Unrecht negiert und nicht bloss rechtfertigt und dass die (fehlende) Einwilligung daher Element des Tatbestandes sein muss. Der zweite Einwand ist, dass eine solche Definition keine adäquate Beschreibung des Unrechts von Eingriffen in die körperliche oder sexuelle Integrität ist. Diese können sehr wohl ohne Anwendung von Gewalt stattfinden, namentlich durch Täuschung – der Arzt behauptet wahrheitswidrig, er müsse Blut entnehmen oder der Mann täuscht die Frau vor dem Geschlechtsverkehr über seine Identität[375] – oder durch Ausnützung eines Zustandes der Urteils- bzw.

---

372 Vgl. beispielsweise ROBERTS, Consent and the Criminal Law, S. 246 ff.

373 Vgl. STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 379 f.

374 FLETCHER, Justification, S. 943.

375 Vgl. BGE 119 IV 230.

Widerstandunfähigkeit – die sexuelle Penetration findet statt, während das Opfer, das Alkohol und Medikamente zu sich genommen hat, schläft.[376]

Könnte es aber sein, dass diesbezüglich ein relevanter Unterschied zwischen Eingriffen in die körperliche Integrität und Eingriffen in die sexuelle Integrität besteht und zwar dahingehend, dass es gleichsam keinen allgemeinen Grund gibt, keinen Geschlechtsverkehr zu haben, es aber einen allgemeinen Grund gibt, keine Körperverletzung zu verursachen? Körperverletzung erscheint als etwas, das *per se* unerwünscht ist, während Geschlechtsverkehr als etwas erscheint, das nur dann unerwünscht ist, wenn es unfreiwillig erfolgt.[377] Dieser Gedankengang knüpft offensichtlich an die verbreitete Intuition an, dass Geschlechtsverkehr etwas Gutes und Schönes ist, etwas, das Menschen wollen, weil sie es mögen; Geschlechtsverkehr ist kein *prima facie* Unrecht, d.h. es ist kein Verhalten, für das es *prima facie* Gründe gibt, es nicht zu tun, die dann durch die Tatsache, dass in den Geschlechtsverkehr eingewilligt wurde, übertrumpft werden.[378] Eine Körperverletzung hingegen wird intuitiv als etwas Schlechtes wahrgenommen, das Menschen nicht wollen, weil sie es nicht mögen.

---

376 Vgl. BGer 6S.217/2002 vom 3. April 2003, E. 4. = SJZ 2003, 334; vgl. auch BGE 119 IV 230, 232 f. (Summierung von Schläfrigkeit, Alkoholisierung und einem Irrtum über die Identität des für den Ehemann gehaltenen Sexualpartners), BGE 103 IV 165 (Missbrauch zu sexuellen Handlungen durch Ausnützung eines Überraschungseffekts und situationsbedingter vorübergehender Widerstandsunfähigkeit auf dem Untersuchungsstuhl eines Gynäkologen) und BGE 133 IV 49, 56 f. (Patientin ist zum Widerstand unfähig, wenn sie aufgrund ihrer besonderen Körperlage den Angriff des Therapeuten auf ihre geschlechtliche Integrität nicht erkennen kann und überraschenderweise durch diesen sexuell missbraucht wird).

377 Vgl. GARDNER, Fletcher on Offences and Defences, S. 144, der hier eine Argumentation aus CAMPBELL, Offence and Defence, aufgreift mit den Worten: „Actual bodily harm is *per se* an unwelcome turn of events, even when consensual; sexual intercourse is not *per se* an unwelcome turn of events, but becomes one by virtue of being non-consensual." (kursiv im Original).

378 Vgl. auch TADROS, Criminal Responsibility, S. 106: „[…] there is no *prima facie* reason against having sexual intercourse. When one has consensual intercourse, it is not as though the *prima facie* reason against having intercourse has been *balanced* or *outweighed* by the fact that it was consensual. There is no such *prima facie* reason at all." (kursiv im Original).

Diese Intuition ist aber irreführend und zwar nicht in dem Sinne, dass Geschlechtsverkehr auch, genauso wie die Körperverletzung, ein *prima facie* Unrecht ist, das mittels besonderer Gründe gerechtfertigt werden müsste.[379] Vielmehr ist auch eine Körperverletzung an sich kein *prima facie* Unrecht, das gerechtfertigt werden müsste. Eine Körperverletzung ist erst dann, genauso wie der Geschlechtsverkehr, ein *prima facie* Unrecht, wenn sie ohne die Einwilligung der berechtigten Person erfolgt. Die blosse Tatsache, dass die meisten Menschen Geschlechtsverkehr mögen und Körperverletzung nicht mögen, ändert daran nichts. Das Unrecht ergibt sich in beiden Fällen erst dadurch, dass der berechtigten Person etwas angetan wird, dass sie nicht will. Das *prima facie* Unrecht liegt also im Verhalten gegen oder ohne ihren Willen. Eine Körperverletzung ist also nicht an sich unerwünscht, sondern nur unter Umständen, und sie ist in aller Regel genau dann nicht unerwünscht, wenn man darin eingewilligt hat. Dabei muss man gar nicht an Fälle denken, bei denen sexuelle Befriedigung besonders intensiv erlebt wird, wenn sie mit Eingriffen in die körperliche Integrität einhergeht. Es ist auch bei lebensrettenden, schmerzlindernden, heilenden oder verschönernden medizinischen Eingriffen mit Einwilligung des Patienten, bei Fremdverletzung mit Einwilligung des Berechtigten im Rahmen der Sportregeln als Voraussetzung für Freude und Spass beim Spielen oder für eine erfolgreiche Sportkarriere, kontraintuitiv zu sagen, dieses Verhalten sei Unrecht und es sei als tatbestandsmässiges Verhalten nicht erwünscht (*unwelcome*). Es gibt mit anderen Worten beim Geschlechtsverkehr und bei der Körperverletzung gute Gründe, es nicht zu tun, nämlich den entgegenstehenden Willen der berechtigten Person, und gute Gründe es zu tun, nämlich den zustimmenden Willen der berechtigten Person. Es gibt freilich auch gute Gründe, einen Menschen gegen seinen Willen zu verletzen – das sind dann aber Rechtfertigungsgründe wie Notwehr oder Notstand. Das Unrecht einer Körperverletzung ohne die Einwilligung des Betroffenen, mithin

---

[379] So aber MADDEN DEMPSEY/HERRING, Why Sexual Penetration Requires Justification, S. 469 *et passim*.

die *prima facie* Gründe gegen ein solches Verhalten, wird dann durch Rechtfertigungsgründe aufgehoben oder übertrumpft.[380]

Indem das Strafgesetz Verhaltensweisen als Körperverletzung oder als Schändung gemäss Art. 191 StGB als tatbestandsmässiges Unrecht deklariert, wird signalisiert, dass die entsprechenden Verbote moralisch kohärent sind und auf plausible Art und Weise moralisch Sinn machen, insofern Eingriffe in die sexuelle oder körperliche Integrität auf dem Eingriff in die sexuelle oder körperliche Selbstbestimmung gründen.[381] Als solche stellen diese Tatbestände die Grundform der tatbestandlichen Verbotsnorm dar; die Tatbestandsformen, die zusätzliche Elemente der Gewalt oder des Zwangs enthalten, sind strafverschärfende Qualifikationen davon.[382] Die Tatbe-stände des Eingriffs in die sexuelle oder körperliche Integrität oder eines Angriffs auf die Ehre können also nicht so definiert werden, dass die Einwilligung eine Rechtfertigung dazu bildet. Man wäre sonst nämlich nicht in der Lage, das Unrecht, das durch die Einwilligung gerechtfertigt werden könnte, so zu präzisieren, dass es das charakteristische Unrecht solcher Eingriffe erfasst.[383] Die Einwilligung des Berechtigten ist also kein Rechtfertigungsgrund, sondern schliesst den Tatbestand aus, da sie das negativ gefasste Tatbestandselement „ohne den Willen des Berechtigten" aufhebt. Dies hat, wie hier bereits ansatzweise zum Ausdruck gekommen ist, nicht nur systematische Auswirkungen, sondern determiniert bis zu einem gewissen Grade auch die Funktionsweise, Bedeutung und Reichweite der Einwilligung. Um dies noch deutlicher erkennen zu können, müssen wir genauer untersuchen, was ein vermutetes Unrecht (*presumptive wrong*) ist und inwiefern Tatbestände das definie-ren sollten, was vermutungsweise ein Unrecht ist.

---

380 So auch CAMPBELL, Offence and Defence, S. 83; vgl. dazu auch SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 653.

381 Vgl. zum Ganzen für den Fall der Vergewaltigung DUFF, Answering for Crime, S. 210.

382 Vgl. dazu auch GARDNER, Rationality and the Rule of Law, S. 36 f.

383 DUFF, Answering for Crime, S. 210.

b) Tatbestand und *prima facie* Unrecht

Der Tatbestand muss eine Verhaltensanweisung beschreiben, für die wir aus Sicht des Gesetzgebers gute Gründe haben, sie zu befolgen; das verbotene Verhalten entspricht dann einem *prima facie* Unrecht;[384] das ist zu unterscheiden von einem Verhalten, das nur *prima facie* ein Unrecht ist. Wenn ein *prima facie* Unrecht registriert wird, liegt ein Unrecht vor, für das der Täter zur Verantwortung gezogen werden kann und erst bei Vorliegen von Rechtfertigungsgründen entlastet wird. Obschon ich gute Gründe habe, T nicht ohne seinen Willen zu verletzen, kann ich ausnahmsweise die besseren Gründe haben, die entsprechende Verhaltensanweisung nicht zu befolgen und ihn zu verletzen, da er mich beispielsweise angreift und ich in einer Notwehrlage bin. Die guten Gründe, die gegen die Verletzung eines Menschen ohne seinen Willen sprechen und das *prima facie* Unrecht eines solchen Verhaltens, lösen sich aber durch die Notwehrrechtfertigung nicht einfach in Luft auf; rechtfertigende Gründe machen das *prima facie* Unrecht nur zulässig.[385] Der Tatbestand sollte hingegen nicht ein Verhalten beschreiben, das nur *prima facie* ein Unrecht ist – man denke an einen invasiven medizinischen Eingriff –, sondern eben ein Verhalten, das ein *prima facie* Unrecht ist. Eine solche Definition des Tatbestandes, die nur auf den ersten Blick ein Unrecht darstellen könnte, auf den zweiten Blick aber in aller Regel kein Unrecht ist, weil nämlich darin eingewilligt wurde, würde – bei konsequenter Anwendung – das Strafrechtssystem vollständig überlasten. Wie wir später sehen werden, muss auch nur die (fehlende) Einwilligung des Berechtigten in die tatbestandliche Deliktsbeschreibung aufgenommen werden, da diese tatbestandsausschliessend ist, hingegen nicht sämtliche Gründe, die das tatbestandliche Verhalten rechtfertigen können wie beispielsweise Notwehr oder Notstand.

Wenn wir aber von einem *prima facie* Unrecht sprechen, also in unserem Fall von einem Eingriff in die geschützte Rechtssphäre eines Individuums ohne seine Einwil-

---

384 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 217 f.

385 Vgl. GARDNER, In Defence of Defences, S. 79 ff.; vgl. aber SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 653, der zwischen Notstand (Unrecht bleibt bestehen) und Notwehr (Unrecht wird aufgehoben) unterscheidet.

ligung, kann man einwenden, dass die Bestimmung eines solchen Unrechts nicht nur darauf hinauslaufen kann, dass man in einem Tatbestand eine Verhaltensanweisung beschreibt, für die wir gute Gründe haben, sie zu befolgen. Zudem ist nicht ohne weiteres einleuchtend, warum wir nicht nur Gründe haben, uns entsprechend zu verhalten, sondern uns ganz besonders nicht vorsätzlich oder fahrlässig so verhalten sollten.[386] Obschon man bei der Definition des vermutungsweisen Unrechts zunächst auf die „objektiven" Komponenten des Verhaltens fokussieren muss – invasiver Eingriff, sexuelle Penetration, fehlende Einwilligung des Berechtigten –, hat die Begehung des Unrechts selbstverständlich auch eine subjektive Seite; das Täterverhalten muss vorsätzlich oder fahrlässig sein, d.h. es spielt auf der subjektiven Ebene eine Rolle, ob jemand vorsätzlich oder fahrlässig handelt.[387]

Es besteht eine besondere Nähe zwischen notwendigen Elementen des subjektiven Tatbestandes und negativ formulierten Tatbestandselementen im objektiven Tatbestand wie eben die fehlende Einwilligung des Berechtigten. In beiden Fällen ist die Tatbestandsmässigkeit nicht gegeben und damit auch kein *prima facie* Unrecht, wenn diese Elemente nicht erfüllt sind. Wenn T einen elektrischen Lichtschalter betätigt, ohne zu wissen, dass dies wegen eines unvorhersehbaren technischen Fehlers zu einer Explosion führt, wodurch O eine kleine Schnittwunde erleidet, handelt T zwar, obschon er ohne sein Wissen gute Gründe hatte, nicht zu handeln, und er verursacht die Verletzung von O. Vorausgesetzt T wusste nicht, dass dieses Risiko bestand und er es auch nicht wissen musste oder konnte, begeht er kein *prima facie* Unrecht,[388] für das er strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden sollte und für das er erst auf den weiteren Deliktsstufen in einem strafrechtlichen Sinne gerechtfertigt oder entschuldigt sein könnte. Um ein strafrechtlich relevantes *prima facie* Unrecht begründen zu können, das heisst ein Verhalten, das auf Tatbestandsebene die Vermutung zulässt, dass es Unrecht ist, reicht es mithin nicht zu zeigen,

---

386 DUFF, Answering for Crime, S. 219.

387 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 220.

388 Vgl. das Beispiel in DUFF, Answering for Crime, S. 220; vgl. auch SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 657.

dass es gute Gründe gibt, sich nicht so zu verhalten. Die Definition des tatbestandsmässigen Unrechts muss also grundsätzlich über die blosse Beschreibung von Verhaltensweisen hinausgehen, gegen die gute Gründe sprechen.[389]

Es kann durchaus sein, dass wir (und vor allem O) von T in einer solchen Situation erwarten, dass er sich an einen einschlägigen moralischen Kodex hält und sich bei O entschuldigt; obschon er strafrechtlich nicht verantwortlich ist, ist er in einem moralischen Sinne verantwortlich und er hat ein moralisches Unrecht begangen. Andere Menschen töten, verletzen, verraten, schädigen, belästigen oder nötigen ist auf eine grundlegende, moralische und strikte Art ein Unrecht[390] – es ist an sich ein Unrecht, alleine weil ich es verursacht bzw. getan habe und unabhängig von meinem subjektiven Zustand. Obschon es im Hinblick auf die Anforderungen des Strafrechts hilfreich sein kann, wenn die strafrechtlichen Normen meistens und im weitesten Sinne in öffentlich anerkannten moralischen Grundvorstellungen gründen, bedeutet das aber nicht, dass strafrechtlich relevantes Unrecht das Gleiche ist wie moralisch striktes Unrecht.[391] Dass ein bestimmtes Verhalten ein moralisches Unrecht darstellt bzw. verursacht, ist also höchstens eine notwendige aber keineswegs eine hinreichende Voraussetzung für ein strafrechtliches Unrecht. Was es zwingend zusätzlich braucht, ist das Vorliegen einer persönlichen Verantwortung für das Unrecht, das sich in den Elementen des subjektiven Tatbestandes, d.h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit, äussert. Die diesbezüglichen Ausnahmen im Bereich der Fälle einer blossen Kausal- oder Gefährdungshaftung können an dieser Stelle noch beiseitegelassen werden. Während man bei striktem moralischem Unrecht nicht danach fragt, ob jemand gute Gründe hatte, sich so zu verhalten, fragt man bei strafrechtlichem Unrecht nicht nur, ob er gute Gründe hatte, sondern auch, ob das Unrecht überhaupt vorsätzlich oder fahrlässig verursacht wurde. Wenn wir nicht auf diesem Weg zu

---

389 Vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 221 m.H. auf TADROS, Criminal Responsibility, S. 108 ff.

390 Vgl. GARDNER, Fletcher on Offences and Defences, S. 150 f.: „primary wrong“ oder „strict wrongs“.

391 Vgl. auch SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 649: „[…] refined moral distinctions do not always make for good criminal law.“

den überkommenen objektiven Verbrechenslehren zurückkehren wollen, die Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschliesslich als Schuldformen behandeln,[392] können wir die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verursachung eines strikten moralischen Unrechts nicht allein vom Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtfertigungs- oder (vor allem) Entschuldigungsgründen abhängig machen.[393]

T wird deshalb strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen, weil er weder vorsätzlich noch fahrlässig und damit nicht tatbestandsmässig gehandelt hat, und nicht, weil er entschuldigt wird. Dies zeigt sich auch darin, dass T den O nicht etwa ohne Recht angreift, wenn er den Schalter betätigt, so dass O kein Notwehrrecht hat. T schafft vielmehr für O eine unmittelbare Gefahr, so dass sich O dagegen nur in den Grenzen des Notstandsrechts wehren darf. Vom Täter kann erst dann verlangt werden, dass er sich für sein Verhalten strafrechtlich entschuldigt, wenn man ihm ein *prima facie* Unrecht vorwerfen kann und nicht bereits dann, wenn er ein striktes moralisches Unrecht begangen hat.[394] Auch hier gilt umso mehr: Wir sollten uns nicht – gleichsam durch den gesamten Deliktsaufbau hindurch – für jegliches Verhalten, das zwar ein moralisches Unrecht ist, das wir aber weder vorsätzlich noch fahrlässig begangen haben, vor Gericht verteidigen müssen. Formen des strikten moralischen Unrechts sind zwar oft Grundlage für Strafnormen, sie sollten aber nicht der Ausgangspunkt von Strafverfahren sein. Man wird grundsätzlich nicht strafrechtlich verantwortlich gemacht, weil man Schaden verursacht hat, sondern weil man diesen Schaden vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat.[395]

Daher wird auch auf einer ersten Ebene nach dem mentalen Zustand des Täters gefragt und es werden seine tatsächlichen Überlegungen, Gründe und Kenntnisse er-

---

392 Vgl. ausführlich dazu STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9 Rn. 50 ff.; vgl. zu dieser Ansicht SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, S. 187 ff. (vgl. auch S. 145 und S. 257); vgl. auch RAZ, Practical Reason and Norms, S. 186 f.

393 So aber GARDNER, Fletcher on Offences and Defences, S. 151: „[…] someone is at fault in committing a wrong if and only if he commits it without justification or excuse."

394 Vgl. SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 658.

395 DUFF, Answering for Crime, S. 220.

forscht. Man fragt auf der Tatbestandsebene, warum sich jemand auf eine bestimmte Weise verhalten hat und kann so auf die Unterschiede fokussieren zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit, zwischen Zielen, Erwartungen, bewusstem und unbewusstem Risiko.[396] Die Einwilligung des Berechtigten als objektives Element erfüllt mitunter den gleichen Zweck wie ein fehlendes subjektives Element im mentalen Zustand des Täters, es negiert ein Element des Tatbestandes. Diese Elemente befinden sich gleichsam auf einer vergleichbaren Stufe. Dies wird in der Folge bedeutsam sein bei der Analyse des Verhältnisses von Willensmängel und Irrtümer bei Täter und Opfer.[397] Wenn aber das Unrecht, das in einem strafrechtlichen Tatbestand möglichst genau definiert werden soll, in aller Regel kein striktes moralisches Unrecht ist, müssen wir noch genauer fragen, was im Tatbestand definiert wird und wie dies mit der Bestimmung des Inhalts des Rechtsgutes zusammenhängt. Der Kreis schliesst sich bei der Antwort auf die Frage, was eigentlich der „innere Grund" für die unrechtsausschliessende Kraft der Einwilligung ist.[398]

2. Individualrechtsgüter und Einwilligung

a) Rechtsgut und Einwilligung

Die Art und Weise wie die Interessen und Rechtsgüter, die vom Strafrecht geschützt werden sollten, wahrgenommen und beschrieben werden, hängt letztlich von politischen Urteilen über die Grundwerte einer Gesellschaft ab. Diese Urteile sind naturgemäss umstritten; die Struktur und die Klassifizierung der Einwilligung des Berechtigten können dabei nicht als klärende Grundlage für diese Urteile dienen,[399] sondern sind die Folge derselben. Für das Konzept der Rechtsgüter gilt daher, dass es nicht von sich aus bestimmte Inhalte hat und auch nicht aus sich heraus eine Unterscheidung in Güter des Individuums und Güter der Allgemeinheit vornimmt,

---

396 Vgl. SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 660.

397 Vgl. unten S. 351 ff.

398 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596.

399 FLETCHER, Justification, S. 943.

sondern vielmehr ohne eine zugrunde liegende Wertung ganz inhaltsleer ist.[400] Der Rechtsgutbegriff wird mit anderen Worten nachhaltig durch die getroffenen Urteile und Wertungen geprägt.[401] Wie oben bereits angedeutet wurde, ist der sodann herzustellende Zusammenhang zwischen Rechtsgut und Einwilligung insoweit berechtigt, als die Erfüllung der verschiedenen Tatbestände materiell eine Verletzung der durch sie geschützten Rechtsgüter voraussetzt, so dass der Ausschluss einer Rechtsgutsverletzung infolge Einwilligung die Verwirklichung von Unrecht ausschliesst.[402]

Diese Rechtsgüter, die aus bestimmten Wertungen hervorgehen, kann man etwas diffus auf ein intellektuelles, politisches, wirtschaftliches und soziales Klima zurückführen, das ihre Entstehung und Durchsetzung fördert.[403] In Wahrheit beziehen sich diese Wertungen auf reale Umstände und sie sind abhängig von bestimmten externen Theorien und zwar gerade auch deshalb, weil sie politischer Natur sind. Denn nichts anderes als Theorien sind die liberalen, die konservativen, die kommunitaristischen oder die paternalistischen Verständnisse von Recht, Gerechtigkeit, Individuum und Staat, von denen man dann sagen kann, dass sich vor dem Hintergrund des einen Verständnisses nicht die gleichen Folgerungen aus den Rechtsgutslehren ergeben, wie vor dem Hintergrund eines anderen Verständnisses.[404] Es sind letztlich auch solche Grundtheorien und bestimmte vertretene Prinzipien, die das entsprechende intellektuelle und soziale Klima schaffen.

Dies zeigt sich schon anhand einer kursorischen Betrachtung der historischen Auseinandersetzung um den Inhalt des Rechtsguts, der von Anfang an von einer gewis-

---

400 Vgl. beispielsweise STUCKENBERG, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre, S. 656 f. und ANDROULAKIS, Abschied vom Rechtsgut, S. 272 f.

401 FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 203.

402 So auch MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 369.

403 Vgl. NEUMANN, Alternativen, S. 95; vgl. dazu auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 5.

404 Vgl. FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 146.

sen Tendenz zur Entmaterialisierung geprägt war.[405] Dies war aber insofern nicht gradlinig, als beispielsweise in der Epoche des Naturalismus Grundtheorien dominierten, nach denen der Rechtsgutsbegriff vorwiegend gegenständlich und materiell aufgefasst wurde. Nach heutiger Definition kann mit dem Begriff „individuelles Rechtsgut" hingegen mehreres gemeint sein – man denke an sinnlich erfahrbare, materielle Gegebenheiten wie Körper oder Sachen aber auch an nicht „handfeste" Zustände der freien Willensbildung oder der Ehre.[406] Für diese so umschriebenen Güter oder Interessen gilt, dass sie grundsätzlich vor unerwünschten Eingriffen zu schützen sind.[407]

Die grundsätzliche Antwort auf die Frage, warum ein Einzelner wirksam in die Verletzung eines Rechtsguts einwilligen darf, das strafrechtlichen Schutz geniesst, oder warum er ein eigenes Rechtsgut durch Einwilligung gleichsam aus dem Bereich der strafrechtlich geschützten Rechtsgüter entfernen darf, ist also letztlich in diesem Sinne eine politische, auf bestimmten Theorien fussende Antwort, und nicht rein juristischer Natur.[408] Der Rechtsgutsbegriff ist also nicht vorgegeben, sondern das Resultat eines Urteils, dessen Richtigkeit letztlich allein mit der Sachgerechtigkeit der von ihr abhängigen Ergebnisse bei der Gesetzgebung und der Gesetzesauslegung zu beweisen ist.[409] Warum soll beispielsweise die Aussage zutreffend sein, dass bei einer Einwilligung des Berechtigten von vornherein die Rechtsgutsverletzung fehlt und gar kein rechtlich geschütztes Interesse beeinträchtigt ist, wenn das eigene Rechtsgutsverständnis besagt, dass das Rechtsgut als rechtlich geschütztes Interesse vom Rechtsgutsobjekt zu unterscheiden ist?[410] Die Antwort auf diese Fra-

---

405 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 29; vgl. ausführlich und instruktiv dazu AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 15 ff. und S. 125 ff.; vgl. auch HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 17 ff. und S. 25 ff.

406 Vgl. STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 379 f.

407 FLETCHER, Justification, S. 943.

408 So schon GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152.

409 OTTO, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, S. 3.

410 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 8.

ge und mithin die Bestimmung des Wirkgrundes der Einwilligung im Einzelnen bzw. der Ausnahmen dieses Prinzips setzt die Klärung einiger einschlägiger Aspekte des Konzepts des Rechtsguts im Allgemeinen und der inhaltlichen Ausgestaltung der Individualrechtsgüter im Besonderen voraus.[411] In einem weiteren Schritt ergeben sich die korrekte systematische Einordnung der Einwilligung sowie die Grundlage für einen kohärenten Umgang mit Willensmängeln und eine legitime Begrenzung der Einwilligung.

Wenn gezeigt werden kann, dass der Wille und die Freiheit des Berechtigten, über das Gut verfügen zu dürfen, zum konstitutiven Bestandteil des Individualrechtsguts gehören, ergeben sich daraus eine Reihe von bedeutsamen Konsequenzen für die Einwilligungsdoktrin.[412] Die Integration der Verfügungsfreiheit über das Gut und des Willens des Berechtigten in das Rechtsgut hätte zur Folge, dass die tatbestandliche Umschreibung des Rechtsguts anders formuliert wird und dass das materielle Unrecht eines Verhaltens immer (auch) in einer Missachtung des Willens des Berechtigten besteht. Die Verletzung eines disponiblen Rechtsguts wäre nur denkbar, wenn gegen oder ohne den Willen des Berechtigten gehandelt wurde; die Bestrafung Dritter wegen Eingriffe, in die der Berechtigte eingewilligt hat, wäre nicht zulässig.[413] Nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Aufgabe des Strafrechts, „den durch das Recht geschützten Gütern, den Rechtsgütern, einen verstärkten Schutz zu verleihen“,[414] wäre bedeutsam, dass die Einwilligung des Berechtigten mithin eine Rechtsgutsverletzung verhindern würde, auch wenn das unmittelbare Objekt der Handlung, der Körper, die Sache oder die Bewegungsfreiheit, verletzt werden.[415] Die Reichweite einer wirksamen Einwilligung wiederum ist determiniert durch die

---

411 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 3.

412 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 21; vgl. auch WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 97.

413 Vgl. nur ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 7 ff. und § 13 Rn. 12.

414 So SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, S. 47; vgl. auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 5 f. und NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 247.

415 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 21.

Feststellung, welches Rechtsgut mit ihr überhaupt preisgegeben wird,[416] und mit der Bestimmung des entsprechenden Rechtsguts als prinzipiell disponibel oder nicht disponibel.

Es liegt auf der Hand, dass im Rahmen dieser Arbeit die vielschichtige und in ihren Resultaten sehr disparate Diskussion um Begriff und Funktion des Rechtsguts[417] nicht in den Einzelheiten nachgezeichnet oder gar vertieft werden kann. Während diese Diskussion von der Frage nach der Leistungsfähigkeit der Rechtsgutstheorie, nach ihrem Wert für die Legitimierung von Straftatbeständen und nach ihrer (vermeintlich) strafrechtsbegrenzenden Funktion dominiert wird, ist für die vorliegende Thematik vielmehr die Bestimmung der inneren Struktur der einwilligungsfähigen Rechtsgüter zentral. Obschon die Rechtsgutslehre die dogmatische Kategorie des Rechtsguts zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten untersucht und dabei hauptsächlich der Frage nachgeht, was überhaupt ein Rechtsgut sein kann, findet eine weitere Aufspaltung des Rechtsgutsinhalts im hier interessierenden Sinn regelmässig nicht statt.[418]

Eine Analyse dieser Anatomie des Rechtsgutsbegriffs muss auf die inhaltliche Ausgestaltung der Individualrechtsgüter fokussieren, um klären zu können, ob sie nur auf einen objektiven, materiellen oder biologischen Bereich beschränkt sind oder auch das darauf bezogene, individuelle Selbstbestimmungsrecht und mithin den Willen des Berechtigten erfassen.[419] Drei Grundproblematiken der Natur und Zuordnung der Rechtsgüter, die ebenfalls mehr oder weniger Konsequenzen für die Einwilligungsdogmatik haben, müssen dabei in der gebotenen Kürze vorgängig thematisiert werden: Erstens die umstrittene Funktion der Rechtsgutslehre, zweitens

---

416 Vgl. WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 97.

417 Vgl. NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 116 ff.; vgl. ausführlich dazu FIOLKA, Das Rechtsgut; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 5; JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2/22 ff.; ausführlich zur historischen Entwicklung NEUBACHER, Materieller Verbrechensbegriff und Rechtsgutsverletzung.

418 So RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 21.

419 Vgl. TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 63.

die Trägerschaft von Rechtsgütern und drittens die Differenzierung zwischen Rechtsgut, Rechtsgutsobjekt und Handlungsobjekt.

b) Funktion des Rechtsgutskonzepts

Für die vorliegende Arbeit können wir von der Einschätzung von Tatjana Hörnle ausgehen: „Der Versuch, eine allgemeine Definition für *das* Rechtsgut zu finden und daraus Folgerungen für die Legitimität einer beliebigen Strafnorm abzuleiten, ist […] zum Scheitern verurteilt."[420] Vorliegend geht es freilich ohnehin nicht um die Frage, welche kriminalpolitische Funktion das Rechtsgutskonzept erfüllen kann – man streitet hier im Wesentlichen um eine „systemimmanente" Funktion oder eine systemkritische Funktion – sondern um die richtige Beschreibung der inneren Struktur des Rechtsgutes.[421] Die von Hörnle diagnostizierte mangelnde Legitimationskraft der Rechtsgutstheorie kann für die hier interessierende Thematik aus zwei Gründen ohne weiteres zugestanden werden: Erstens liefert das Konzept des Rechtsguts, wie bereits angedeutet, nur den Rahmen, um den inneren Grund der unrechtsausschliessenden Kraft der Einwilligung aufzuspüren. Wir müssen zu diesem Zweck keine Definition des Rechtsgutsbegriffs finden, die auf alle Straftatbestände, deren Legitimität ausser Frage steht, passt und trotzdem noch etwas aussagt.[422] Es geht an dieser Stelle noch nicht um die externe Reichweite des Rechtsguts, sondern gleichsam um die innere Struktur. Zweitens gehe ich ohnehin davon aus, dass die Legitimität einzelner Strafnormen und damit die Bestimmung der Grenze des Strafrechts an sich ohnehin nur mit einer umfassenderen Theorie der Gerechtigkeit angestrebt werden kann, die das Konzept des Rechtsguts nur als strukturierendes Instrument im Rahmen des reflektiven Gleichgewichts operationalisiert. Das Gleiche gilt für die Grenzen der Einwilligung: Nicht die Rechtsgutslehre kann diese festlegen, sondern nur eine eigentliche Theorie der Einwilligung, deren Bausteine und Gehalt im vorangehenden Kapitel bestimmt wurden. Die Rechtsguts-

---

420 HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten, S. 17 (kursiv im Original).

421 Ich verdanke diesen Hinweis Nora Scheidegger.

422 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 3 Rn. 8.

lehre kann alleine keine Antwort auf die Frage liefern, ob ein bestimmtes Verhalten strafwürdig ist oder nicht, und zwar deshalb, weil sie aus sich heraus gar nicht sagen kann, was nun als Rechtsgut gelten soll und was nicht. Sie lenkt aber zumindest den Blick auf den wichtigen Aspekt, dass eine Strafnorm grundsätzlich die Aufgabe hat, Rechtsgüter zu schützen. Mehr kann von der „nackten" Rechtsgutlehre nicht verlangt werden.

Die Rechtsgutslehre ist also auf jeden Fall auf ergänzende Prinzipien – wie beispielsweise das Schädigungsprinzip –, wohlüberlegte Urteile und Grundtheorien angewiesen,[423] die im Übrigen auch nicht in Form eines einzigen Grundsatzes, sondern erst in einem prozeduralen Zusammenspiel die eigentliche Begründungsarbeit leisten. Die Rechtsgutslehre stellt als solche keinen Massstab richtiger Kriminalpolitik zur Verfügung,[424] sondern gleichsam nur das Gerüst, auf dem mit externen Argumentationslinien die einzelnen Rechtsgüter und deren Inhalt normativ begründet und damit die Bestimmung eines Verhaltens als strafwürdig beschränkt werden können. Weil aber auch die Bestimmung der Rechtsgüter selbst von Wertungen und von Prinzipien der Gerechtigkeit abhängig ist, ist weder mit der Aussage etwas Substanzielles gewonnen, die Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes sei eine notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die Strafwürdigkeit des Verhaltens,[425] noch mit der Aussage, ein Verhalten dürfe nicht bestraft werden, wenn kein Rechtsgut verletzt wird. Es wird höchstens die Richtung der zu führenden Begründung angegeben. Den Zwischenschritt über ein wie auch immer geartetes Prinzip des Rechtsgüterschutzes, mit dem die Strafwürdigkeit eines Verhaltens begründet wird, müssen wir hier nicht machen.[426] Dabei erweist sich vor allem die Bestimmung von Kollektivrechtsgütern als schwierig, so dass sich hier zunehmend die Frage stellt, ob Strafrecht allein Rechtsgüter schützen soll oder eine darüber

---

423 Vgl. BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma, S. 93.

424 So noch HASSEMER, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, S. 86.

425 Vgl. aber NEUMANN, Alternativen, S. 85 f. und NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 147.

426 Vgl. BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma, S. 174.

hinausgehende gesamtgesellschaftliche Ordnungsfunktion hat.[427] Durchaus einen konkreten Inhalt gewinnt der Rechtsgutsbegriff hingegen anerkanntermassen, wenn es um Individualrechtsgüter geht.[428]

c) Rechtsgutsträgerschaft

Die Antwort auf die Frage, wer überhaupt Rechtsgutsträger sein kann, ist zum einen für den Rechtsgutsbegriff und seine Funktion bedeutsam,[429] zum anderen hat sie unbestreitbar eine Wirkung auf die Ausgestaltung der Verfügungsmöglichkeit über die einzelnen Güter.[430] Bevor festgestellt werden kann, ob Rechtsgüter auch das darauf bezogene, individuelle Selbstbestimmungsrecht und mithin den Willen des Berechtigten erfassen, muss gezeigt werden, inwiefern es überhaupt disponible Rechtsgüter sind, über die der Einzelne mittels Willensbetätigung verfügen darf. Um überhaupt die Funktionsfähigkeit des Prinzips der Einwilligung des Berechtigten zu ermöglichen, bietet es sich an, die Rechtsgüter in verschiedene Kategorien einzuordnen: Auf der einen Seite Individualrechtsgüter, über die der individuelle Inhaber grundsätzlich verfügen darf, und auf der anderen Seite Kollektivrechtsgüter, in deren Verletzung Individuen nicht einwilligen dürfen.[431] Man muss also zeigen, dass der Einzelne in einem relevanten Sinn Träger von bestimmten Rechtsgütern ist, dass er nicht nur „Begünstigter" des Rechtsguts ist, sondern auch mittels Einwilligung darüber verfügen darf.

Während dem Grundsatz nach darüber Einigkeit besteht, dass sich Rechtsgüter bezüglich ihrer Trägerschaft und der in aller Regel daraus folgenden Verfügungsbefugnis in Rechtsgüter eines Individuums und Rechtsgüter des Kollektivs unter-

---

427 VON DEWITZ, NS-Gedankengut und Strafrecht, S. 120 f.: vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 3 Rn. 8: Je grösser „der Abstand zwischen dem Einzelinteresse und der entsprechenden Strafnorm ist, desto weniger lässt sich daraus für die nähere Umgebung strafwürdiges Verhalten ableiten".

428 So STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 3 Rn. 8.

429 Vgl. HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 68.

430 Vgl. nur HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 83.

431 Vgl. FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 191 f.

scheiden lassen,[432] ist die Reichweite und Geltung dieses Grundsatzes und damit der tatsächliche Anwendungsbereich der Einwilligung zwischen der sogenannten monistischen und der dualistischen Lehre der Rechtsgüter umstritten.[433] Das soll vorliegend nicht weiter vertieft werden. Die Bestimmung der Reichweite wird sich später aus der Anwendung des richtigen Modells zur Integration des Willens in den Tatbestand ergeben.

d) Rechtsgut und Handlungsobjekt

Den verschiedenen und sich zuweilen diffus überlappenden Konzeptionen der Rechtsgutsträgerschaft ist immerhin gemeinsam, dass sie letztlich von einem immateriellen Rechtsgutsbegriff ausgehen.[434] Diese Entmaterialisierung kommt im Wesentlichen daher, dass heute weitgehend Einigkeit darüber besteht, dass das Rechtsgut vom Rechtsgutsobjekt und dieses wiederum vom Handlungsobjekt zu unterscheiden ist.[435] Als Rechtsgutsobjekt wird dasjenige Objekt bezeichnet, das als Rechtsgutsrepräsentant „die Materialisierung des Rechtsguts in der Tatsachenwelt darstellt";[436] es ist das Objekt, an dem der Rechtsgutsanspruch haftet.[437] Dies muss nicht zwingend mit dem körperlich-konkreten Handlungsobjekt identisch sein, an dem die Handlung vollzogen wird und das durch das Verhalten physisch zerstört, beschädigt oder gefährdet wird.[438] So ist beispielsweise das Handlungsobjekt beim

---

[432] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 3 Rn. 8 und JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 259.

[433] So RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 31.

[434] Vgl. vor allem SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 21/30 ff.; vgl. dazu auch BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma, S. 105 und SUHR, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt, S. 305 ff.

[435] Vgl. FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 200 und BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma, S. 105 f. (kann als theoretisches Allgemeingut im Strafrecht angesehen werden); vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 30; NK-Hassemer/Neumann, Vor § 1 Rn. 121; TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 65.

[436] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 30.

[437] SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 2/31.

[438] So besonders deutlich ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 65 oder 66; vgl. auch FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 187; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9 Rn. 13; HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S.

Diebstahl nach Art. 139 StGB eine „fremde bewegliche Sache“, das geschützte Rechtsgut ist das Eigentum bzw. die Verfügungsmacht des Eigentümers über die in seinem Eigentum stehenden Sachen.[439] Rechtsgut und Handlungsobjekt müssen aber nicht zwingend auseinanderfallen.[440] So ist beispielsweise beim Betrug nach Art. 146 StGB das Vermögen des Tatopfers sowohl Gegenstand der durch den Täter vorgenommenen Schädigung, also Handlungsobjekt, wie auch geschütztes Rechtsgut.[441]

Indem das Strafrecht auf den Schutz von Rechtsgütern fokussiert, ist damit auch gesagt, dass es nicht auf den konkreten Gegenstand oder das körperliche Ding ankommt, sondern auf das Interesse oder den Wert, die sich in einem bestimmten Gegenstand materialisieren.[442] Zwischen dem Wert und dem gewerteten Gegenstand, welcher sich je nach Interessenlage des Wertenden auf einer Skala von „wertvoll“ bis „wertlos“ bewegt, muss unterschieden werden.[443] Obschon das Rechtsgut kein physischer Gegenstand, also immateriell ist, auf einer höheren Abstraktionsstufe angesiedelt ist als das Rechtsgutsobjekt und das Handlungsobjekt, und gesamthaft weniger verdinglicht, genereller und „werthafter“ konzipiert werden muss,[444] kann jedoch nicht gefolgert werden, dass Rechtsgüter bloss geistige oder ideelle Gebilde sind.[445] Damit man überhaupt sinnvoll von einem Schutz der Rechtsgüter sprechen

---

40; S/S-Eisele, Vor §§ 13 ff. Rn. 9; JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 295 f.; ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 108 f.

439 Vgl. das Beispiel in ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 2; vgl. auch das weitere Beispiel in RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 30 f.

440 Vgl. HEFENDEHL, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, S. 120; vgl. auch eher verwirrend dazu AMELUNG, Der Begriff des Rechtsguts, S. 166 f.

441 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 2.

442 Vgl. BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma, S. 105 m.w.H.

443 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 39; vgl. auch MARX, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, S. 64 m.w.H. und AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 209.

444 HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 17.

445 Vgl. BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma, S. 106; anders FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 190.

kann und man auch in einem substantiellen Sinn erkennen kann, ob und wie ein bestimmtes Verhalten ein Rechtsgut gefährdet bzw. verletzt oder dieses im Gegenteil unberührt lässt, müssen Rechtsgüter „zwar kein körperliches Substrat, aber doch eine der Beeinträchtigung zugängliche Wirklichkeit haben".[446] Entsprechend können Rechtsgüter beispielsweise auch soziale Interaktionsvorgänge sein, die mittels Eingriffe in die Handlungsobjekte gestört werden können.[447] Zu denken ist hier an den Rechtsverkehr, der zwar kein physischer Gegenstand ist, sondern ein sozialer Vorgang, der durch die Herstellung und den Gebrauch von gefälschten Urkunden aber nachhaltig gestört werden kann.[448]

Die Gegenmeinung, welche Rechtsgüter als blosse Allgemeinbegriffe ohne Realitätsgehalt bestimmt, mag zwar von der anregenden Intuition eines unverletzbaren Rechtsguts ausgehen, das von der Bürde entlastet wird, geeignetes Objekt zur Darstellung tatsächlicher Verletzung zu sein.[449] Diese Freiheit von tatsächlicher Beeinträchtigung mag zwar das Rechtsgut geschmeidig und flexibel halten,[450] man handelt sich damit aber zum einen die Aushöhlung der ohnehin beschränkten strafbegrenzenden Kraft des Rechtsgutsbegriffs ein.[451] Wenn Rechtsgüter blosse Allgemeinbegriffe ohne Realitätsgehalt sind, kann alles ein Rechtsgut sein, das vom Strafrecht mittels Pönalisierung von damit irgendwie verbundenen Verhaltensweisen geschützt werden müsste. Zum anderen gerät man in Widersprüche: Da das Rechtsgut als ideelles Gebilde durch einen Angriff gar nicht verletzt werden kann, wenn der Wert oder das Interesse als geistiges Objekt durch die Eingriffe in seine physischen „Ausläufer" also nicht beeinträchtigt wird,[452] gibt es auch keinen Grund,

---

446 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 66; vgl. auch WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 108 m.w.H.

447 Anders offenbar FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 187, der den sozialen Interaktionsvorgang als Angriffsobjekt bezeichnet.

448 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 66; vgl. dazu auch STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 382 f.

449 FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 188 und S. 200.

450 So FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 191.

451 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 67.

452 FIOLKA, Das Rechtsgut, S. 188.

das so offenbar gänzlich immunisierte Rechtsgut mittels pönalisierenden Normen zu schützen. Es muss also gelten, dass das Rechtsgut, gerade weil es vom Handlungsobjekt getrennt gedacht wird, selber eine verletzbare und daher schutzwürdige Substanz haben muss. Wenn das Rechtsgut hingegen selbst bei Verletzung des entsprechenden Handlungsobjekts nicht verletzt und mithin auch nicht gefährdet werden kann, und es im Strafrecht unbestrittenermassen um Schutz von Rechtsgütern geht, fragt sich, warum diese Tathandlung überhaupt bestraft werden soll. Dieser Konsequenz könnte man nur ausweichen, wenn das Rechtsgut immer virtuell als mit-verletzt gedacht wird, wenn das Handlungsobjekt verletzt wird.

Ein solcher Automatismus würde aber erstens die Trennung von Rechtsgut und Handlungsobjekt als eine bloss vermeintliche entlarven, zweitens dem Rechtsgut viel wenn nicht alles von der angestrebten Flexibilität und Geschmeidigkeit nehmen, und drittens die Möglichkeit, den Willen des Berechtigten im Rechtsgut zu integrieren, faktisch verbarrikadieren. Ein solches Zusammenfallen von Rechtsgut und Objekt hätte für die Einwilligungsdoktrin deshalb eine grosse Bedeutung, weil dann der verletzende Eingriff in das Objekt selbst mit Einwilligung des Berechtigten immer auch die Verletzung des Rechtsguts und damit tatbestandliches Unrecht wäre.[453] Die innere Struktur des Individualrechtsguts wäre damit vorbestimmt. Wenn hingegen Rechtsgut und Handlungsobjekt tatsächlich getrennt werden, beide verletzt werden können und die Verletzung bzw. Gefährdung des Handlungsobjekts notwendige aber nicht hinreichende Voraussetzung für die Verletzung bzw. Gefährdung des Rechtsguts ist, steht die Möglichkeit offen, die Einwilligung und den Willen des Berechtigten im Rechtsgut zu integrieren. Damit ist freilich noch nicht gesagt, dass die Einwilligung bzw. die Dispositionsfreiheit des Berechtigten in das individuelle Rechtsgut integriert werden *soll*.

---

[453] Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 31.

3. Überleitung

Dass dem Einzelnen diese Option der Einwilligung grundsätzlich offen stehen muss, ist in unserer Rechtsordnung weitgehend unbestritten. Wenn hier sodann nach dem Wirkgrund der Einwilligung gefragt wird, ist damit nicht gemeint, dass gezeigt werden soll, warum die Einwilligung überhaupt und irgendwie wirkt, sondern in welcher Form und vor allem mit welcher Reichweite sie das tun soll, d.h. welche Ausnahmen vom Grundsatz bestehen.[454] Es geht also nicht um den externen, gesellschaftlichen Grund für die Existenz des Prinzips der Einwilligung, sondern gleichsam um den inneren Grund der unrechtsausschliessenden Kraft der Einwilligung, und dieser wird massgeblich durch ein unterschiedliches Verständnis vom Inhalt der Individualrechtsgüter geprägt.[455] Der Inhalt der Individualrechtsgüter wiederum, und damit auch die Bedeutung und Reichweite der Einwilligung im konkreten Einzelfall, ist beeinflusst von theoretischen Grundauffassungen, die vorliegend für eine möglichst umfassende selbstbestimmte Verfügungsfreiheit des Berechtigten auf der Grundlage seines Willens sprechen. Im Folgenden soll daher versucht werden, Klarheit über das richtige Verständnis vom Inhalt der Individualrechtsgüter im Kontext der Einwilligungsdoktrin zu schaffen.

III. Anatomie und Inhalt der Individualrechtsgüter

1. Einleitung

Die Bestimmung der Rechtsgutsträgerschaft und vor allem die Differenzierung zwischen Rechtsgut und Handlungsobjekt haben uns näher zur massgebenden Frage geführt, ob der Wille des Berechtigten in das Rechtsgut zu integrieren ist. Die nun

---

454 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91; vgl. auch MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 369: Es ist nicht „eine Diskussion um die rechtliche Bedeutsamkeit des Selbstbestimmungsrechts überhaupt, sondern eine Diskussion um die sachgerechte Bestimmung der deliktsystematischen Kategorien in Bezug auf dessen Berücksichtigung."

455 RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596.

zu diesem Zweck vorzunehmende Unterscheidung und Modellbeschreibung orientiert sich nicht an der Einordnungsfrage – diese soll vielmehr erst als Konsequenz der Unterscheidung vorgenommen werden –, sondern an der unterschiedlichen Gestaltung des Rechtsguts.[456] Ich gehe von zwei fundamentalen Inhaltsmodellen des Individualrechtsguts aus und folge dabei dem terminologischen Vorschlag von Rönnau:[457] Ich spreche also erstens von „Abwägungs- und Kollisionsmodell" und nicht von „Zweiteilungslehre"[458] oder „Differenzierungslösung",[459] und zweitens von „Integrationsmodell" und nicht von „Einheitslösung",[460] „Einebnungslehre"[461] oder „Lehre des Tatbestandsausschluss".[462] Nur am Rande werde ich auf die von Rönnau entwickelte Alternative, das sogenannte „Basismodell", eingehen.[463] Nur am Rande deshalb, weil sich zeigen wird, dass das Basismodell als Alternative zum Integrationsmodell nicht notwendig ist, weil die Kritikpunkte am Integrationsmodell nicht stichhaltig sind bzw. mit einer sachgerechten Auslegung des Modells entkräftet werden können. Im Rahmen dieser Ausführungen werde ich den Fokus der kritischen Auseinandersetzung nicht zuletzt auf die beiden Theorien legen, die die schweizerische Einwilligungsdogmatik am stärksten beeinflusst haben: Zum einen die Güterabwägungslehre von Peter Noll, die auch heute noch vor allem im Medi-

---

456 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 14 Fn. 10.

457 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 32 ff. und S. 49 ff.; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 150 und Rn. 154 und FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 90 ff.

458 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 22 ff.

459 Vgl. LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 96.

460 Vgl. LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 97 (wegen der daraus folgenden rechtlichen Gleichbehandlung von Einverständnis und Einwilligung).

461 So terminologisch abwertend formuliert in AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

462 Vgl. BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, § 17 Rn. 95 (wegen der fehlenden Tatbestandsmässigkeit des Täterverhaltens).

463 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 85 ff.; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 17, der das Basismodell nur als eine Variante der von ihm vertretenen Auffassung bezeichnet.

zinstrafrecht herrschend ist,[464] und zum anderen die sogenannte Aufhebungstheorie von Günter Stratenwerth.

Aus der Unterscheidung in verschiedene Modelle der Anatomie des Individualrechtsgutes, die auf unterschiedlichen Rechtsgutsverständnissen und diese wiederum auf unterschiedlichen Urteilen, Wertungen und Grundtheorien basieren, ergeben sich erhebliche Konsequenzen für die jeweilige Einwilligungsdoktrin. Es findet nicht zuletzt eine entscheidende Weichenstellung im Hinblick auf die Frage statt, ob das Strafrecht in weiten Bereichen als konservativer Bestandesschutz von materiellen Gütern verstanden wird oder „ob nicht auch der willensgetragene Einsatz der Rechtsgutsobjekte vom Strafrechtsschutz umfasst werden soll."[465] Eine solche Weichenstellung ist also nicht etwa nur formeller oder ästhetischer Art, sondern führt entweder zu einem Kollisionsmodell und damit zu einer in der Tendenz kollektivistischen Einwilligungsdoktrin oder zu einem Integrationsmodell und einer liberal-individualistisch orientierten Einwilligungslehre.[466] Dies äussert sich konkret beispielweise im Bereich der Körperverletzungsdelikte darin, dass man je nach Verständnis dieser inneren Struktur des Rechtsguts entweder davon ausgeht, dass die entsprechenden Verbotsnormen nur die körperliche Unversehrtheit schützen[467] oder man vielmehr der Meinung ist, neben der körperlichen Unversehrtheit würde auch die Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper in den Schutzbereich der Normen fallen.[468]

---

464 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91.

465 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 31.

466 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91.

467 Vgl. SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte, S. 115 m.w.H.

468 Vgl. LK[11]-Lilie, Vor § 223 Rn. 1 ff. und KARGL, Körperverletzung durch Heilbehandlung, S. 550 ff.

2. Konservativ-kollektivistisches Kollisionsmodell

a) Einleitung

Die Grundannahme der traditionellen Ansichten, die dem Kollisionsmodell zugeordnet werden können, ist die folgende: Auf Tatbestandsebene werden Individualrechtsgüter zunächst unabhängig von der berechtigten Person, ihrem Selbstbestimmungsrecht und ihrer konkreten Freiheit, über die eigenen Rechtsgüter verfügen zu dürfen, geschützt.[469] In seiner Anatomie wird das Individualrechtsgut also allein aus dem tatbestandlich geschützten, materiellen Rechtsgut gestaltet und ist vom Selbstbestimmungsrecht und von der Dispositionsfreiheit seines Inhabers getrennt.[470] Individualrechtsgüter wie beispielsweise die körperliche Integrität sollen mithin um ihrer selbst Willen oder als objektive Werte der Gemeinschaft unabhängig vom Willen des Rechtsgutsträgers erhalten werden.[471] Dies gründet in der Intuition, dass ihnen ein Eigenwert bzw. ein Sozialwert zukommt, der für sich selbst genommen bereits schützenswert erscheint,[472] und dass nur auf diesem Weg die regelmässig gewünschte Unversehrtheit von Individualrechtsgütern garantiert werden kann. Folgerichtig wird dann betont, dass die Einwilligung erst in einer zweiten Phase als Rechtfertigungsgrund wirken soll und dann nur ausnahmsweise die Verletzung oder Gefährdung des an sich schützenswerten und geschützten Rechtsguts erlaubt.[473]

Die Einwilligung des Berechtigten ändert mithin nichts an der Tatsache, dass das geschützte Individualrechtsgut beeinträchtigt und der entsprechende Tatbestand verwirklicht wurde; der Körper ist in tatbestandserfüllender Weise verletzt oder die

---

469 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 9; vgl. auch WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 106 f.

470 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 14 und S. 32.

471 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33a; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 149 ff.; FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 97; WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 104.

472 Vgl. dazu auch ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 113 f.

473 Vgl. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 375 f.; vgl. dazu auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 88 und RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 14.

Sache beschädigt, auch wenn der Berechtigte in den entsprechenden Eingriff eingewilligt hat.[474] Die in der Regel in der Verfassung verankert gesehene Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers wird erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit als eigener Wert in eine abwägende Gegenposition zum tatbestandlich geschützten Individualrechtsgut gebracht.[475] Dadurch entsteht einerseits eine normtheoretische Kollisionslage zwischen der tatbestandlichen Verbots- bzw. Gebotsnorm und dem Erlaubnissatz, andererseits eine faktische Kollisionslage zwischen tatbestandlichen geschützten Werten und dem Wert der Selbstbestimmung bzw. der Dispositionsfreiheit, die durch die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Substanz erhalten.[476]

Das wiederum soll nach heutigem Meinungsstand grundsätzlich mit zwei Argumentationslinien erreicht werden können, denen jeweils leicht unterschiedliche Interpretationen des Wertes des Selbstbestimmungsrechts zugrunde liegen: Entweder wird das Selbstbestimmungsrecht des Individuums als konkreter auf den Rechtsgutsinhaber und seine personale Gestaltungsbefugnis bezogener Wert behandelt,[477] oder als abstrakter, objektiver und sozialer Wert in eine Abwägung mit dem geschützten Individualrechtsgut gebracht.[478] Der aus dem Privatrecht stammende Versuch von Zitelmann hingegen, den Ausschluss der Rechtswidrigkeit mit Verweis auf die Rechtsgeschäftstheorie zu lösen – die wirksame Einwilligung ist als eine auf die Herbeiführung eines rechtlichen Erfolges gerichtete Willenserklärung ein Rechtsgeschäft, mit dem der Einwilligende dem Gegner ein Recht einräumt, die Handlung

---

474 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5 und FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 88 (Vorliegen einer Rechtsgutsverletzung ungeachtet der Einwilligung des Berechtigten).

475 Vgl. vor allem KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 20 und Rn. 23; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 9 f. m.w.H.

476 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 14.

477 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33; vgl. auch AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 15.

478 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 9; vgl. vor allem NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 59 ff.

vorzunehmen –,[479] hat zu Recht nie eine grössere Anhängerschaft gefunden und wird heute nach eingehender Kritik nicht mehr vertreten.[480]

b) Interessenspreisgabe und Strafrechtsschutzverzicht

Im ersten Fall wird die wirksame Einwilligung des Berechtigten als Interessenspreisgabe bzw. als mangelndes Interesse am unveränderten Bestand des Individualrechtsguts verstanden.[481] Noch deutlicher wird das im Sinne eines Rechtsschutzverzichts basierend auf dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen formuliert: Der Rechtsgutsinhaber verzichtet in der konkreten Situation auf den an sich garantierten rechtlichen Schutz für sein Gut.[482] Für die Strafrechtsordnung besteht dann kein Anlass mehr, den Eingriff in das an sich tatbestandlich geschützte Rechtsgut zu bestrafen. Normtheoretisch lässt sich das so beschreiben, dass die tatbestandlich gefasste Verbotsnorm hinter den Erlaubnissatz bzw. den Rechtfertigungsgrund zurücktritt.[483] Es wird mitunter gesagt, die Strafrechtsordnung habe aufgrund der Einwilligung des Berechtigten keine Veranlassung mehr, ein bestimmtes Individualrechtsgut, das der Berechtigte willentlich dem Zugriff Dritter preisgibt, vor Eingrif-

---

479 ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, S. 51 f. und S. 55 f.; vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152: „Pour certains, le consentement est un acte juridique conférant à son bénéficiaire le droit d'attenter aux intérêts du consentant." Vgl. zum Disput zwischen der Willenstheorie, die untern anderem von Zitelmann vertreten wurde, und der Erklärungstheorie HOFER, Freiheit ohne Grenzen?, S. 157 ff.

480 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 14; vgl. auch RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 565 Fn. 13 und die überzeugende Kritik in NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 69 f.

481 Grundlegend MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente, S. 270 ff. und MEZGER, Strafrecht Lehrbuch, S. 207; vgl. auch GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, S. 43; KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 23.

482 Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 140; vgl. auch S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33 m.w.H.; kritisch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5 und WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43 f.; vgl. zum Ganzen auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 15 und STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 153 f.

483 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 15 m.w.H.

fen zu bewahren.[484] Das ist aber missverständlich.[485] Die Strafrechtsordnung reagiert nämlich nicht *ex ante* auf die Einwilligung und zieht sich vorübergehend von einer unmittelbaren Schutzfunktion zurück, sondern bewahrt Individualrechtsgüter ohnehin immer nur mittelbar vor Eingriffen, indem sie Eingriffe bestraft, sofern sie nicht mit der Einwilligung des Berechtigten erfolgt sind. Die entscheidende Frage für das Strafrecht lautet eben nicht, ob ein Rechtsgut bei Einwilligung nicht mehr geschützt werden soll, sondern ob die wirksame Einwilligung eine staatliche Sanktion entbehrlich macht.[486] Verzicht auf Strafrechtsschutz bedeutet hier also in Wahrheit Verzicht auf Strafverfolgung bzw. Strafe.

Nicht zuletzt auch unter diesem Vorzeichen zeigt sich, dass die These des Rechtsschutzverzichts nicht richtig sein kann, weil dann die Einwilligung des Berechtigten und der damit erfolgende Verzicht auch nach einer Rechtsgutsverletzung wirksam sein müssten.[487] Damit steht man in einem eklatanten Widerspruch zur anerkannten Grundregel, dass die Einwilligung nicht rückwirkend sein kann, sondern ausdrücklich oder konkludent vor der Tat erteilt werden muss.[488] Und selbst wenn man diese nachträgliche Einwilligung oder diesen rückwirkenden Verzicht auf das Institut des Strafantrags beziehen möchte, müsste man feststellen, dass die Strafverfolgung bei mehreren Deliktstypen, in die unbestrittenermassen wirksam eingewilligt werden kann, beispielsweise bei Vermögensdelikten, gerade keinen Strafantrag des Berechtigten erfordert und der Berechtigte diese Strafverfolgung auch gar nicht verhindern

---

484 Vgl. SCHWANDER, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Nr. 173; vgl. auch SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, S. 179: „Sobald der Berechtigte in die Tat einwilligte, entfällt der strafrechtliche Schutz."

485 Vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43 f., der aber zu Unrecht schreibt: „Die durch die Einwilligung zum Ausdruck gebrachte Preisgabe des Strafschutzinteresses bewirkt somit den Wegfall des Erfolgsunwerts der Handlung." Dann wäre der Tatbestand des vollendeten Delikts gar nicht erfüllt und die Einwilligung wäre also nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wirksam.

486 So auch OHLY, Einwilligung und Einheit der Rechtsordnung, S. 454.

487 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5.

488 Vgl. dazu auch WITMER-RICH, It's Good to be Autonomous, S. 391 ff.

kann.[489] Im Übrigen wird noch zu zeigen sein, inwiefern bei einem Antragsdelikt eine nachträgliche Zustimmung des Betroffenen überhaupt als ausdrücklicher und definitiver Verzicht auf das Strafantragsrecht verstanden werden kann.[490]

Die Interessens- bzw. Strafrechtschutztheorie kann aber nicht nur keine überzeugende Erklärung dafür liefern, warum die Einwilligung vor der Tat erfolgen muss, sie hat auch Mühe, anerkannte Grenzen der Einwilligung, beispielsweise bei der Tötung auf Verlangen, zu begründen.[491] Warum soll die Einwilligung in die eigene Tötung nicht zulässig sein, wenn es auf das mangelnde Interesse des Berechtigten an seinem Individualrechtsgut Leben ankommt und offensichtlich auf den Schutz dieses Gutes verzichtet wurde? Das gelingt an sich nur, wenn man davon ausgeht, dass das Individualrechtsgut Leben letztlich kein Interesse des Individuums ist, sondern im Interesse der Allgemeinheit geschützt wird. Wenn das mangelnde Interesse an einem Individualrechtsgut die tatbestandliche Verletzung dieses Rechtsguts rechtfertigt, bei bestimmten Individualrechtsgütern diese rechtfertigende Wirkung aber trotz mangelnden Interesses ausbleibt, kann das nur zwei Dinge bedeuten: Entweder spielt das mangelnde Interesse bzw. der Rechtsschutzverzicht des individuellen Rechtsgutsträgers doch keine Rolle. Dann wäre diese Theorie aber lückenhaft und wenig kohärent. Oder das mangelnde Interesse bzw. der Rechtsschutzverzicht spielt als Einwilligung sehr wohl eine Rolle, aber nur im Hinblick auf Rechtsgüter, die tatsächlich dem Individuum gehören. Daraus folgt allerdings, dass das Rechtsgut Leben nur vermeintlich ein Individualrechtsgut ist und dass nicht das Individuum der Rechtsgutsträger ist. Da aber irgendjemand zwingend Träger des Rechtsgutes sein muss, folgt, dass der Staat oder die Gesellschaft Träger dieses Rechtsgutes ist. Wenn der Staat die Verfügungsmacht über ein Rechtsgut beschränkt, dann hebt sie im Falle des Rechtsguts Leben die Möglichkeit der Einwilligung in die eigene Tötung auf – da die Einwilligung in Bezug auf das Rechtsgut

---

489 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5; vgl. zum Ganzen auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 44.

490 Vgl. unten S. 291 ff.

491 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 44.

Leben immer auf ein alles oder nichts hinausläuft, kann es ein *beschränktes* Recht auf Einwilligung in die eigene Tötung nicht geben. Indem also der Staat oder die Gesellschaft zum Träger der entsprechenden Interessen oder Werte wird und dem Individuum die Verfügungsmacht darüber ganz entzieht, ergibt sich rasch ein übertriebener Kommunitarismus oder Etatismus. Es führt dann nur noch ein kleiner Schritt zur Annahme, dass auch nominell individuelle Rechtsgüter, wie beispielsweise das Leben oder die körperliche Integrität, zugleich oder eigentlich kollektive Rechtsgüter des Staates sind,[492] und mithin selbst gegen den Willen des Individuums geschützt werden müssen.

Darüber hinaus kann die Rechtsschutzverzichtstheorie auch deshalb kritisiert werden, weil sich aus ihr „keine *materielle* Begründung dafür entwickeln liesse, *weshalb* dem Verletzten diese Gestaltungsmacht zukommen solle."[493] Sie liefert keine Antwort auf die Frage, „*worin* das dem einzelnen in bestimmten Grenzen eingeräumte Verfügungsrecht über seine Individualrechtsgüter letztlich gründet."[494] Das ist sicher richtig, aber auch ein wenig verkürzt, da von einer solchen Theorie nicht verlangt werden kann, dass sie das allgemeine Prinzip eines Verfügungsrechts mittels Einwilligung begründet – dieses gründet anerkanntermassen aber eben durchaus diffus in der persönlichen Freiheit. Die Rechtsschutzverzichtstheorie kann also keine Antwort auf die Frage nach der materiellen Begründung für die Verfügungsfreiheit sein, da sie diese ja bereits voraussetzt. Sie muss aber, und darin ist der Kritik zuzustimmen, begründen, warum sie eine vernünftige und sachgerechte Konkretisierung dieses Prinzips ist. Stattdessen ist sie letztlich nur eine Antwort darauf, wie vor dem Hintergrund der blossen Annahme, dass auch bei Einwilligung das Rechtsgut stets verletzt ist, über dieses Rechtsgut durch Einwilligung verfügt wird – eben so, dass die Rechtsgutsverletzung geradezu gewünscht und deshalb auf den Schutz dieses Rechtsguts verzichtet wird.

---

[492] Vgl. dazu NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 25.

[493] WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43 (kursiv im Original).

[494] WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43 (kursiv im Original).

c) Güterabwägung

Im zweiten Fall kann sich das Selbstbestimmungsrecht, oder mit den Worten von Peter Noll „der Wert der Freiheit des Verletzten“,[495] unter Beachtung der anerkannten Grenzen der Einwilligung und im Sinne des Prinzips des überwiegenden Interesses gegenüber dem Wert des Rechtsgüterschutzes als höherrangig erweisen.[496] Hier werden die Trennung von Individualrechtsgut und Selbstbestimmungsgrund und die dadurch von Elementen des Willens oder der Dispositionsfreiheit gesäuberte reine Anatomie des tatbestandlichen Rechtsguts besonders deutlich, wenn gesagt wird, dass die Wertkollision zwischen den vom Tatbestand geschützten Werten einerseits und der Autonomie, der Freiheit der Selbstbestimmung der Person andererseits vorliegt.[497] Unter Berücksichtigung der Tathandlung soll dann der Wert der Verfügungsfreiheit des Einzelnen über seine Rechtsgüter unter Umständen gross genug sein können, um mittels Einwilligung den Unwert der mit der Tat erfolgten Rechtsgutsverletzung aufzuwiegen.[498] Hier sollen die Träger der Individualrechtsgüter insofern in den Eingriff in ihre Rechtsgüter einwilligen dürfen, als das öffentliche Interesse an ihrer freien Verfügung gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Erhaltung dieser Rechtsgüter überwiegt.[499] Anstelle der Interessenspreisgabe oder des Verzichts auf Rechtsschutz durch den individuellen Rechtsgutsträger wird hier also im Gefolge von Peter Noll, der im Sinne einer Einheitstheorie alle Rechtfertigungsgründe einschliesslich der Einwilligung auf die Wertekollision und das

---

[495] NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

[496] Vgl. LOGOZ/SANDOZ, Commentaire partie générale, Art. 32 Rn. 5; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 9 und FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 88.

[497] Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 194.

[498] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5 m.H. auf NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 74 ff.

[499] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 152.

Prinzip des überwiegenden Interesses zurückführen will,[500] der Gedanke der Güterabwägung angewendet.[501]

Die Bestimmung des überwiegenden Interesses bei einer Einwilligung findet hier nach den Grundsätzen der für die klassischen Rechtfertigungsründe Notwehr und Notstand typischen Güterabwägung statt.[502] Dies führt dazu, dass das Konzept des mangelnden Interesses oder der Interessenspreisgabe nicht mehr im Sinne von „eigenem Interesse am Rechtsgut" verstanden wird,[503] sondern verallgemeinert wird: Es geht hier um ein objektives Interesse im Sinne des objektiven Vorteils oder wahren Wohls des Verletzten.[504] Wenn man den Begriff „Interesse" also anders versteht, ist es auch nicht erstaunlich, dass es für die Wirksamkeit der Einwilligung auf das mangelnde oder fehlende so verstandene Interesse allein nicht ankommen kann. So sei eine nach subjektiven Werten erfolgte Einwilligung in eine Blutspende aus Nächstenliebe sehr wohl wirksam, obschon die Blutentnahme nicht im objektiven Interesse des Blutspenders ist.[505] Da sich die Einwilligung von den übrigen Rechtfertigungsgründen dadurch unterscheidet, dass bei ihr die Rechtfertigung nach subjektiver Wertung erfolgt,[506] kann die Einwilligung der objektiven Interessenslage also nur dort entsprechen, „wo das wahre Wohl des Verletzten mit dem von ihm Gewollten unbedingt zusammenfällt".[507] Weil die Einwilligung aufgrund einer

---

500 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 163; vgl. auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 88 Fn. 485 und S. 97 f.

501 Vgl. dazu RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 16 m.w.H.

502 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 60; vgl. kritisch zum Prinzip der Güterabwägung schon STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 42; vgl. aber auch BERGELSON, Consent to Harm, S. 174.

503 So aber AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 40 f. (Wesen der Einwilligung liegt in der Erteilung der Befugnis an den Rechtsgutsträger, seine Rechtsgüter nach seinen eigenen Interessen preiszugeben und dazu andere Personen zu gestatten, in seine Rechtsgüter einzugreifen).

504 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 59; vgl. auch BERGELSON, Consent to Harm, S. 177 ff.

505 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 59 f.

506 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 59.

507 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 60.

letztlich wenig hinterfragten Überzeugung und wohl auch aufgrund einer gewissen ästhetischen Anziehungskraft der Einheitstheorie nach den gleichen Regeln aller Rechtfertigungsgründe funktionieren soll, kann „Interesse“ selbstverständlich auch nicht subjektiv als blosser Wille des Verletzten und somit als subjektives Wohl oder bloss gewollter Vorteil verstanden werden. Dann würde es nämlich nicht mehr auf die Rechtfertigungsgründe passen, die auf die objektive Interessenlage und nicht auf die Willensbeziehung der Subjekte zu ihren Rechtsgütern abstellen.[508] Wenn man dieses Abwägungsmodell auf eine grundrechtliche Struktur überträgt, ergibt sich folgendes Bild:[509] Insofern Individualrechtsgüter zunächst als objektive Werte oder gar als „Lebensgüter“ der Gemeinschaft unabhängig vom Willen des Berechtigten verstanden und geschützt werden,[510] steht der verfassungsrechtlich begründeten objektiven Schutzverpflichtung des Staates die ebenfalls als sozialer Wert verfassungsrechtlich abgestützte Dispositionsfreiheit des Einzelnen über seine Rechtsgüter gegenüber.[511] Unter diesen Vorzeichen können die Dispositionsfreiheit und damit die Einwilligung des Rechtsgutsinhabers innerhalb gewisser Grenzen anerkannt werden, aber nur, wenn sie gegenüber dem Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung des Rechtsguts überwiegen. Entsprechend soll beispielsweise die Einwilligung in die Verletzung des eigenen Körpers nicht wirksam sein, wenn sie trotz der Einwilligung das übergeordnete Gemeinschaftsinteresse an der Wahrung der Körperintegrität verletzt.[512]

Der einzelne Rechtsgutsinhaber befindet sich also gleichsam in einem Spannungsfeld zwischen seiner Wertung und seinem subjektiven Wohl auf der einen Seite und der objektiven Wertung des Gesetzes, das bestimmte Güter im Sinne des objektiven Wohls des Inhabers schützt.[513] Innerhalb dieser Abwägung zwischen „individueller

---

508 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 60.

509 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 99 f.

510 Vgl. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 375 f.

511 Vgl. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 377.

512 Vgl. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 378.

513 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 60.

Freiheit“ und „dem Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung der Rechtsgüter“,[514] hat die Einwilligung umso mehr Aussichten, „als Rechtfertigungsgrund wirksam zu sein, je mehr die subjektive Wertung des Verletzten, seine Motive und Zwecke, sich der objektiven Wertung des Gesetzes annähern.“[515] Die Wirksamkeit der Einwilligung hängt davon ab, wie hoch man den Wert der feien Selbstbestimmung gegenüber anderen Rechtsgütern einschätzt;[516] die Einwilligung kann das Unrecht einer Tat also immer dort nicht aufheben, wo die Tat höhere Werte als die Freiheit verletzt.[517] Da die Einschätzung des Wertes der individuellen Verfügungsfreiheit aber nicht logisch aus dem Gesetz abgeleitet werde könne, bleibt sie „weitgehend dem wertenden Gefühl überlassen.“[518] Problematisch ist hierbei aber nicht die Tatsache, dass es sich um eine Wertung und nicht um eine „logische Konstruktion“ handelt, denn die Ergebnisse der einen sind nicht zwingend weniger exakt als die Ergebnisse der anderen,[519] sondern welches wertende Gefühl relevant sein soll. Gemeint ist nämlich nicht etwa die subjektive Wertung oder das wertende Gefühl des individuellen Rechtsgutsinhabers, sondern die Wertung der Rechtsordnung oder der ethischen Ordnung.[520] Die Einwilligung des Verletzten besage für sich alleine ja nur, dass der Verletzte aus subjektiver Sicht einen anderen Wert dem Wert des tatbestandlich geschützten Rechtsguts vorzieht – als solche werde diese subjektive Wertung des Verletzten „ihrerseits wieder von der Rechtsordnung bewertet.“[521]

Tatsächlich beruht die rechtfertigende Kraft der Einwilligung nach diesem Modell also auf einer Abwägung zwischen dem durch die Rechtsordnung bestimmten ob-

---

514 JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 377.

515 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 61.

516 NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 194 f.

517 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 167; vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 152.

518 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

519 So richtig NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 65.

520 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 61.

521 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 84; vgl. auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 85.

jektiven Wert der Dispositionsfreiheit des Rechtsgutsinhabers und dem objektiven Interesse an der Erhaltung des Rechtsguts, nicht etwa auf den individuellen Bedürfnissen oder dem subjektiven Wert, den der Inhaber seinem eigenen Rechtsgut zuschreibt.[522] Da die Einwilligung aber nur dann Wirkung zeigt, wenn die Rechtsgutsverletzung in Wahrung eines objektiv betrachtet höheren Interesses vorgenommen wird,[523] kommt es also nach dieser Ansicht nicht auf die selbstbestimmte Verfügung des Berechtigten an, sondern auf eine Abwägung nach den objektiv überwiegenden Interessen. Ein und dieselbe Person ist zwar Subjekt der kollidierenden Werte.[524] Eine nicht stets einseitige Klärung des Verhältnisses der beiden Werte ist aber nur möglich, wenn die kollidierenden Werte, des materiellen Rechtsguts auf der einen Seite und der Dispositionsfreiheit auf der anderen, nicht vom Inhaber selbst bestimmt werden können. Dann wäre ja mit der Einwilligung selbst schon gesagt, dass der Wert des Rechtsguts aus Sicht des Inhabers geringer ist. Der Wert wird vielmehr objektiv durch das Gesetz bestimmt.

Die Bestimmung des objektiven Wertes des verletzten Rechtsguts wird dabei nicht dem wertenden Gefühl überlassen, sondern ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen Schwere und Zweck der Verletzung.[525] Und es ist nur folgerichtig, dass gesagt wird, dass erst die Bewertung des Zwecks und der übrigen Umstände der verletzenden Tat Aufschluss darüber geben kann, ob und inwiefern auch die der Tat anhaftenden Unwerte aufgehoben werden können.[526] So wie bei anderen Rechtfertigungsgründen, soll auch bei der Einwilligung nach dem Prinzip der Wertabwägung die Summe sämtlicher Unrechtselemente gegen die Summe sämtlicher Rechtfertigungselemente abgewogen werden.[527] Die Übereinstimmung von objektiver und subjektiver Wertung soll umso eher bestehen, je grösser auch objektiv der damit für den Ver-

---

522 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 97.

523 Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 256.

524 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 194.

525 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 85.

526 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

527 NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 165; vgl. auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

letzten oder für andere erzielte Vorteil ist.[528] Damit entpuppt sich die Güterabwägungstheorie als im Kern utilitaristisch beeinflusst. Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn die „Gesundheit der Gesellschaft" ins Spiel kommt: Der fürsorgliche Paternalismus des Güterabwägungsmodells kippt dann rasch in einen am Wohl der Gemeinschaft orientierten Utilitarismus um, insofern es dann nicht mehr um das Individualrechtsgut „Gesundheit" geht, sondern um Gesundheit als ein kollektives Rechtsgut; das Selbstbestimmungsrecht kann entsprechend immer schon dann eingeschränkt werden, wenn seine Verwirklichung es zu einem negativen Saldo in der Summe der „Gesundheit der Gesellschaft" führt.[529]

Diese Saldierung von Individualrechtsgütern, die in einem Mehrparteien-Szenario auf eine Steigerung des Gesamtnutzens abzielt, ist nicht nur wegen der inhärenten utilitaristischen Dynamik zu beanstanden. Vielmehr passt sie auch dogmatisch nicht für die Einwilligung. Es ist nämlich gar nicht klar, worin denn die „Summe sämtlicher Unrechtselemente" einer Tat bestehen soll, die vom Berechtigten gewünscht wird. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern bei einer Einwilligung überhaupt ein Rechtsgut verletzt sein soll oder einem rechtlich geschützten Interesse zuwider gehandelt wurde,[530] und worin überhaupt der Unwert der eingewilligten Tat liegen soll, der dann mit dem Wert der Selbstbestimmung des Individuums abgewogen werden muss.[531]

Dies kann hier offensichtlich nur bewerkstelligt werden, wenn man das Unrecht der Tat an einem individuellen Rechtsgut festmacht, das seinen Wert aber eben nicht aus den Bedürfnissen und Interessen des Inhabers ableitet, sondern einen objektiven, staatlich festgelegten Wert hat.[532] Man muss also in der Verletzung von Indivi-

---

528 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 61.

529 So richtig FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 99.

530 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118.

531 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5 und WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 44 f.

532 Vgl. auch die rhetorische Frage in STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5: „Hat man sich beispielsweise die körperliche Unversehrtheit als ein Interesse nicht des Einzelnen, sondern der Allgemeinheit zu denken (sodass

dualrechtsgütern wie beispielsweise der körperlichen Unversehrtheit zugleich eine Beeinträchtigung von objektiven Gütern der Allgemeinheit sehen. Der Träger von Individualrechtsgütern hat mithin auch eine Pflicht zur Erhaltung dieser Güter gegenüber dem Gemeinwesen, von der er nur dann ausnahmsweise befreit werden kann,[533] wenn es sich um geringe Werte handelt. Die Güterabwägungstheorie kann so zwar sicher besser als die Rechtsverzichtstheorie begründen, warum Grenzen der Einwilligung Bestand haben[534] – sie verkörpern schlicht objektive Wertungen des Gesetzgebers zu Ungunsten der individuellen Verfügungsfreiheit.[535] Zu betonen ist auch, dass Anhänger der Gemeinschaftsbezogenheit der Rechtsgüter in der Regel durchaus zugeben, dass es Güter gibt, die von der Rechtsordnung der Disposition der jeweiligen individuellen Inhaber überlassen werden.[536] Vor dem Hintergrund einer eigenen liberalen Überzeugung kann man so zur Einsicht gelangen, dass die Einwilligung bei den weniger elementaren individuellen Rechtsgütern wie Ehre, Geheimsphäre oder Vermögen im Interesse der Freiheit des Einzelnen grundsätzlich als wirksam anzuerkennen ist.[537] Unter besonderen Umständen kann man trotz Güterabwägungsformel aufgrund eines tiefgreifenden liberalen Prinzips, dass Strafnormen den öffentlichen Frieden nur insoweit schützen dürfen, als die Einschränkungen der individuellen Freiheiten hierfür absolut notwendig erscheinen, sogar zum Schluss kommen, dass die Einwilligung auch bei allen Körperverletzungen wirksam sein soll.[538] Dies entspricht aber nicht der inhärenten Tendenz der Güterabwägungsformel. Denn selbst wenn man von einem freiheitlichen und pluralisti-

---

ihre Erhaltung eine Pflicht gegenüber dem Gemeinwesen wäre, von der nur ausnahmsweise Dispens erteilt wird)?“

533 WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 44; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5.

534 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 16.

535 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 23.

536 Vgl. MAURACH/ZIPF, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 19 Rn. 10.

537 So NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75 f.; vgl. auch NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 167 und S. 194 f.; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 378.

538 So GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 153 f.

schen Leitbild ausgeht, wonach man sich vornimmt, „das Selbstbestimmungsrecht des einzelnen nur hinter überragend wichtige Gemeinschaftswerte zurücktreten zu lassen“,[539] stellt die individuelle Freiheit strukturell einen Widerpart zu den kollektiven Interessen dar. Und so manches kann als überragend wichtiger Gemeinschaftswert bezeichnet werden, dem gegenüber die Selbstbestimmung des Einzelnen sich nicht mehr durchzusetzen vermag. Es liegt sodann auf der Hand, dass dieses Modell keine hinreichende Garantie dafür geben kann, dass diese objektiven Wertungen nicht auch in weite Bereiche hineinreichen, die in einer liberalen Rechtsordnung der subjektiven Wertung des Einzelnen überlassen sein sollten.

Dies kann am Beispiel der anerkannten Tatbestandslosigkeit des Suizids, der Selbstverletzung und allgemein der Selbstschädigung oder Selbstgefährdung veranschaulicht werden.[540] Obschon gesagt wird, dass die körperliche Unversehrtheit oder das Leben nicht Güter des Staates oder der Gemeinschaft seien,[541] funktioniert die Abwägung in diesem Modell letztlich nur, wenn man sich Individualrechtsgüter nicht als subjektives Interesse des Einzelnen, sondern entweder als dinglich-konkrete Güter mit einem Eigenwert oder als objektive Werte der Gemeinschaft denkt.[542] Das hätte zum einen zur Konsequenz, dass nicht nur die Einwilligung in die Verletzung eines solchen Gutes verboten werden müsste, sondern es auch dem Rechtsgutsinhaber selber nicht erlaubt werden dürfte, die ihm zugeteilten Güter zu verletzen, da jede Substanzeinwirkung, egal durch welche Person, den objektiven Eigenwert oder den sozialen Wert eines Guts minimieren oder zerstören kann.[543] Zum anderen würde es sehr nahe liegen, für jeden individuellen Rechtsgutsträger eine Pflicht zu statuieren, sein Leben und seine körperliche Integrität für das Gemeinwesen zu erhalten; Suizid und Selbstverletzung müssten konsequenterweise

---

539 So MAURACH/ZIPF, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 17 Rn. 38.

540 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 154.

541 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 81 f.

542 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 5; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 39.

543 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 39 f. m.H. auf JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14/3.

strafbar sein.[544] Dass die Selbstverletzung nach Militärstrafrecht anders als nach bürgerlichem Strafrecht sehr wohl bestraft wird, beweist dies, da der Art. 95 MStG die „Selbstverstümmelung" – im Übrigen auch die Einwilligung in die Verstümmelung – unbestrittenermassen nicht im Interesse der Gesundheit des Militärdienstpflichtigen bestraft, sondern zum Schutz des kollektiven, staatlichen Interesses an der ungeschwächten Wehrkraft der Armee.[545] Gleichzeitig wird auch deutlich, dass gerade mit einem solchen werthaften Rechtsgutsverständnis als Grundlage des Kollisionsmodells umstrittene Verbote von bloss selbstgefährdenden Handlungen – man denke an das Konsumverbot von Betäubungsmitteln in Art. 19a BetmG –[546] nicht nur begründungsfähig würden, sondern geradezu zwingend wären. So kann nämlich der sich selbst gefährdende Betäubungsmittelkonsument, der eigentlich Inhaber des betroffenen Rechtsguts „Gesundheit" ist, gegen seinen Willen mittels strafrechtlichen Zwangs geschützt werden und der Eigenwert oder soziale Wert seiner Gesundheit, jeweils terminologisch umgewandelt in die Volksgesundheit als kollektives Schutzobjekt,[547] erhalten werden.

Wenn es hingegen tatsächlich so wäre, dass auch die Einwilligung auf dem Prinzip der Wertabwägung beruhen würde, mit der einzigen Besonderheit, dass hier Werte oder Güter einer und derselben Person gegeneinander abzuwägen wären,[548] so müsste auch diese Person alleine die Frage beantworten dürfen, welchen ihrer Güter sie als höherrangig bewertet. Das soll nun aber genau nicht der Fall sein. Um mit der Einwilligung zur gleichen Güterabwägungssituation der klassischen Rechtfertigungsgründe Notwehr und Notstand zu gelangen, in der sich objektive Wertungen gegenüberstehen, wird nämlich auch die ursprünglich subjektive Wertung des ein-

---

544 WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 44; vgl. auch ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 119.

545 Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 9.

546 Vgl. kritisch dazu auch ALBRECHT Peter, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, S. 14 ff.

547 Vgl. ALBRECHT Peter, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes, S. 20 ff.

548 So NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 167; vgl. auch NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 194.

willigenden Rechtsgutsinhabers bezüglich seiner Dispositionsfreiheit „objektiviert" und der objektiven Wertung des Gesetzes bezüglich des verletzten Rechtsguts gegenübergestellt. So können dann auch hier zwei objektive Werte abgewogen werden. Nur in diesem konservativ-kollektivistischen Sinne kann gesagt werden, dass allen Rechtfertigungsgründen einschliesslich der Einwilligung Wertkollisionen zugrunde liegen.[549] In dem eigentlichen Sinne der Einwilligung als Institut der subjektiven Wertung des Berechtigten im Umgang mit seinen Rechtsgütern liegt bei einer Einwilligung, bei der der Handelnde mit dem Willen und im Interesse des Rechtsgutsträgers tätig wird, mangels Rechtsgutsverletzung und mangels kontrastierender Interessen gar keine Wertkollision vor;[550] es kann entsprechend keine Interessensabwägung nach den Regeln der Rechtfertigungsgründe vorgenommen werden.[551] Dass die Einwilligung nicht nach den Regeln der Rechtsfertigungsgründe funktioniert, zeigt sich im Übrigen auch darin, dass es bei ihr keineswegs auf das für die Rechtfertigungsgründe konstitutive Element der Erforderlichkeit des Verhaltens nach gesetzlichen Massstäben ankommt,[552] und dass sie keinerlei Duldungspflichten schafft: Derjenige, der eingewilligt hat, ist nicht verpflichtet, den Eingriff zu erdulden; er kann seine Einwilligung vielmehr jederzeit widerrufen[553] und hat mithin ein Recht, den Eingriff nicht zuzulassen. Im Gegensatz dazu muss der Angreifende den Eingriff des Notwehrtäters erdulden und auch ein unbeteiligter Dritter darf sich nicht gegen einen Eingriff in seine Rechtsgüter wehren, wenn der Eingriff durch Notstand gerechtfertigt ist.[554]

Es nützt aus individualrechtlicher und freiheitlicher Sicht gleichsam nicht viel, die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung mit dem Wert der Freiheit des Einzelnen

---

549 NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 163.

550 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118 und ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 272.

551 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 23; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 631.

552 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 272 m.H. auf RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 146 f.

553 Vgl. nur TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, Rn. 619.

554 Vgl. TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, Rn. 10 f.

zu begründen und die subjektive Wertung des Verletzten im Bereich seiner Rechtsgüter anzuerkennen,[555] wenn die Abwägung doch in das enge Korsett nicht nur der objektiven Werte der Rechtsgüter in ihrem materiellen Substrat, sondern auch der objektiven staatlichen Bewertung der individuellen Dispositionsfreiheit gezwängt wird. Man mag zwar sagen, dass die Freiheit des Einzelnen zur Einwilligung in die Verletzung seiner Rechtsgüter einen Wert darstellt, den die Rechtsordnung ebenfalls schützt. Man kann daraus auch schliessen, „dass die Ungültigkeit der Einwilligung des Verletzten und die damit verbundene Beschränkung seiner Freiheit von der Rechtsordnung nur dann gewollt sein kann, wenn die Handlung Werte verletzt, die schwerer wiegen als die Freiheit des Verletzten zur Verfügung über seine Rechtsgüter und zur Verwirklichung seiner damit verfolgten Zwecke."[556] Wenn letztlich aber doch gesagt wird, die Gültigkeit der Einwilligung sei „von Schwere und Zweck der Verletzung abhängig",[557] kann es sehr gut sein, dass die Beschränkung der individuellen Freiheit von der Rechtsordnung gar nicht so selten gewollt ist.[558] Immerhin soll ja auch unterschieden werden zwischen objektiv richtiger Wertung und objektiv falscher Wertung des Einzelnen, wobei die Wertung desjenigen, der „den Wert eines kurzfristigen und ethisch niederen Glücks über den Wert seiner Gesundheit und seines wahren Wohls stellt", als objektiv falsch bezeichnet wird;[559] es kommt auf die „mehr oder weniger billigenswerten Absichten" des Einwilligenden an.[560] Dabei wird dem Individualrechtsgut letztlich auch ein objektiver Eigenwert zugeschrieben.[561] Im Übrigen soll die objektive Wertung mit der subjektiven Wertung umso mehr übereinstimmen, je leichter die Verletzung ist.[562] Entsprechend

---

555 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 166 und NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 74.

556 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

557 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

558 Vgl. auch BERGELSON, Consent to Harm, S. 177 ff.

559 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 61.

560 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 75.

561 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 99.

562 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 61 und S. 75.

kann dann gesagt werden, dass ein Eingriff in ein Individualrechtsgut, der keinen rechtlich gebilligten Zweck verfolgt, auch dann der „sozialethischen Missbilligung" unterliegt, „wenn der Verletzte eingewilligt hat, es sei denn, der Wert des freien Bestimmungsrechts des Verletzten überwiege angesichts der Geringfügigkeit der Verletzung".[563] Damit erweist sich die Güterabwägungstheorie zum einen als im Kern paternalistisch und moralistisch. Letzteres zeigt sich auch an der hierfür typischen Vermengung von bloss unmoralischen mit eindeutig strafbaren Verhaltensweisen, wenn beispielsweise gesagt wird, die Einwilligung in eine leichte Körperverletzung sei wirksam, „wenn mit ihr nicht verwerfliche Zwecke verfolgt werden, wie Befriedigung eines masochistischen Triebes oder einer Rauschgiftsucht oder die Vorbereitung eines Versicherungsbetrugs."[564]

Obschon die Güterabwägungstheorie nicht zuletzt als Folge der berechtigten Kritik an der Interessensschutztheorie entwickelt wurde,[565] und obschon das einheitliche Prinzip der Wertkollision und Wertabwägung für alle Rechtfertigungsgründe durchaus einen gewissen Reiz hat, läuft auch sie letztlich auf eine allzu kollektivistische Doktrin hinaus.[566] Es erstaunt daher nicht, dass dieses Abwägungsmodell in der allgemeinen Strafrechtslehre zunehmend abgelehnt wird.[567] Im Bereich des Medizinstrafrechts hält es sich aber nach wie vor als traditionelle Ansicht.[568] Der Hauptgrund dafür dürfte sein, dass dieses Modell vor allem im Hinblick auf die Einwilligung in Körperverletzungen aufgrund der inhärenten sozialethischen und gemeinschaftsbezogenen Werteabwägung und der entscheidenden Relation von Schwere

---

563 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 83.

564 NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 195; vgl. auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 87; anders aber auch bezüglich der Einwilligung zu deliktischen Zwecken zu Recht GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 157.

565 Vgl. vor allem NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 74 ff.

566 Ebenso bei BERGELSON, Consent to Harm, S. 177 ff.

567 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 44.

568 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91 und ausführlich S. 101 f.

und Zweck des Eingriffs flexibel und anpassungsfähig ist.[569] Als solche ist sie zweischneidig: Auf der einen Seite ermöglicht sie aufgrund der sozialethisch dominierten Güterabwägung weitreichende konservative Einschränkungen der Einwilligungsbefugnis zum Schutz von Gemeinschaftsinteressen. Dies gilt vor allem für die Rechtsgüter „Körper" und „Gesundheit", die auch schon unter dem Stichwort des „Körperinteresses" nicht nur auf individuelle Bedürfnisse bezogen wurden, sondern in einem staatlich-totalitären Sinne als kollektive Güter im Dienste der Allgemeinheit bestimmt wurden.[570]

So führt beispielsweise bei Karl Engisch die Würdigung der am Körper bestehenden Individual- und Gemeinschaftsinteressen in „ihrer konkreten Lagerung" zur unhaltbaren Einsicht, dass das Interesse an der Erhaltung des Lebens eines Menschen ein grösseres sei, „wenn es sich um den tüchtigen Ernährer einer grossen Familie, als wenn es sich um einen lebensunfrohen, unbrauchbaren, alleinstehenden Geistesschwachen handelt."[571] Die Opferung „minderwertiger Interessen um höherer Interessen willen" sei im Übrigen „eine letztlich irrationale Wertung an Hand der Massstäbe, die gesundes Volksempfinden, ärztliche Standesethik und nationalsozialistische Staats- und Rechtsanschauung bieten."[572] Folgerichtig werden dann auch Ansichten, die dem Einzelnen die Interessensabwägung mittels Einwilligung in die Hand geben und Eingriffe in die körperliche Integrität „gegen den ausdrücklichen Willen" des Berechtigten als interessenverletzend und rechtswidrig bezeichnen, als „extrem liberalistisch" kritisiert, die weder gegenwärtig noch zukünftig richtig sein können und „jedem nationalsozialistischen Rechtsempfinden Hohn sprechen".[573] Die Willensbestimmung des Berechtigten sei, „wenn überhaupt, dann

---

569 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 195.

570 Vgl. kritisch auch FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 16/8.

571 ENGISCH, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, S. 8; vgl. die Kritik hierzu in SCHROEDER, Begriff und Rechtsgut der Körperverletzung, S. 735 und TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 67 f.

572 ENGISCH, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, S. 9 f.

573 ENGISCH, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, S. 13 f.

irgendwie neben der zunächst gebotenen objektiven Interessenabwägung zu berücksichtigen."[574]

Im Übrigen versteht sich von selbst, dass mit einem solchen Modell bei nicht indizierten Eingriffen, man denke beispielsweise an etwas aussergewöhnliche ästhetische Chirurgie, die rechtfertigende Wirkung der Einwilligung viel eher ausgeschlossen werden kann.[575] Auf der anderen Seite unterstützt sie aber aufgrund der Fokussierung auf den rechtlich gebilligten Zweck des Eingriffs, hier den objektiven Heilzweck, eher die nicht zu legitimierende Sonderstellung des ärztlichen Heileingriffs, der unabhängig von der Einwilligung des Patienten den Tatbestand der Körperverletzung nicht erfüllen soll.[576]

d) Unzulängliche Beschreibung der Individualrechtsgüter

Gemäss Kollisionsmodell, sowohl in der Variante des Interessens- bzw. Rechtsschutzverzichts als auch in der Variante der Güterabwägung, schützen Straftatbestände im Anwendungsbereich der Einwilligung folglich nicht das Selbstbestimmungsrecht und die Verfügungsbefugnis des Einzelnen, sondern nur die tatbestandlich geschützten Individualrechtsgüter als potentieller Bezugspunkt einer Einwilligung.[577] Dem liegt ein statisches Rechtsgutsverständnis zugrunde: Auf Tatbestandsebene soll es nur um die Erhaltung der Unversehrtheit der Rechtsgutsobjekte bzw. Handlungsobjekte wie Körper oder Sachen gehen, nicht aber um die Autonomie im Umgang damit.[578] Dies führt dazu, dass die tatbestandlich gefassten Objekte zu Unrecht gleichsam „um ihrer selbst willen" und losgelöst von konkreten Beziehungen zum Rechtsgutsinhaber „wegen der ureigenen Dignität der Dinge oder im Interesse

574 ENGISCH, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, S. 15.

575 WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 105; vgl. auch SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte, S. 117 und S. 122.

576 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 89 f.; vgl. ausführlich dazu unten S. 407 ff.

577 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 43.

578 RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 150.

der Gemeinschaft“ geschützt werden.[579] Die Trennung des materiellen Rechtsguts vom Willen des Rechtsgutsinhabers und damit letztlich die Einordnung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund folgt hier aus der Tatsache, dass dem Individualrechtsgut, beispielsweise körperliche und sexuelle Integrität, Vermögen, Ehre oder Freiheit, ein objektiver Eigenwert zugeschrieben wird. Dieses Rechtsgut muss dann unter Umständen gleichsam zum Schutz des objektiven Wohls des Inhabers vor dem Willen des Inhabers selbst geschützt werden. Zum gleichen freiheitseinschränkenden Resultat gelangt man, wenn man Individualrechtsgüter als objektive Werte der Gemeinschaft bestimmt. Dem individuellen Rechtsgutsinhaber kann dann die Disposition über das Gut zum Schutz von kollektiven Interessen an der Erhaltung dieser Rechtsgüter verwehrt werden.[580] Dies geschieht entweder in einem utilitaristischen Sinne – die Erhaltung der Rechtsgüter steigert trotz Einschränkung der individuellen Freiheit den gesellschaftlichen Gesamtnutzen – oder mit einem moralistischen Argument – Eingriffe in das Rechtsgut werden wahlweise als „verwerflich“, „sozialethisch oder rechtsethisch missbilligt“, „dem allgemeinen Rechtsgefühl widerstrebend“ oder „sittenwidrig“ abgelehnt.

Das hier zugrunde gelegte Konzept des vom Straftatbestand geschützten Individualrechtsguts ist aber nicht zuletzt deshalb unzulänglich, weil hier Tatobjekt und Rechtsgut – entgegen der anerkannten notwendigen Unterscheidung – vermengt bzw. verwechselt werden. Man schliesst zu Unrecht auch bei Vorliegen einer Einwilligung von der materiell durchaus erfolgten Beschädigung einer Sache oder dem tatsächlichen Eingriff in den menschlichen Körper als physikalisch-biologischer Organismus auf die Verletzung des Rechtsguts des Eigentums oder der körperlichen Integrität, obschon der Eingriff mit Einwilligung des Berechtigten vielmehr eine Ausübung oder eine Verwirklichung des Rechtsguts darstellt.[581] Der Wert des Individualrechtsguts und der Grund, warum es geschützt wird, sind nämlich viel mehr

---

579 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 37; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 152.

580 Vgl. zum Ganzen FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 99.

581 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 13.

darin zu sehen, dass es im Interesse des Rechtsgutsinhabers als Mittel für die Entfaltung seiner Handlungsfreiheit dient.[582] Dies dürfte vor allem im Hinblick auf „Sachen" relativ deutlich sein: Worin soll denn in unserer Massenproduktionsgesellschaft der Eigen- oder Sozialwert von Dingen liegen, die im privaten Eigentum sind, wenn nicht in der Befugnis des Rechtsgutsinhabers, diese Sachen für seine Interessen zu nutzen,[583] durch zumindest in den Zwischenschritten schädigende Eingriffe umwandeln (einen Baum aus dem eigenen Garten zu Brennholz) oder reparieren zu lassen (den defekten Motor des Rasenmähers, der in die Einzelteile zerlegt werden muss)[584] oder sie mittels Einwilligung einer anderen Person zu überlassen oder bei fehlendem Bedarf zu entsorgen? Entsprechend bezeichnet das Bundesgericht das geschützte Rechtsgut bei den strafbaren Handlungen gegen das Vermögen als die Verfügungsmacht des Eigentümers über die in seinem Eigentum stehenden Sachen.[585]

Es ist aber durchaus verständlich, dass dieser richtigen Ansicht die Intuition entgegensteht, tatbestandliche Eingriffe vor allem in höchstpersönliche Individualrechtsgüter des Einwilligenden seien für diesen regelmässig nachteilig, da dann beispielsweise der Körper „verletzt" sei,[586] und es erscheint naheliegend, von Eingriffen zu reden, die im Regelfalle als eine Schädigung der Interessen des Betroffenen erscheinen können.[587] Daher ist auch verständlich, warum man beispielsweise in den Art. 122 ff. StGB unter Ausklammerung des Selbstbestimmungsrechts nur ei-

---

582 RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596; vgl. auch STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 384

583 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 38 f. m.w.H.

584 Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 144 Rn. 3.

585 Vgl. nur BGE 129 IV 223, 228.

586 Vgl. BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, § 17 Rn. 96 und JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 373 f.; vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 37 f.; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 55 f.

587 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

nen Schutz der körperlichen Unversehrtheit erblickt,[588] und nicht der Meinung ist, in den Schutzbereich dieser Normen würden körperliche Integrität und die entsprechende Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper fallen.[589] Als „nachteilig" oder als „schädigend" erscheinen beispielsweise (stark-invasive) medizinische Eingriffe deshalb, weil der Körper hier als tatbestandliches Schutzobjekt gleichsam nur als Anhäufung von Fleisch und Knochen dargestellt wird und nicht in Verbindung mit dem Geist, der in ihm wohnt und ihn beherrscht.[590] Nimmt man die Dispositionsfreiheit über die eigenen Güter ernst, fällt es aber auch bei Eingriffen in höchstpersönliche Güter schwer, diese Rechtsgüter „ohne Beziehung zum personalen Zentrum des Rechtsgutsträgers, seinem Bewusstsein bzw. Willen zu bewerten."[591] Wenn Individualrechtsgüter nicht ihrer selbst Willen oder zum Vorteil der Gemeinschaft erhalten werden müssen, sondern der Verwirklichung der individuellen Bedürfnisse und der Entfaltung der Freiheit und der Interessen des Rechtsgutsinhabers dienen sollen, ist das Rechtsgut der körperlichen Integrität nicht beeinträchtigt, wenn der Eingriff in das Tatobjekt des realen Körpers mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt; der Eingriff in den Körper unterstützt den Rechtsgutsinhaber vielmehr in der Gestaltung dieses Guts selbst[592] oder in der Gestaltung anderer Güter und Interessen.[593]

---

588 Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 6 ff.; vgl. auch SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte, S. 115; WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 106 f.

589 So beispielsweise TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 68 und SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte, S. 123; vgl. dazu auch WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 103.

590 So ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 14.

591 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 38; vgl. auch ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 117.

592 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 13; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 152; SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte, S. 123; WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 108.

593 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 627; vgl. dazu auch ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 125 (Theorie von Harro Otto).

Durch die Abspaltung vom Willen des Rechtsgutsträgers wird hingegen theoriebautechnisch der hart paternalistische Schutz eines Individualrechtsguts auch gegen den Willen des Inhabers nicht nur möglich,[594] sondern sogar gefördert. Das Gleiche gilt für moralistisch oder utilitaristisch begründete Einschränkungen der Dispositionsfreiheit, die auf dem Eigen- oder Sozialwert der objektiv werthaften Güter gründen. Damit wird zwar nicht unmittelbar das Prinzip unterminiert, dass Einschränkungen der individuellen Freiheit und Selbstbestimmung begründet werden müssen. Aber die Anforderungen an die Gründe, dem Einzelnen keine Selbstbestimmung zu gewähren und die Einwilligung in Eingriffe in seine Güter zu verbieten, werden gesenkt, wenn Individualrechtsgüter wegen ihres Eigenwertes oder im Interesse der Gemeinschaft oder des Gesamtnutzes geschützt werden.[595] Wird der Wille des Rechtsgutsinhabers aus dem Inhalt des tatbestandlich gefassten Individualrechtsgut seziert, verringert sich die Argumentationslast des Staates, wenn es darum geht, Güter auch gegen den Willens des Inhabers zu erhalten.[596]

Die entsprechenden Begründungslinien lassen sich zwar mit dem Ziel einer analytischen Erkenntnis weitgehend unterschiedlichen theoretischen Ansätzen und Rechtsgutslehren zuordnen.[597] In der eigentlichen Argumentation vermischen sich diese Auffassungen freilich sehr häufig auf vielfältige Art und Weise. So sollen Einschränkungen der Wirksamkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung aus der „überragenden Bedeutung des Rechtsguts“ und „aus dem öffentlichen Interesse an seiner Erhaltung“ begründet werden können, zugleich aber auch um zu verhindern, „dass der Rechtsgutsträger sich selbst schädigt“.[598] Paternalistische Einschränkungen, die vom Eigenwert des Schutzgegenstandes ausgehen und den Einzelnen davor bewahren wollen, diese Güter in einem falsch verstanden eigenen Interesse zu opfern, basieren zwar auf dem Schutz der Interessen des Opfers vor sich

---

594 So zu Recht FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91.

595 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.

596 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 142.

597 Vgl. dazu RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 34 ff.

598 JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 376.

selbst. Diese Opferinteressen werden aber vom Staat selber definiert und insofern verobjektiviert; der urteilsfähige Rechtsgutsinhaber wird also durch den Staat entmündigt.[599] Obschon es also stimmt, dass die Unwirksamkeit einer Einwilligung nicht unmittelbar im Eigeninteresse des Staates an der Unverletzlichkeit bestimmter Normen gründet,[600] können solche paternalistischen Einschränkungen, bei denen definitionsgemäss der Staat die schützenswerten Interessen der Individuen bestimmt, rasch in utilitaristisch begründeten Schutz des Gesamtnutzens umschlagen oder sie appellieren zugleich an moralistische Intuitionen zum Schutz der Güter vor individualistischer Dekadenz oder Selbstüberschätzung.[601]

Bei diesen Begründungsversuchen überlagern sich im Übrigen auch die zugrundeliegenden Rechtsgutslehren,[602] so dass eine weitergehende Systematisierung nicht sinnvoll erscheint, sondern nur auf einige wenige Grundsätze und einzelne inhärente Tendenzen verwiesen werden kann.[603] Zwingend zum Kollisionsmodell führt die dualistische Lehre, wenn sie zwar grundsätzlich Individualrechtsgüter vorsieht, dabei aber den Sozial- oder Eigenwert des Guts betont und den personalen Bezug weitestgehend ausblendet.[604] Die Kollision entsteht dann zwischen eben diesem an sich zu schützenden realen Gut mit einem Eigen- oder Sozialwert und der davon abgekoppelten individuellen Freiheit, darüber verfügen zu dürfen. Eine tatbestandsmässige Rechtsgutsverletzung, die dann möglicherweise auf der Ebene der Rechtswidrigkeit durch die Einwilligung des Berechtigten gerechtfertigt werden könnte, entspricht damit der kausalen Schutzobjektsverletzung, d.h. beispielsweise die Beschädigung einer Sache, die Verletzung eines Körpers oder der Ehre.[605] Dadurch gelingt

---

599 Vgl. SK-Hoyer, Vor § 32 ff. Rn. 32.

600 So zu Recht SK-Hoyer, Vor § 32 ff. Rn. 32.

601 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 99; vgl. auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 86 (Amputation eines wichtigen Glieds ohne bösen Zweck und im urteilsfähigen Zustand).

602 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 33 f. und S. 113 ff.

603 Vgl. ausführlich dazu RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 32 ff.

604 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 35 m.w.H.

605 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 36.

es, das so verstandene Rechtsgut also zunächst losgelöst von Erklärungen, Gründen oder Bedeutungen für den entsprechenden Eingriff im sozialen Kontext, „gegen den Willen seines Inhabers in Stellung zu bringen“.[606]

Aber auch wenn man von einer monistisch-etatistischen Lehre ausgeht, für die das Strafrecht allein dem Schutz von Kollektivinteressen dient und die Rechtsgüter daher prinzipiell auf kollektive Interessen der Gemeinschaft bezogen werden,[607] liegt es auf der Hand, dass die individuelle Dispositionsfreiheit bei der Konzipierung des Rechtsguts nicht berücksichtigt werden kann[608] und das Rechtsgut vielmehr auf das dingliche Schutzobjekt beschränkt wird. Wenn man also Rechtsgüter als Lebensgüter der Gemeinschaft definiert, als Träger der Güter nur die Allgemeinheit vorsieht und Individualrechtsgüter entsprechend nur als Ableitungen aus diesen Gemeinschaftsgütern konzipieren kann, so vermag als Argumentationsgrundlage nur das Kollisionsmodell zu dienen.[609] Der Schutz von individuellen Interessen ist nämlich nur dann vertretbar, wenn dieser Schutz selber als im Interesse der Gemeinschaft wahrgenommen und in einer Kollision mit anderen Kollektivinteressen als vorzugswürdig bezeichnet werden kann. Im Übrigen erscheint der Einzelne nur als Verwalter der ihm zugeteilten Güter, so dass ihm die Verfügungsfreiheit jederzeit wieder entzogen werden kann. Die hierfür zu leistende Begründunglast ist selbstredend viel geringer als bei Gütern, die ihm originär zustehen;[610] es dürfte in aller Regel schon ausreichend sein, im Einzelfall zu zeigen, dass die selbstbestimmte Gestaltung des eigenen Lebens kein Beitrag zum Wohl der Gemeinschaft darstellt.[611]

---

606 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 36.

607 Vgl. WEIGEND, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, S. 54.

608 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 33.

609 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 33 f.

610 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597; vgl. auch SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte, S. 123.

611 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 34.

Eine solche Rechtsgutsauffassung kaschiert also nicht, dass sie zum einen die Tendenz hat, individuelle Freiheiten nach utilitaristischen Kriterien einzuschränken. Das Individuum und nicht zuletzt sein Körper, der als individuelles Gut des Inhabers gelten sollte, kann so durchaus zu einem blossen Träger einer sozialen Funktionstüchtigkeit degradiert werden.[612] Zwar muss ein monistisch-etatistisches Rechtsgutsverständnis, welches auch die Individualrechtsgüter vom Staat her konzipiert, nicht zwangsläufig zu einer freiheitsfeindlichen Unterordnung des Einzelnen unter die Interessen der Gemeinschaft führen. Diese Zuordnung der Rechtsgüter überdehnt aber in der Tendenz die gesetzlich vorgesehenen Schranken der Einwilligung, verdreht die staatstheoretische Maxime, dass der Staat um des Menschen willen da ist, und verliert nicht selten aus den Augen, „dass die Erfüllung staatlicher Schutzpflichten für grundrechtlich geschützte Güter der Verstärkung der Freiheitssphäre des Grundrechtsträgers und nicht seiner Bevormundung zu dienen hat."[613] Es zeigt sich sodann ziemlich deutlich, dass sie von unzulänglichen rechtsphilosophischen und staatstheoretischen Überzeugungen eines radikalen Kommunitarismus oder Kollektivismus ausgeht, die wie alle Grundverständnisse nicht zuletzt die Modellierung des strafrechtlichen Schutzgegenstandes entscheidend prägen.[614] Damit stellt sie nicht nur eine ganz reale Gefahr eines systematischen staatlichen Paternalismus dar,[615] sondern sie versteht auch das Individuum – unabhängig von seinen konkreten Bedürfnissen und Wünschen – nicht als autonome Einzelpersönlichkeit mit einem Eigenwert, sondern nur als Teil der Gemeinschaft.[616]

---

612 Vgl. KARGL, Körperverletzung durch Heilbehandlung, S. 552 und SCHROEDER, Begriff und Rechtsgut der Körperverletzung, S. 735.

613 STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 83 Fn. 16 m.w.H.

614 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 21.

615 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.

616 So zutreffend RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 34.

3. Liberal-individualistisches Integrationsmodell

a) Einleitung

Aus der eben ausgeführten Kritik an der Trennung von Rechtsgut und Dispositionsfreiheit gemäss dem Konzept des Kollisionsmodells kann nun gefolgert werden, dass die Dispositionsfreiheit des Berechtigten dem Grundsatz nach vielmehr als Teil des Individualrechtsguts verstanden werden muss und mit dem Gegenstand, auf den sie sich bezieht, verbunden ist.[617] Damit soll selbstredend nicht gesagt werden, dass die Rechtsgutsinhaberschaft gleichbedeutend ist mit der schrankenlosen Befugnis, über jegliches Individualrechtsgut zu verfügen.[618] Die Tatsache, dass ein Individuum Inhaber bestimmter Rechtsgüter ist, ist nur eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die entsprechende Dispositionsfreiheit.[619] Es kann also sehr wohl Rechtsgutsinhaberschaft ohne Dispositionsfreiheit geben, jedoch nur dann, wenn das Gesetz explizit – wie in Art. 114 StGB – einen solchen Fall als Ausnahme festlegt. Es geht mit anderen Worten nicht um eine Verabsolutierung des freiheitlich-individualistischen Grundgedankens, sondern um eine durchaus deutliche Veränderung der Tendenz und eine Verlagerung des Schwerpunkts, die einer entsprechenden Dogmatik und Rechtsprechung inhärent sind. Das Kollisionsmodell nimmt die Bedürfnisse und Interessen des Einzelnen letztlich immer nur in einschränkender Abhängigkeit von paternalistisch oder utilitaristisch gefärbten Gemeinschaftsinteressen wahr. Demgegenüber betont das Integrationsmodell den personalen und auf den einzelnen Menschen bezogenen Charakter der Schutzinteres-

---

617 Vgl. WEIGEND, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, S. 60: „Der Gesetzgeber behandelt die Dispositionsfreiheit in den einzelnen Sachbereichen differenziert und verknüpft sie untrennbar mit dem Gegenstand, auf den sie sich jeweils bezieht." Vgl. auch RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, S. 164; RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.

618 Vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

619 STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 83 m.w.H.

sen, fokussiert auf Entfaltungsbedürfnisse des Individuums und auf die mittels Einwilligung zu gestaltende Beziehung zu seinen Gütern.[620]

In den folgenden Abschnitten soll unter Zugrundlegung einer liberalen Grundtheorie und mit Bezug auf die entscheidenden wohlüberlegten Urteile der Dogmatik dargelegt werden, warum die Anatomie des Individualrechtsguts als bestehend aus materiellem Rechtsgutsobjekt *und* Verfügungsbefugnis verstanden werden muss, der Wille des Berechtigten mithin im Individualrechtsgut integriert wird. Die Widerlegung der wichtigsten Argumente gegen diese These führt sodann zu einer notwendigen Präzisierung des Integrationsmodells – die Integration der Dispositionsfreiheit im Rechtsgutsbegriff bedeutet nicht, dass bei fehlender Dispositionsfreiheit das Rechtsgutsobjekt schutzlos und für andere disponibel wird, sondern dass grundsätzlich nur der Rechtsgutsinhaber selber überhaupt über das eigene Rechtsgut verfügen darf und die Dispositionsfreiheit als Kontrollmechanismus und letztlich als Eingriffsschutz zu verstehen ist. Zunächst soll aber das Konzept von Stratenwerth – die Aufhebungstheorie – kritisch beleuchtet werden, das nicht nur für das Integrationsmodell wegweisend war,[621] sondern auch für die heutige schweizerische Einwilligungsdogmatik massgebend ist.[622]

b) Aufhebung der Rechtsgutsverletzung?

Die Grundidee der Ansicht von Stratenwerth ist, dass durch die Einwilligung des Betroffenen die Rechtsgutsverletzung selbst aufgehoben wird.[623] Entscheidend soll hierfür ausschliesslich die Tatsache sein, dass der Betroffene dem Eingriff zustimmt, nicht etwa das Prinzip der Güterabwägung und das Kriterium der Höherwertigkeit eines Interesses des Täters.[624] Diese an sich klare Position entwickelt er

---

620 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 55; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 152 und TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 63 f.

621 Vgl. grundlegend STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 41 ff.; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 16 Fn. 20.

622 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 4 ff.

623 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

624 So schon STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 42.

ausgehend von einem komplexen Rechtsguts- und Unrechtsverständniss, in dem zwei klassische Erklärungen für die Wirkung der Einwilligung auf originelle, letztlich aber zu Widersprüchen neigende Art und Weise verbunden werden: Die Wirkung der Einwilligung kann entweder darauf beruhen, dass der eigentliche Unrechtsgehalt der Tat in einer Missachtung des Willens des Betroffenen gesehen wird, so dass die Einwilligung das Objekt des rechtlichen Schutzes beseitigt und insofern tatbestandsausschliessend wirkt.[625] Oder sie beruht darauf, dass bestimmte Rechtsgüter nur geschützt werden, wenn der Betroffene es will, so dass die Einwilligung nicht das Schutzobjekt, sondern nur den rechtlichen Schutz des Objekts beseitigt und nur rechtfertigend bzw. „unrechtsauschliessend" wirkt.[626]

Diese saubere Zweiteilung in Schutzobjekt und Rechtsschutz und die entsprechende Zuordnung zu Tatbestandsausschluss und Rechtfertigung wird von Stratenwerth als „ungenau" bezeichnet und mit folgender Feststellung durchbrochen: „Im Bereich der rechtfertigenden Einwilligung ist der Wille des Betroffenen jedenfalls nicht nur für den Rechtsschutz bedeutsam, sondern er gehört auch zum geschützten Objekt."[627] Der Grund hierfür ist gemäss Stratenwerth, dass die Willensrichtung des Verletzten den Unrechtsgehalt der Tat beeinflusst. Das zeigt sich beispielsweise darin, dass die mit Einwilligung vorgenommene Tötung einen geringeren Unrechtsgehalt hat als die „eigenmächtige" Tötung und im Vergleich dazu milder bestraft wird.[628] Bei der Einwilligung kann es also nicht bloss um Rechtsschutz gehen, vielmehr fällt das Schutzobjekt selbst teilweise fort.[629]

Für das Integrationsmodell grundlegend ist vor allem die Ansicht, dass der Wille des Betroffenen auch zum rechtlich geschützten Objekt gehört, mithin Teil des Tat-

---

625 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 42 m.H. auf LK-StGB-Mezger, 7. Aufl., 1954, Vor § 51 Anm. 10 eaa (S. 299): „Erst recht entfällt die Tatbestandsmässigkeit, wenn – wie z.B. in § 185 oder § 300 – mit der Zustimmung zur Verletzung das Schutzobjekt selbst zu Grund geht."

626 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 42.

627 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 42 f.

628 Vgl. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 43.

629 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 43; vgl. auch ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 111 f.

bestandes ist. Diese Bedeutung des Willens des Betroffenen leitet Stratenwerth aus der Grundnorm zwischenmenschlichen Verhaltens ab, jeden Menschen als prinzipiell gleichberechtigt und eigenverantwortlich zu respektieren; strafrechtliche Verbote von Eingriffen in die Interessen anderer Menschen setzen voraus, dass der Träger der Interessen und Güter als autonome Persönlichkeit anerkannt wird.[630] Daraus folgert Stratenwerth, dass das Unrecht der Delikte, die sich gegen die Interessen oder Güter des Einzelnen richten, den Charakter der Missachtung des anderen als autonome Persönlichkeit haben; die Beeinträchtigung dieser Interessen oder Güter kann aber nur Unrecht sein, wenn der Betroffene dadurch als autonome Persönlichkeit missachtet wird.[631] Wenn aber der Betroffene als in seinem Bereich eigenverantwortliche und autonome Persönlichkeit in den Eingriff eingewilligt hat, liegt nach Stratenwerth in der Güter- oder Interessensverletzung keine Missachtung des Betroffenen als autonome Persönlichkeit und demzufolge kein Unrecht vor.[632] Daher kann auch gesagt werden, dass die Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsguts, d.h. die Güter- oder Interessensverletzung alleine kein Unrecht sein kann, wenn der Eingriff von der Einwilligung erfasst ist.[633]

Wenn ein solcher Eingriff aber kein Unrecht darstellen kann, fragt sich, warum davon die Rede ist, dass die Einwilligung des Betroffenen die Rechtsgutsverletzung aufhebt und mithin rechtfertigend ist, und nicht vielmehr gesagt wird, dass die Einwilligung den Tatbestand und damit die Rechtsgutsverletzung ausschliesst.[634] Denn wenn kein Unrecht und damit auch keine Rechtsgutsverletzung besteht, gibt es gar nichts, was „aufgehoben“ werden könnte.[635] Dass hier trotz der Prämisse, dass der Wille des Betroffenen zum geschützten Objekt gehört und dass die Güterverletzung mit Einwilligung des Inhabers keine Missachtung der Selbstbestimmung und daher

---

630 Vgl. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 44.

631 Vgl. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 44 f.

632 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

633 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

634 Vgl. die Hinweise in WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 45 Fn. 200.

635 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 45.

kein Unrecht ist, nicht die Konsequenz gezogen wird, die Einwilligung immer als tatbestandsausschliessend zu behandeln,[636] erscheint aber wohl nur deshalb „halbherzig“[637] oder „unklar“,[638] weil man die Grundstruktur der Argumentation aus den Augen verloren hat. Der Wille des Betroffenen ist nach diesem Konzept eben nicht nur für das geschützte Rechtsgut, sondern auch für den Rechtsschutz bedeutsam und entfaltet damit Wirkung auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit.

Der Wille des Rechtsgutsinhabers wird also zum geschützten Objekt und mithin in den Tatbestand gezogen, wirkt aber weiterhin auch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, lässt das Schutzobjekt dort aber unberührt und beseitigt nur den rechtlichen Schutz des Objekts. Damit werden Wille und Objekt im tatbestandlich gefassten Rechtsgut verbunden und zugleich getrennt, da das Rechtsgut in ein materielles und ein geistiges Element zerlegt wird.[639] So kann dann gesagt werden, „dass die rechtfertigende Einwilligung zu einem teilweise Fortfall des geschützten Rechtsgutes führe, und im übrigen den Rechtsschutz aufhebe“.[640] Bei einem Eingriff in ein Individualrechtsgut führt die Einwilligung des Inhabers nämlich in dem Sinne zu einem „teilweise Fortfall des geschützten Rechtsgutes“, als der Wille des Betroffenen, der eben auch Teil des geschützten Rechtsguts ist, selbstredend nicht verletzt sein kann.[641] Der Wille, das geistige Element des Rechtsgutes, entfällt somit als Schutzobjekt, nicht aber das Gut oder das Interesse als solches, das materielle Angriffsobjekt.[642] Obschon die Verletzung dieses materiellen Objekts gemäss Stratenwerth keine Missachtung der Autonomie und daher kein Unrecht ist, das irgendwie gerechtfertigt werden müsste, ist das Angriffsobjekt – beispielweise die Sache oder

---

636 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6 Fn. 6.

637 So RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 56.

638 So WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 45.

639 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 55.

640 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

641 Vgl. auch NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 194 Fn. 38: Stratenwerth sehe die Rechtfertigung der Einwilligung darin, „dass die in allen Tatbeständen der Delikte gegen die Person mitgeschützte Autonomie der Person nicht verletzt wird.“

642 Vgl. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

die Ehre – doch verletzt, bleibt mithin Schutzobjekt und verliert nur seinen Rechtsschutz; die Existenz des materiellen Schutzobjekts soll also nicht vom Willen des Betroffenen abhängig sein.[643] Die Rechtsgutsverletzung wird durch die Einwilligung des Betroffenen gleichsam nur zur Hälfte aufgehoben. Da also ein Teil des Rechtsguts nicht als Schutzobjekt entfällt, kann die Einwilligung des Betroffenen diesbezüglich nur dazu führen, dass der Rechtschutz auf der Ebene der Rechtswidrigkeit preisgegeben wird.

Das ist also durchaus keine unklare oder halbherzige, sondern vielmehr eine konsequente Theorie, die aber widersprüchlich ist. Der Konflikt ergibt sich daraus, dass zum einen angenommen wird, der Wille des Betroffenen bewirke auf Tatbestandsebene nur einen teilweise Fortfall des geschützten geistigen Objekts, nämlich die autonome Selbstbestimmung. Im Übrigen entfalte der Wille bezüglich des materiellen Schutzobjekts nur auf Ebene der Rechtswidrigkeit eine Wirkung und zwar im Sinne eines Rechtsschutzverzichts für das Gut oder Interesse, das als Schutzobjekt selbst weiterbesteht. Das steht im Widerspruch nicht nur zur Aussage, dass die Einwilligung des Betroffenen die Rechtsgutsverletzung als solche aufhebt – also den geistigen *und* den materiellen Teil. Noch vielmehr besteht ein Widerspruch zur Grundlegung der Theorie in der Autonomie der Einzelpersönlichkeit und vor allem der Prämisse, dass die Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsguts nur Unrecht sein kann, wenn der Berechtigte dadurch als autonome Persönlichkeit missachtet wird.[644]

Man kann zwar die Intuition nachvollziehen, die materiellen Schutzobjekte als solche vor allem im höchstpersönlichen Rechtsbereich des Einwilligenden erhalten zu wollen; insbesondere wenn man gleichzeitig die irreführende Intuition hat, dass Eingriffe in solche Güter für den Einwilligenden regelmässig nachteilig sind und als

---

643 Vgl. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45; vgl. auch STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 42.

644 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6 und STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45; vgl. auch STRATENWERTH, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, S. 362 f.

eine „Schädigung der Interessen des Betroffenen“ erscheinen.[645] Dann kann man aber die Beschreibung des Unrechts nicht auf der Autonomie der Einzelpersönlichkeit gründen, das Unrecht entsprechend als Missachtung des Anderen als autonome Persönlichkeit umschreiben und immer dann ausschliessen, wenn der Einzelne in die Verletzung des materiellen Schutzobjekts eingewilligt hat. Daraus folgt nämlich, dass die (versuchte) Verletzung eines materiellen Objekts nur notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für das Vorliegen von Unrecht ist. Ein Unrecht wird erst dann geschaffen, wenn diese Verletzung in Missachtung des Betroffenen als autonome Persönlichkeit, mithin ohne seine selbstbestimmte Einwilligung in den Eingriff erfolgt. Wenn man also das Unrecht so grundlegend in der Verletzung der Autonomie bzw. der Verletzung des Willens des eigenverantwortlichen Rechtsgutsinhabers sieht, und nicht etwa in der Schädigung oder Gefährdung von materiellen Gütern oder Interessen als solchen, ist es ganz und gar widersprüchlich zu sagen, es komme für die Unrechtsbeschreibung von Eingriffen in das materielle Substrat dann doch nicht auf den zustimmenden Willen des Betroffenen an.[646] Unter diesen Vorzeichen kann man materielle Schutzobjekte nicht als solche erhalten, ausser man nimmt sie – wie beispielsweise bei der Tötung auf Verlangen nach Art. 114 StGB – ganz aus dem Bereich der disponiblen Individualrechtsgüter heraus. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich vergegenwärtigt, dass nach Stratenwerth das materielle Element des Rechtsgutes – das Angriffsobjekt – einen eigenen Rechtsschutz „nur um der Integrität fremder Selbstbestimmung geniesst.“[647] Jeder soll die Güter und Interessen der Anderen also genau deshalb respektieren, damit die Selbstbestimmung jedes Anderen („fremde Selbstbestimmung“) im Umgang mit seinen Gütern und Interessen gewahrt werden kann. Individuelle Güter oder Interessen sollen mit anderen Worten geschützt werden, damit nur der einzelne Inhaber darüber selbstbestimmt verfügen darf und niemand sonst.

---

645 So STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

646 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 56.

647 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

Es ist bildsprachlich durchaus attraktiv, sich das tatbestandlich gefasste Rechtsgut als aus einem materiellen Schutzobjekt (das materielle Gut oder Interesse) und einem geistigen Schutzobjekt (der Wille oder die autonome Selbstbestimmung) zusammengesetzt zu denken, wobei die Einwilligung nur das geistige Schutzobjekt beseitigt, für das materielle Schutzobjekt hingegen nur den Rechtsschutz aufhebt. Dass durch die Einwilligung der Wille des Betroffenen also das geistige Schutzobjekt des Tatbestandes entfällt, ist aber eine triviale Feststellung: Wenn jemand etwas will, dann kann das Verhalten, dass ihm das gibt, was er will, keine Verletzung seines Willens sein. Diese triviale Feststellung wird der viel weitreichenderen Aussage nicht gerecht, dass in der materiellen Güter- oder Interessensverletzung keine Missachtung fremder Selbstbestimmung und daher kein Unrecht liegt, wenn der Betroffene als eigenverantwortliche Persönlichkeit in den Eingriff eingewilligt hat.[648] Gerecht wird sie dieser Aussage nur, wenn sie sich nicht nur auf das bezieht, worauf sie sich naturgemäss ohnehin bezieht, nämlich den geistigen Teil des Rechtsguts, sondern auch auf den materiellen Teil, das Gut und das Interesse als solches. Sonst kann nämlich nicht widerspruchsfrei gesagt werden, dass die Güter- oder Interessensverletzung alleine das Unrecht nicht begründet.[649] Vielmehr müsste dies sogar ganz im Gegenteil immer so sein, wenn das diesbezügliche materielle Schutzobjekt bei einer Einwilligung nicht entfallen soll und nur auf Ebene der Rechtswidrigkeit auf den entsprechenden Rechtsschutz – vor einem Unrecht der Rechtsgutsverletzung – verzichtet werden kann.

Die Aufhebungstheorie bewegt sich innerhalb der ambivalenten und trügerischen Annahme, die Einwilligung des Berechtigten befände sich im Schnittpunkt von Individual- und Allgemeininteressen,[650] und fluktuiert zwischen zwei Grundsätzen, die nicht beide erfüllt werden können: Auf der einen Seite soll, von der Betonung der Autonomie der Einzelpersönlichkeit ausgehend, gelten, dass Rechtsgüter nie-

---

[648] STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

[649] STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

[650] Vgl. STRATENWERTH, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, S. 356.

mals in ihrem materiellen Substrat – beispielsweise Körper, Sache oder Ehre – bestehen. Sie bestehen vielmehr in der entsprechenden Verfügungsmöglichkeit,[651] so dass die Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsguts kein Unrecht sein kann, wenn sie durch den Willen des Betroffenen gedeckt ist und damit eben eine Verwirklichung dieser Verfügungsmöglichkeit darstellt. Auf der anderen Seite soll aber das materielle Schutzobjekt – beispielsweise Körper, Sache oder Ehre – ohnehin auf Tatbestandsebene immer erhalten bleiben, auch wenn der Berechtigte in einen Eingriff eingewilligt hat. Diese Thesen schliessen sich gegenseitig aus. Sie erklären aber bis zu einem gewisse Grade auch den Erfolg dieser Aufhebungstheorie: Vertreter einer eher individualistisch-liberalen Position können auf den ersten Grundsatz fokussieren und darin die Verteidigung einer auf die Selbstbestimmung aufbauenden Einwilligungsdoktrin erkennen. Vertreter eine konservativ-kollektivistischen Position richten ihr Augenmerk hingegen vorzugsweise auf die These, dass materielle Schutzobjekte als solche erhalten werden – hier klingt dann in der Tat die Vorstellung an, dass diese materiellen Güter oder Interessen eben einen Eigen- oder Sozialwert haben, der unter Umständen auch gegen den Willen des Rechtsgutsinhabers geschützt werden muss.

Wenn aber das materielle Schutzobjekt ohnehin auf Tatbestandsebene immer erhalten bleiben soll, auch wenn der Berechtigte in einen Eingriff eingewilligt hat, erübrigt sich die ganze Prüfung des Willens des Betroffenen auf Tatbestandsebene. Einschlägig ist dieser Wille dann nämlich nur in den Fällen, für die nach der überkommenen Lehre ohnehin schon das tatbestandsausschliessende Einverständnis wirkt; er betrifft nur Delikte wie Erpressung (Art. 156 StGB), Hausfriedensbruch (Art. 186 StGB) oder Vergewaltigung (Art. 190 StGB), die, wie jeweils gesagt wird, „nur bei mangelnder Einwilligung denkbar sind“ und wo eine rechtfertigende Einwilligung schon alleine aus begrifflichen Gründen ausscheidet.[652] In all den anderen Fällen, in denen gleichsam nicht nur der Wille betroffen ist, bleibt hingegen bei einem Ein-

---

651 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

652 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 8.

griff das materielle Schutzobjekt auch bei der Einwilligung bestehen und man kann dann trotz Einwilligung sagen, der Körper sei „verletzt“ oder die Sache sei „beschädigt“. Die Einwilligung kann hier also offensichtlich nur noch auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wirken und zu einer ausnahmsweisen Rechtfertigung des verletzenden oder schädigenden Eingriffs in das Schutzobjekt durch Verzicht auf Rechtsschutz führen. Unter diesem Aspekt kann die Einwilligung nach der Aufhebungstheorie also nur rechtfertigend sein. Wenn Stratenwerth, ausgehend von der Betonung der Autonomie der Einzelpersönlichkeit, aber schreibt, dass Rechtsgüter niemals in ihrem materiellen Substrat, sondern in der entsprechenden Verfügungsmöglichkeit bestehen, und die Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsguts keine Rechtsgutsverletzung und kein Unrecht sein kann, wenn sie durch den Willen des Betroffenen gedeckt ist,[653] muss daraus das Gegenteil folgen: Die Einwilligung ist demnach immer als tatbestandsausschliessend zu behandeln. Wenn man auf der ersten Ebene der Tatbestandsmässigkeit feststellt, dass bei einer Einwilligung kein Rechtsgut verletzt und kein Unrecht geschaffen wurde, gibt es nämlich nichts, was die Einwilligung auf der nächsten Stufe der Rechtswidrigkeit rechtfertigen könnte.

Dass Stratenwerth diese Schlussfolgerung nicht zieht, erklärt sich zwar aus seinem komplexen, zweiteiligen Rechtsgutskonzept, wird aber ganz zu Recht als widersprüchlich kritisiert. Der Einwand von Stratenwerth, diese Kritik basiere auf einem unterschiedlichen Verständnis der Tatbestandsmässigkeit,[654] geht an der Sache vorbei. Es handelt sich hier nämlich nicht um die Frage, ob die Tatbestandsmässigkeit eine selbstständige Bedeutung in dem Sinne hat, dass mit ihr immer schon eine Rechtsgutsverletzung oder ein Unrecht bejaht würde. Das kann man ohne weiteres mit Stratenwerth verneinen: Die Tatbestandsmässigkeit „hat keine selbstständige Bedeutung, etwa in dem Sinn, dass mit ihr immer schon eine Rechtsgutsverletzung bejaht würde. Sie festzustellen ist nur der *methodisch* erste Schritt bei der Prüfung,

---

653 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6; vgl. auch STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 154.

654 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6 Fn. 6.

ob strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt."[655] Man kann durchaus zu Recht der Meinung sein, dass ein Rechtsgut erst durch die Feststellung der Rechtswidrigkeit als verletzt gilt und dass erst dann ein Unrecht bejaht wird. Die blosse Bejahung der Tatbestandsmässigkeit bedeutet durchaus nicht, dass auch schon ein Unrecht oder eine Rechtsgutsverletzung vorliegt. Hier geht es aber um den gegenteiligen Fall, dass durch die Einwilligung auf Tatbestandsebene die Rechtsgutsverletzung und das Unrecht, trotz Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsgutes, bereits *verneint* werden, dass also die Tatbestandsmässigkeit gerade *nicht* bejaht wird. Oder mit den Worten von Stratenwerth: „[…] so kann die Beeinträchtigung des materiellen Substrats des Rechtsguts insoweit kein Unrecht sein, wie sie sich, durch den Willen des Betroffenen gedeckt, mit freier Selbstbestimmung gerade im Einklang und nicht im Widerspruch befindet."[656] Wenn also die Tatbestandsmässigkeit *nicht* festgestellt wird, wird auch der erste methodische Schritt für die Prüfung, ob strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt, *nicht* gemacht. Dann erübrigt sich aber eine weitere Überprüfung der Frage auf der Ebene der Rechtswidrigkeit, ob diese Beeinträchtigung, die kein Unrecht darstellt, durch Einwilligung irgendwie gerechtfertigt werden könnte.

Es ist richtig, dass die Feststellung der Tatbestandsmässigkeit nur der erste methodische Schritt ist bei der Prüfung, ob strafrechtlich relevantes Unrecht vorliegt.[657] Dabei wird nur festgestellt, dass ein bestimmtes Verhalten sämtliche das strafrechtlich relevante Unrecht begründenden Merkmale aufweist; sie ist ein vorläufiges Urteil bezüglich Unrechtsindikationen, die immer noch entkräftet werden können, wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund greift.[658] Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Wenn sich aber beim ersten methodischen Schritt mit den Worten von Stratenwerth ergibt, dass der Eingriff mit Einwilligung des Betroffenen

---

655 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6 Fn. 6 (kursiv im Original).

656 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

657 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6 Fn. 6.

658 Zum Ganzen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 10.

„nicht ‚an sich' ein Unwert [ist], der durch den ‚Wert' der Verfügungsfreiheit aufgewogen werden müsste," weil er nämlich „auf Wunsch des Betroffenen ausgeführt, als Vollzug einer völlig legitimen Verfügung über dessen eigenen Körper [erscheint]",[659] und also erst gar *kein* Unrecht geschaffen wurde, gibt es keine Unrechtsindikationen, die entkräftet werden müssen. Wenn Stratenwerth also in seinem Aufsatz „Prinzipien der Rechtfertigung" schreibt, dass die rechtfertigende Einwilligung die Missachtung der Selbstbestimmung und damit das Unrecht ausschliesst,[660] ist die Einschränkung auf „rechtfertigende" Einwilligung unbegründet; es müsste hier vielmehr von tatbestandsausschliessender Einwilligung die Rede sein.

Da eine Einwilligung also auch nach der Grundauffassung von Stratenwerth immer tatbestandsausschliessend sein müsste, ist aber auch die differenzierende Sichtweise, die er im Lehrbuch zum schweizerischen Strafrecht vertritt, nur insofern richtig, als er die prinzipielle Gegenüberstellung von tatbestandsausschliessender Einwilligung (bzw. Einverständnis) und rechtfertigender Einwilligung als sachlich verfehlt bezeichnet.[661] Der Grund dafür ist aber nicht, dass es keine Rolle spielt, ob man die Einwilligung als tatbestandsausschliessend oder rechtfertigend versteht, dass man mal das eine und mal das andere annehmen kann oder dass diese Unterscheidung alle praktische Bedeutung verloren hat.[662] Der Grund ist vielmehr, dass die Einwilligung immer tatbestandsausschliessend ist und dass es die rechtfertigende Einwilligung gar nicht gibt.

In diesem Zusammenhang weist Stratenwerth aber auf einen wichtigen Aspekt hin, der später noch vertieft werden soll: Die Anforderungen, die an eine wirksame (tatbestandsausschliessende) Einwilligung zu stellen sind, ergeben sich nicht aus unterschiedlichen Formen der Einwilligung (es gibt nur eine Form der Einwilligung),

---

659 So richtig STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

660 STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45.

661 Vgl. im Übrigen auch STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 11, kritisch gegenüber schematischen Lösungen.

662 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

sondern wesentlich aus der Eigenart des geschützten Rechtsguts und der Natur des konkreten Eingriffs.[663] Damit ist, wie wir im Einzelnen sehen werden,[664] auch die Unterscheidung in Einverständnis und Einwilligung hinfällig. Nur insofern – aber immerhin – erweist sich die Aufhebungstheorie als zielführend und gewinnbringend. In ihrer gesamten argumentativen Struktur ist sie jedoch widersprüchlich und irreführend.

c) Verfügungsbefugnis als Bestandteil der Individualrechtsgüter

aa) Grundlagen

Obschon Stratenwerth selber nicht zum Schluss kommt, dass die Einwilligung des Berechtigten tatbestandsausschliessend sein muss, hat er mit die Grundlage geschaffen für die richtige Ansicht, dass ein Eingriff mit dem Willen des Berechtigten keine Rechtsgutsverletzung darstellen kann und keinen Straftatbestand erfüllt.[665] Wenn die Missachtung der selbstbestimmten, autonomen Persönlichkeit bzw. des Willens des Berechtigten notwendiges Kriterium des Unrechts ist, ohne diese Missachtung also kein Unrecht geschaffen wurde, dann muss dieser Wille bzw. die Verfügungsbefugnis neben dem jeweiligen Tat- oder Handlungsobjekt konstitutiver Bestandteil des tatbestandlich gefassten Individualrechtsguts sein.[666] Bei einer wirksamen Einwilligung kann dann aber der Tatbestand nicht erfüllt sein, da kein Unrecht geschaffen wurde. Die Rechtsgutsverletzung erschöpft sich zwar, mit Ausnahme des Nöti-

---

663 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10.

664 Vgl. unten S. 225 ff.

665 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 7; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 636 ff.; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 54 ff.; vgl. auch BAUER, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, S. 125 ff. und S. 141; KIENTZY, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, S. 65 ff. und S. 82 f.; RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 16 Fn. 21 und S. 56; ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 12 ff.; SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch, 5/106 f.; NIEDERMAIR, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, S. 95 ff.; WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 110.

666 Vgl. nur RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 16.

gungstatbestandes von Art. 181 StGB, nicht in einem Verhalten gegen den Willen des Rechtsgutsträgers, doch ist dieses eine notwendige Voraussetzung.[667] Genauso wie beim Fehlen eines (versuchten) Eingriffs in das materielle Rechtsgutsobjekt die Tatbestandsmässigkeit verneint wird, muss sie auch dann verneint werden, wenn bei einer wirksamen Einwilligung der Eingriff in den Willen des Berechtigten fehlt. Da es sich um ein nicht tatbestandsmässiges Verhalten handelt, macht es keinen Sinn, dieses Verhalten auf der Ebene der Rechtswidrigkeit rechtfertigen zu wollen.

Bevor wir die Anatomie des liberalen Verständnisses des Individualrechtsguts und die Verfügungsfreiheit etwas genauer anschauen, müssen zwei Aspekte präzisiert werden: Erstens unterscheidet sich das liberal-individualistische Modell der Individualrechtsgüter in der Rechtswirklichkeit vom konservativ-kollektivistischen Kollisionsmodell insofern, als aufgrund der Integration der Dispositionsfreiheit in das Rechtsgut eine deutliche Schwerpunktverlagerung zugunsten dieser Freiheit stattfindet.[668] Es geht aber nicht um die Frage, ob überhaupt Dispositionsfreiheit über bestimmte Individualrechtsgüter bestehen soll oder nicht. Der Aussage, dass nur dann sinnvoll von einem Wert der Individualrechtsgüter für den Berechtigten gesprochen werden kann, wenn er grundsätzlich autonom darüber verfügen darf,[669] würden auch Vertreter des Kollisionsmodells nicht grundsätzlich widersprechen. Sie würden nur – aber immerhin – die Sphäre der Verfügungsfreiheit aufgrund der Betonung des Eigen- oder Sozialwerts des Objekts, über welches der Berechtigte möglicherweise verfügen möchte, in der Tendenz viel kleiner oder zumindest viel stärker reglementiert halten. Zweitens zeigt sich hier ganz besonders deutlich, dass dies zwar innerhalb einer bestimmten Theorie logisch hergeleitet werden kann oder dass man aufgrund bestimmter Prämissen eine Schlussfolgerung

---

667 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 14.

668 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597; vgl. auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 91, der die Dispositionsfreiheit über die körperliche Unversehrtheit in expliziter Parallele zu Art. 2 Abs. 1 GG als geschütztes Rechtsgut des § 223 I StGB-Deutschland bezeichnet (liberales Regelungsmodell); vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 58; ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 14.

669 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 10.

als widersprüchlich bewerten kann, dass das letztlich Entscheidende aber die dahinterliegende Grundtheorie ist.

Das Rechtsgutsverständnis des Integrationsmodells, so wie das Rechtsgutsverständnis anderer Modelle, und die entsprechende systematische Einordnung und Behandlung der Einwilligung als Tatbestandsausschliessungsgrund sind eine Konsequenz der vertretenen Grundtheorie. Sie können sich gar nicht aus rein dogmatischen Überlegungen ergeben, da die jeweilige Dogmatik selber schon auf gefestigten Intuitionen und Konzepten basiert und mit Begrifflichkeiten und Prämissen argumentiert, die einer bestimmten Grundtheorie geschuldet sind. Genauso wie man dann sagen kann, dass sich die Überzeugungskraft eines Rechtsgutsverständnisses an der Sachgerechtigkeit der von ihm abhängenden Ergebnisse in der Rechtswirklichkeit messen lässt, wenn man weiss, was als „sachgerecht" gelten soll und damit nicht bloss meint, dass es „logisch in sich stimmig" sein muss. Die Behandlung der Einwilligung als Grund für einen Tatbestandsausschluss folgt strukturell und argumentativ mitunter aus der Feststellung, dass Eingriffe in die Güter des Berechtigten mit seiner Einwilligung nicht nur als völlig normale (sozialadäquate) Freiheitsbetätigungen des Rechtsgutsinhabers gelten sollten, sondern in aller Regel auch als solche erscheinen. Unter anderem weil diese Eingriffe, die mit Einwilligung des Berechtigten erfolgen, den Normalfall darstellen und in einer liberalen Gesellschaft auch darstellen sollen, folgt daraus zu Recht, dass die Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund behandelt werden muss. Es kann aber nicht gut umgekehrt sein: Dass also diese konsentierten Eingriffe als eine völlig normale (sozialadäquate) Freiheitsbetätigung des Rechtsgutsinhabers wahrgenommen werden, ist nicht die Folge der dogmatischen Bestimmung der Einwilligung als Tatbestandsausschliessungsgrund,[670] weil dann kein Begründung hierfür ersichtlich ist. Dogmatische Regeln müssen mit normativen Überlegungen begründet werden, beispielsweise mit dem Argument, dass konsentierte Eingriffe als eine völlig normale Freiheitsbetätigung des Rechtsgutsinhabers wahrgenommen werden sollten; dogmatische Regeln können nicht von sich aus begründet werden und begründen von sich aus auch nichts.

---

[670] So aber wohl RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, Vor § 32 Rn. 154.

bb) Anatomie des liberalen Verständnisses des Individualrechtsguts und Verfügungsfreiheit

Individualrechtsgüter zeichnen sich in ihrem materiellen Aspekt aus liberal-individualistischer Perspektive zunächst dadurch aus, dass sie in Abgrenzung zu konservativen Schutzmodellen nicht ausschliesslich als materielle Objekte, Beziehungen oder Interessen verstanden werden, die an sich und gleichsam naturalistisch vorbestehen, sondern als Elemente, die für die Entfaltung und die Entwicklung des Individuums im Rahmen des sozialen Gesamtsystems unentbehrlich sind.[671] Solche Güter bzw. tatbestandlich umschriebene Tatobjekte – man denke an den Körper, die Bewegungsfreiheit, das Vermögen, die Ehre – sind also in ihrem funktionalen Charakter für ihren Inhaber zu verstehen; sie haben keine von ihm gänzlich losgelöste Bedeutung, werden nicht wegen ihres Eigen- oder Sozialwertes durch das Strafrecht geschützt, sondern weil sie dem Einzelnen in erster Linie eine Freiheitssphäre zur eigenverantwortlichen Lebensgestaltung sichern.[672] Damit diese Selbstverwirklichung überhaupt möglich wird und diese Freiheitssphäre bestehen kann, muss der Rechtsgutsinhaber frei und aufgrund eigener Bedürfnisse und Überzeugungen über seine Güter verfügen dürfen.[673] Wenn aber Rechtsgüter der freien Entfaltung des Einzelnen dienen, „kann keine Rechtsgutsverletzung vorliegen, wenn eine Handlung auf einer Disposition des Rechtsgutsträgers beruht, die seine freie Entfaltung nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil deren Ausdruck ist.“[674] Der Wert der materiellen Individualrechtsgüter ergibt sich also unmittelbar aus der Freiheit, diese

---

671 HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 629; vgl. auch RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 46; ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 7.

672 Vgl. grundlegend dazu KINDHÄUSER, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte, S. 130; vgl. auch HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 80; RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 17.

673 HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 629.

674 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 12; vgl. im Übrigen auch WEIGEND, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, S. 60 f., der den relationalen und funktionalen Charakter der Individualrechtsgüter für den Inhaber als deren zentraler Wert bezeichnet und zum Schluss kommt, dass keine strafrechtsrelevante Rechtsgutsbeeinträchtigung vorliegt, wenn der Einwilligende gerade die Disposition treffen, die ihm die Rechtsordnung freistellt.

Güter funktional als Instrumente zur Erreichung eigener Ziele, zum Schutz von Interessen und zur Befriedigung von Bedürfnissen einzusetzen. Dass die Befugnis des Berechtigten, über seine Güter verfügen zu dürfen, im Begriff des Rechtsguts implizit ist, zeigt sich besonders deutlich darin, dass das Eigentum nicht einfach als Ansammlung von Sachen und Vermögenswerten bezeichnet werden kann, sondern die Möglichkeit des Inhabers umfasst, darüber zu verfügen.[675] Das Gleiche kann man vom Körper sagen, der nicht nur als Schutzhülle oder als leibliche Substanz geschützt wird, sondern immer gekoppelt mit dem Recht der Person, autonom über ihren Körper verfügen zu dürfen.[676] Würde man die Verletzung der persönlichen Integrität isoliert betrachten und nicht in einem engen Zusammengang mit dem darauf bezogenen Willen des Berechtigten, könnte kaum überzeugend erklärt werden, warum grundsätzlich die alleinige Befugnis des Berechtigten, über seinen Körper verfügen zu dürfen, anerkannt werden muss.[677] Eine Instrumentalisierung des Körpers und anderer höchstpersönlicher Güter des Individuums für kollektive Interessen wäre dann auch eher zu legitimieren.

Die Bestimmung des Umfangs und des Zwecks dieser funktionalen Verwendung der eigenen Güter müssen dem Individuum möglichst weitgehend überlassen werden – dies kann am besten gewährleistet werden, wenn die Verfügungsfreiheit über die eigenen materiellen Güter in das Konzept des Individualrechtsguts integriert wird.[678] Wenn die Freiheit des Rechtsgutsinhabers im Umgang mit seinen Gütern so als besonders werthaft hervorgehoben wird[679] und die Verfügungsfreiheit, das Selbstbestimmungsrecht oder allgemein der Wille des Berechtigten als „geschütztes Objekt“ der Individualrechtsgüter wahrgenommen werden,[680] werden diese Freihei-

---

675 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 629.

676 So GUTMANN, Short cuts to happiness, S. 139.

677 VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 205 f.

678 Vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 632.

679 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 154; vgl. auch MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 371.

680 Vgl. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 43.

ten und Rechte unmittelbar und wirksamer vor deliktischen Eingriffen bewahrt.[681] Durch diese möglichst autonome Funktionalisierung der eigenen Güter kann auch eine übermässige Funktionalisierung des Individuums für überindividuelle, staatliche Zwecke verhindert werden. Materielle Güter oder Interessen wie Körper, Vermögen oder Ehre sind Instrumente für Zielverwirklichungen des individuellen Inhabers. Und sie müssen durch strafrechtliche Normen deshalb geschützt werden, damit der Inhaber selbstbestimmt entscheiden kann, ob und in welchem Sinne er davon Gebrauch machen will. Heteronome Eingriffe in diese Güter sind das Übel, dass durch eine Strafnorm abgewehrt werden soll. Heteronom sind aber eben auch jegliche Einschränkungen der individuellen Verfügungsfreiheit – sie stellen einen besonders begründungsbedürftigen Eingriff in das Schutzobjekt des individuellen Willens und der Selbstbestimmung dar. Hier kann also grundsätzlich gelten, dass je mehr ein Individuum mittels Einwilligung seine Güter funktional zu seinen eigenen Zwecken instrumentalisieren kann, es umso weniger als Person funktionalisiert und zu staatlichen Zwecken oder zum Schutz des Eigenwertes des Gutes instrumentalisiert wird. Der Versuch, den Einzelnen vor Instrumentalisierung zu schützen – namentlich mit einer paternalistischen Argumentation, er oder seine Würde müsse vor seiner eigenen Willensentscheidung bezüglich der Disposition über sein Gut geschützt werden –, ist also im Kern zutiefst widersprüchlich. Die Verhinderung einer (vermeintlichen) Instrumentalisierung des Individuums durch Verhinderung einer autonomen und selbstbestimmten Verfügung über seine Güter ist nämlich in jedem Fall eine Instrumentalisierung des Individuums. Man erreicht also mit diesem Vorgehen immer das, was man eigentlich verhindern will. Der Selbstwert und die Würde des Individuums basieren auf der grundsätzlichen Anerkennung seiner Autonomie und Selbstbestimmungsfreiheit, die im Übrigen nicht nur eine notwendige Voraussetzung für die Gestaltung und Entwicklung seiner Persönlichkeit ist, sondern auch der zentrale Pfeiler unseres Rechtsstaates.[682]

---

681 Vgl. auch RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.

682 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 628.

Im Bereich der Einwilligung des Berechtigten bedeutet dies, dass mit der Integration der Verfügungsfreiheit über die eigenen Güter im Konzept des Individualrechtsguts, die Autonomie und Selbstbestimmung des Individuums konkret so anerkannt werden, dass ihm in Form eines Schutzgegenstandes der Delikte gegen den Einzelnen ein spezieller Freiheitsausschnitt zugeteilt wird, in dem er in Bezug auf bestimmte eigene materielle oder ideelle Objekte selber verfügen darf.[683] Er verzichtet dabei nicht bloss auf den Rechtsschutz für das bestimmte Objekt, das dann rechtmässig beschädigt oder verletzt werden darf.[684] Vielmehr führt seine Einwilligung dazu, dass das betreffende Rechtsgut gar nicht beeinträchtigt wird, da der Eingriff in das Objekt durch das Selbstbestimmungsrecht und die Verfügungsfreiheit des Berechtigten über seine Güter gedeckt ist.[685] Dabei muss eine Rechtsgutsverletzung im Übrigen nicht mit der Erfüllung des Deliktstatbestandes gleichgesetzt werden. Man kann vielmehr durchaus weiterhin ganz der Meinung von Stratenwerth sein, dass eine Rechtsgutsverletzung erst bei Bejahung der Rechtswidrigkeit vorliegt. Man sagt nämlich etwas viel Bescheideneres: Wenn der Deliktstatbestand bei Vorliegen einer Einwilligung *nicht* erfüllt ist, kann auch keine Rechtsgutsverletzung vorliegen. Es gibt dann nämlich gar kein tatbestandsmässiges Verhalten, das auf seine Rechtswidrigkeit hin überprüft werden könnte und bei Bejahung der Rechtswidrigkeit eine Rechtsgutsverletzung darstellt. Einem richtigen Verständnis abträglich ist auch die metaphorische Umschreibung dieses Ereignisses als „Verzicht auf das Rechtsgut".[686] Die Antwort auf die Frage, warum das so ist, führt zu einer präziseren Umschreibung der Anatomie des Individualrechtsguts im Sinne des Integrationsmodells.

Wenn gesagt wird, „dass das Rechtsgut als rechtlich geschütztes Interesse (z.B. Eigentum, körperliche Unversehrtheit) vom Rechtsgutsobjekt (z.B. einer bestimmten

---

683 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597; RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 58; vgl. auch JÄGER, Die hypothetische Einwilligung, S. 359.

684 HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 632.

685 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 631 m.w.H.

686 So aber STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

Sache, einem bestimmten menschlichen Körper) zu unterscheiden ist“,[687] so lässt diese Unterscheidung zunächst offen, ob das Rechtsgut lediglich als ein geschütztes Interesse zu verstehen und dieses deshalb vom Rechtsgutsobjekt zu unterscheiden ist – das Rechtsgutsobjekt wäre dann gleichsam nicht Teil des Rechtsguts als rechtlich geschütztes Interesse. Oder ob das „Rechtsgut als rechtlich geschütztes Interesse“, d.h. ein bestimmter Teil des Rechtsguts, zusammen mit dem Rechtsgutsobjekt das Rechtsgut an sich bilden. Wenn letzteres der Fall ist, stellt sich wiederum die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Teilkomponenten des Rechtsgutes an sich zueinander stehen bzw. weshalb ihre Unterscheidung relevant ist. Auf jeden Fall ist nicht ganz klar, worin das Rechtsgut an sich überhaupt besteht.[688]

Eine mögliche Interpretation wäre, dass wenn vom Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit oder vom Rechtsgut des Eigentums die Rede ist, Rechtsgüter als Interessen *an* körperlicher Unversehrtheit und *am* Eigentum gemeint sind, die von Verbotsnormen wie Art. 123 StGB oder Art. 144 StGB strafrechtlich geschützt werden. Die Verfügung durch Einwilligung über die so verstandenen Rechtsgüter hätte sodann folgenden Charakter: Die Rechtsordnung schreibt jedem Menschen Rechtsgüter als Interessen zu und schützt diese strafrechtlich. So ist beispielsweise die körperliche Unversehrtheit also ein Interesse, das zu haben die Rechtsordnung jedem Menschen grundsätzlich unterstellt. Willigt ein Mensch in einen Eingriff in seinen Körper ein, so erscheint das zunächst durchaus so, als würde er im Umfang seiner Einwilligung auf das Rechtsgut des Interesses an körperlicher Unversehrtheit verzichten; man könnte auch sagen, dass er in diesem Umfang die Zuschreibung des Habens dieses Rechtsguts zurückweist. Das Rechtsgut könnte also durch wirksame Einwilligung gar nicht verletzt werden, da ein solches im Umfang der Einwilligung bei der einwilligenden Person gar nicht erst vorhanden ist. Diese Figur stösst bereits beim Rechtsgut des Interesses am Eigentum an ihre Grenzen: Verzichtet denn etwa ein Mensch, der in eine Beschädigung einer Sache einwilligt, die in seinem Eigen-

---

687 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 8.

688 Ich verdanke diesen Gedanken Gian Andri Färber.

tum ist, im Umfang seiner Einwilligung auf das Rechtsgut des Interesses am Eigentum? Ist es nicht vielmehr so, dass dieser Mensch sein Interesse am Eigentum in keiner Weise aufgibt, sondern vielmehr über seine Sache so verfügt, dass diese in der momentanen materiellen Instanziierung beschädigt werden darf – wobei auch die so veränderte Sache immer noch sein Eigentum bleibt?

Hier hilft die bereits erwähnte Überlegung von Stratenwerth weiter, wenn er sagt, dass zahlreiche Rechtsgüter „niemals in ihrem materiellen Substrat, sondern in der entsprechenden Verfügungsmöglichkeit“[689] bestehen. Der Rechtsgüterschutz des Strafrechts wäre sodann der Schutz eben dieser Verfügungsmöglichkeiten. Korrekterweise könnte dann aber die aus der Anerkennung der autonomen Persönlichkeit fliessende Verfügungsfreiheit über die rechtlich geschützten Güter gerade keine Verfügungsfreiheit über Rechtsgüter an sich sein, sondern müsste eine Verfügungsfreiheit beispielsweise über den eigenen Körper oder über die sich im Eigentum des Einwilligenden befindlichen Sachen darstellen. Das Strafrecht müsste also die Möglichkeiten, über diese Objekte frei verfügen zu können, vor Eingriffen oder Einschränkungen durch Dritte schützen. Das sagt im Wesentlichen auch das Bundesgericht, wenn es den Zweck des Art. 144 StGB beschreibt als „Schutz des Berechtigten vor jeder Beeinträchtigung seiner Sache“;[690] entscheidend sei nur, ob der Eigentümer an der Erhaltung des Wertes seiner Sache (noch) ein schützenswertes Interesse hat.[691]

Die Erhaltung meiner Sachen und die Unversehrtheit meines Körpers haben lediglich relativ zu meinem Willen eine Bedeutung. Möchte ich, dass ein Dritter meine Sache beeinträchtigt – der Baum soll gefällt werden, die alte Gartenmauer soll niedergerissen und neu aufgerichtet werden, der Rasenmäher soll entsorgt werden – oder möchte ich, dass ein Dritter in meinen Körper eingreift – ein Tumor soll operativ entfernt werden, mit Akupunktur soll Migräne bekämpft oder mit Nadelstichen soll die sexuelle Erregung gesteigert werden –, so bleibt die Sache und

---

689 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

690 BGE 120 IV 319, 321; vgl. auch NIGGLI, Sachbeschädigung, S. 373 f.

691 Vgl. BGE 120 IV 319, 323.

der Körper relativ zu meinem Willen, also nicht in einem rein naturalistischen Sinne, trotz entsprechendem Eingriff unversehrt. Durch eine wirksame Einwilligung wird folglich das Rechtsgut der Verfügungsmöglichkeit über den eigenen Körper nicht verletzt, sondern vielmehr geradezu verwirklicht. Ein Eingriff ohne Einwilligung hingegen ist auf jeden Fall zu ahnden, da es eine Verletzung des Rechts ist, frei über die eigenen Güter verfügen zu können ohne Eingriff oder Einschränkung durch Dritte. Die materiellen Güter oder Interessen sind also nicht weniger geschützt, als wenn man ihnen einen Eigenwert oder einen Sozialwert beimisst, bloss werden sie aus einem anderen Grund geschützt – damit der Rechtsgutsträger und niemand sonst darüber verfügen kann. Der lebende Mensch ist dabei in seiner Personenqualität als physisch-biologische Existenz Träger der Verfügungsfreiheit.

Diese Verfügungsfreiheit über das Seinige setzt also in einem ersten Schritt voraus, dass der Mensch in seiner Person, seinem Körper, seinem Eigentum und seiner (äusseren) Freiheit grundsätzlich durch Eingriffe von Dritten unbeeinträchtigt bleibt.[692] Damit sich der Mensch überhaupt in seiner Eigenschaft als Vernunftwesen selbst bestimmen, autonom entscheiden und frei über seine Güter verfügen kann, muss die Existenz von rechtlicher Freiheit bzw. die gleichmässige Zuteilung von Freiheitssphären gewährleistet werden;[693] das was rechtlich Mein ist, muss vor dem mich lädierenden Gebrauch, den ein anderer ohne meine Einwilligung machen möchte, geschützt werden.[694] Auf die tatsächliche Handlungs- bzw. Verfügungsfähigkeit kommt es nicht an, da der aus der Personenqualität als physisch-biologische Existenz folgende Eingriffsschutz uneingeschränkt bestehen bleibt, weil er nicht von der tatsächlichen Verfügungsfreiheit abhängig ist, sondern vielmehr notwendige Grundlage für die Verfügungsfreiheit bildet. Die bestehende Verfügungsfreiheit kann sich dann in einem zweiten Schritt auf eben die Güter des Betroffenen auswirken, die in einem ersten Schritt vor externen Eingriffen ohne den

---

692 Vgl. zum Ganzen ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 281 f.

693 Vgl. STRATENWERTH, Grösstmögliche Freiheit?, S. 573; vgl. auch MEYER, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum, S. 78 f.

694 Vgl. KANT, Metaphysik der Sitten, S. 53 (AA VI, 245).

Willen des Betroffenen bewahrt werden.[695] Die Rechtsordnung weist dem Einzelnen einen Schutzbereich zu, in dem grundsätzlich ausschliesslich ihm der selbstbestimmte Umgang mit seinen Gütern erlaubt wird, und er als einwilligungsfähiger Rechtsgutsinhaber insbesondere aufgrund eigener Wertung entscheiden darf, inwieweit er seine Güter erhalten oder mittels Einwilligung Eingriffe Dritter zulassen will.[696] Man „verzichtet" durch Einwilligung nicht auf Rechtsgüter, sondern bestätigt vielmehr, dass sie nicht allein in ihrem materiellen Substrat, sondern in der entsprechenden Verfügungsmöglichkeit bestehen und dass sie dadurch der Verfügungsmacht anderer Menschen entzogen sind. Diese Erkenntnis steht in einer engen Wechselwirkung mit dem was John Stuart Mill einen „sehr einfachen Grundsatz" genannt hat, nämlich das Schädigungsprinzip.[697]

Das Tatobjekt bzw. das Rechtsgutsobjekt ist, wie wir bereits gesehen haben, streng vom Rechtsgut zu unterscheiden, dem der strafrechtliche Schutz gelten soll.[698] Rechtsgüter sind nicht die sinnlich wahrnehmbaren, körperlichen Tatobjekte.[699] Der Hauptgrund dafür ist aber nicht, dass manche Rechtsgüter keinerlei körperliches oder materielles Substrat haben, wie beispielsweise der Schutz der Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege durch die Verhinderung von falschen Beweisaussagen nach Art. 306 StGB, sondern dass das Rechtsgut niemals in seinem materiellen Substrat, sondern in der entsprechenden Verfügungsmöglichkeit besteht;[700] es umschliesst – etwas abgeschwächt – stets auch die Beziehung auf den Einzelnen, um derentwillen es geschützt wird, wenn es sich um ein Individualrechtsgut handelt, oder die Bezie-

---

695 Vgl. zum Ganzen ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 281 f. (mit leicht andere Terminologie und Schwerpunktsetzung im Argument).

696 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 58.

697 MILL, On Liberty, S. 48; vgl. auch TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 66.

698 Vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9 Rn. 13.

699 Vgl. STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 383.

700 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

hung auf die Allgemeinheit, wenn es sich um ein Kollektivgut handelt.[701] Ähnlich formuliert im Übrigen auch Roxin, wenn er sagt, dass das Rechtsgut nicht nur aus seinem realen Substrat besteht, „sondern auch aus dem Stück persönlicher Autonomie, das sich in ihm verkörpert".[702] Aus der Feststellung, dass es bei Individualrechtsgütern also um die Beziehung des Inhabers zu seinen Gütern geht, folgt die Erkenntnis, dass sich das Rechtsgut nicht in dem „Gut" erschöpft; das Gut wird nicht als solches geschützt, sondern nur, wenn es einer Person zugeordnet, also auf sie bezogen werden kann.[703]

Die normative Zuordnung des Gutes zu einer Person bedeutet zum einen, dass das Gut als der betroffenen Person zugehörig angesehen wird. Die Vermögensdelikte zeigen aber, dass es nicht auf diese normative Beziehung ankommen kann, da die Beziehung der Person zu ihrem Gut im Sinne von Eigentum durch den deliktischen Eingriff gerade nicht betroffen ist, da der Diebstahl die Eigentumsverhältnisse bekanntlich unberührt lässt.[704] Entscheidend ist vielmehr die Zuordnung in faktischer Hinsicht, also nicht das Eigentumsrecht, sondern die Verfügungsmacht des Eigentümers über Güter, die im normativ zugeordnet werden also in seinem Eigentum stehen, oder – plastischer – der auf dem Eigentumsrecht gründende ungestörte Umgang mit den eigenen Sachen.[705] Da allgemein bei Individualgütern in dieser konkreten Beziehung als faktischer Zuordnung das „eigentliche Substrat des Rechtsgutes" liegt, mithin der Rechtsgutsgegenstand, der gegen Verletzungen, d.h. die Be-

---

701 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9 Rn. 13; vgl. auch schon TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, S. 115.

702 ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 271.

703 Vgl. STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 384.

704 STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 384; vgl. auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Kapitel, Rn. 4 und RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 50.

705 Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, 2. Kapitel, Rn. 4; vgl. auch BSK-Strafrecht II-Niggli, Vor Art. 137 Rn. 19; RUDOLPHI, Rezension Arzt Willensmängel bei der Einwilligung, S. 87; RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 50 m.w.H. in Fn. 178.

einträchtigung der mit ihm gegebenen Lebensmöglichkeiten, geschützt werden muss,[706] kann gesagt werden, dass ihr die Möglichkeit entspricht, „das Gut zu nutzen, sein Leben zu führen (und vielleicht auch zu geniessen), von seinen körperlichen Fähigkeiten und von seiner Freiheit Gebrauch zu machen, usw.“[707]

Auch hier zeigt sich also, dass das Individualrechtsgut anatomisch aus zwei Elementen bestehen muss: Nicht bloss aus der normativen Zuordnung eines Gutes zu einer Person, da das Gut allein dadurch nicht geschützt wird, weil die normative Zuordnung als solche gar nicht verletzt werden kann. Aber auch nicht aus der blossen Möglichkeit, über bestimmte Güter verfügen zu können, da diese nicht geschützt wird, wenn die Güter dem Verfügenden nicht normativ zugeordnet wurden.[708] Erst die Verbindung dieser Elemente, mithin die Verknüpfung von normativ zugeordneten materiellen Gütern und rechtlichem Schutz der Verfügungsbefugnis über diese Güter durch die Integration dieser Befugnis im entsprechenden Tatbestand, macht das Individualrechtsgut aus.[709]

Güter werden aber deshalb geschützt, weil sie dem Individuum ein gewis-ses Mass an Freiheit gewähren.[710] Dieser Schutz wird konkret in aller Regel durch-aus den Schutz der „Freiheit von Abhängigkeiten wie körperlicher Behinderung“ umfassen, beispielsweise mittels Ahndung der Körperverletzung gemäss Art. 123 StGB, oder den Schutz vor „materieller Not“, beispielweise mittels Ahndung des Diebstahls gemäss Art. 139 StGB oder des Betrugs gemäss Art. 146 StGB.[711] Nur wenn man Individualrechtsgüter auf diese Weise auf den selbstverständlichen Schutz vor solchen Körperverletzungen oder Diebstählen einschränkt, die unter

---

706 Vgl. MARX, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, S. 64 ff.; OTTO, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, S. 610.

707 STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 384.

708 Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 384 f.

709 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 629; vgl. für den Bereich des Rechtsguts der körperlichen Unversehrtheit SCHROTH, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Massstab, S. 27 und SK-Horn/Wolters, § 223 Rn. 35.

710 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

711 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

Umständen zu ungewollter Abhängigkeit wegen körperlicher Behinderung oder zu ungewollter materieller Not führen, kann behauptet werden, dass durch die Einwilligung auf das Rechtsgut verzichtet würde. Dieser Rechtsgutsverzicht würde dann eben darin bestehen, dass durch Einwilligung im Umfang derselben die Zuschreibung des Habens des betreffenden Rechtsguts zurückgewiesen werden würde.

Nun ist aber, wie wir gesehen haben, die Zuordnung in faktischer Hinsicht, also die Verfügungsmacht über Güter, das „eigentliche Substrat des Rechtsgutes", das als Zustand der Beziehung zwischen Gut und Gutsinhaber gegen Beeinträchtigung der mit ihm gegebenen Lebensmöglichkeiten geschützt werden muss. Daher schützen die so verstanden tatbestandlich gefassten Individualrechtsgüter vor Eingriffen Dritter, die ohne den Willen des Berechtigten erfolgen.[712] Der Schutz der Freiheit muss dann aber konsequenterweise auch bei wirksamer Einwilligung und damit bei der Verwirklichung der Verfügungsmöglichkeit über den eigenen Körper auch die „Unfreiheit von der Abhängigkeit der körperlichen Behinderung" mit einschliessen, beispielweise mittels Einwilligung in eine medizinisch nicht indizierte plastische Chirurgie zur Spaltung der Zunge. Der Schutz vor Eingriffen ohne den Willen des Berechtigten führt zudem dazu, dass mit der wirksamen Verweigerung der Einwilligung medizinische Eingriffe, die auf eine Aufhebung der Abhängigkeit der körperlichen Behinderung abzielen, nicht zulässig sind, der Berechtigte mithin willentlich den Zustand der Abhängigkeit der körperlichen Behinderung wählen, d.h. dem medizinischen Eingriff vorziehen darf. Der ästhetischen Zwecken dienende medizinische Eingriff ist dann eben in der Tat nicht an sich ein Unwert, der durch den Wert der Verfügungsfreiheit aufgewogen werden müsste, „sondern er erscheint, auf Wunsch des Betroffenen ausgeführt, als Vollzug einer völlig legitimen Verfügung über dessen Körper."[713] Die Trennung der Rechtsgüter „Körper" oder „Gesundheit" von dem auf sie gerichteten Willen ist nicht sachgerecht, nicht zuletzt weil die Per-

---

712 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 46; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 59 f. (Teilkongruenz mit der Nötigung).

713 So zutreffend STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 6.

son zu diesen Gütern eine besonders enge Beziehung hat.[714] Schutzgut der Verbotsnormen zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit kann also nicht der biologische Organismus als individualitäts- und personalitätsunabhängige Funktionseinheit sein, vielmehr ist die entsprechende Verfügungsbefugnis konstituierender Faktor.[715] Die Trennung der Einheit von Wille und Bezugsgegenstand bzw. von Verfügungsbefugnis und Schutzobjekt und die damit einhergehende Herauslösung der Selbstbestimmung aus dem Schutzbereich der Körperverletzungstatbestände wäre „unnatürlich und lebensfremd", zumal die Rechtsqualität von Gesundheit und Körper „wesentlich durch die entsprechende Verfügungsfreiheit geprägt wird."[716]

Ebenso gilt dies bei der Freiheit vor materieller Not, wenn beispielweise anerkannt wird, dass eine einwilligungsfähige Person mittels Einwilligung all ihre Vermögenswerte aufgeben darf, um ein Leben als Einsiedler zu leben oder sich einer strengen mönchischen Gemeinschaft anschliessen will. Wenn das Rechtsgut also in der Verfügungsmöglichkeit zu sehen ist, oder präziser im Zusammenspiel von Verfügungsgegenstand und Verfügungsbefugnis, dann ist es zumindest ungenau zu sagen, bei Delikten gegen die körperliche Integrität sei das Rechtsgut das „Haben" des unversehrten Körpers als einer Vorbedingung unbehinderten Lebens.[717] Das macht zwar Sinn im Hinblick auf den Schutz vor ungewollten Eingriffen durch Dritte, beschreibt das Rechtsgut aber zu statisch und bezieht die Verfügungsmöglichkeit über den eigenen Körper nicht ein, die nicht zuletzt bei der Einwilligung in die eben geschilderten chirurgischen Eingriffe selbstverständlich gegeben sein muss. Vorausgesetzt der Berechtigte hat wirksam in den Eingriff eingewilligt, erweist sich der Eingriff also nicht als tatbestandsmässiges „Verletzen", „Schädigen", „Eindringen" oder „Wegnehmen", sondern höchstens als eine „Veränderung" des

---

714 Vgl. TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 67 („enge Wechselbeziehung").

715 TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 68.

716 TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 67 m.w.H.

717 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 9, Rn. 13; vgl. auch KARGL, Körperverletzung durch Heilbehandlung, S. 550 f., der von „Interesse an körperlicher Unversehrtheit und körperlicher Unberührtheit" im Sinne von „Unantastbarkeit des Körpers" spricht.

Rechtsguts im Sinne einer entsprechenden Erfüllung des Willens des Rechtsgutsinhabers.[718] Dies gilt, wie wir später im Einzelnen sehen werden, innerhalb der explizit genannten Grenzen im Gesetz für jegliches Verhalten unabhängig vom Wert der Güter oder von Einschätzungen anderer Menschen aus ihrer ganz eigenen Perspektive bezüglich des „wahren Wohls" für den Berechtigten. In Abgrenzung zur Güterabwägungslehre kann auch betont werden, dass es beim Schutz der Individualrechtsgüter innerhalb des Integrationsmodell nicht um Wertverwirklichung für das Kollektiv geht, beispielsweise wissenschaftlicher Art,[719] sondern um die Verwirklichung eines individuellen Wertes für das Individuum selbst. Darin kann und sollte das Kollektiv freilich auch einen eigenen Wert erblicken können. Entscheidend ist hierfür nicht zuletzt auch die Einsicht, dass der Berechtigte, der wirksam einwilligen kann, am besten dazu befähigt ist, zu beurteilen, wie er über seine Güter verfügen soll.[720]

Zu betonen ist aber auch, dass eine solche Position keine monistisch-personale Rechtsgutslehre voraussetzt.[721] Das entscheidende Kriterium ist also nicht, ob es ein individuelles oder ein kollektives Gut ist, sondern ob es ein Gut ist, worüber sich alle einigen könnten, dass es als schutzwürdig bezeichnet werden sollte und entsprechend alle einer Bestrafung bei Verletzung des Guts zustimmen könnten, auch wenn der Rechtsgutsträger in die Verletzung eingewilligt hat. Nur insofern, aber immerhin, müssen sich also alle Rechtsgüter und die darauf Bezug nehmenden Strafrechtsnormen auf die Interessen der Individuen beziehen.[722] Daraus ergibt sich im Übrigen auch eine interpersonale Begründung des Schutzes bestimmter Rechts-

---

718 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 46 f., der einerseits davon spricht, dass „keine strafrechtlich relevante Rechtsgutsbeeinträchtigung" vorliegt, andererseits sagt, die Einwilligung „verhindere die Verletzung des betroffenen Individualrechtsgutes".

719 Vgl. aber NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 167.

720 Vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 631.

721 Vgl. STRATENWERTH, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, S. 361 Fn. 28; vgl. dazu auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 50 ff.

722 Vgl. STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts, S. 390 f.

güter, die durchaus in Frage zu stellen wäre, wenn man bloss auf das Freiheitspotential bestimmter Elemente der äusseren Wirklichkeit abstellen würde, die im Einzelfall für ein konkretes Individuum von Belang sein könnten.[723]

d) Widerlegung der Gegenargumente und Präzisierung des Willenselements

aa) Widerlegung der Gegenargumente

Gegen das Integrationsmodell werden mehrere Argumente ins Feld geführt, die auf die Art und Weise der „Integration" des Willenselements und konkreter die Verknüpfung von individueller Verfügungsfreiheit und Verfügungsgegenstand im Individualrechtsgut fokussieren. Die Argumentationen laufen im Wesentlichen darauf hinaus, dass behauptet wird, der materielle Aspekt des Individualrechtsgut sei bei konsequenter Umsetzung dieses Rechtsgutsmodells „erheblich störungsanfälliger gegenüber Angriffen verglichen mit einem Schutzobjekt, dessen Wert in einer ungeschmälerten Existenz des Gegenstands gesehen wird."[724] Der Mangel des Integrationsmodells wird zum einen darin gesehen, dass das materielle Schutzobjekt vom Willen des Berechtigten abhängig und dass es daher bei fehlendem Willen des Berechtigten den Eingriffen Dritter schutzlos ausgesetzt sei.[725] Neben diesen Argumenten, die auf eine vermeintliche Schutzlücke hinweisen, wird zum anderen aber auch argumentiert, das Integrationsmodell würde zu einer Strafbarkeitsüberdehnung führen. Diese beiden Aspekte werden im Folgenden der Reihe nach diskutiert. Dabei ergibt sich, dass beide Argumentationslinien auf einer einseitigen und daher falschen Auslegung der Integration des Willens des Berechtigten im Tatbestand basieren.

---

723 Vgl. MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 371 f.

724 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 155; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 60.

725 So beispielsweise AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 26 f. (Schutzlücke bei einem einwilligungsunfähigen Kind, das auch keine Sorgeberechtigten hat); vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938; zustimmend auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 155.

Dies zeigt sich bereits dann, wenn die Aussage, nach dem Integrationsmodell sei im Wille des Gutsinhabers der Kernbestandteil des Individualrechtsgut zu erblicken,[726] dahingehend verstanden wird, dass ein Schutz der materiellen Güter zwingend lückenhaft sei, weil der Rechtsgutsinhaber sich nicht in jedem Augenblick bewusst ist, welche Güter und Interessen er überhaupt hat.[727] Die Ansicht, „dass der Mensch als sittlich autonome Person auch einer äusseren Sphäre bedarf, in der allein sein Wille bestimmt, um sich selbst verwirklichen zu können“[728] oder dass die strafrechtlich relevante Rechtsgutsverletzung in einer „Willenswidrigkeit“ besteht,[729] wird dahingehend zugespitzt, dass eine Zuwiderhandlung gegen die Güter und Interessen des Einzelnen einen „aktuell gebildeten Willen“ voraussetzt.[730] Dies wird angenommen, obschon gleichzeitig erkannt wird, dass eine Rechtsgutsgestaltung dieser Art, die für eine materielle Rechtsgutsverletzung einen aktuellen Willen bezüglich des Schutzobjekts voraussetzt, „von niemandem gefordert [wird].“[731] Selbstverständlich wären wir mit enormen Strafbarkeitslücken konfrontiert, wenn der strafrechtliche Güterschutz immer nur dann gewährleistet würde, wenn der Rechtsgutsinhaber im Zeitpunkt des Eingriffs einen Willen zur Erhaltung seiner Güter hat. Nicht nur schlafende oder komatöse Menschen, die offensichtlich keinen aktuellen Willen bezüglich ihrer Güter besitzen, wären dann jeglichen Eingriffen schutzlos ausgeliefert, sondern beispielsweise auch Personen, die sich vorübergehend über den Bestand der eigenen Güter täuschen oder einfach nicht daran denken. Es muss gar nicht bestritten werden, dass dies der Fall wäre. Vielmehr reicht es, darauf hinzuweisen, dass die Prämisse dieses Arguments, dass der Güterschutz einen aktuellen Willen voraussetzt und mithin nur ein Eingriff strafbar ist, der sich

---

726 Vgl. MAIWALD, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, S. 106.

727 So LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 155, m.H. auf KESSLER, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, S. 51.

728 MAIWALD, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, S. 89.

729 MAIWALD, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, S. 91; vgl. ebenso BLOY, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?, S. 719; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 63.

730 So RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 63.

731 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 63.

gegen einen aktuell bestehenden Willen richtet, von gar niemandem vertreten wird. Obwohl es sich also um ein gänzlich fiktives Argument gegen das Integrationsmodell handelt, wird es in der Literatur regelmässig ausgeführt.[732]

Im Übrigen ist auch schon die Reduktion der Rechtsgutsverletzung auf die „Willenswidrigkeit" verfehlt,[733] da kein Vertreter des Integrationsmodells grundsätzlich bestreitet, dass erst die Verbindung von Verfügungsgegenstand und Verfügungsbefugnis das im Tatbestand geschützte Rechtsgut sind.[734] Damit ist aber auch gesagt, dass die Integration des Verfügungsbefugnisses des Berechtigten im Individualrechtsgut keineswegs bedeutet, dass die dort geschützten Objekte oder Interessen aus dem Rechtsgut verbannt werden und mithin nur noch der Wille zur Wahrung des Objekts geschützt wird.[735] Die Integration des Willens des Berechtigten bedeutet nicht, dass das Selbstbestimmungsrecht losgelöst vom materiellen oder ideellen Objekt als eigenständiges Schutzgut eingeordnet wird; das ist auch nicht nötig, um Einwilligungsunfähige vor Eingriffen zu schützen, da der Eingriff grundsätzlich nur *mit* Einwilligung des Betroffene erfolgen darf.[736] Es wird nicht die „autonome Herrschaft des Berechtigten" alleine zum Rechtsgut erklärt,[737] sondern die Beziehung zwischen der Verfügungsfreiheit und dem materiellen Schutzobjekt.[738] Normen, die strafbare Handlungen gegen Güter oder Interessen des Einzelnen verbieten, betreffen weder reine Freiheitsdelikte, noch schützen sie nur das Selbstbestimmungsrecht

---

732 Vgl. zuletzt ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 121.

733 Vgl. MEYER, Buchbesprechung Rönnau Willensmängel, S. 715.

734 Vgl. auch RUDOLPHI, Rezension Arzt Willensmängel bei der Einwilligung, S. 87.

735 Vgl. aber LK[11]-Hirsch, Vor § 223 Rn. 1 ff.; vgl. auch HIRSCH, Zur Frage eines Strafbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, S. 353 ff.; vgl. aber FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 93 und ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 294, m.H. auf RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 57.

736 Vgl. insofern unzutreffend TOLMEIN, Die drohende Zunahme von Demenz-Erkrankungen als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen durch fremdnützige Forschung?, S. 62; vgl. auch die Kritik dazu in TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 66; vgl. zu den Voraussetzungen einer stellvertretenden Einwilligung unten S. 459 ff.

737 Vgl. aber S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33a.

738 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 57.

des Einzelnen über seine Güter, vielmehr schützen sie die Güter vor Eingriffen, die ohne den Willen des Inhabers erfolgen.[739]

Das bedeutet auch, dass die Missachtung der Verfügungsbefugnis nicht bereits an sich strafbar ist, sondern einen unrechtmässigen Eingriff Dritter in das materielle Schutzobjekt voraussetzt.[740] Dieser Schutz soll die rechtliche Beziehung zwischen Gegenstand und Rechtsgutsträger und den relationalen Charakter der Individualrechtsgüter ermöglichen.[741] Wenn also von Verfügungsfreiheit die Rede ist, ist nicht „persönliche Freiheit" oder „allgemeine Willensbetätigung" gemeint, sondern eben präziser Freiheit bezogen auf einen materiellen oder ideellen Gegenstand über den verfügt werden darf,[742] ohne dass man darüber verfügen können muss. Es handelt sich mithin um eine sachbezogene Verfügungsfreiheit oder eine objektbezogene Autonomie im Unterschied zu einer grundsätzlich verhaltensbezogenen Autonomie,[743] die wiederum das Rechtsgut der Nötigung gemäss Art. 181 StGB darstellt. Die so verstandene personale Verfügungsfreiheit steht als objektbezogene neben dem Bestand des materiellen Objekts und konkretisiert mittels willentlicher Verfügung des Berechtigten über seine Güter oder Interessen dessen Schutzumfang.[744] Wenn also gesagt wird, dass zur Rechtsgutsverletzung nicht nur der Eingriff in das materielle oder ideelle Objekt gehört, sondern auch das Handeln „gegen den Willen des Rechtsgutsträgers",[745] so sind bereits mit dieser nicht ganz richtigen Aussage zwei Dinge klar: Erstens ist der Eingriff in das materielle oder ideelle Objekt eine notwendige Voraussetzung für die Rechtsgutsverletzung – sie

---

739 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 282; vgl. auch KARGL, Körperverletzung durch Heilbehandlung, S. 551.

740 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 93; vgl. auch ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 283 ff.

741 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 57 Fn. 204.

742 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 57 f.

743 Vgl. SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch, 5/107.

744 Vgl. TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 71; vgl. auch KRAUSS, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, S. 567.

745 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 15.

besteht nicht alleine in der Handlung „gegen den Willen des Berechtigten“. Zweitens wird dadurch auch nicht die selbständige Strafbarkeit der Nötigung verdrängt. Wer den Eigentümer einer Sache zwingt, seine Sache zu zerstören, ist wegen Sachbeschädigung in mittelbarer Täterschaft und Nötigung strafbar, nicht nur wegen Sachbeschädigung.[746]

Der Grund dafür ist aber, dass in diesem Szenario offensichtlich der nötigende Zwang hinzukommt – der Eigentümer wird gezwungen etwas zu tun. Das entspricht nicht der typischen Beschädigung einer Sache durch einen Dritten ohne Einwilligung des Eigentümers, die zwar eine Willensbeeinträchtigung ist, in der Regel aber keine Nötigung im Sinne von Art. 181 StGB. Das Vorliegen der Nötigung muss mithin selbständig zum Ausdruck kommen[747] oder darf keine blosse Begleiterscheinung ohne eigenständigen Gehalt sein.[748] Wenn sie selbstständig zum Ausdruck kommt und also keine blosse typische Begleiterscheinung ist, wird sie eigenständig bestraft, sonst geht sie im Delikt gegen das materielle oder ideelle Gut auf. Die kann wie folgt veranschaulicht werden: Wenn die Nötigung also nicht wie beim Zwang auf den Eigentümer zur Beschädigung seiner Sache als eigenständiges Element, sondern wie bei der Körperverletzung typischerweise als Nötigung, die Straftat zu dulden, mit der Tatbestandsverwirklichung verbunden ist und ohne eigenständigen Gehalt hinzukommt, wird sie nach einhelliger Meinung konsumiert.[749]

Entsprechend ist es auch einleuchtend, weshalb vom Berechtigten grundsätzlich eine Willensbildung bezüglich des strafrechtlich geschützten Objekts verlangt werden muss, wenn er einen Eingriff in das Objekt zulassen will. Er muss nicht ständig den Willen haben, seine Güter zu bewahren – das wäre gänzlich absurd und wird auch von niemandem verlangt –, er muss vielmehr aktiv den Willen gebildet haben,

---

746 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33a.

747 Vgl. zum Ganzen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 15.

748 Vgl. BGE 104 IV 170, 173.

749 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 15 m.H. auf STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 43: Nötigung als „regelmässige Begleiterscheinung“ der Körperverletzung.

den Eingriff zuzulassen.[750] Wenn er keinen aktuellen Willen hat, den Eingriff zuzulassen, ist der Eingriff grundsätzlich nicht zulässig. Insofern die Einwilligung des Berechtigten also von dieser Grundposition ausgehend wirkt, stellt sie sich als Instrument zur Veränderung einer rechtlich geschützten Beziehung zwischen dem materiellen oder ideellen Gut und dem Gutsinhaber dar; sie kann innerhalb dieses geschützten Freiheitsbereichs des Individuums wirksam werden. Etwas unglücklich formuliert diesbezüglich Roxin, wenn er nicht nur schreibt, die Rechtsgutsverletzung setze Handeln „gegen den Willen des Rechtsgutsträgers voraus", sondern auch, dass Eigentum ohne Bezug auf den Willen des Eigentümers „eine sinnlose Vorstellung" sei oder dass Bewegungsfreiheit „den (zumindest latenten) Willen" desjenigen voraussetzt, der sich bewegen will.[751] Das ist semantisch zwar durchaus richtig, rechtlich aber irreführend, weil das zur Meinung verleitet, damit wolle man alle Eingriffe gegenüber Personen, die keinen Willen bilden können, straflos erklären. Nur weil es sprachlich seltsam ist, von Bewegungsfreiheit bei einer Person zu sprechen, die keinen wirksamen Willen bilden können, bedeutet das aber eben nicht, dass man beispielweise eine demente Person ohne weiteres an jeglicher Bewegung hindern darf, oder dass man einen komatösen Patienten irgendwo hin bewegen darf. Solche Eingriffe sind nicht zulässig, bloss weil kein entgegenstehender Wille festgestellt werden kann. Sie können aber in engen Grenzen zulässig sein, wenn sie entweder durch eine stellvertretende oder eine mutmassliche Einwilligung gedeckt sind.[752] Mit dem Konzept der Stellvertretung oder dem der mutmasslichen Einwilligung soll aber nicht der Grundsatz verteidigt werden, dass auch bei einem Einwilligungsunfähigen eingegriffen werden darf. Dieser Grundsatz gilt auf jeden Fall, weil nämlich jedes Handeln *ohne* den Willen des Betroffenen strafbar ist. Die Stellvertretung kann vielmehr nur diesen bestehenden Grundsatz in sehr engen Grenzen aufheben.[753] Es geht entsprechend auch nicht darum, das Tatbe-

---

750 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 64.

751 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 14.

752 Vgl. hierzu unten S. 441 ff. und S. 459 ff.

753 So zu Recht auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 93.

standsmerkmal „gegen den Willen“ oder die vermeintliche Notwendigkeit eines aktuellen Willens oder einer realen Handlungsmöglichkeit[754] als Voraussetzung für die Rechtsgutsverletzung mit einer „Stellvertretung im Willen“ zu ersetzten.[755]

Das Gleiche gilt für das Eigentum, das nur dann ohne Bezug auf den Willen des Eigentümers eine „sinnlose Vorstellung“ ist, wenn mit „Eigentum“ ausschliesslich die willentliche Verwendung des Eigentums zur eigenen Entfaltung gemeint ist. Das Eigentum ist hingegen eine ganz und gar vernünftige und grundlegende Vorstellung, wenn es um das Eigentumsrecht geht, das nicht etwa nur dann besteht, wenn der Eigentümer einen diesbezüglichen aktiven und gegenwärtigen Willen hat. Die Optik liegt dann eben nicht auf dem Willen zur Verwendung des Eigentums als positivem Merkmal, sondern als negativem Merkmal einer Rechtsgutsverletzung gegen das individuelle Eigentumsrecht. Dies sagt Roxin dann auch ganz richtig, wenn er beispielsweise von Beschädigung der Sache „ohne Einwilligung“ des Eigentümers spricht[756] oder davon, dass die Rechtsgutsverletzung nur bei einer „wirksamen Einwilligung“ ausscheidet.[757] Da der vorhandene Wille des Berechtigten also keine Voraussetzung für den Rechtsgüterschutz ist, die Güter und Interessen vielmehr vor einem Eingriff „ohne den Willen des Berechtigten“ geschützt werden, ist auch ein Ausweichen auf einen „generellen“, „vermuteten“ oder „potentiellen“ Willen, der in der Tat nur eine Willensfiktion wäre,[758] nicht nötig.

Daher überzeugt auch das Gegenargument nicht, wonach das Integrationsmodell immer dann in Begründungsschwierigkeiten gerate, wenn bestimmte Personen aus rechtlichen oder faktischen Gründen keine Verfügungsfreiheit oder keinen konkreten Willen im Hinblick auf ihre Güter oder Interessen haben können; so sind bei-

---

754 So aber offenbar AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, S. 530.

755 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 280 f.

756 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 15.

757 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 16.

758 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 155; vgl. hierzu auch die Kritik bei RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 65 Fn. 245 an der Position von Eugen Bucher in BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis.

spielsweise Kleinkinder durchaus Rechtsgutsinhaber, können aber die entsprechende Verfügungsfreiheit darüber nicht ausüben.[759] Wenn man meint, der vorhandene Wille des Berechtigten werde zum Bestandteil des geschützten Rechtsguts bzw. dieses Rechtsgut werde mit dem vorhandenen Willen des Berechtigten ergänzt oder angereichert, dann kann man durchaus folgern, dass beispielsweise das Unrecht bei einer Körperverletzung unterschiedlich gross ist, je nachdem ob dabei auch dieser Wille verletzt wird oder nicht. Das Unrecht eines Eingriffs gegenüber Menschen, die aktuell keinen Willen und keine Verfügungsfreiheit haben, müsste dann geringer sein, da dieser Teil des Tatbestandes nicht beeinträchtigt wird.[760] Aus der Feststellung, dass der Deliktstatbestand nach Ansicht der Vertreter des Kollisionsmodells nur das materielle oder ideelle Objekt schützt und nicht auch die Verfügungsbefugnis des Berechtigten über seine Güter, wird also geschlossen, dass es anders nicht sein kann, weil sonst Objekte, die mit keinem Willen eines Berechtigten verbunden sind, schutzlos werden.[761] Warum der Schutz der Verfügungsfreiheit, wenn sie vorhanden ist, dazu führen soll, dass das Objekt gänzlich schutzlos wird, wenn vorübergehend oder endgültig keine Verfügungsfreiheit darüber besteht, ist jedoch gänzlich unersichtlich. Erst wenn man diesen Fehlschluss macht, tauchen bestimmte Schutzlücken auf, da es in der Tat Menschen gibt, die zwar Inhaber konkreter materieller oder ideeller Güter sind (Körper, Freiheit, Ehre, Vermögen), faktisch aber keine Verfügungsfreiheit (mehr) darüber haben – man denke an Säuglinge, Schlafende, Patienten im Koma. Wenn man Verfügungsfreiheit über Güter für den Schutz dieser Güter vor Eingriffen Dritter voraussetzt, folgt in der Tat, dass die Güter dieser Menschen schutzlos werden, da man ihnen Verfügungsfreiheit nur kontra-

---

759 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 70 und S. 131 f; vgl. auch allgemein BSK-Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 183 Rn. 12.

760 Vgl. nur AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 26 f.

761 Vgl. vor allem AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 28; vgl. dazu auch ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 279 f.

faktisch zuschreibt und die Tatbestände dann nur eine Fiktion schützen.[762] Bloss wird so etwas von niemandem vorausgesetzt und es gibt auch keine Gründe oder Notwendigkeiten, so etwas vorauszusetzen.

Nicht nur unnötig, sondern auch wenig zielführend ist es sodann, mit dem Kriterium der „Disposition zum Leiden" zumindest bei den Körperverletzungsdelikten auf eine andere Eigenschaft des Menschen als Anknüpfungspunkt und Begründungsbasis für die Rechtsgutsverletzung zu wechseln.[763] Denn wenn der Körper unabhängig vom Konzept des Willens des Berechtigten oder der Verfügungsfreiheit und mithin davon, ob und wofür er handelnd eingesetzt wird, geschützt werden soll, weil dadurch der Mensch vor Leiden bewahrt wird, ist das in dreierlei Hinsicht unzulänglich: Erstens gibt es Eingriffe in den Körper, die von den Deliktstatbeständen in Art. 122 ff. StGB erfasst werden, jedoch kaum sinnvoll als „Verursachen von Leiden" umschrieben werden können – man denke an kleinere Tätlichkeiten, an medizinische Eingriffe mit Vollnarkose oder noch viel einschneidender an eine schmerzlose Tötung. Dürften diese Eingriffe also etwa auch ohne Einwilligung des Berechtigten vorgenommen werden, nur weil sie kein Leiden verursachen?[764] Zweitens ist „Leidensfähigkeit" genauso wie „Verfügungsfähigkeit" etwas, das einige Menschen gar nicht haben – man denke an Apalliker, Menschen in tiefem Komazustand – oder etwas, das einige Menschen je nach Situation und Eingriffsintensität nicht haben – man denke an Betrunkene oder Menschen in einem Drogenrausch, die kein Leiden verspüren, wenn man sie verprügelt, und je nach Dauer des Rausches gar nie merken, dass sie verprügelt wurden. Es ist mithin nicht eine Eigenschaft, „die alle biologischen Wesen, die wir ‚Menschen' nennen, wegen ihrer Körperlichkeit miteinander verbindet" und der Körper ist nicht für alle Menschen und in jedem Fall eine

---

762 Vgl. AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, S. 530.

763 Vgl. AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, S. 531; vgl. dazu auch WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 110 f.

764 Vgl. auch GARDNER/SHUTE, The Wrongness of Rape, S. 7 und ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 283.

„Quelle von Leiden“;[765] Menschen dürfen auch dann nicht einfach misshandelt oder getötet werden, wenn sie aktuell kein Leid mehr verspüren. Drittens könnte man dieser Konsequenz ausweichen, indem man nur von „Disposition zum Leiden“ spricht,[766] die gleichsam allen Menschen aufgrund ihres Wesens oder ihrer Natur als Potential zukommt. Dann könnte man aber genauso gut nur von einer „Disposition zur Verfügungsfreiheit“, einer „Disposition zur Entfaltungsmöglichkeit“ oder einer „Disposition zur Handlungsfähigkeit“ reden, die ebenso allen Menschen aufgrund ihrer Natur als potentiell vernunftbegabtes und willensfähiges Wesen zukommt. Dann wären wir aber wieder dort, wo die Kritik der Gegner des Integrationsmodells ansetzt, mit diesen Vorzeichen aber keinerlei Durchschlagskraft mehr hat.

bb) Präzisierung

Zuzugeben ist aber immerhin zum einen, dass die Beantwortung der Frage, wie das subjektive Willenselement sachlich und begrifflich im Individualrechtsgut zu integrieren ist, oft etwas vage und dunkel geblieben ist.[767] Zum anderen ist nicht von der Hand zu weisen, dass bestimmte Formulierungen bezüglich des Integrationsmodells durchaus zu falschen Annahmen verleiten können; diese kommen daher, dass man übermässig die proaktive Rolle des Berechtigten betont und seine Freiheitsausübung in den Mittelpunkt stellt. Wenn beispielsweise gesagt wird, dass selbst der Körper nicht Schutzobjekt ist „als Anhäufung von Fleisch und Knochen, sondern nur in Verbindung mit dem Geist, der in ihm wohnt und ihn beherrscht“,[768] provoziert das natürlich den Einwand, dass bei einem Apalliker gleichsam kein Geist im Körper wohnt, oder dass bei einem Bewusstlosen, einem Säugling oder einem Schlafenden, zwar ein Geist im Körper wohnt, diesen aber nicht beherrscht. Ihre Körper wären dann nur „Anhäufung von Fleisch und Knochen“ und daher wohl

---

765 AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, S. 530.

766 So auch AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, S. 530.

767 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 61.

768 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 14.

weniger oder gar nicht schutzwürdig. Ähnliches bewirkt auch die Aussage von Hurtado Pozo, dass die körperliche Integrität und die Gesundheit nicht nur als somatische oder psychische Realität geschützt sind, sondern auch die Möglichkeit des Inhabers umfassen, darüber zu verfügen, insofern sie die Grundlage der Persönlichkeitsentfaltung des Menschen als freies Wesen bilden, das fähig ist, die Umstände zu verstehen und bestimmte Resultate zu wollen.[769] Wenn man allein darauf fokussiert, muss auf jeden Fall ergänzend erklärt werden, warum Personen, die keine Möglichkeit der Persönlichkeitsentfaltung haben oder die nicht fähig sind, die Umstände zu verstehen und bestimmte Resultate zu wollen, trotzdem strafrechtlich geschützt werden sollen.[770] Der Grund dafür ist, dass in einem Schritt – wie das auch in der Aussage von Hurtado Pozo bereits anklingt – allen Menschen rechtlich geschützte reale Güter und Interessen zugeschrieben werden. Damit wird ihre rechtliche Schutzsphäre definiert. Diese bedeutet aber auch, dass grundsätzlich nur der Berechtigte selber über Eingriffe in diese Schutzsphäre entscheiden darf. Ist der Berechtigte fähig, die Umstände zu verstehen und bestimmte Resultate zu wollen, kann er mittels Einwilligung Eingriffe in seine Interessen und Güter sowie deren Veränderung erlauben.[771]

Fehlinterpretationen des hier zugrundliegenden Rechtsgutsmodells und seiner Auswirkung auf die Bestimmung der Einwilligung ergeben sich nicht zuletzt deshalb, weil einseitig auf diese zweite Stufe fokussiert wird und damit auf den Akt der Einwilligung, der sich als autonome Verfügung über das tatbestandliche Realsubstrat darstellt.[772] Dann erscheint auch der Kernaspekt der Einwilligungslehre als „Beherrschen“ und man vergisst, dass es vielmehr um ein „Abwehren“ geht, nämlich vor Eingriffen, die ohne (wirksame) Einwilligung erfolgen. Denn nur weil eine Person ihren Körper nicht beherrscht, heisst das noch lange nicht, dass eine andere

---

769 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 628.

770 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 73.

771 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 282.

772 ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 282.

Person diesen Körper beherrschen darf. Die Einwilligungsmöglichkeit erweitert die Optionen des Einzelnen. Die fehlende Einwilligungsmöglichkeit soll die Optionen nicht noch weiter einschränken. Darin ist aber nicht etwa eine „Rückbesinnung" auf den Schutz des realen Substrats zu sehen oder eine „Offenlegung des materiellen Ausgangspunkts" des Integrationsmodells bzw. der personalen Rechtsgutslehre.[773] Vielmehr wird damit nur eine Selbstverständlichkeit für eine moderne Verfassungsordnung beschrieben, die dem Strafrecht die Aufgabe zuweist, Individualrechtsgüterschutz zu betreiben, um dem Einzelnen Schutzsphären zu sichern, in die andere nur ausnahmsweise und mit guten Gründen eindringen dürfen. Erst wenn man den Schutz der Güter und Interessen vom Bestehen eines entsprechenden faktischen Erhaltungswillen abhängig macht, wofür es aber keinerlei Gründe oder Notwendigkeiten gibt, wirkt der grundsätzliche Schutz der Objekte etwas deplatziert. Man könnte dann aber auch nicht mehr sinnvoll von einem wichtigen und begründeten Schutz der Beziehung zwischen Verfügungsobjekt und Verfügungsbefugnis reden, da man jeden Eingriff auf eine Beeinträchtigung des faktischen Willen zurückführen müsste. Ein solches Rechtsgutskonzept ohne materiellen Inhalt, ohne Realsubstrat kann aber aus den bereits genannten Gründen nicht gewollt sein und wird auch von niemandem so vertreten.

Aufgrund der Fokussierung auf den Ausschluss der Verfügung über die eigenen Güter durch Dritte oder der Aussage, dass der Tatbestand nur dann *nicht* erfüllt ist, wenn der Eingriff mit dem bestehenden Willen des Berechtigten erfolgt, kann sich das Integrationsmodell und die Lehre der Einwilligung als Tatbestandsauschluss freilich auch dem Vorwurf der Strafbarkeitsüberdehnung ausgesetzt sehen. Nun ist die Ausweitung der Strafbarkeit, genauso wie die Einschränkung der Strafbarkeit nicht an sich etwas Gutes oder Schlechtes,[774] sondern muss anhand von konkreten Beispielen und darauf angewendete Kriterien der Rationalität und Kohärenz überprüft werden. In der Literatur wurden im Wesentlichen zwei konkrete Fallkonstella-

---

773 Vgl. aber ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 123.

774 Vgl. hierzu auch MONA, Rezension zu Goltsche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922, S. 133 f.

tionen genannt, in denen die konsequente Anwendung des Integrationsmodells eine erhebliche Ausweitung der Strafbarkeit zur Folge habe.[775]

Einerseits wird behauptet, nach diesem Modell müsse man eine Sachbeschädigung auch dann annehmen, wenn jemandem durch das Verhalten des Täters der freie und zweckgerichtete Umgang mit seinem Eigentum unmöglich gemacht werde, ohne dass die Sache, die im Eigentum des Berechtigten steht, beschädigt wird.[776] Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn durch Auswechseln des Türschlosses dem Mitbewohner in einer Wohngemeinschaft der die zweckgerichtete Verfügung über seinen Wohnungsschlüssel unmöglich gemacht wird; hier müsse man kontrafaktisch auch eine Sachbeschädigung am Schlüssel annehmen, obschon der Schlüssel gar nicht beeinträchtigt wurde.[777] Wie wir aber bereits gesehen haben, ist in einem solchen Fall, in dem es letztlich allein um die mögliche Beschränkung der Handlungsfreiheit, um den Zwang etwas zu dulden und mithin um einen Eingriff in die Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung geht, höchstens der Deliktstatbestand der Nötigung nach Art. 181 StGB einschlägig. Bei Deliktstatbeständen, die auch ein materielles Objekt schützen, muss zwingend ohne den Willen des Berechtigten auf den Verfügungsgegenstand eingewirkt werden.[778] Eine Rechtsgutsverletzung im Sinne einer Sachbeschädigung liegt nicht bereits dann vor, wenn dem Einzelnen die Persönlichkeitsentfaltung mittels seiner Sache irgendwie verwehrt wird, vielmehr muss hier die Einschränkung der Verfügungsbefugnis nach dem Grundsatz *nullum crimen sine lege* auf einer Einwirkung und einer Beschädigung der Sache beruhen.[779] Denn auch hier gilt, dass aus der These, eine wirksame Disposition

---

775 Vgl. zum Ganzen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, S. 283 ff.; vgl. bezüglich des Einwands der Tabestandsüberdehnung bei einem Irrtum über den operierenden Arzt AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, S. 532 f.

776 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 283.

777 Vgl. das ähnliche Beispiel in BRANDTS/SCHLEHOFER, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, S. 447.

778 So bereits ROXIN, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung, S. 280.

779 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 283.

des Rechtsgutsträgers schliesse die Tatbestandsmässigkeit aus, keineswegs geschlossen werden darf, „dass jede Beeinträchtigung der Dispositionsmöglichkeit auch ohne Sachbeschädigung (also ohne Einwirkung auf die Sache) den Tatbestand erfülle."[780]

Auch das zweite Beispiel operiert zum einen mit der Tatsache, dass die Integration der Verfügungsbefugnis im Individualrecht eine deutlichere Nähe und zuweilen gar eine Teilkongruenz zum Nötigungstatbestand angenommen werden,[781] und zum anderen mit der Reichweite der Bedeutung der Selbstbestimmung und einer Ausweitung des Autonomiebereichs, der durch das jeweilige Individualrechtsgut abgesteckt wird.[782] Es wird gesagt, dass auch eine Bestandesverbesserung oder eine Bestandeserhaltung ohne Einwilligung des Berechtigten als sanktionswürdige Rechtsgutsbeeinträchtigung beurteilt werden müssten.[783] Eine solche „rechtsgutsrelevante Beziehungsstörung" wird von Rönnau dann angenommen, wenn der Täter ohne den Willen des Eigentümers über einen Haufen Eisenschrott, den der Eigentümer während seiner längeren Abwesenheit verrosten lassen will, ein Zeltdach spannt, um den Korrosionsprozess zu verhindern.[784] Das Beispiel muss aber zunächst dahingehend hinterfragt werden, ob das Verhalten des Täters wirklich mindestens eine Bestandeserhaltung herbeiführt und keinen Eingriff in die Integrität der Sache darstellt. Eine Sachbeschädigung gemäss Art. 144 StGB liegt bekanntlich auch dann vor, wenn die Sache unbrauchbar gemacht wird, wobei dies von der „bestimmungsgemässen Brauchbarkeit" der Sache abhängig ist.[785]

---

780 ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 283.

781 Vgl. hierzu RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 59 f.

782 Vgl. hierzu RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 61.

783 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 155; vgl. auch schon LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 105.

784 Vgl. zu diesem Beispiel RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 61.

785 BGE 99 IV 145, 145 f. = Pra. 1973 Nr. 2002 und BGE 128 IV 250, 252 = Pra. 2003 Nr. 17; vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 144 Rn. 3.

Die objektive Tatbestandsmässigkeit einer Sachbeschädigung könnte entsprechend in diesem Fall sehr wohl angenommen werden, wenn der Eisenhaufen eine moderne Plastik werden soll, die zu diesem Zweck verrosten muss oder wenn der Eigentümer das Eisen erst dann entsorgen kann, wenn es verrostet ist. Wenn das Verhalten hingegen nicht als tatbestandsmässige Einwirkung auf die Sache beurteilt werden kann, sind wir wieder bei der Erkenntnis angelangt, dass auch innerhalb eines Integrationsmodells eine solche schädigende oder verletzende Einwirkung auf das Realobjekt notwendig verlangt wird, wenn der Täter wegen Sachbeschädigung verurteilt werden soll.[786] Auf der einen Seite haben wir die Tatsache, dass nach der Lehre des Tatbestandsausschlusses eine mit dem Willen des Berechtigten erfolgte Beschädigung der Sache – der Eigentümer lässt das Eisen von der Sondermüllabfuhr entsorgen – keine tatbestandsmässige Sachbeschädigung im Sinne von Art. 144 StGB ist. Daraus kann nicht geschlossen werden kann, dass deshalb eine ohne den Willen des Berechtigten erfolgte Bewahrung der Integrität des Eisens – die Sondermüllabfuhrmänner setzen sich über den Willen des Eigentümers hinweg und entsorgen das Eisen nicht – eine strafbare Sachbeschädigung sein muss.[787] Das ergibt sich nicht zuletzt aus der bereits diskutierten Erkenntnis, die im Übrigen auch von Rönnau nicht bestritten wird, dass die Anreicherung des Individualrechtsguts mit dem Willen oder der Dispositionsfreiheit des Berechtigten nicht bedeutet, dass die gegenständlich-objektive Komponente aus dem Rechtsgut zu verbannen ist.[788]

In diesem Sinne ist auch die Bezeichnung „Integrationsmodell“ zu präzisieren: Es wird nämlich nicht der Wille des Berechtigten oder die Dispositionsfreiheit *tout court* integriert und zum Schutzobjekt gemacht, vielmehr wird der Wille gleichsam als negativ formuliertes Merkmal integriert. Als solches wird es erst durch eine aktive und rechtbeachtliche Betätigung des Willens aufgehoben, so dass eine Rechtsgutsverletzung immer schon dann der Fall ist, wenn ohne diese Betätigung des Wil-

---

786 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 284.

787 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 284.

788 So RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 57.

lens in das Gut eingegriffen wird. In letzter Konsequenz werden nach diesem Modell die Güter des Einzelnen nicht deshalb geschützt, weil sie ihm zur tatsächlichen Entfaltung dienen, weil sie Voraussetzung für personale Autonomie sind oder weil sie Quellen von Leiden sind, die bei ihrer Verletzung entstehen; all diese Umschreibungen lassen Schutzlücken. Vielmehr werden sie geschützt, damit nur der Berechtigte und sonst niemand darüber verfügen darf – weil sie seine Güter sind. Die Güter des Einzelnen werden mithin auch nicht um ihrer selbst willen geschützt, denn dadurch würde auch eine vorhandene faktische Verfügungsfreiheit des Einzelnen tendenziell übermässig eingeschränkt. Sie werden vielmehr deshalb geschützt, damit sie vor Eingriffen Dritter geschützt werden und der Inhaber alleinige Hoheit darüber hat.

e) Basismodell als Alternative?

Das Basismodell wurde von Rönnau explizit als korrigierende alternative Variante zum Integrationsmodell entwickelt, in dem er die eben diskutieren Aspekte als unüberwindbare Mängel beurteilt hat.[789] Er setzt zu diesem Zweck ebenfalls bei der Bestimmung des Individualrechtsguts an und hält fest, dass diese nicht etwa als Mittel zur individuellen Entfaltung geschützt werden, sondern weil sie dem Individuum als Basis für seine Entfaltung dienen.[790] Damit soll insbesondere die Schutzlücke geschlossen werden, die Rönnau beim Integrationsmodell für Menschen sieht, die gar nicht (mehr) fähig sind, einen aktuellen Willen im Hinblick auf ihre Güter und Interessen zu bilden. Weil er aber zu Unrecht annimmt, dass ein solcher Wille die Voraussetzung dafür ist, dass das Strafrecht ein individuelles Gut oder Interesse überhaupt schützen soll, ersetzt er das Kriterium der Entfaltung mit dem Kriterium der potentiellen Entfaltung. Für den Strafrechtsschutz von Gütern oder Interessen der Individuen sei dann nicht die Tatsache ausschlaggebend, dass sie diese Güter und Interessen willensgestützt beeinflussen und so darüber verfügen können, son-

---

789 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 67 ff.

790 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 453.

dern dass sie die Möglichkeit haben, nach Ablauf der Phase der Handlungs- und Entscheidungsunfähigkeit, über diese Güter zu verfügen.[791]

Wenn man aber das Willenselement im Integrationsmodell so präzisiert, dass damit stets ein Handeln „ohne den Willen des Berechtigten" strafbar ist, erübrigt sich dieses Ausweichen auf ein Potential oder auf die Erhaltung einer Basis für Zukünftiges. An sich erweist sich das Basismodell als Alternative zum Integrationsmodell also allein schon deshalb als zwar originell und eindringlich, letztlich aber unnötig. weil bei einem richtig verstandenen Integrationsmodell und mithin einer Präzisierung des Willenselements im Tatbestand keine Schutzlücken entstehen und es auch nicht zu einer Strafbarkeitsüberdehnung kommt. Im Übrigen führt das Basismodell in der so gewählten engen Fokussierung auf bloss vorübergehende Handlungs- oder Entscheidungsunfähigkeiten gerade in den Fällen nicht weiter, die von Rönnau als typische Fälle von Schutzlücken nach dem Integrationsmodell ins Spiel gebracht werden – man denke an unheilbar Geisteskranke oder an Patienten in einem irreversiblen Koma.[792]

4. Einwilligung, Notstand und Notwehr

a) Rechtsgüter im Wortlaut der Notstandsnorm

Von einem „Rechtsgut" spricht das Strafgesetzbuch an wenigen Orten, so beispielsweise beim rechtfertigenden Notstand nach Art. 17 StGB; von „hochwertigen Gütern" ist beim entschuldigen Notstand in Art. 18 Abs. 1 StGB die Rede, vom „gefährdeten Gut" in Art. 18 Abs. 2 StGB. Man könnte veranlasst sein, vor allem aus dem Wortlaut in Art. 17 StGB auf ein Rechtsgutsverständnis im Sinne der Lehre vom Rechtsgut als durch die Norm geschützten materiellen Gegenstand zu schliessen, wie das teilweise in der deutschen Literatur im Hinblick auf § 34 StGB-

---

791 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 101.

792 Vgl. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 281.

Deutschland gemacht wird.[793] Wenn der Gesetzgeber beim Notstand von Rechtsgütern spricht, dann sei damit ein erwünschter sozialer Zustand gemeint, den das Recht vor Verletzungen schützen will.[794] Durch die Aufzählung „Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut“ in § 34 StGB-Deutschland bzw. „Leib, Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen oder andere hochwertige Güter“ in Art. 18 StGB, sehen sich manche in ihrer Auffassung bestätigt, dass nicht der Wille des Berechtigten zur Wahrung seiner Güter Gegenstand des Strafrechtsschutzes sei, sondern vielmehr der Bestand dieser Rechtsgüter als sozial wertvolle Güter.[795]

Dagegen wendet Rönnau zu Recht ein, dass damit noch nicht bewiesen sei, dass der vom Gesetzgeber verwendete Rechtsgutsbegriff „real gegenständlich […] ohne Berücksichtigung personaler Elemente zu konstruieren ist.“[796] Man kann zwar durchaus zunächst die Ansicht vertreten, dass die für die Notstandslage erforderliche unmittelbare, nicht anders abwendbare Gefahr für das eigene oder das Rechtsgut einer anderen Person genau dann vorliegt, wenn das strafrechtlich geschützte materielle Rechtsgut Leben oder die körperliche Integrität in Gefahr sind.[797] Ebenso dürfte genau dann eine Notwehrlage nach Art. 15 StGB bestehen, wenn ein Individualrechtsgut als materielles Substrat ohne Recht angegriffen wird oder unmittelbar mit Angriff bedroht wird, und dass dieses Substrat das rechtlich geschützte Interesse ist, das vor einem Angriff geschützt werden darf.[798]

Zum einen spricht aber auch nichts dagegen, davon auszugehen, dass das in Gefahr geratende oder das angegriffene Rechtsgut aus einer Einheit von Dispositionsbefugnis und materiellem Tatobjekt bzw. Rechtsgutsobjekt[799] besteht, dass es sich also

---

793 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 42 f.

794 So WELZEL, Das deutsche Strafrecht, S. 4.

795 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 42 m.H. auf HIRSCH, Einwilligung und Selbstbestimmung, S. 785 und GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, S. 52 ff.

796 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 42.

797 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 42.

798 Vgl. nur BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 15 Rn. 4 f.

799 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 30 ff.

auch um ein personales Rechtsgut handeln kann. Die Notstandstat wäre dann die Abwehr einer Gefahr, die der Beziehung zwischen der verfügungsberechtigten Person und dem Gegenstand droht, über den sie verfügen kann; abgewehrt wird mit anderen Worten die drohende Beeinträchtigung der selbstbestbestimmten Verfügungsmöglichkeit.[800] Zum anderen passt diese Ansicht beim Rechtsgutsobjekt Eigentum nicht ohne weiteres, da man sich dies nicht sinnvoll ohne personale Elemente vorstellen kann.[801] Der Diebstahltatbestand in Art. 139 StGB schützt nicht etwa das materielle Substrat der Sache, sondern die willentliche Verfügungsmacht des Eigentümers über die in seinem Eigentum stehenden Sachen.[802] Obschon also vom Rechtsgut „Vermögen" bzw. „Eigentum" in seinem materiellen Gehalt die Rede ist, ist gemeint, dass der Berechtigte sich gegen einen Angriff auf dieses Rechtsgut wehren oder dass er das Rechtsgut aus einer Dauergefahr retten darf, weil er das Recht hat, seine Verfügungsmöglichkeit darüber zu erhalten. Der Hinweis auf die explizite Verwendung des Begriffs „Rechtsgut" in der Notstandsregelung bzw. die implizite Bezugnahme in der Notwehrnorm, zeigen also zumindest für den Bereich der Vermögensdelikte, dass eine Rechtsgutsbeschreibung ohne Berücksichtigung der Dispositionsfreiheit nicht auskommt.[803]

b) Wortlautargument und personales Rechtsgut

Man kann aber noch einen Schritt weiter gehen und aufzeigen, dass das Wortlautargument nicht nur für die Interpretation des Normbegriffs als personales Rechtsgut eine Türe offen lässt und nicht nur beim Rechtsgut Vermögen zum gegenteiligen Resultat führt. Der Hinweis auf die gesetzliche Norm des Notstandes und der Not-

---

800 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 42 f. m.H. auf ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 12 ff.; WEIGEND, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, S. 59 ff.; KIENTZY, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, S. 55.

801 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 4.

802 Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 139 Rn. 1; BGE 118 IV 209, 212; BGer Pra. 2008 Nr. 32, E. 5.3.2.; für das deutsche Recht vgl. S/S-Eser, § 242 Rn. 1 m.w.H.

803 So auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 43.

wehr entpuppt sich vielmehr als ein weiteres Indiz dafür, dass die Lehre vom Rechtsgut als tatbestandlich geschütztes Realsubstrat nicht richtig sein kann. Aus dem Argument folgt gerade nicht, dass das Strafrecht den Bestand von materiellen Gütern als sozial wertvolle Gegenstände schützt und nicht die Dispositionsfreiheit des Berechtigten über die ihm zugeordneten Güter.[804] Es ist nämlich unbestritten, dass der Berechtigte, dessen Güter angegriffen werden oder einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Gefahr ausgesetzt sind, selber entscheiden darf, ob er den Angriff auf die Güter abwehrt oder die Güter aus der Gefahr rettet. Er muss nicht handeln, wenn das Notwehrrecht oder das Notstandsrecht es ihm an sich erlauben würden; er kann selber entscheiden, ob er sich verteidigen will. Und wenn er sich verteidigen will, muss die Abwehrhandlung bewusst und gewollt zum Zwecke der Abwehr des Angriffs vorgenommen werden.[805]

Das bedeutet selbstverständlich nicht, dass der Angreifer entlastet wird und straflos bleibt, wenn der Berechtigte insofern willentlich über sein Rechtsgut verfügt, dass er es nicht verteidigt. Im Kontext der Notwehr wird also trotz einer Subjektivierung des Rechtsgutsbegriffs die Geltung der Strafvorschrift nicht ins Belieben des Rechtsgutsträgers gestellt. Die Strafvorschrift, die eine Verletzung eines fremden Rechtsgutes ohne den Willen des Berechtigten verbietet, bleibt bestehen, auch wenn der Berechtigte sich im Einzelfall nicht auf das Notwehrrecht beruft und auf die Verteidigung verzichtet. Niemand muss Notwehr üben, wenn ein Notwehrrecht besteht; man kann sich insbesondere auch verletzen lassen.[806] Das Notwehrrecht schafft also wie das Notstandsrecht für den Bedrohten und die Einwilligung für den Eingreifenden keine Verpflichtung, sondern nur eine Handlungsoption.[807] Der Täter bleibt dann selbstverständlich strafbar und zwar so lange, bis der zulässige Verzicht auf die Verteidigungshandlung nicht einer rechtlichen Einwilligung entspricht. Die

---

804 Vgl. aber HIRSCH, Einwilligung und Selbstbestimmung, S. 785; vgl. auch LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 98.

805 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 15 Rn. 17.

806 Vgl. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, S. 162.

807 Vgl. BERGELSON, Consent to Harm, S. 180.

Nähe zwischen Notwehrsituation und Einwilligung ist aber auch nicht von der Hand zu weisen und der Übergang ist fliessend:

> T greift den O an und will ihm einen Faustschlag verpassen. Da eine Notwehrlage besteht, dürfte sich O verteidigen. Er sagt sich aber, inspiriert vom Film *Fight Club*, dass er schon immer mal wissen wollte, wie sich ein Faustschlag anfühlt, und ruft dem T zu, er dürfe ruhig einmal zuschlagen. Da O in die leichte Körperverletzung eingewilligt hat, bleibt T straflos.

O darf aus demselben Grund auf die Verteidigung verzichten wollen, um den Faustschlag über sich ergehen zu lassen, wie er in den Faustschlag einwilligen darf. Über das Rechtsgutsobjekt „körperliche Integrität" darf der Berechtigte, in der hier diskutierten Form einer leichten Körperverletzung, unbestrittenermassen selber verfügen, da der Wert dieses realen Guts (körperliche Integrität) in der Dispositionsmöglichkeit für den Berechtigten besteht. Da die Einwilligung von O die Tatbestandsmässigkeit der Handlung von T ausschliesst, liegt auch kein „Angriff ohne Recht" vor und O darf sich nicht gegen T wehren.[808] O würde sonst gleichsam die Person verletzen, die das ausführt, was O will. Hier würden die Regeln der Notwehrprovokation Anwendung finden. Wenn O die Einwilligung hingegen hinreichend früh vor dem Angriff widerruft, lebt die Notwehrsituation wieder auf, und der Täter ist gezwungen, den Angriff zu stoppen – in diesem Fall hat O kein Notwehrrecht mehr – oder er führt den Angriff trotz des Widerrufs von O und damit „ohne Recht" aus und O darf sich dann dagegen verteidigen.[809]

Umstritten bleibt freilich auch hier die Reichweite der Einwilligung; sie findet ihre Grenze, auf der Grundlage der Gesetzeslage in der Schweiz, spätestens bei der Einwilligung in einen tödlichen Angriff. Eine solche Einwilligung wäre mindestens in dem Sinne nicht wirksam, dass der Täter wegen einer Tötung auf Verlangen gemäss Art. 114 StGB strafbar wäre. Dies entspricht auch der Intuition, dass das Unrecht tendenziell geringer ist bei einem Angriff mit Einwilligung des Opfers im Vergleich

---

808 Vgl. SANGERO, Self-Defence in Criminal Law, S. 137.

809 SANGERO, Self-Defence in Criminal Law, S. 138.

zu einem Angriff ohne den Willen des Opfers,[810] selbst wenn die Einwilligung der einwilligungsfähigen Person – am Beispiel von Art. 114 StGB –, aufgrund von objektiven Einwilligungsschranken weder die Tatbestandsmässigkeit noch die Rechtswidrigkeit ausschliesst. Immerhin hat der Täter dann nämlich nicht auch noch das Selbstbestimmungsrecht des Opfers verletzt.[811] Der *Model Penal Code* (MPC), das von einem Expertengremium geschaffene Musterstrafgesetzbuch für die Einzelstaaten der USA,[812] elaboriert in seiner kasuistischen Vorgehensweise weiter und schliesst bei der Definition von „*unlawful force*", also in unserer Terminologie der Angriff ohne Recht, gegen den Notwehr zulässig ist, explizit Angriffe aus, in die das Opfer eingewilligt hat, sofern sie auf Tötung oder schwere Körperverletzung hinauslaufen.[813] Für den Moment ist aber vor allem die Erkenntnis von Bedeutung, dass ein Angriff zwar regelmässig „ohne Recht" ist, wenn das Opfer nicht eingewilligt hat, aber unter Umständen rechtmässig sein kann und das Notwehrrecht aufgehoben wird, wenn das Opfer eingewilligt hat.

Da die übrigbleibende Strafbarkeit des Täters trotz Verzichts des Berechtigten auf die zulässige Handlung, anders als bei der Notwehr, im Fall des Notstands kein Thema ist, ist die Analyse beim Notstand noch etwas einfacher. Dass der Notstandstäter mit Rettungswillen gehandelt haben muss, wird bereits aus der Formulierung in Art. 17 StGB „um ein Rechtsgut zu retten" deutlich.[814] Er kann aber auch sein Rechtsgut nicht retten wollen, und weil das Rechtsgut eben nicht ein objektiv materiell wertvolles Gut an sich darstellt, sondern sein Wert gerade in der Verfügungsmöglichkeit des Berechtigten liegt, ist es dem Berechtigten überlassen, ob er sich für sein Gut einsetzen will oder nicht. Noch deutlicher wird die Verknüpfung von materiellem Substrat und Selbstbestimmung des Berechtigten, wenn man be-

---

[810] Vgl. bereits NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 77; vgl. auch STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 43, der daraus schliesst, dass hier das Schutzobjekt „Leben" selbst teilweise wegfällt.

[811] Vgl. SANGERO, Self-Defence in Criminal Law, S. 137.

[812] Vgl. ausführlich dazu DUBBER, An Introduction to the Model Penal Code, § 1.

[813] MPC 3.11(1); vgl. auch LAFAVE/SCOTT, Substantive Criminal Law, S. 651.

[814] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 17 Rn. 14.

rücksichtigt, dass bei der Notwehrhilfe der Angegriffene nicht gegen seinen Willen verteidigt werden darf,[815] und dass die Notstandshilfe nicht gegen den erklärten Willen des Bedrängten ausgeübt werden darf.[816] Ein gefahrenabwendender Eingriff in Rechtsgüter der gefährdeten Person kann also nicht über Art. 17 StGB gerechtfertigt werden, wenn diese Person diesen Rettungseingriff nicht will.[817]

c) Subjektivierung der Individualrechtsgüter

Diese Subjektivierung der Individualrechtsgüter wird sodann bei der Einschränkung der allgemeinen Pflicht zur Nothilfe gemäss Art. 128 StGB bestätigt. Die unter Umständen zumutbare Hilfeleistungspflicht entfällt sowohl für denjenigen, der einen Menschen verletzt hat, wie auch für denjenigen, der einem Menschen in unmittelbarer Lebensgefahr helfen könnte, wenn der urteilsfähige Verletzte bzw. der Gefährdete die Hilfe ausdrücklich ablehnt.[818] Nicht erforderlich ist das Erbringen von Hilfe auch in Fällen des eigenverantwortlichen Suizids einer urteilsfähigen Person.[819] Der Grundsatz lautet also: Besteht das Delikt in der Verletzung einer Pflicht gegenüber dem Rechtsgutsinhaber, so wird durch die Einwilligung des Berechtigten die Pflicht und damit die Erfüllung des Tatbestandes aufgehoben. Dies gilt allgemein auch für Delikte, bei denen der Tatbestand keine Zweifel daran lässt, dass jeweils nur das ausdrücklich unbefugte bzw. unberechtigte Verhalten strafbar ist. So entfallen bei Verletzung privater Geheimnisse gemäss Art. 179 StGB (Verletzung des Schriftgeheimnisses) oder Art. 321 StGB (Verletzung des Berufsgeheimnisses)

---

815 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 15 Rn. 10 m.w.H.

816 BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 17 Rn. 8 m.w.H.

817 So auch MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 39.

818 Vgl. DONATSCH, Garantenpflicht, S. 362; BSK-Strafrecht II-Maeder, Art. 128 Rn. 27; PK-Trechsel/Fingerhuth, Art. 128 Rn. 5 und Rn. 8.

819 STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 128 Rn. 4; vgl. auch ARZT, Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe, S. 460 f. und MOREILLON, Omission de porter secours, S. 243 f.

mit der Einwilligung des Geheimnisherrn die Pflicht zur Geheimhaltung und damit die Strafbarkeit.[820]

An diesem Beispiel zeigt sich besonders deutlich, inwiefern es sich bei Individualrechtsgütern eben nicht um statische Konstrukte, sondern vielmehr um dynamische auf Entfaltung angelegte Potentiale handelt,[821] die nicht erst nach Auflösung einer Kollisionslage, sondern dem Wesen nach unmittelbar im Bereich der Verfügungsbefugnis des Berechtigten liegen. Als solche sind sie auch nicht starr in ein Raster von Autonomieprinzip – im Sinne von Selbstbestimmung und Eigenverantwortung – und Solidaritätsprinzip zur Betonung der naturgemässen Gemeinschaftsbezogenheit des Einzelnen[822] eingezwängt, sondern bewegen sich darin flexibel. Die Bestimmung von Individualrechtsgütern bedeutet zunächst, dass im Sinne des Autonomieprinzips dem Einzelnen Güter zugeordnet werden und er sich im Umgang damit frei von Eingriffen Dritter entfalten können soll. Innerhalb der Grenzen des Schädigungsprinzips dürfen selbstbestimmte Verhaltensweisen des berechtigten Rechtsgutsträgers nicht Gegenstand einer Verpflichtungsnorm sein. Verhaltensweisen hingegen, die in Güter Dritter eingreifen, können grundsätzlich verboten werden.[823] Mit den gesetzlichen Regelungen des Notstands und noch stärker mit der Pflicht zur Nothilfeleistung wird diese Abgrenzung in gleichsam unberührbare Freiheitssphären des Individuums durchbrochen.[824] Auf der Grundlage des Solidaritätsprinzips wird der einzelne Rechtsgutsträger verpflichtet, in der Konstellation eines rechtfertigenden Notstands bestimmte Güter zur Rettung der höherwertigen Güter eines Dritten aufzuopfern, in der Konstellation der Nothilfe hingegen verpflichtet, aus seiner geschützten Sphäre herauszutreten und sich bis zu den Grenzen der Zumutbarkeit für den verletzten oder gefährdeten Dritten einzusetzen. Damit geht eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis über seine Güter auf Seiten des

---

820 Zum Ganzen NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 64 f. und im Einzelnen S. 109 ff.

821 Vgl. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 80.

822 Vgl. ausführlich dazu VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, Solidarität im Strafrecht.

823 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 52 f.

824 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 54.

Verpflichteten einher, die aber im Sinne eines solidarischen Ausgleichs mit der Rettung von Güter auf Seiten des Bedürftigen und damit mit einem Schutz der (potentiellen) Verfügungsbefugnis über seine Güter gekoppelt ist. Dies geschieht aber nur dann, wenn der Bedürftige wiederum im Sinne des Autonomieprinzips aus seiner Freiheitssphäre heraus den Willen hat, seine Güter aus einer Gefahr zu retten, sich nicht gegen eine Notstandshilfe zugunsten seiner Güter ausspricht oder Nothilfe ablehnt. Die Frage, ob eine Verpflichtung besteht, ein Individualrechtsgut zu schützen, wird also nicht einheitlich immer bejaht, weil es sich etwa um ein an sich wertvolles materielles Gut handeln würde, sie wird vielmehr abhängig vom Willen und damit in enger Verknüpfung mit der Dispositionsfreiheit des Berechtigten mal bejaht und mal verneint.

Die materiellen Güter sind gerade in der Konstellation der Notwehr und des Notstandes aufs engste verbunden mit dem Willen des Berechtigten und unterliegen seiner Dispositionsfreiheit. Beide Normen zeigen also, dass die hier gemeinten Rechtsgüter nicht die durch die Norm geschützten realen Gegenstände (Leben, Körper, Vermögen etc.) sind, die unabhängig vom Willen bzw. der Dispositionsfreiheit des Berechtigten gedacht werden können. Wenn die in den Tatbeständen umschriebenen Rechtsgüter hingegen tatsächlich nur die strafrechtlich zu schützenden elementaren und materiellen Lebensgüter umfassen, die unabhängig von Willenszuständen des Berechtigten aus objektiven Gründen geschützt werden müssen, ist nicht ersichtlich, warum insbesondere die Zulässigkeit der Notstandshilfe, die ja dem Schutz des bedrohten Gutes dienen würde, von der Willensäusserung des Berechtigten abhängig sein kann. Die Tatsache, dass die Lehre der objektiven, realen Individualrechtsgüter, die „um ihrer selbst willen“ oder gar wegen ihres Wertes für die Gemeinschaft geschützt werden müssen,[825] diese gesetzliche Regelung nicht nur nicht erklären kann, sondern konsequenterweise ablehnen müsste, zeigt zwei Dinge: Erstens gründet das moderne schweizerische Strafrecht offensichtlich nicht auf dieser Lehre, sondern ist viel stärker vom Geiste eines personalen, subjektivierten Rechtsgutsverständnisses durchdrungen. Zweitens erweist sich die Lehre der objek-

---

[825] Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 596.

tiven Individualrechtsgüter auf der Grundlage einer kollektivistischen Theorie von Gemeinschaft und Individuum auch hier als in der Tendenz bevormundend. Sie senkt nicht nur die Anforderungen für substantielle Einschränkungen der gesetzlich nicht definierten Tragweite der Einwilligung des Berechtigten in eine Verletzung seiner eigenen materiellen Güter,[826] sondern steht auch im Widerspruch zu den anerkannten Regeln im Notstandsrecht, die dem Berechtigten weitgehenden Spielraum im Umgang mit seinen materiellen Rechtsgütern einräumt.

IV. Systematische Einordnung der Einwilligung

1. Einleitung

Die Tatsache, dass die straftatsystematische Einordnung der Einwilligung umstritten ist, liegt auch daran, dass ein enger argumentativer Zusammenhang besteht zwischen der Bestimmung der Anatomie und dem Inhalt des Individualrechtsguts, der Rolle, die darin dem Willen des Berechtigten zukommt, und der Einordnung der Einwilligung im Deliktsaufbau.[827] Da es verschiedene kontrastierende Bestimmungen des Individualrechtsguts gibt und die systematische Einordnung der Einwilligung mit der konkreten Ausgestaltung der Individualrechtsgüter korreliert,[828] gibt es auch Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Einordnung der Einwilligung. So hat die hier vertretene präzisierte Form des Integrationsmodells eine Reihe von entsprechenden rechtspraktischen Konsequenzen: Erstens klärt sie den Streit bezüglich der Einordnung dahingehend, dass die Einwilligung des Berechtigten immer eine tatbestandsausschliessende Wirkung hat. Zweitens führt sie zur Bestimmung des Willenselements innerhalb des Individualrechtsguts als negativ formuliertes Tatbestandsmerkmal. Drittens hebt sie ganz grundsätzlich die überlieferte Unterschei-

---

826 Vgl. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.

827 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 87 f.; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 149; vgl. aber auch relativierend OTTO, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, S. 606 f.

828 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 141.

dung zwischen tatbestandsausschliessendem Einverständnis und bloss rechtfertigender Einwilligung auf, da es nach dem richtig verstandenen Integrationsmodell überhaupt nur eine Form gibt, in der sich der Wille des Berechtigten auf den erwünschten Eingriff in die eigenen Güter oder Interessen auswirken kann, nämlich als tatbestandsausschliessender Einwilligungsakt. Es besteht dann keinerlei Bedarf mehr nach einer weiteren terminologischen Unterscheidung der Zustimmung des Berechtigten in Einverständnis und Einwilligung.

Diese Aspekte zeigen im Übrigen, dass die begründete Entscheidung für das Integrationsmodell und damit für den Tatbestandsausschluss der Einwilligung, entgegen der zuweilen geäusserten Meinung,[829] sehr wohl praktische Relevanz hat.[830] Dies gilt schon deshalb, weil das Verständnis der Einwilligung als Tatbestandausschlussgrund ganz grundsätzlich dazu führt, dass die wirksame Einwilligung tendenziell eine grössere Reichweite hat, der Staat weniger bevormundend eingreifen darf und immanente Beschränkungen der Einwilligungsfreiheit aus rein paternalistischen oder kollektivistischen Gründen generell unzulässig sind.[831] In ganz besonderem Masse wirkt sich die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung aus. Denn nach überkommener Ansicht sind die Anforderungen an die Wirksamkeit des Einverständnisses viel geringer als bei einer Einwilligung. Entsprechend lässt es diese überkommene Ansicht zu, dass Eingriffe in fremde Güter oder Interessen mit durch Täuschung oder List erlangtem bloss „faktischem" Einverständnis des Berechtigten straflos bleiben, obschon sie ohne den tatsächlichen wahren Willen des Berechtigten erfolgt sind und unter Umständen gravierende Eingriffe in die geschützte Rechtssphäre des Berechtigten bedeuten. Zu Recht wird zunehmend darauf hingewiesen, dass sich die konkreten Anforderungen an die Wirksamkeit der Zustimmung des Berechtigten nicht aus der begrifflichen Einordnung in die Kategorie „Einverständnis" oder „Einwilligung" ergeben dürfen, son-

---

829 So beispielsweise KINDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 6; besonders kategorisch auch ARZT, Die deutsche Strafrechtswissenschaft, S. 875.

830 Vgl. nur JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 375.

831 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 152 und WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 105.

dern „nach der besonderen Struktur des jeweiligen Tatbestandes zu bestimmen sind.“[832] Das ist freilich noch ziemlich diffus und muss später konkretisiert werden.[833]

Es ist auf jeden Fall nicht etwa so, dass ein bestimmtes, vorgegebenes Ziel des Prinzips der Einwilligung dogmatisch auf zwei Wege, entweder als Tatbestandsausschluss oder als Rechtfertigung, zu erreichen versucht wird.[834] Wenn es so wäre, könnte man durchaus mit Gunther Arzt der Meinung sein, der Meinungsstreit bezüglich der korrekten Zuordnung der Zustimmung des Opfers zur Kategorie Tatbestandsausschluss oder Rechtfertigung habe „etwas Querulatorisches.“[835] So ist es aber nicht. Die Frage nach der systematischen Verortung ist nur vordergründig der umstrittene Aspekt. Vielmehr sind die dogmatischen Wege als Folgen von unterschiedlich gefassten Ergebnissen des Prinzips der Einwilligung, mithin als unterschiedliche Zielsetzungen zu verstehen. Es geht um unterschiedliche Rechtsgutsverständnisse, die differierende rechtsphilosophische und staatstheoretische Grundauffassungen verkörpern. Diese beeinflussen nicht nur die Einordnungsfrage, sondern auch die Bestimmung der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung, ihre Reichweite und Relevanz[836] und führen daher in der Rechtspraxis auch zu ganz unterschiedlichen Resultaten. Im Folgenden soll also zunächst dargelegt werden, dass die Einwilligung systematisch als Tatbestandsausschlussgrund einzuordnen ist und dass der Wille des Berechtigten als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal in die disponiblen Individualrechtsgüter integriert werden muss. Beide Abschnitte bauen wesentlich auf der oben bereits erfolgten Argumentation auf und stellen in mancher Hinsicht Schlussfolgerungen dar. Im vierten Abschnitt soll hingegen im Einzelnen

---

832 FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 87; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 119; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10; JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 57 f.; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 157a m.w.H.

833 Vgl. unten S. 248 ff.

834 So aber KINDHÄUSER, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, S. 490.

835 ARZT, Die deutsche Strafrechtswissenschaft, S. 875.

836 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 20.

gezeigt werden, warum es angesichts der so erfolgten systematischen Einordnung der Einwilligung widersprüchlich und kontraproduktiv ist, an der überkommenen Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung festzuhalten und warum diese abzulehnen ist. Im fünften Abschnitt skizziere ich auf dieser Grundlage eine mögliche gesetzliche Normierung für die Einwilligung des Berechtigten als allgemeine Rechtsregel.

2. Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund

Versteht man den Willen und die Dispositionsfreiheit des Berechtigten als Werte, die mit dem Wert der Erhaltung bestimmter materieller Güter oder Interessen kollidieren, folgt daraus, dass die Einwilligung nur auf der Ebene der Rechtswidrigkeit wahrgenommen wird, wo sie innerhalb dieser Kollisionslage entweder als Gewicht auf der einen Seite einer Güterabwägung wirken kann oder zu einem rechtlich zulässigen Verzicht auf den Schutz der eigenen Güter oder Interessen führt. Eine tatbestandsausschliessende Wirkung kann die Einwilligung des Berechtigten nach diesem Verständnis nur dann haben, wenn der Tatbestand begrifflich ein Verhalten gegen den Willen des Opfers verlangt. Um solche Fälle – man denke an Vergewaltigung – von der Einwilligung abzugrenzen, hat sich der Begriff „Einverständnis" eingebürgert. Die hier vertretene Position integriert hingegen das Element des Willens des Berechtigten im Individualrechtsgut. Dies führt dazu, dass die Betätigung des Willens mittels Einwilligung in ein gewünschtes Verhalten Dritter den Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit des Eingriffs zur Folge hat.[837]

Unbestritten sind die bedeutsamen Auswirkungen der Einordnungsfrage auf den Vorsatzinhalt, die Irrtums- und die Versuchslehre sowie die Formulierung der Rechtfertigungsvoraussetzungen.[838] Doch zeigt sich hier nicht selten, dass trotz unterschiedlicher Ausgangsposition gleiche Ergebnisse erzielt werden können, wenn man gleiche Ergebnisse erzielen will und dafür bereit ist, die eigene Position etwas

---

[837] Vgl. zum Ganzen FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 87.

[838] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 19.

zu biegen. So führt die Lehre des Tatbestandsausschlusses bei einem umgekehrten Tatbestandsirrtum – die objektiv vorhandene Einwilligung des Berechtigten liegt vor, der Täter geht aber davon aus, dass nicht eingewilligt wurde – ohne weiteres zur Annahme eines strafbaren (untauglichen) Versuchs.[839] Das Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten" fehlt zwar auf der objektiven Seite, da der Berechtigte eingewilligt hat, der Täter denkt aber, dass es besteht. Vertreter des Kollisionsmodells und der Rechtfertigungslehre müssten hingegen konsequenterweise ein vollendetes Delikt annehmen, da Rechtfertigungsgründe typischerweise nur wirken, wenn auch die subjektiven Rechtfertigungselemente gegeben sind.[840] So kann nur von einer Notwehrhandlung die Rede sein, wenn „der Täter sich der Notwehrlage bewusst gewesen ist und mit dem Willen zur Verteidigung gehandelt hat".[841] Der objektiv vorhandene Angriff schützt ihn nicht vor einer Bestrafung wegen eines vollendeten Delikts, wenn er nicht wusste, dass er angegriffen wurde und den Angreifer mithin aus seiner Sicht „ohne Grund" verletzt oder getötet hat. Dass der Notstandstäter die Notstandslage kennen muss und handeln muss, um ein Rechtsgut zu retten, sagt im Übrigen schon das Gesetz in Art. 17 StGB.

Die Tatsache aber, dass man anders als bei Notwehr und Notstand beim Irrtum über die objektiv vorliegende Einwilligung auf eine bestimmte Art und Weise feststellen kann, dass gar kein Erfolg eingetreten ist, da der Berechtigte ja genau dieses Verhalten des Eingreifenden wollte, bringt dann auch Vertreter der Rechtfertigungslehre dazu, hier nur einen Versuch anzunehmen.[842] Es liegt nämlich die typische Konstellation des Versuchsdelikts vor: Handlungsunwert ohne Erfolgsunwert. Dass die dem Täter unbekannt gebliebene Einwilligung hier auch von Vertretern der Rechtfertigungslehre offensichtlich so gelesen wird, dass sie den Erfolgsunwert der

---

839 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 19.

840 So beispielsweise NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 134, es handle sich um ein vollendetes Delikt, da dem Täter nach den Grundsätzen über die subjektiven Rechtfertigungselemente der „rechtmässige Wille" fehle.

841 Vgl. nur BGE 104 IV 1, 2.

842 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 24; vgl. auch TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 143; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 21.

Handlung aufhebt und damit auf Ebene des Tatbestandes wirkt, ist ein weiteres Indiz dafür, dass die Rechtfertigungslösung nicht richtig sein kann. Dafür spricht auch die Tatsache, dass die Vertreter der Rechtfertigungslehre die Konstellation der Einwilligung genau nicht nach den Grundsätzen über die subjektiven Rechtfertigungselemente bewerten. Dies zeigt sich sodann in der etwas unglücklichen Argumentation von Peter Noll, der ganz in der Logik der Rechtfertigungsgründe bleiben will und daher zur Aussage gelangt, die „dem Täter nicht bekannte Einwilligung des Verletzten vermag den Handlungsunwert der Tat nicht aufzuheben."[843] Um die Aufhebung des Handlungsunwertes geht es hier aber gar nicht und muss es für die Beurteilung der Tat als untauglicher Versuch auch nicht gehen – entscheidend ist, dass durch die Einwilligung der Erfolgswert aufgehoben wurde und daher ein vollendetes Delikt ausscheidet.

Wir können gesamthaft folgern, dass die Integration des Willens des Berechtigten in den Tatbestand nicht bedeutet, dass der Tatbestand nur erfüllt ist, wenn auch der bestehende Wille des Berechtigten verletzt wird, sondern vielmehr, dass der Tatbestand dann *nicht* erfüllt ist, wenn der Eingriff mit dem bestehenden Willen des Berechtigten erfolgt. Erfolgt der Eingriff hingegen ohne den Willen des Berechtigten, ist der Tatbestand erfüllt. Erst die Zustimmung des Berechtigten erlaubt den Eingriff. Nichts lässt von diesem Prinzip darauf schliessen, dass ein Eingriff erlaubt sein soll, wenn der Berechtigte nicht zustimmen kann.[844] Es ist aus diesem Grund auch sehr wichtig, bei der Frage nach dem Tatbestandsausschluss zwischen einem Verhalten „gegen" den Willen und einem Verhalten „ohne" den Willen zu unterscheiden.[845] Denn es ist genau die unzutreffende Beschreibung als Verhalten „gegen den Willen", auf der viele der hier diskutierten Argumente gegen das Integrationsmodell und gegen die Lehre des Tatbestandausausschlusses aufbauen.

Es ist auch einseitig und verkürzt, das Hauptargument für das Integrationsmodell und damit für die Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund darin zu sehen, dass

---

[843] NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 134.

[844] Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 131.

[845] Vgl. aber AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

die einzelnen tatbestandlich gefassten Individualrechtsgüter neben der Unversehrtheit der materiellen oder ideellen Güter auch die Freiheit eines Menschen schützen würden, mit seinen Gütern nach Belieben umzugehen.[846] Geschützt wird nämlich nicht der freie Umgang mit den eigenen Gütern – das verleitet zur falschen Annahme, dass nur Menschen, die überhaupt frei darüber verfügen können, geschützt würden –, sondern es wird der Ausschluss der Verfügung über die eigenen Güter durch Dritte garantiert. Das ist keine Überanstrengung eines personalen Rechtsgutsmodells,[847] sondern ein sachgerechtes und sinnvolles Verständnis des Konzepts einer Einbeziehung des individuellen Willens im Individualrechtsgut. Dieses Verständnis erweist sich im Übrigen auch als strafrechtsspezifische Konkretisierung der Unterscheidung in eine positive und eine negative Dimension der grundrechtlich geschützten selbstbestimmten Lebensgestaltung und freien Entfaltung der Person. Diese setzt nämlich den Schutz der psychischen und physischen Integrität vor äusseren Beeinträchtigungen ohne den Willen des Berechtigten voraus.[848] Der rechtlich garantierte Ausschluss der Verfügung über die eigenen Güter durch Dritte – mithin der negative Teilaspekt des Persönlichkeitsrechts – als Grundlage und Voraussetzung für einen selbstbestimmten Umgang mit diesen Gütern ist nichts anderes als ein rechtsstaatlicher Pfeiler unserer Verfassungsordnung zum Schutz der Rechtsunterworfenen.

3. Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal

a) Einleitung

Wir haben gesehen, dass das „Integrationsmodell“ zu präzisieren ist und zwar dahingehend, dass der Wille des Berechtigten oder die Dispositionsfreiheit nicht als solche, sondern als negativ gefasstes Merkmal im Tatbestand integriert wird. Das

---

846 So aber AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

847 Vgl. AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 26 ff.; vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

848 Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 57 ff. und S. 71 ff.

Merkmal ist „negativ gefasst“ weil sein Inhalt durch die Verneinung des Vorliegens eines Sachverhalts definiert wird;[849] mit der Bezeichnung „ohne den Willen des Berechtigten“ wird verneint, dass der Berechtigte in den Eingriff eingewilligt hat. Aus der Tatsache, dass das Element des Willens des Berechtigten in diesem Sinne als negativ gefasstes Element im Tatbestand integriert wird, folgt auch, dass der Inhaber der Individualrechtsgüter somit alleinige Hoheit darüber hat und seine Güter und Interessen vor Eingriffen Dritter geschützt werden. Indem die Dispositionsfreiheit auf diese Weise in das Rechtsgut und damit in den Tatbestand aufgenommen wird, kann der Einwilligungsfähige durch seinen zustimmenden Willen einen Eingriff ermöglichen, da dank des zustimmenden Willens gleichsam die taugliche Angriffsfläche des Tatbestandes entfällt.[850]

Damit wird auch der Tatsache Rechnung getragen, dass erwünschte Eingriffe in die eigenen Güter und Interessen alltägliche Ereignisse sind, die nicht Sache der Strafverfolgung sein müssen. Der Tatbestand wird also so umschrieben, dass er bereits auf den Ausnahmefall eines Verhaltens ohne die Einwilligung des Berechtigten zugeschnitten ist. Eine polizeiliche Untersuchung und ein Strafverfahren müssen daher nicht bei jedem medizinischen Eingriff, bei jedem freundschaftlichen Klaps, bei jeder Entsorgung von Gegenständen durchgeführt werden, um zu schauen, ob das Verhalten – das nach gegenteiliger Ansicht dann immer als tatbestandsmässig beurteilt werden müsste – durch eine wirksame Einwilligung gerechtfertigt ist. Eine Untersuchung des Ereignisses ist nur dann aber immer dann angezeigt, wenn der Verdacht besteht, dass die entsprechenden objektiven Tatbestandselemente erfüllt sind, wozu eben auch das negativ formulierte Merkmal des Handelns ohne Willen des Berechtigten zählt. Solche negativ gefassten Tatbestandsmerkmale, die aufgrund einer allgemeinen Vorwertung bestimmte Personengruppen oder bestimmte Verhaltensweisen aus der Strafbarkeit aussondern[851] bzw. die Strafbarkeit auf Per-

---

849 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 129.

850 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 17; vgl. auch RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 597.

851 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 129; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 129 f., wo er beispielhaft auf § 17 Ziff. 1 dTierSchG

sonen und Verhaltensweisen einschränken, die das Merkmal erfüllen, findet man im Strafgesetzbuch an mehreren Orten:

So ist namentlich gemäss Art. 28 StGB bei einer strafbaren Handlung durch Veröffentlichung in einem Medium ausnahmsweise der Redaktor oder die für die Veröffentlichung verantwortliche Person strafbar (und nicht der Autor), wenn die Veröffentlichung „ohne Wissen oder gegen den Willen des Autors" stattgefunden hat. Nach Art. 84 Abs. 2 StGB kann im Strafvollzug der Kontakt zwischen dem Gefangenen und ihm nahestehenden Personen grundsätzlich nicht „ohne Wissen der Beteiligten" überwacht werden – wissen die Beteiligten, dass eine Überwachung stattfindet, ist das Verhalten bereits tatbestandslos und nicht erst gerechtfertigt. Wer nach Art. 118 Abs. 2 StGB eine Schwangerschaft „ohne Einwilligung der schwangeren Frau" abbricht, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft – willigt die schwangere Frau ein, ist der Tatbestand von Art. 118 Abs. 2 StGB nicht erfüllt; ihre Einwilligung ist kein Rechtfertigungsgrund. Als Gewaltdarstellungen nach Art. 135 StGB gelten nur solche „ohne schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert" – liegen Gewaltdarstellung vor, die einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben, ist der Tatbestand nicht erfüllt; der schutzwürdige Wert ist kein Rechtfertigungsgrund. In Art. 137 Ziff. 2 StGB kann man sodann gut sehen, dass solche Tatbestandsmerkmale mit ähnlicher Wirkung „negativ" oder „positiv" formuliert werden können. Eine unrechtmässige Aneignung wird nämlich unter anderem dann nur auf Antrag verfolgt, wenn der Täter – negativ – „ohne Bereicherungsabsicht" oder wenn er – positiv – „zum Nachteil eines Angehörigen oder Familiengenossen" handelt. Gemäss Art. 164 Ziff. 1 StGB kann eine Gläubigerschädigung durch Vermögensminderung namentlich dann gegeben sein, wenn der Schuldner zum Schaden der Gläubiger dessen Vermögen vermindert, indem er „ohne sachlichen Grund" anfallende Rechte ausschlägt oder auf Rechte unentgeltlich verzichtet – liegt hingegen ein sachlicher Grund dafür vor, ist sein Verhalten tatbestandslos. Eine Verletzung des Schriftgeheimnisses nach

---

hinweist, wonach sich strafbar macht, wer ein Wirbeltier „ohne vernünftigen Grund" tötet.

Art. 179 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter eine verschlossene Schrift oder Sendung öffnet, um von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen, „ohne dazu berechtigt zu sein“ – wenn er in diesem Sinne „berechtigt“ ist, dann ist sein Verhalten nicht etwa gerechtfertigt, sondern es erfüllt bereits den Tatbestand nicht. In Art. 225 StGB und Art. 243 StGB wird sodann mit negativ gefassten Tatbestandsmerkmalen die Strafbarkeit auch bei vorsätzlichem Handeln „ohne verbrecherische Absicht“ bzw. bei Handeln „ohne Fälschungsabsicht“ bestimmt. Das negativ gefasste Merkmal kann, wie in Art. 271 StGB, auch eine fehlende Bewilligung als Voraussetzung des tatbestandsmässigen Handelns bezeichnen.

Nur eine vermeintliche Domäne der negativen Tatbestandsmerkmale ist hingegen der Bereich der sogenannten Willensbruchdelikte.[852] Mit der Bezeichnung „gegen den Willen des Berechtigten“ wird nämlich nicht der Personenkreis oder die Verhaltensweise in einem bestimmten Deliktstypus präzisiert, sondern vielmehr gesagt, worin das tatbestandsmässige Verhalten dieses Delikt überhaupt besteht, nämlich im Bruch eines bestehenden Willens bezüglich eines konkreten Guts.[853] Hier soll denn auch nach dem Kollisionsmodell und der Rechtfertigungslehre bereits das faktische Einverständnis genügen und bereits den Tatbestand ausschliessen. Mit dieser Unterscheidung beschäftigen wir uns im Anschluss an eine präzisere Umschreibung der Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal. Wir werden dann auch sehen, dass strikt zu unterscheiden ist zwischen Tatbeständen, die ein Handeln „gegen den Willen Berechtigten“ verlangen und Tatbeständen, die ein Handeln „ohne den Willen des Berechtigten“ verlangen. Zu diesem Zweck soll zunächst gezeigt werden, inwiefern sich negativ gefasste Tatbestandsmerkmale von den negativen Merkmalen im Sinne der sogenannten Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen unterscheiden.

---

852 Vgl. aber RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 130; vgl. auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 64.

853 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 64 f.

b) Abgrenzung von der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen

Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen geht davon aus, dass die Tatbestandsmässigkeit und die Rechtswidrigkeit eine einheitliche Wertungsstufe darstellen, welche im Sinne eines Gesamtunrechtstatbestandes die Grenze zwischen Recht und Unrecht abschliessend zu bestimmen vermag.[854] Demnach müssen einerseits die in den jeweiligen Strafnormen enthaltenen positiven Tatbestandsmerkmale erfüllt sein, gleichzeitig dürfen keine Erlaubnistatbestände vorliegen, weil diese als negative Tatbestandselemente verstanden werden, deren Bejahung die Tatbestandsmässigkeit ausschliesst.[855] Sämtliche einschlägige Rechtfertigungsgründe müssen folglich jeder Strafnorm als negative Merkmale hinzugedacht werden und zwar in dem Sinne, dass das Nichtvorliegen der Rechtfertigungsgründe Voraussetzung ist für die Tatbestandserfüllung.[856]

Im Fall der einfachen Körperverletzung gemäss Art. 123 Ziff. 1 StGB sähe dies ungefähr wie folgt aus: Wer vorsätzlich einen Menschen in anderer Weise an Körper oder Gesundheit schädigt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft, sofern die verletzte Person *nicht* in die Verletzung eingewilligt hat und die Verletzung *nicht* im Rahmen einer geeigneten, erforderlichen und verhältnismässigen Abwehr eines gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriffs durch den Verletzten erfolgte und die verletzende Handlung *nicht* dazu diente eine nicht anders abwendbare Gefahr für ein eigenes oder fremdes Rechtsgut unter Wahrung höherwertiger Interessen zu retten und die Verletzung *nicht* einer im Rahmen der rechtfertigenden Pflichtenkollision liegenden Sachlage eingetreten ist und auch *keine* weiteren Erlaubnistatbestände erfüllt sind. Der Umstand, dass die Strafnormen im Gesetz nicht auf diese umständliche Weise formuliert sind, könne auf ge-

---

854 WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 124; vgl. grundlegend MERKEL Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, S. 82; vgl. auch S/S-Lenckner/Eisele, Vor § 13 Rn. 15 ff.

855 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 14; vgl. WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 124; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 11; vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 207 f.

856 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 14.

setzestechnische Gründe zurückgeführt werden.[857] Dies ändere aber nichts daran, dass die Erlaubnistatbestände ihrem Sinne nach in die einzelnen Strafnormen zu integrieren seien.[858] Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen ist der Deliktsaufbau folglich nur zweistufig, wobei die erste Stufe den eben beschriebenen Tatbestand verstanden als Gesamtunrechtstatbestand umfasst, mit dem das Werturteil über die im Widerspruch zur Rechtordnung stehenden Tat formuliert wird,[859] und auf der zweiten Stufe die Schuldfrage geklärt wird.[860] Der so verstandene Tatbestand vereinigt mithin die vom dreistufigen Deliktsaufbau bekannten Ebenen der Tatbestandsmässigkeit und der Rechtswidrigkeit.

Für einen solchen Deliktsaufbau spricht zunächst, dass es keinen Grund gibt, dem nach dieser Auffassung als *ratio essendi* des Unrechts verstandenen Tatbestand unrechtsausschliessende und somit für das Unrecht wesentliche Merkmale zu entziehen. Ferner ist es oftmals lediglich eine Frage der Formulierung der Strafnormen, ob ein Umstand als unrechtsbegründend dem Tatbestand oder in seiner Umkehr als unrechtsaufhebend erst der Rechtswidrigkeit zugeordnet ist.[861] Dem wird jedoch entgegengehalten, die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen verkenne den Wertungsunterschied zwischen einem tatbestandslosen und einem zwar tatbestandsmässigen, aber gerechtfertigten Verhalten.[862] So wurde etwa von Welzel kritisiert, dass nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen die Tötung einer Mücke rechtlich genau dasselbe sei, wie die Tötung eines Menschen in Notwehr.[863] In beiden Fällen läge nämlich ein tatbestandsloses Verhalten vor.[864]

---

857 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 14; vgl. grundlegend auch HIRSCH, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen; vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 208.

858 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 14.

859 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 140.

860 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II, § 8 Rn. 11.

861 Vgl. zum Ganzen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 16 m.w.H.

862 WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 126.

863 So WELZEL, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht, S. 210 und WELZEL, Das deutsche Strafrecht, S. 81; vgl. auch LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 8.

Diese Kritik kann zumindest insoweit relativiert werden, als man den mehrdeutigen Begriff „Tatbestand“ im Hinblick auf zwei für die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen relevante Bedeutungen klar definiert. Demnach sei nach Arthur Kaufmann der Begriff „Tatbestand“ verstanden als Deliktstypus Träger sämtlicher positiver Unrechtsmerkmale, die den Strafwürdigkeitsgehalt des jeweiligen Delikts bestimmen.[865] Die Tötung eines Menschen in Notwehr unterliege, im Gegensatz zur Tötung einer Mücke, einem Deliktstypus. Nicht erfüllt ist nach dieser Auffassung aber in beiden Fällen der Tatbestandsbegriff, der „alle Merkmale in sich vereinigt, die zusammen einem menschlichen Verhalten *notwendig* das Wertprädikat ‚rechtswidrig‘ zukommen lassen.“[866] Diesen zweiten, aus seiner Sicht massgeblichen Tatbestandsbegriff bezeichnet Kaufmann als Verbotsmaterie.[867] Damit relativiert er zwar die von Welzel vorgebrachte Kritik, gesteht aber gleichzeitig ein, dass es innerhalb seines Tatbestandsbegriffes zwei Wertungsebenen gibt, nämlich jene des Deliktstypus und jene der Verbotsmaterie. Ersterer entspricht dabei dem Tatbestand und letzterer der Rechtswidrigkeit des dreistufigen Deliktsaufbaus. Der Disput zwischen den Vertretern des herkömmlichen dreistufigen Deliktsaufbaus und den Vertretern der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen betrifft also im Ergebnis vor allem die Frage, wie weit der Begriff des Tatbestandes gefasst sein soll.

Diese Auseinandersetzung über die Reichweite des Begriffes des Tatbestandes war praktisch nur – aber immerhin – in einem Fall relevant, nämlich im Fall eines Irrtums über das Vorliegen einer rechtfertigenden Sachlage. Lange Zeit war umstritten, ob dies ein Tatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum sei. Nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen liegt in diesem Fall eindeutig ein Tatbestandsirrtum vor, da die Rechtfertigungsgründe zum Tatbestand gezählt werden. Nach Welzels strenger Schuldtheorie liegt hingegen nur ein Verbotsirrtum vor, weil

---

[864] Vgl. auch ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 272.

[865] Vgl. KAUFMANN, Schuld und Strafe, S. 103 m.w.H.

[866] KAUFMANN, Schuld und Strafe, S. 108 (kursiv im Original).

[867] KAUFMANN, Schuld und Strafe, S. 108.

sich der Täter über die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens irre.[868] Die Auffassung von Welzel vermochte sich jedoch zu Recht nicht durchzusetzen. Stattdessen wird heute in Literatur und Rechtsprechung überwiegend die eingeschränkte Schuldtheorie vertreten, wonach im Falle eines Irrtums über das Vorliegen rechtfertigender Umstände der Tatbestandsirrtum analog zur Anwendung gelangt.[869] Diese Lösung entspricht zwar im Ergebnis der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Dadurch, dass der Tatbestandsirrtum aber nicht unmittelbar, sondern lediglich analog Anwendung findet, wird jedoch gleichsam zum Ausdruck gebracht, dass die Prämissen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen nicht bejaht werden. Da die Lösung des Irrtums über das Vorliegen von rechtfertigenden Umständen heute keine Schwierigkeiten mehr darstellt und man auch ohne die Prämissen der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen zu bejahen zum richtigen Ergebnis gelangen kann, schwindet die entsprechende praktische Relevanz dieser Auffassung dahin.[870]

Wie oben bereits erwähnt, erscheint es je nach Ausgestaltung der Strafnormen oftmals zufällig, ob ein Umstand als unrechtsbegründend dem Tatbestand zuzuordnen ist oder ob er als unrechtsaufhebender Rechtfertigungsgrund zu berücksichtigen ist. Diese Frage stellt sich jedoch unabhängig davon, ob man die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen vertritt oder nicht. Um dem Vorwurf zu entgehen, sie könne nicht zwischen der Tötung einer Mücke und der Tötung eines Menschen in Notwehr unterscheiden, muss nämlich auch diese Lehre entscheiden, ob ein Umstand als positives Merkmal unrechtsbegründend dem Deliktstypus zuzuschreiben ist oder ob er als negatives Merkmal unrechtsaufhebend erst die Verbotsmaterie entfallen lässt. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zwischen einem negativ gefassten Tatbestandsmerkmal in der Art von „ohne Willen des Berechtigten“,

---

868 WELZEL, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht, S. 196 ff.; vgl. auch HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Problem; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 19 f.

869 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 14 Rn. 55 m.w.H.; vgl. auch SK-Horn/Wolters, § 228 Rn. 2.

870 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil II, § 8 Rn. 11.

„ohne Einwilligung der schwangeren Frau“ oder „ohne schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert“ und den negativen Merkmalen im Sinne der Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale: Erstere dienen der Ermittlung und Beschreibung des tatbestandsmässigen Unrechtstypus; wenn sie nicht vorliegen, kann auch der Tatbestand nicht erfüllt sein. Letztere hingegen wirken in einem Gesamtunrechtstatbestand und es kommt ihnen als „unrechtsausschliessenden und damit rechtfertigenden Merkmalen die Funktion zu, die unrechtsbegründende Wirkung des Tatbestandes (im engeren Sinne) zu kompensieren.“[871] Hier ist es also genau umgekehrt: Wenn sie nicht vorliegen, ist der Tatbestand erfüllt. Während man bei den unrechtsaufhebenden Merkmalen im Sinne der Lehre der negativen Tatbestandsmerkmalen in der Terminologie von Radbruch mithin von Rechtfertigungsgründen im Sinne „allgemeiner“ negativer Tatbestandsmerkmale sprechen kann, handelt es sich beim Merkmal „ohne Willen des Berechtigten“ um ein „besonderes negatives Tatbestandsmerkmal.“[872] Die Einwilligung des Berechtigten ist im Sinne des Integrationsmodells mithin ein negativ gefasstes Merkmal des Tatbestandes und nicht ein negatives Tatbestandsmerkmal im Sinne der Lehre der negativen Tatbestandsmerkmale.

Dies zeigt sich auch daran, dass die Einwilligung nicht als Rechtfertigungsgrund wirkt, sondern als Negierung eines negativ gefassten Elements des Tatbestandes, wohingegen eine Notwehrhandlung gegen einen Angreifer ein Rechtfertigungsgrund ist und nicht etwa den Tatbestand der Körperverletzung oder der Tötung ausschliesst.[873] Wenn man Gewaltanwendung in Notwehr als negatives Tatbestandsmerkmal konzipieren würde, würde das implizieren, dass man keine rechtlich legitimierten Rechtfertigungsgründe braucht, um einen Angreifer zu töten. Dadurch würden wir ihn aber zu einem Gesetzeslosen degradieren. Wir haben gute Gründe,

---

871 So treffend RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 130 m.H. unter anderem auf JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6/56 und JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 250 f.

872 Vgl. HIRSCH, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, S. 256 m.H. auf RADBRUCH, Zur Systematik der Verbrechenslehre, S. 165.

873 Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 224; vgl. auch BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law, S. 61 f.

Menschen nicht zu töten und nicht ohne ihren Willen zu verletzen; diese Gründe werden aber in einer Notwehrlage durch die besseren Gründe, sich selbst oder andere vor einem unmittelbar drohenden Angriff zu verteidigen, überlagert. Daraus ergeben sich im Übrigen auch die verschiedenen Einschränkungen des Notwehrrechts.[874] Nicht geklärt ist damit freilich die Frage, was sodann bei Willensmängeln oder bei Irrtümern des Täters der Fall sein soll.[875]

c) Konkretisierung der Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal

Die Integration der Einwilligung des Berechtigten in die Tatbestände der Individualrechtsgüter als Element in der Form „ohne den Willen" bewirkt, dass ein Eingriff Dritter nur dann die Verwirklichung eines Unrechtstypus ist, wenn dieses Tatbestandelement erfüllt ist, das Verhalten also objektiv betrachtet ohne den Willen des Berechtigten erfolgte.[876] Tatbestandsmässig handelt also nur derjenige, der „ohne den Willen des Berechtigten" in fremde Individualrechtsgüter eingreift.[877] Dieses negativ gefasste Tatbestandsmerkmal kann entweder als ungeschriebenes Merkmal in alle Tatbestände der einschlägigen Individualrechtsgüter „hineingedacht" werden, man kann es in alle Tatbestände hineinschreiben oder man kann diesen Grundsatz in einer allgemeinen Norm festhalten.[878] Später soll gezeigt werden, inwiefern die dritte Variante die sinnvollste ist.[879] Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass die Bestimmung, dass ein Eingriff in ein fremdes Individualrechtsguts nur dann aber immer dann ein tatbestandsmässiges Verhalten darstellt, wenn der Eingriff ohne den Willen des Berechtigten erfolgt, keineswegs die Funktion der Straftatbestände un-

---

874 Zum Ganzen DUFF, Answering for Crime, S. 219.

875 Vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 224: „lack of reasonable belief".

876 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 131; vgl. auch GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 71; HOYER, Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe, S. 113; JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6/65; ZIPF, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, S. 31; ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 274 f.

877 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 154.

878 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 131.

879 Vgl. unten S. 253 ff.

terminiert. Ein Straftatbestand, in dem das Merkmal „ohne den Willen des Berechtigten“ integriert wird, erfüllt seine Funktion als Kommunikationsmittel zwischen Gesetzgeber und potentiellem Täter uneingeschränkt, da klar ersichtlich ist, welche Art von Verhalten staatlich missbilligt wird und daher zu vermeiden ist.[880] Die so gefasste Norm verkörpert in gewisser Weise ohnehin die Selbstverständlichkeit, dass Eingriffe in Güter und Interessen Dritter grundsätzlich nur mit ihrer wirksamen Einwilligung zulässig sind. Der Normappell bleibt bestehen; er verlangt vom Täter in einer konkreten Entscheidungssituation auch nichts anderes, als wenn die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund eingestuft wird, nämlich möglichst Gewissheit darüber zu erlangen, dass sein Eingriff mit dem Willen des Berechtigten erfolgt.[881] Diesbezüglich verliert man also mit der Integration des Willens als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal nichts – man gewinnt aber damit, dass die Rechtsunterworfenen deutlicher darüber informiert werden, dass die Güter und Interessen des Einzelnen der Entfaltung seiner Lebensziele dienen und daher soweit unbeeinträchtigt bleiben müssen, wie sie nicht dieser Entfaltung dienen. Der Schutz der individuellen Güter und Interessen dürfte daher mindestens so gut sein, wie wenn sie vor dem Hintergrund utilitaristischer oder kollektivistischer Verständnisse bloss wegen ihres Eigen- oder Sozialwertes geschützt würden.

In der Literatur wird dieses negativ gefasste Tatbestandsmerkmal zuweilen, vor allem im Kontext von Fällen des sogenannten Einverständnisses, als „gegen den Willen“[882] oder in einer Mischform als „ohne oder gegen den Willen“[883] umschrieben. Dies ist aber nicht etwa überflüssig, sondern vielmehr irreführend. Zwar kann man auch beim Begriff „gegen den Willen“, so wie beim Merkmal „ohne den Wil-

---

880 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 135.

881 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 136.

882 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 31; vgl. auch LACKNER/KÜHL/HEGER, Strafgesetzbuch Kommentar, § 123 Rn. 5: „gegen den erkennbaren oder zu vermutenden Willen“.

883 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 25; vgl. auch GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 113.

len“, das positiv gefasste Gegenstück im Begriff „mit dem Willen“ sehen,[884] so dass in dieser Hinsicht das Kriterium der Einwilligung des Berechtigten erfasst wird. Ein Verhalten „gegen den Willen“ des Berechtigten ist aber nach herkömmlicher Auslegung der Begriffe nicht das Gleiche, wie ein Verhalten „ohne den Willen“ des Berechtigten. Ein Verhalten gegen den Willen setzt nämlich sprachlogisch voraus, dass ein Willen vorhanden ist, gegen den man handelt und der gleichsam gebrochen wird.[885] Ein Verhalten „ohne den Willen“ des Berechtigten kann indes auch dann der Fall sein, wenn gar kein Willen vorhanden ist.

Bereits bei Friedrich Geerds liest man, ein Einverständnis könne nur bei den Delikten tatbestandsausschliessend sein, bei denen der „Straftatbestand ausdrücklich oder seiner Natur nach voraussetzt, dass der Täter objektiv gegen oder ohne den tatsächlichen Willen des Verletzten“ handelt.[886] Mit „tatsächlichem Willen“ meint Geerds freilich nicht den wahren Willen, also nicht das, was der Berechtigte tatsächlich will, sondern nur den im konkreten Fall faktisch erkennbaren Willen. Daher präzisiert er auch, dass nur dann von einem Handeln „gegen oder ohne den tatsächlichen Willen“ die Rede sein kann, wenn ein Willensbruch vorliegt, der Täter „gewaltmässig handelt bzw. den entgegenstehenden Willen eines anderen überwindet.“[887] Der Fall, dass „ohne Willen des Berechtigten“ gehandelt wurde, mithin der Berechtigte gar keinen entsprechenden Willen gebildet hat oder überhaupt bilden konnte, ist damit also ausdrücklich nicht mitgemeint. Unter diesen Vorzeichen ist auch klar, warum es in den Fällen, in denen nach Geerds der Täter „gewaltmässig handelt bzw. den entgegenstehenden Willen eines anderen überwindet“, nicht auf Willensmängel ankommt und das Einverständnis als bloss faktisch dem Verhalten des Täters zustimmender Wille insbesondere auch durch Täuschung erlangt werden darf.[888] Solange der Täter – wie auch immer – verhindern kann, dass das Opfer kei-

---

884 Vgl. auch JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6/56, der darauf hinweist, dass negativ gefasste Merkmale in positive Merkmale umformuliert werden können.

885 Vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 67.

886 GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 264.

887 GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 264.

888 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 181.

nen entgegenstehenden Willen bildet, den der Täter dann gewaltsam brechen oder sonst wie überwinden muss, soll hier die bloss faktische Zustimmung des Opfers immer tatbestandsausschliessend sein.

Dies mag als korrekte Auslegung entsprechender Formulierungen der Tatbestände durchaus richtig sein, bringt aber im Hinblick auf die Dispositionsfreiheit und die autonome Selbstbestimmung des Individuums unter Umständen gravierende Schutzlücken mit sich. Und zwar immer dann, wenn das entsprechende Gut oder Interesse des Individuums ausschliesslich mit einer solchen tatbestandlich gefassten Verbotsnorm geschützt wird, für die immer schon das faktische Einverständnis tatbestandsausschliessend ist. Dadurch wird das Gut und Interesse des Berechtigten nämlich nur gegen gewaltsame Eingriffe geschützt, nicht aber vor Eingriffen, die beispielsweise nur mittels Täuschung ermöglicht werden und damit auf andere Art und Weise nicht dem Willen des Berechtigten entsprechen. Die einzige legitime Verwendung der Formulierung „gegen den Willen des Berechtigten" als Bestimmung der Voraussetzungen für ein wirksames Einverständnis ist mithin dort zu sehen, wo damit eine besondere nötigende Qualifikation einer Tatbegehung gemeint ist – eine gewalttätige nämlich, die einen entgegenstehenden Willen bricht –, wie beispielsweise beim Raub gemäss Art. 140 StGB im Verhältnis zum Diebstahl nach Art. 139 StGB oder bei der Vergewaltigung nach Art. 190 StGB im Verhältnis zur Schändung gemäss Art. 191 StGB. Liegt kein solcher „Grundtatbestand" für den Fall eines entsprechenden deliktischen Handelns „ohne den Willen des Berechtigten" vor, darf die Regel des Einverständnisses, die bloss faktische Zustimmung verlangt und keinen Bruch eines entgegenstehenden Willens voraussetzt,[889] nicht zur Anwendung kommen.

Es ist daher nur in einem Sinne zutreffend zu sagen, dass der zweite Teil der Formulierung „ohne oder gegen den Willen" überflüssig sei: Nur dann nämlich, wenn damit bloss gesagt wird, dass im Merkmal „ohne den Willen" auch die Fälle erfasst sind, in denen der entgegenstehende Wille des Berechtigten vorhanden ist und ge-

---

[889] Vgl. auch KINDHÄUSER, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, S. 149.

gen den dann gehandelt wird, so dass auch hier ohne die Einwilligung des Berechtigten gehandelt wurde.[890] Nur in diesem eingeschränkten Sinne handelt jemand, der „gegen den Willen" des Berechtigten handelt, auch „ohne den Willen" des Berechtigten. In zweierlei Hinsicht ist die Unterscheidung zwischen „gegen den Willen" und „ohne den Willen" hingegen fundamental:

Erstens liegt das Problem nämlich genau in dem Bereich, der vom Kriterium „gegen den Willen" nicht erfasst wird, also in Fällen, in denen der Berechtigte gar keinen Willen bilden kann – man denke an Kleinkinder, Menschen im Koma, demente Personen oder massiv Betrunkene. Wäre das Tatbestandsmerkmal als „gegen den Willen" formuliert, würde eine gravierende Schutzlücke für all die Menschen entstehen, die bezüglich ihrer Güter und Interessen im konkreten Fall oder generell keinen Willen – weder als Erhaltungswillen noch als Verfügungswillen – bilden können. Dies kann am Beispiel des Hausfriedensbruchs erläutert werden: Nach der überkommenen Lehre wäre nämlich weder der betrunkene, noch der schlafende oder der getäuschte Hausrechtsinhaber davor geschützt, dass eine fremde Person sein Haus betritt, obschon er das eigentlich nicht will. Denn zum einen setzt ein Hausfriedensbruch nach dieser unzutreffenden Ansicht voraus, dass der Täter einen entgegenstehenden Willen des Rechtsgutsinhabers bricht oder umgeht. Dies sei aber schon dann nicht der Fall, wenn der Hausrechtsbesitzer bloss auf der Grundlage seines faktischen Wille einverstanden ist, wobei es keine Rolle spielt, ob dieser Wille einer angemessenen Lagebeurteilung entspringt.[891] Zum anderen soll nach dieser Ansicht darüber hinaus auch gelten, dass das Einverständnis – anders als die Einwilligung – weder konkludent noch ausdrücklich erklärt werden muss; es sei die bloss innere Zustimmung ausreichend.[892] Aber wie soll ein solcher Hausrechtsinhaber, der kei-

---

890 Vgl. etwas unklar RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 131.

891 Vgl. GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 118: „Das Erkennen der Tragweite des Einverständnisses (Einsichtsfähigkeit) ist nicht erforderlich." Vgl. auch WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 367; vgl. kritisch dazu auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 201.

892 Vgl. WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 368; GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 118 f.; differenzierend JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 374.

nen entgegenstehenden Willen hat bilden können und der selbstredend auch nicht beweisen kann, dass keine „innere Zustimmung“ vorlag, gegen einen Täter strafrechtlich vorgehen können, der sich in seinem Haus breit macht und dann nach einer Weile wieder geht?

Auch in Anbetracht dieser Schutzlücke legt das Bundesgericht die Formulierung „gegen den Willen“ beim Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB daher entgegen dem Wortlaut so aus, dass gegen den Willen des Berechtigten derjenige in einen fremden Raum eindringt, der den „Raum ohne die erteilte Einwilligung des Trägers des Hausrechts betritt“, wobei diese Einwilligung durchaus auch „generell oder konkludent erteilt werden und von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht werden“ kann.[893] Damit liegt ein Eingriff in das Hausrecht bereits dann vor, wenn „ohne den Willen des Berechtigten“ gehandelt wurde – man denke an den Fall, bei dem sich der Täter ins Haus schleicht, während der Hausrechtsinhaber schläft, oder bei dem sich der Täter durch Vortäuschen eines fiktiven Grundes Zutritt in das Haus verschafft.[894] Daher ist auch der Träger des Hausrechts geschützt, der keinen Willen bilden kann, gegen den der Täter dann handelt, und also auch keine Einwilligung „erteilen“ kann, die alleine das Betreten des Raumes erlauben würde. Ausser der insofern irreführenden und vom Bundesgericht berichtigten Bezeichnung in der Strafnorm, die ein Handeln „gegen den Willen des Berechtigten“ verlangt, spricht nichts dafür, den Schutz des Hausrechts all jenen Menschen zu verwehren, die im Moment des Betretens des Hauses durch den Täter keinen aktuellen Willen gegen diese Handlung bilden können. Im Fall von Kindern, die noch keinen natürlichen Willen gegen das Eindringen in das Haus bilden können, ist sodann der Hinweis

---

[893] BGE 108 IV 33, 39; vgl. auch BGE 128 IV 81, 85: „La Cour de céans a précisé qu’il y a intrusion illicite lorsque l‘auteur pénètre dans un local sans autorisation de celui qui a le pouvoir d’en disposer.“ Vgl. auch SK-Rudolphi, § 123 Rn. 13 (ohne den Willen des Berechtigten); unklar hingegen STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 6 Rn. 8, die einerseits von „gegen den Willen des Berechtigten“, andererseits dann aber doch auch im Sinne des Bundesgericht von „Eintreten ohne Bewilligung“ sprechen; das beschreibt aber offensichtlich nicht ein gleichartiges Verhalten.

[894] Vgl. auch SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 3, Art. 186 Rn. 15 (heimliches Eindringen).

darauf, dass diese „normalerweise kein Hausrecht auszuüben pflegen“[895] ungenügend. Das würde nämlich bedeuten, dass Kinder, die ausnahmsweise ein Hausrecht ausüben, ebenfalls schutzlos bleiben und jeder ungehindert das Haus, die Wohnung oder das Zimmer betreten dürfte. Die Erlaubnis kann in diesem Fall, wie bei anderen Individualrechtsgütern von Kindern, bei denen es nicht um unvertretbare Entscheidungen existentieller Natur geht,[896] nur mittels mutmasslicher Einwilligung oder Stellvertretung erfolgen.[897]

Man darf sich auch nicht vom Begriff Hausfriedens*bruch* beirren lassen: Das bedeutet nicht, dass der entgegenstehende Wille des Hausrechtsinhabers gebrochen werden muss, sondern nur, dass der Hausfrieden gebrochen wird. Der entsprechende Art. 186 StGB ist denn auch in der Marginalie auf Französisch mit *violation de domicile* und auf Italienisch mit *violazione di domicilio* umschrieben; es geht nicht um ein Verstoss gegen den Willen oder einen Willensbruch, sondern um die Verletzung des Hausrechts. Wie wir gesehen haben, kann das Willenselement im Rahmen des Integrationsmodells entsprechend präzisiert werden, ohne dass man das Konzept der Integration des Willens aufgeben muss und zwar so, dass die korrekte Formulierung des Kriterium „ohne den Willen des Berechtigten“ lautet. Das Willensmoment wird so in seiner negativ gefassten Form zur Unrechtskonstituierung herangezogen. Sofern man das Integrationsmodell sachgerecht und vernünftig so präzisiert, ist es auch nicht nötig, ein neuartiges, alternatives Rechtsgutskonzept im Sinne des Basismodels zu entwickeln.[898]

Zweitens muss zwischen dem Merkmal „ohne den Willen“ und dem Merkmal „gegen den Willen“ auch aus einem ganz anderen Grund unterschieden werden. Das Merkmal „gegen den Willen“ umschreibt in einigen Tatbeständen nicht bloss ein Verhalten, welches nicht mittels Einwilligung des Berechtigten erlaubt wurde, sondern ein Verhalten, das darüber hinaus den Bruch eines bestehenden Willens bezüg-

---

[895] So ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 81.

[896] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 175.

[897] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 68.

[898] Vgl. oben S. 188 ff.

lich eines konkreten Guts beinhaltet. Dies kann bei der Nötigung gemäss Art. 181 StGB das Wesen des Deliktstypus ausmachen oder bei der Vergewaltigung gemäss Art. 190 StGB ein Element bezeichnen, das dieses Verhalten gegenüber einem vergleichbaren Verhalten ohne den Willen des Berechtigten – man denke an die Schändung gemäss Art. 191 StGB – qualifiziert.[899] Eine Vergewaltigung stellt gegenüber einer Schändung auch deshalb in der Regel gleichsam ein grösseres Unrecht dar und hat deshalb eine höhere Mindeststrafe – ein Jahr Freiheitsstrafe für Vergewaltigung im Vergleich zu Geldstrafe für Schändung –, weil hier zusätzlich mit Nötigungsmitteln, namentlich mit Gewalt oder Drohung, ein bestehender Wille gebrochen wird. Eine blosse Täuschung ist in dieser Hinsicht ein weniger schwerer Eingriff als die Gewaltanwendung oder die Drohung.[900] Dem Zwang durch Gewalt oder Drohung haftet ein Grausamkeitselement an, das der Täuschung fehlt. Denjenigen, der Gewalt anwende oder drohe, lasse das Leiden, das er dabei verursache, kalt. Dagegen füge derjenige, der täusche, durch das Täuschen kein vergleichbares Leiden zu;[901] wenn auch ein durchaus erhebliches Leiden.[902] Der allgemeine Unwert des Verhaltens liegt bei einem solchen Eingriff in die sexuelle Integrität darin, dass der Geschlechtsverkehr vollzogen wird, ohne dass das Opfer das will; der Täter hat mit dem Opfer Geschlechtsverkehr, obschon ihm bewusst ist, dass das Opfer es so nicht will. Dass der Täter den Geschlechtsverkehr mit Gewalt oder Drohung erzwingt, hat darüber hinaus einen besonderen und eigenständigen Unwertgehalt. Einen solchen eigenständigen Unwertgehalt hat die Täuschung hingegen nicht; vielmehr wirkt sich diese nur bei der Frage nach der Wirksamkeit der Einwilligung aus. Daraus folgt, dass ein erzwungener Geschlechtsverkehr nicht als Schändung, sondern als Vergewaltigung bestraft wird. Ein durch Täuschung erlangtes „Einverständnis“ in einen Geschlechtsverkehr ist also kein Eingriff „gegen den Willen des

---

899 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 9.

900 So auch PUNDIK, Coercion and Deception in Sexual Relations, S. 109: “[C]oercive sexual relations are more wrongful than deceptive sexual relations. [C]oercive sexual relations have typical features in addition to lack of consent which render them more wrongful than deceptive sexual relations.“

901 Vgl. zum Ganzen PUNDIK, Coercion and Deception in Sexual Relations, S. 97 f.

902 Vgl. DOUGHERTY, Sex, Lies, and Consent, S. 717 ff.

Opfers", auf jeden Fall aber ein Eingriff „ohne den Willen des Opfers",[903] das diesen Geschlechtsverkehr so nicht will und den Eingriff nur erlaubt hat, weil es darüber getäuscht wurde. Das Opfer hat mithin keinen entgegenstehenden Willen bilden können, der dann vom Täter gebrochen wurde; es hat aber trotzdem einen Eingriff erlitten, den es so nicht gewollt hätte.[904]

Die Unterschiede zwischen den beiden Tatabläufen sind mithin nur deshalb zulässig, wenn der Täuschungsfall regelmässig vom Tatbestand der Schändung erfasst wird, was nach heutiger Rechtsprechung noch nicht geschieht. Im Übrigen muss auch geklärt werden, inwiefern der Geschlechtsverkehr bei einer explizit und eindeutig kommunizierten Ablehnung als ein Verhalten „gegen den Willen" beurteilt werden kann und insofern als Vergewaltigung zu bewerten ist.[905] Da Sexualdelikte die sexuelle Selbstbestimmung des Einzelnen schützen,[906] muss gelten, dass der Geschlechtsverkehr nur zulässig ist, wenn beide Parteien unter Kenntnis der Umstände einverstanden sind. Dementsprechend muss jeder Willensmangel bei der Einwilligung in den Geschlechtsverkehr gleichermassen dazu führen, dass ein Sexualdelikt einschlägig ist. Aber nicht jede mangelhafte Einwilligung wird mit Gewalt oder Drohung erzwungen – wenn dies der Fall ist und der Eingriff also nicht nur „ohne den Willen", sondern „gegen den Willen" erfolgte, ist die Bestrafung wegen Vergewaltigung zulässig. Nur sofern man beim Geschlechtsverkehr zwischen Täuschung und Gewalt oder Drohung unterscheiden kann, erweist sich auch die Strafrechtsordnung als legitim, in der nicht in beiden Fällen eine Vergewaltigung angenommen wird. In dem Umfang, in dem die Täuschungsfälle kriminalisiert werden sollen, muss dies durch einen anderen Tatbestand erfolgen. Dieses zusätzliche nötigende Element des Unrechts, das in seinem Unwertgehalt über eine blosse Täuschung hinausgeht, legitimiert die höhere Mindeststrafe für die Vergewaltigung; es ist grundsätzlich verwerflicher, mit einer Person gegen ihren Willen Ge-

---

903 Vgl. insofern etwas unklar bzgl. des Kriteriums „gegen" oder „ohne" den Willen AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

904 Vgl. DOUGHERTY, Sex, Lies, and Consent, S. 718 f.

905 Vgl. HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 868 f.

906 Vgl. HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 851 ff.

schlechtsverkehr zu haben, indem man sie bedroht oder sie schlägt, als mit einer Person nur mittels Täuschung ohne ihren Willen Geschlechtsverkehr zu haben. Die Vergewaltigung kann mithin als qualifizierte Form der Schändung angesehen werden. Freilich bedeutet die Tatsache, dass das zusätzliche nötigende Element bei der Vergewaltigung ein im Grundsatz grösseres Unrecht signalisiert, das auch die deutlich höhere Mindeststrafe legitimiert, nicht, dass eine Schändung unter Umstände nicht genau so verwerflich sein kann. Daher ist auch die Höchststrafe für beide Delikte gleich.

Zurzeit kann nicht gesagt werden, dass die Ausgestaltung der entsprechenden Strafrechtsnormen im schweizerischen Recht einen korrekten und kohärenten Umgang mit diesen Aspekten ermöglicht.[907] Nicht zuletzt auch wegen einer eher uneinheitlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich Willensmängel bei Eingriffen in die sexuelle Integrität, bestehen hier eindeutige Schutzlücken.[908] Das kann jedoch nicht an dieser Stelle im Einzelnen ausgeführt werden. Eine umfassende und begründete Lösung für dieses Problem kann man erst nach Abschluss themenspezifischer Forschungsarbeiten erwarten.[909]

Bei Tatbeständen wie dem Hausfriedensbruch oder der Körperverletzung, die keine entsprechende Qualifikation wegen Nötigung kennen, muss das Tatbestandsmerkmal hingegen immer „ohne den Willen des Berechtigten“ lauten. Ein zusätzliches und unabhängiges nötigendes Verhalten „gegen den Willen“ des Berechtigten kann hier freilich in echter Konkurrenz gegeben sein. Der Arzt A, der gegen den Willen des urteilsfähigen berechtigten Patienten B einen Eingriff vornimmt und ihn zu diesem Zweck an den Operationstisch fesselt, erfüllt damit nicht nur den Tatbestand der Körperverletzung durch den operativen Eingriff, sondern auch den Tatbestand der Nötigung – und der Freiheitsberaubung – durch das Fesseln. Es handelt sich nicht um eine für jede Körperverletzung typische Nötigung, die Straftat zu dulden,

---

907 Vgl. SCHEIDEGGER, Vernehmlassungsantwort, S. 175 ff.

908 Vgl. auch HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 852 f. für die Situation in Deutschland.

909 Vgl. vor allem SCHEIDEGGER, Die Einwilligung in sexuelle Handlungen.

die mit der Tatbestandsverwirklichung verbunden ist, ohne eigenständigen Gehalt bleibt und daher konsumiert werden kann.[910] Im Übrigen liegt hier wegen der Gewaltanwendung auch ein grösseres Unrecht vor, als wenn A den B mittels Täuschung zu diesem Eingriff verleitet hätte.

Bei der Kritik an der These von Amelung, als Anknüpfungspunkt und Begründungsbasis für eine Verletzung des Rechtsguts der körperlichen Integrität müsse man das Kriterium der „Disposition zum Leiden" anwenden, haben wir zudem gesehen, dass der Fehler dieser Argumentation darin besteht, dass sie auf unzulängliche „biologistische" oder „naturalistische" Konzepte zurückgreift. Allgemeiner gesprochen zeigt diese Argumentation aber auch etwas Grundsätzlicheres: Dass es nämlich überhaupt falsch ist, den Schutz vor Rechtsgutsverletzung vom Vorhandensein eines positiven Merkmals abhängig zu machen, das über die Tatsache eines „Menschen mit Rechten" hinausgeht. Die Vorzeichen müssen genau umgekehrt sein: Für eine Rechtsgutsverletzung im Hinblick auf den Willen und die Selbstbestimmung muss immer ein negativ formuliertes Merkmal ausreichend sein, d.h. dass der tatbestandsmässige Eingriff ohne den Willen der berechtigten Person erfolgt ist. Keine Rechtsgutsverletzung liegt hingegen grundsätzlich nur dann vor, wenn der Eingriff mit dem Willen des Berechtigten erfolgt ist. Das negativ gefasste Merkmal schützt nämlich die positive Verfügung des Berechtigten über die eigenen Güter; ein positiv gefasstes Merkmal in der Art „gegen den Willen des Berechtigten" würde hingegen gleichsam eine negative Verfügung eines Dritten über fremde Güter nicht verhindern, zu denen der Berechtigte keinen aktuellen Willensbezug herstellen kann.[911] Die Disposition zum Leiden kann – anders als der Wille des Berechtigten – nicht sinnvoll negativ gefasst werden. Aber immerhin zeigt sich, dass diese Disposition, gerade weil sie positiv formuliert ist, die Menschen nicht zu schützen vermag, die keine solche Leidensfähigkeit besitzen.

---

910 Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 181 Rn. 10.

911 Vgl. ARZT, Heileingriff aufgrund einer Blanko-Einwilligung, S. 209 f., der hier den treffenden Begriff der „negative[n] Dispositionsfreiheit" verwendet.

Wenn sich aus einer Rechtsgutsdiskussion ergibt, dass man die Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal verstehen muss und daher die Einwilligung des Berechtigten zu einem Tatbestandsausschluss führt, muss die Einwilligungsfrage im Übrigen auch nicht als Zurechnungsfrage gesehen werden. Das Argument, eine solche Sicht der Dinge lohne sich im Übrigen auch für Ärzte, weil ihnen bei der Zustimmung des Patienten die Operation nicht als tatbestandliche Körperverletzung zugerechnet werden könne, greift dann nämlich überhaupt nicht mehr.[912] Dieser Unannehmlichkeit sind Ärzte nämlich nur dann ausgesetzt, wenn man den mit der Einwilligung des Patienten erfolgten ärztlichen Eingriff fälschlich als tatbestandsmässige Körperverletzung betrachtet, die dann erst auf der zweiten Stufe der Rechtswidrigkeit mittels Einwilligung ausnahmsweise gerechtfertigt erscheinen kann. Wenn hingegen nach der hier vertretenen Ansicht die wirksame Einwilligung des Patienten bereits die Tatbestandsmässigkeit des medizinischen Eingriffs entfallen lässt und dieser somit als strafrechtlich unbeachtliches Ereignis zwischen Arzt und Patient im Rahmen der gewöhnlichen sozialen Ordnung erscheint,[913] sieht sich der Arzt auch keinem Vorwurf ausgesetzt, er habe tatbestandsmässig einen Körper verletzt. Wie später gezeigt werden soll, erübrigt sich dann auch ein Sondertatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung.[914]

Wenn das Individualrechtsgut die Einwilligung des Berechtigten als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal integriert, gibt es strukturell keinen Unterschied mehr zum Einverständnis. Da es auch keine sachlogischen Gründe gibt, Einwilligung und Einverständnis voneinander abzugrenzen, zeigt sich, das eine tatbestandsausschliessende Einwilligung alle einschlägigen Deliktstypen und grundsätzlich alle Fälle einer Zustimmung des Rechtsgutsinhabers erfasst. Dies soll im Folgenden erläutert werden.

---

912 Vgl. aber insofern irreführend JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien, S. 23.

913 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 633.

914 Vgl. unten S. 407 ff.

4. Gleichwertigkeit von Einwilligung und Einverständnis

a) Einleitung

Nach der heute wohl noch überwiegenden Ansicht in der Lehre nimmt der Grundsatz der Einwilligung des Berechtigten, ausgehend von der konkreten Formulierung der einzelnen Tatbestände in der Rechtswirklichkeit, zwei Formen an: Die rechtfertigende Einwilligung auf der einen Seite und das tatbestandsausschliessende Einverständnis auf der anderen Seite.[915] Aus diesem Grund kann hier von einer Zweiteilungslehre gesprochen werden.[916] Obschon diese Unterscheidung seit jeher kontrovers diskutiert wird, wird sie regelmässig zumindest als hilfreiches Schema zur Systematisierung bezeichnet.[917] Das Einverständnis soll deshalb bei einigen Delikten bereits tatbestandsausschliessend sein, weil der zustimmende Wille des Berechtigten den betreffenden Tatbestand „ganz offensichtlich ausschliesst"[918] oder der Tatbestand „ausdrücklich oder sinngemäss das fehlende Einverständnis des Betroffenen voraussetzt".[919] Gemeinhin sind gemäss den Vertretern einer solchen strikten Unterscheidung die Voraussetzungen an die Wirksamkeit des Einverständnisses weniger zahlreich, als jene an die Wirksamkeit der Einwilligung. Insbesonde-

---

915 Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 127; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117 und HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 633; vgl. auch RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung, S. 595 und LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 147; grundlegend GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, S. 98 ff.; vgl. aber auch schon BINDING, Handbuch des Strafrechts, S. 717; HONIG, Die Einwilligung des Verletzten S. 119; TRAEGER, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschliessungsgründe, S. 116 ff.

916 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 24.

917 Vgl. BACHMANN, Review Essay Volenti non fit iniuria, S. 1038.

918 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117.

919 DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 258 (beispielsweise die Art. 181, 189, 190 StGB); vgl. RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, § 14 Rn. 55; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 8 Rn. 8; vgl. dazu auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 23 f.; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 147.

re soll für das Einverständnis bereits der „natürliche“ Wille ausreichend sein,[920] d.h. das allein äusserlich erkennbare Verhalten, das auf bestimmte innere Absichten oder Intentionen des Berechtigten schliessen lässt, unabhängig davon, ob diese auf einer freien Willensbestimmung basieren. Ausreichend ist mithin die blosse Tatsache, dass eine Person einen Eingriff ohne erkennbaren entgegenstehenden Willen zugelassen hat, obschon es unter Umständen gerade nicht das ist, was sie bei freier Willensbestimmung gewollt hätte.[921]

Im Folgenden soll die Hypothese überprüft werden, dass es für die Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis und für die daran gekoppelten unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen keine belastbare Begründung gibt; sie sind vielmehr das Produkt einer durch zufällige sprachliche Formulierungen geleiteten Intuition. Damit soll nicht gesagt werden, dass es nicht unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Einwilligung geben kann. Diese ergeben sich aber keineswegs aus der Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung, sondern aus den Umständen des konkreten Eingriffs.[922] Was damit genau gemeint ist, werde ich im letzten Abschnitt darlegen.

b) Traditionelle Unterscheidung und Wirksamkeitsvoraussetzungen

Konkret werden in der Regel aus der prinzipiellen Gegenüberstellung von Einverständnis und Einwilligung fünf Unterschiede hinsichtlich der jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen abgeleitet.[923] Die ersten drei dieser Unterschiede folgen aus

---

920 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn 32a; vgl. dazu auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 34 f.

921 Vgl. auch STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 168 m.w.H.

922 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 32.

923 Vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 34 ff.; vgl. auch zum Ganzen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 4 ff., dessen Darstellung besagter Unterschiede deckt sich hinsichtlich Struktur – und teilweise auch hinsichtlich Wortlaut – fast exakt mit jener Weissenbergers, der sich hier offenbar ganz ohne Hinweis auf die 2. Aufl. des Lehrbuchs von Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, München 1994, bezieht. Roxin nennt eine weitere Differenz in Bezug auf das Kriterium der

dem Gegensatz zwischen dem eher rechtlichen Charakter der Einwilligung und der im Verhältnis zu diesem mehr faktischen Natur des Einverständnisses.[924] Dabei bezieht sich der Begriff „faktisch" darauf, dass ein betreffender Tatbestand bereits begrifflich ein Handeln gegen dem Willen des Opfers voraussetzt, der Begriff „rechtlich" hingegen darauf, dass die betreffenden Tatbestände nicht bereits begrifflich ein solches Handeln voraussetzen. Vielmehr bedarf es hier scheinbar noch eines rechtlichen Konstruktes, um ein mit Einwilligung vollzogenes Handeln zu erlauben. Die letzten beiden Unterschiede in den Wirksamkeitsvoraussetzungen folgen hingegen allein aus der unterschiedlichen systematischen Einordnung des Einverständnisses als Tatbestandsausschlussgrund und der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund.[925]

So soll erstens für das Einverständnis bereits der entsprechende, nicht notwendigerweise nach aussen hin erkennbare, innere Wille ausreichen, während die Einwilligung nach aussen hin durch ausdrückliche Kundgabe oder konkludentes Verhalten erkennbar sein muss.[926] Das Einverständnis muss nach dieser Ansicht nicht konkludent oder ausdrücklich erklärt werden; es kann gleichsam auch in einem „geheimen" inneren Vorgang des Berechtigten wirken.[927] Zum Teil wird hier noch weiter differenziert, da man zusätzlich davon ausgeht, die Wirksamkeitsvoraussetzungen ergäben sich auch aus der Funktion des jeweiligen Tatbestandes und dem Wesen

---

Sittenwidrigkeit (4. Unterschied): Da diese ganz in § 228 StGB-Deutschland gründet, wird vorliegend auf ihre Erörterung verzichtet.

924 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 4; vgl. auch WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 367.

925 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn 4.

926 Vgl. zur Einwilligung RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, § 14 Rn. 58; vgl. auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 260 f. und STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 24 (dem Handelnden muss die Einwilligung bekannt sein); vgl. zum Einverständnis auch BECKERT, Einwilligung und Einverständnis, S. 510; vgl. zum Ganzen BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 54 ff.; vgl. auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 172 und kritisch Rn. 211 f.

927 So besonders deutlich GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 119: „Eine *Erklärung* des Einverständnisses ist *nicht erforderlich*. Es genügt die Tatsache einer bewussten Zustimmung." (kursiv im Original).

des dort geschützten Rechtsguts: So soll beispielsweise der innere Wille etwa beim Handlungsmerkmal des Wegnehmens beim Diebstahl oder bei der Freiheitsberaubung und Entführung ausreichen,[928] nicht aber in bestimmten Fällen der Beleidigung, der Verletzung des Briefgeheimnisses oder der Körperverletzung.[929]

Zweitens sei das Bestehen des natürlichen Willens, den durchaus auch ein aufgrund jugendlichen Alters oder psychischer Störung einsichtsunfähiger Mensch aufweisen kann, auf Seiten des Opfers für dessen Einverständnis ausreichend.[930] Für die Einwilligung hingegen wird vom Berechtigten verlangt, dass er insofern urteilsfähig ist, als er die Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmässigen Eingriffs zu beurteilen vermag.[931] Auch hier wird zuweilen für das Einverständnis noch weiter differenziert: So soll der natürliche Wille dort genügen, „wo der Tatbestand an die Verletzung der natürlichen Handlungs- oder Entschlussfreiheit oder eines faktischen Herrschaftsverhältnisses anknüpft".[932] So soll etwa beim Diebstahl keine besondere Einverständnisfähigkeit des Betroffenen erforderlich sein, so dass einem Kind mit dessen Einverständnis eine in seinem Alleingewahrsam befindliche Sache „weggenommen" werden darf.[933] In Frage käme aber unrechtmässige Aneignung oder Betrug.[934] Höhere Anforderungen jedoch, namentlich Einsichts- und Urteilsfähigkeit

---

928 Vgl. aber anders ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 77 und ROXIN, Über die Einwilligung im Strafrecht, S. 37 f.

929 S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32c.

930 Vgl. dazu auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 6.

931 Vgl. zur Einwilligung DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 260; RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1, § 14 Rn. 58; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21 f.; vgl. zum Einverständnis BECKERT, Einwilligung und Einverständnis, S. 510; vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 8 ff.

932 S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32a.

933 S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32a; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 6.

934 So auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 6.

oder gar Geschäftsfähigkeit, müssen etwa bei ärztlichen Eingriffen[935] und allgemein bei Körperverletzungen erfüllt sein.[936]

Drittens: Während nach herrschender Lehre Willensmängel (Täuschung, Irrtum, Drohung und Zwang) zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, herrscht im Schrifttum die Ansicht vor, dass es eine Frage der Auslegung des betreffenden Tatbestandes, insbesondere von dessen Funktion und des Wesen des in ihm geschützten Rechtsguts sei, welchen diesbezüglichen Anforderungen das tatbestandsausschliessende Einverständnis zu genügen habe.[937] Insbesondere bei Vergewaltigung, Nötigung, Hausfriedensbruch, Erpressung und Wucher sei daher mit Blick auf die dort geforderten Tatmittel bloss das durch Zwang oder Nötigung hervorgebrachte Einverständnis, nicht jedoch das durch Täuschung erlangte Einverständnis wirkungslos.[938] Klarer hält Roxin diesbezüglich fest, dass Irrtum, Täuschung und Zwang beim Einverständnis als unerheblich betrachtet würden, eine Einwilligung hingegen unwirksam machen.[939] Aus alledem folgern Vertreter der Zweiteilungslehre, dass beispielsweise kein Diebstahl vorliegt, wenn der T den 8-jährigen O durch Täuschung dazu überredet, dessen Uhr an sich nehmen zu dürfen, sehr wohl aber eine Sachbeschädigung, wenn der A seinen Nachbar N mittels Täuschung dazu bringt, in das Fällen des Laubbaums des N einzuwilligen, dessen Blätter ständig in den *Swimmingpool* des A fallen.[940]

Viertens kommt beim Einverständnis lediglich ein (untauglicher) Versuch in Betracht, wenn dem Täter die tatsächlich vorhandene Zustimmung des Rechtsgutsträ-

---

935 S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32a.

936 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 6.

937 WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 35, verweist diesbezüglich auf TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1994, S. 117 ff. und auf BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 55. Die entsprechende Aussage scheint sich aber bei allen genannten Autoren *generell* auf die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Einverständnisses zu beziehen.

938 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32 f., noch weiter differenzierend.

939 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 7 und ausführlich Rn. 97 ff.

940 Vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 180.

gers nicht bekannt ist, da dann der objektive Tatbestand nicht erfüllt ist.[941] Bei der Einwilligung müsste man nach dem Kollisionsmodell und der Rechtfertigungslehre hingegen konsequenterweise auch für die Annahme einer vollendeten Straftat argumentieren,[942] da der Eingriff in das materielle oder ideelle Gut des Berechtigten nicht nur der Tatbestand erfüllt, sondern beim Täter auch der Vorsatz hinsichtlich der Verwirklichung des deliktischen Erfolgs vorhanden ist.[943] Viele Autoren, welche die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund betrachten, wenden in diesen Fällen aber dennoch die Versuchsregeln unmittelbar oder analog an, und kommen so zum gleichen Resultat. Da dieses Resultat aber innerhalb der Rechtfertigungslösung eigentlich systemwidrig ist, ist hierzu, anders als beim Einverständnis, eine zusätzliche Begründung notwendig.[944]

Fünftens soll beim Einverständnis aufgrund eines Tatbestandsirrtums ohne weiteres der Tatvorsatz entfallen, beispielsweise im Hinblick auf das Tatbestandselement des „Eindringens“ beim Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB, wenn der Täter irrtümlicherweise das Vorliegen einer tatsächlich nicht vorhandenen Zustimmung annimmt.[945] Im Falle der Einwilligung hingegen irrt der Täter nach herrschender Lehre über die sachlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes. Anders als beim Einverständnis ist dabei umstritten, ob dieser Fall in direkter oder analoger Anwendung von Art. 13 StGB zu lösen ist oder als Verbotsirrtum nach Art. 21 StGB.[946]

---

941 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 9 und Rn. 118.

942 So konsequent NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 134; vgl. auch FISCHER Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch, § 16 Rn. 21.

943 Vgl. zum Ganzen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 9.

944 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 9; vgl. für die Versuchslösung DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 213; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 143; WAIBLINGER, Rechtfertigungsgründe, Rn. 1204 Ziff. 7 und Rn. 1207 Ziff. 10 (explizite Ausnahme bei der Einwilligung von der Regel, dass das subjektive Element zu den Voraussetzungen der Rechtfertigung gehört); vgl. auch JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 383 f.

945 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 10.

946 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 10; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 118.

c) Widerlegung der traditionellen Unterscheidung

aa) Einleitung

Ein Teil der Lehre lehnt diese schematische unterschiedliche Einordnung von Einverständnis und Einwilligung ab und betrachtet letztere ebenso als tatbestandsausschliessend wie das sogenannte Einverständnis.[947] Gemäss Claus Roxin würden hierbei der vierte und der fünfte Unterschied direkt entfallen, während der erste, zweite und dritte Unterschied immerhin relativiert werden müssten. Letzteres deshalb, weil es schwer einzusehen ist, „warum eine gleichermassen tatbestandsausschliessende Zustimmung in ihrer Wirksamkeit an dermassen gegensätzliche Voraussetzungen gebunden sein soll."[948] Bereits dies ist aber ein Hinweis für die Vermutung, dass für die unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen von Einwilligung und Einverständnis keine fundierte Begründung vorgebracht wird. Es ist nämlich zumindest irritierend, dass Roxin einerseits festhält, dass sich lediglich die letzten beiden, nicht aber die ersten drei Unterschiede aus der unterschiedlichen systematischen Einordnung von Einverständnis und Einwilligung ergeben, andererseits aber dennoch argumentiert, dass die ersten drei Unterschiede durch die Aufhebung der unterschiedlichen Einordnung relativiert werden müssen. Denn selbst wenn auch die Einwilligung als tatbestandsauschliessend bewertet werden würde, änderte dies nichts – zumindest nicht ohne weitere Begründung – an dem angeblichen Gegensatz zwischen dem mehr rechtlichen Charakter der Einwilligung und der im Verhältnis zu dieser mehr faktischen Natur des Einverständnisses. Dieser Gegensatz ist aber genau der Grund, weshalb von Roxin die ersten drei Unterschiede angenommen werden.

Wenn man sodann einen Schritt weiter geht und nicht nur argumentiert, dass auch die Einwilligung stets den Tatbestand ausschliesst, sondern auch, dass Einverständ-

---

947 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 7 ff.; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 117 ff.; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 46 ff.; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, S. 209 ff.; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 12 ff.

948 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 11.

nis und Einwilligung überhaupt sachlich gleichbedeutende Zustimmungen sind, erscheint vieles klarer.[949] Es zeigt sich dann nämlich, dass es nicht nur darum geht, die unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen bei beiden Zustimmungen zu relativieren, sondern dass sie die gleichen sein müssen.[950] Unterschiede ergeben sich – wenn überhaupt – gänzlich losgelöst von einer Einteilung in „Fälle von Einverständnis“ oder „Fälle von Einwilligung“.

bb) Argumente gegen die Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung

Zum einen erweisen sich die sprachlogischen Annahmen aus dem Wortlaut des Gesetzes – ein oft genannter Grund für die traditionelle Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung –[951] als wenig überzeugend und als nicht hinreichende argumentative Stütze. Dies sollte eigentlich schon deshalb evident sein, weil sich strafrechtssystematische Unterscheidungen dieser Art nicht auf schwankende Deutungen des Sprachgebrauchs gründen lassen, die darauf abstellen, ob ein die Tatbestandshandlung kennzeichnendes Verb ein Handeln ohne Einwilligung des Berechtigten in sich schliesst oder vielleicht doch nicht.[952] So sagt Horst Schlehofer zu Recht, es liesse „sich bei den meisten Handlungsmerkmalen nicht eindeutig entnehmen, ob sie ein Handeln ohne Zustimmung des Betroffenen voraussetzen.“[953] Zur Illustration nennt er die Tatbestandsmerkmale des Wegnehmens beim Diebstahl und des Eindringens beim Hausfriedensbruch, die nach der überkommenen Lehre ein Verhalten ohne Zustimmung des Betroffenen voraussetzen.[954] Schlehofer führt diesbezüglich aus, dass man allgemeinsprachlich diese Begriffe auch dann verwendet, wenn der Betroffene dem Wegnehmen oder dem Eindringen zustimmt. Das

---

949 Vgl. MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 126 ff.

950 Vgl. MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 132 ff.

951 Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 31.

952 ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 275 f.

953 MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 126.

954 Vgl. BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, § 17 Rn. 93; vgl. auch STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 8; WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 370.

Wegnehmen bezeichnet nämlich allgemeinsprachlich auch das blosse „Von-der-Stelle-Nehmen"; das Eindringen ebenso das schlichte „Hineingelangen".[955] Roxin verdeutlicht diese Einsicht mit den Beispielen, dass einerseits auch Eigentümer oft sagen, „du darfst dir gern ein Stück wegnehmen" und andererseits Menschen auch dann in Höhlen „eindringen", wenn sie zuvor beim Eigentümer die Erlaubnis eingeholt haben.[956]

Angesichts der parlamentarischen Arbeit des Gesetzgebers, bei der bekanntermassen auch redaktionelle Versehen bei der Formulierung von Gesetzestexten vorkommen,[957] ist es zudem zumindest gewagt, aus bestimmten Formulierungen darauf zu schliessen, der Gesetzgeber habe in dieser oder jener Norm eindeutig einen Fall des Einverständnisses bzw. einen Fall der Einwilligung gemeint. Es ist grundsätzlich nicht einfach, mit bestimmten Worten eine Tatbestandshandlung zu umschreiben und damit gleichzeitig zu kommunizieren, ob damit ein Handeln mit, gegen oder ohne den Willen des Berechtigten gemeint sei.[958] Dabei muss nicht behauptete werden, der Gesetzgeber könne Tatbestände beliebig formulieren und würde regelmässig stilistisch willkürlich entscheiden. Es reicht darauf hinzuweisen, dass der Beweis, dass Gesetzestexte nicht auch stilistische Zufälligkeiten enthalten und immer das Resultat einer sprachlich einwandfrei formulierten und dogmatisch reflektierten Stellungnahme sind, noch nicht erbracht wurde und auch nicht erbracht werden kann.[959] Ein solcher Beweis muss aber erbracht werden, wenn behauptet wird, man könne aus der Formulierung herauslesen, ob das ein Fall des Einverständnisses oder der Einwilligung sein muss, oder sogar, ob die Zustimmung des Berechtigten tatbestandsausschliessend oder rechtfertigend sei.

---

955 Vgl. MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 126 m.w.H.; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 157 f.

956 ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, S. 275.

957 Vgl. beispielsweise zu Art. 183 Abs. 2 StGB die Ausführungen in BSK-Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 183 Rn. 8; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 639.

958 Vgl. hierzu bereits ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, S. 129 f.

959 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 157 f.

Aus der oben erfolgten Begründung des vorzugswürdigen Integrationsmodells gegenüber dem Kollisionsmodell folgt zudem, dass die Zustimmung des Betroffenen allgemein schon den deliktstypisierenden Tatbestand ausschliesst. Wenn das für den Fall des Einverständnisses gelten soll, gibt es systematisch gesehen keinen Grund, diese Wertung nicht auch auf die Einwilligung zu übertragen. Die mit einer wirksamen Einwilligung begangene Tat wird durch die deliktstypisierenden Tatbestandsmerkmale nämlich ebenso wenig negativ bewertet, wie die mit einem tatbestandsausschliessenden Einverständnis begangene Tat.[960] Im Übrigen ist es auch nicht so, „dass die mit einer Einwilligung begangene Tat stets eine Rechtsgutsverletzung sei, die mit einem Einverständnis begangene hingegen nicht."[961] Aber selbst wenn man eine Rechtsgutsverletzung im engeren Sinn bei einer mit Einwilligung begangenen Körperverletzung annehmen würde, hätte das nicht zur Folge, dass die Einwilligung ein Rechtfertigungsgrund darstellt.[962] Dies begründet Schlehofer mit Verweis auf den rechtfertigenden Notstand, aus dem hervorgeht, dass eine rechtsgutsverletzende Tat auch die Interessen des Rechtsgutsinhabers beeinträchtigen muss. Dies wird auch im Wortlaut des Art. 17 StGB deutlich, wenn gesagt wird, dass es letztlich um eine Interessenabwägung geht und das höherwertige Interesse gewahrt werden muss; es stehen sich hier also unterschiedliche Interessen gegenüber. Tatbestandsmässiges Verhalten muss nicht nur materielle oder ideelle „Rechtsgüter" sondern stets auch das Interesse der Rechtsgutsinhaber beeinträchtigen.[963] Wie wir aber gesehen haben, werden die Interessen des Rechtsgutsinhabers gerade nicht beeinträchtigt, wenn der Eingriff auf der Grundlage einer wirksamen Zustimmung vorgenommen wird – der „verletzende" Eingriff dient vielmehr den Interessen des Rechtsgutsinhabers. Dies gilt aber unabhängig davon, ob man diese Zustimmung terminologisch nun Einverständnis – das immer tatbestandsausschliessend ist – oder tatbestandsausschliessende Einwilligung nennt.

---

960 So MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 128.

961 MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 128.

962 Vgl. hierzu und zum Folgenden MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 128.

963 MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 128.

Die überkommene Lehre erweist sich sodann auch als widersprüchlich. Auf der einen Seite sollen bestimmte Eingriffe in die Güter und Interessen trotz Einwilligung des Berechtigten wegen der Berücksichtigung von kollektivistischen Interessen, wegen des Eigenwertes des vom Eingriff betroffenen materiellen oder ideellen Guts oder schlicht wegen einer hart paternalistischen oder bevormundenden Grundhaltung des Staates nicht zulässig sein. Auf der anderen Seite sollen – wie wir am Beispiel des Hausfriedensbruchs gesehen haben – Eingriffe in die grundsätzlich geschützte Rechtssphäre des Einzelnen sehr häufig zulässig sein, sobald es sich um einen Fall des Einverständnisses handelt und der Eingriff damit nicht zwingend dem wahren Willen des Betroffenen entspricht. Das Konzept des Einverständnisses erlaubt also regelmässig Eingriffe in individuelle Rechtsgüter, die vom Rechtsgutsinhaber eigentlich nicht gewollt sind, da es hier – anders als bei der Einwilligung – auf den wahren Wille des Berechtigten nicht ankommen soll.[964] Dies deshalb, weil man den bloss inneren Willen gelten lässt, weil es aufgrund von rein terminologischen Betrachtungen alleine auf den „natürlichen" Willen ankommen soll und vom Opfer mithin nicht verlangt wird, dass es die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs zu beurteilen vermag, oder weil Irrtum, Täuschung oder Zwang beim Einverständnis als unerheblich betrachtet werden. Dies führt zur absurden Situation, dass nach der überkommenen Lehre einerseits einige erwünschte Eingriffe übermässig verhindert werden, indem die an sich wirksame Einwilligung als unbeachtlich beurteilt wird – man denke an medizinisch nicht indizierte operative Veränderungen des eigenen Körpers. Andererseits werden einige unerwünschte Eingriffe übermässig zugelassen, weil man den wahren Willen, d.h. den Willen, den ich hätte, wenn ich das Täterverhalten richtig einschätzen könnte, beim hierfür ausreichenden Einverständnis als unbeachtlich bezeichnet – man denke an einen heimlichen Spanner, der sich unter einem Vorwand Eintritt in das Haus verschafft. Diese nicht zu rechtfertigende unterschiedliche Handhabe bezieht sich weder auf die möglicherweise unterschiedliche Struktur, Bedeutung, Funktion oder Inhalt des tatbestandlich geschütz-

---

964 Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 181.

ten Rechtsguts noch auf die unterschiedliche Intensität des Eingriffs, sondern allein auf die sprachlich-formale Unterscheidung einiger Tatbestände.

Die Einordnung und die Bestimmung der möglichen Legitimität der Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung müsste – wenn überhaupt – eine Folge der richtigen Bestimmung des Individualrechtsguts und der entsprechenden Einordnung der Einwilligung als tatbestandsausschliessend sein. Nicht sinnvoll ist es hingegen, ganz einfach von einer bestehenden Unterscheidung auszugehen, und daraus zu folgern, dass es zwei Formen der Einwilligung bzw. tatbestandsausschliessendes Einverständnis und rechtfertigende Einwilligung gibt, diese aber nicht prinzipiell einander gegenübergestellt werden können.[965] Entweder gibt es zwei Kategorien, die unterschiedlich sind und daher auch einander gegenübergestellt werden können, oder es gibt nur eine Kategorie, innerhalb der dann aufgrund anderer Kriterien durchaus differenziert werden kann.

Die Argumentation für die Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung und für daraus folgende unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen ist in der Regel auch zirkulär: Dass zwischen tatbestandsausschliessendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung in der Sache begründete Unterschiede bestehen, zeige sich auch darin, dass beide, was ihre Wirksamkeit betrifft, nicht notwendig denselben Regeln folgen und dass diese beim Einverständnis – im Unterschied zur Einwilligung – von Fall zu Fall verschieden sind.[966] Einverständnis und Einwilligung sind also zu unterscheiden, weil sie unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen haben. Und die unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen bestehen, weil Einverständnis und Einwilligung zu unterscheiden sind.

Dass die Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung hingegen gerade auch wegen ihrer unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen zu Widersprüchen führt, kann anhand des folgenden Beispiels gezeigt werden:[967]

---

965 So STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 9f.

966 So S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33a.

967 Vgl. auch das Beispiel in MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 128.

Der begeisterte aber etwas naive Kunstsammler K wird durch den Täter T wahrheitswidrig darüber informiert, dass ein Bild in dessen Sammlung eine Fälschung sei. T bringt den K sodann dazu, dass K dem T erlaubt, das Bild wegzunehmen, um es zu entsorgen. In Wahrheit behält T das wertvolle Bild für sich.

Würde man der überkommenen Ansicht folgen, zwischen Einwilligung und Einverständnis unterscheiden und entsprechend unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen annehmen, ergäbe sich daraus eine überaus inkohärente Konstellation: Die Einwilligung von K in die vermeintliche Sachbeschädigung durch Entsorgen des Bildes wäre wegen Täuschung unbeachtlich. Sein Einverständnis hinsichtlich der Wegnahme hingegen wäre wirksam, da die Täuschung des T bezüglich des Gewahrsamsbruchs nicht beachtlich ist; es kommt nur auf den faktischen Herrschaftswillen von K an, den er durch sein erschlichenes Einverständnis aufgegeben hat.[968] T würde mit seinem tatsächlichen und von ihm auch so beabsichtigten Verhalten den Tatbestand des Diebstahls gemäss Art. 139 StGB erfüllen, da er mit seiner Täuschung die Möglichkeit schafft, die Sache wegzunehmen.[969] Für dieses Verhalten kann er aber strafrechtlich nicht belangt werden, da hier das Einverständnis von K trotz Täuschung wirksam ist und die Tatbestandsmässigkeit ausschliesst. Für die Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB, die gegenüber dem Diebstahl ein geringeres Unrecht darstellt, könnte T hingegen belangt werden, da die Einwilligung von K in die Entsorgung wegen der Täuschung unbeachtlich ist. Für das geringere Unrecht, dass er vermeintlich begehen wollte, könnte er also bestraft werden, hätte er es begangen, nicht aber für das grössere Unrecht, dass er tatsächlich begangen hat. Sollte T das Bild von K dann aber doch entsorgen, weil er keine Freude daran hat, wäre T dann plötzlich doch wieder wegen Sachbeschädigung strafbar, obschon er für den Diebstahl, der im konkreten Fall eine Vortat zur Sachbeschädigung darstellt, nicht bestraft werden kann. Denkbar wäre aber immerhin eine Bestrafung wegen un-

---

968 Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 139 Rn. 3.

969 Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 15 Rn. 33 m.w.H.

rechtmässiger Aneignung nach Art. 137 StGB, da diese keine Wegnahme, sondern nur die Aneignung einer im Tatzeitpunkt fremden Sache voraussetzt.[970] Dieser Aspekt bleibt vom täuschungsbedingten Einverständnis von K unberührt. Dieses Ausweichen auf einen Grundtatbestand ist aber dann nicht möglich, wenn man in der Tatsache, dass T in deliktischer Absicht das Haus von K betritt, einen Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB sieht, für das es keine privilegierenden Tatbestände gibt. Auch hier soll nach überkommender Ansicht gelten, dass die Täuschung von T bezüglicher seiner Absichten unbeachtlich ist und das bloss faktische Einverständnis von K ausreicht, um den Tatbestand von Art. 186 StGB auszuschliessen. T bleibt also für das, was er tatsächlich getan hat, straflos, er könnte aber für die vermeintliche Sachbeschädigung mit gleichem Unrechtgehalt bestraft werden, hätte er sie begangen.

Die Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung und die damit einhergehenden unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen erweisen sich im Übrigen als viel weniger „schneidig" als oft behauptet wird.[971] Die Differenzierung lässt sich gar nicht konsequent durchhalten, da es viele Tatbestände gibt, die schwer einzuordnen sind und von verschiedenen Autoren auch anders eingeordnet und interpretiert werden:[972] Ist etwa eine Freiheitsberaubung gemäss Art. 183 Abs. 1 StGB nur bei mangelnder Einwilligung des Berechtigten denkbar, so dass beispielsweise die Zustimmung einer urteilsunfähigen Person unter 16 Jahren nicht wirksam ist?[973] Oder soll das natürliche Einverständnis ausreichen, so dass auch Kinder damit „einverstanden" sein können, von einem Fremden in ein Zimmer eingesperrt zu werden

---

970 Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 137 Rn. 4 f.

971 So auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 156 f.; vgl. auch ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 11 ff.; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 636.

972 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 637 f.; MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 126.

973 So STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 183 Rn. 6.

und der Tatbestand von Art. 183 Abs. 1 damit entfällt?[974] Wenn der intendierte Empfänger einer verschlossenen Schrift oder Sendung im Sinne von Art. 179 StGB einen Dritten ermächtigt, diese zu öffnen, könnte man einerseits sagen, dass der Tatbestand von Art. 179 StGB erfüllt ist, die Tat aber gerechtfertigt ist, da der Täter mit dem Willen des Rechtsgutsinhabers gehandelt hat. Andererseits könnte man auch sagen, dass bereits der Tatbestand nicht erfüllt ist, da der Rechtsgutsinhaber den Dritten durch seine Zustimmung zum berechtigten Empfänger gemacht hat.[975] Ähnlich umstritten ist die Bedeutung der Zustimmung bei den Ehrverletzungen.[976] Die Unterscheidung basiert also nicht etwa nur auf rein formalen Kriterien,[977] sondern auf formalen Kriterien, die diffus und unklar sind. Das ergibt sich bereits aus der Tatsache, dass es sich um Kriterien handelt, die normativer Natur sind und keinen gefestigten materiellen Inhalt haben, da sie von der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale im Einzelfall abhängig sind.[978] Sie erlauben als solche also keine strikte und kohärente Zweiteilung anhand des Wortlauts der Tatbestandsnormen mit entsprechend unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen, wie das in der Nachfolge von Friedrich Geerds oft angenommen wurde.[979]

cc) Ein Gedankenexperiment

Wenn sich also die Vermutung bestätigt, dass es keine eigentliche Begründung für die sachliche Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung und für die entsprechend unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen gibt, stellt sich doch die Frage, warum dies überhaupt vertreten wird. Warum wird aufbauend auf stilistischen Formulierungen in den Gesetzestexten zumindest auf die oben genannten ersten drei Unterschiede – für das Einverständnis soll bereits der innere Wille aus-

---

974 Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 198; vgl. ausführlich dazu auch BSK-Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 183 Rn. 5 ff.

975 HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 638.

976 Vgl. MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 126; vgl. auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 156.

977 Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 938.

978 HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 638.

979 So auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 156 f.

reichend sein, es reicht das Bestehen des natürlichen Willens und Willensmängel wegen Irrtum oder Täuschung sollen beim Einverständlich unbeachtlich sein – in den Wirksamkeitsvoraussetzungen geschlossen?[980] Zum einen spielt hier zweifellos das in der Rechtswissenschaft verbreitete Verlangen nach Struktur, Schematismus und systematischer Entsprechung eine Rolle.[981] Versuchen wir aber mittels eines Gedankenexperiments dieser Frage noch etwas mehr auf den Grund zu gehen:

Stellen wir uns eine Gesellschaft vor, die sich noch kein Strafrecht gegeben hat und insofern noch keine rechtlich umschriebene Straftaten kennt, obschon in ihr Handlungen stattfinden, die im allgemeinen Sprachgebrauch in dieser Gesellschaft so bezeichnet werden, wie die entsprechenden Verhaltensweisen, die in unserer Gesellschaft Straftaten darstellen: Sie sprechen also auch von „Diebstahl", „Körperverletzung" „Vergewaltigung", Sachbeschädigung", „Hausfriedensbruch" oder „Tötung", meinen damit aber keine Straftaten oder Normen, sondern beschreiben damit nur ein bestimmtes Verhalten.[982] In dieser Gesellschaft gibt es insbesondere drei wesentliche Verhaltenstypen: Zum einen Handlungen, wie etwa eine Vergewaltigung, die gerade dadurch gekennzeichnet sind, dass der entgegenstehende Wille der Person, gegenüber der man sich so verhält, für diese Handlungen konstitutiv ist; es sind Handlungen, die gegen diesen Willen bzw. ohne Bruch des Willens so nicht denkbar sind. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass nicht nur einem Menschen etwas angetan wird, sondern dass man es erst dann tun kann, wenn man dessen erkennbaren entgegenstehenden Willen in der Regel mit Gewalt oder Drohung bricht. Es gibt sodann Handlungen, die sich dadurch auszeichnen, dass sie immer ohne den Willen des Berechtigten erfolgen, beispielsweise ein Diebstahl oder ein Hausfriedensbruch. Wenn der Hausrechtsinhaber will, dass man sein Haus betritt, spricht man nicht von Hausfriedensbruch. Bei diesen Verhaltensweisen muss nicht zwingend ein entgegenstehender Wille gebrochen werden; sie müssen aber zwingend ohne Zustim-

---

980 Vgl. oben S. 226 ff.

981 Vgl. MONA, Zur Einschränkung der Strafbarkeit des eventualvorsätzlichen Versuchs, S. 318.

982 Ich verdanke die Idee zu diesem Gedankenexperiment Gian Andri Färber.

mung des Berechtigten erfolgen. Drittens gibt es in dieser Gesellschaft Verhaltensweisen, für die sich der besagte Wille – egal in welcher Form – als belanglos erweist; es sind Verhaltensweisen, die genuin gerade losgelöst von irgendeinem Willen gedacht werden können. So ist eine Sachbeschädigung dann der Fall, wenn eine Sache beschädigt ist und letztere bleibt auch beschädigt, wenn derjenige, dem die Sache gehört, dieses Verhalten so wollte. Freilich wäre es in diesem Fall auch in dieser Gesellschaft verfehlt, von einer Person zu sprechen, die durch die Sachbeschädigung etwas erleiden würde.

Dabei geht es zunächst nur um Handlungen an sich und nicht etwa bereits um Handlungen in ihrer tatbestandlichen Erscheinungsform als Straftaten. Damit Handlungen in der hier skizzierten Gesellschaft in der Form von Straftaten erscheinen können, muss sich diese Gesellschaft erst noch ein Strafrecht geben. Entscheidet sie sich zu diesem Schritt, stellt sich unweigerlich die zentrale Frage, weshalb sie gewisse Handlungen auch als Straftaten in Erscheinung treten lassen möchte. Warum und unter welchen Umständen sollen bestimmte Handlungen als strafwürdig bezeichnet werden? Was etwa ist es, was diese Gesellschaft an einer Nötigung oder Vergewaltigung stört? Was an einem Hausfriedensbruch? Was an einer Sachbeschädigung?

Nehmen wir zudem an, dass die Menschen in der fraglichen Gesellschaft mehr oder weniger ähnliche moralische Intuitionen haben wie wir. Strafwürdig an einer Vergewaltigung würde in dieser Gesellschaft dann wohl die Tatsache erachten, dass der Geschlechtsverkehr gerade gegen dem Willen der vergewaltigten Person vollzogen wird – dass sie beispielsweise mit Gewalt oder Drohung genötigt ist, Geschlechtsverkehr zu haben, den sie erkennbar nicht will. Hingegen würden sich die Menschen in dieser Gesellschaft grundsätzlich nicht – zumindest nicht in einem strafrechtlichen Sinne – am blossen Geschlechtsverkehr stossen, der mit Einwilligung stattfindet. Bei einem Diebstahl würden sie die Tatsache als strafwürdig erachten, dass jemand einen Wertgegenstand eines anderen ohne dessen Willen wegnimmt und behält. Nicht strafwürdig wäre hingegen das Wegnehmen und Behalten des Wertgegenstandes mit Einwilligung des anderen; wenn dieser das so will, würde man das nicht Diebstahl nennen, sondern beispielsweise Schenken oder Überlassen.

Aus dem gleichen Grund würden sie sich aber auch nicht bereits an der blossen Beschädigung einer Sache stossen. Vielmehr würde sie eine Sachbeschädigung grundsätzlich erst dann für strafwürdig halten, wenn die Sache nicht nur beschädigt wird, sondern ohne den Willen der Person beschädigt wird, der diese Sache gehört.

Natürlich sind auch Gesellschaften denkbar, in denen ganz andere geistige Zustände bestehen. Nehmen wir zum Beispiel eine Gesellschaft, die aus irgendwelchen ideologischen Gründen gegen jegliches Hegen von Gefühlen und Lust eintritt und Fortpflanzungen nur *in vitro* duldet. Eine Vergewaltigung würde diese Gesellschaft nicht deshalb als strafwürdig erachten, weil sie entgegen dem Willen der erleidenden Person vollzogen wird. Vielmehr würde sie sämtlichen Geschlechtsverkehr verbieten wollen, ganz unabhängig davon, ob die beteiligten Personen das überhaupt wollen oder nicht wollen. In ebendieser Gesellschaft wäre es sodann auch denkbar, dass es ganz und gar verpönt ist, andere Menschen in sein Haus oder seine Wohnung zu lassen – dort könnte es ja unter anderem zu Geschlechtsverkehr kommen. Alle Menschen würden also ganz alleine in ihren Häuschen leben und wenn sie mit anderen Menschen in Kontakt treten wollten, dann würde das nur über elektronische Kommunikation oder in der Öffentlichkeit geschehen. Ein Hausfriedensbruch wäre in dieser Gesellschaft also nicht deshalb strafwürdig, weil eine andere Person ohne den Willen des Hausrechtsinhabers in das Haus eingedrungen ist, sondern weil jedes Betreten eines fremden Hauses, ob mit oder ohne den Willen des Berechtigten, zu bestrafen ist.

Auch ist es denkbar, dass in einer Gesellschaft eine idiosynkratrische Metaphysik verfochten wird, die sich darin ausdrückt, dass sich hinter jedem konkreten Gegenstand eine Idealform dieses Gegenstandes verbirgt und diese Idealform nur dann über die konkreten Gegenstände potentiell erschlossen werden kann, wenn diese konkreten Gegenstände nicht beschädigt werden. Die fragliche Gesellschaft würde demzufolge die Sachbeschädigung verbieten wollen, ganz unabhängig davon, wie immer es um den Willen der betreffenden Personen auch stehen mag. Gegenstände müssten also unter allen Umständen allein ihrer selbst willen erhalten werden. Eine solche Vorstellung könnte im Übrigen auch in einer sehr einfachen Gesellschaft vorherrschen, in der Gegenstände „sakralisiert“ werden, weil sie schlicht für das

tägliche Überleben notwendig sind; das Gleiche würde für den Körper gelten, der möglichst unberührt bleiben muss, weil jeder auch nur minimale Eingriff aufgrund von fehlenden fortgeschrittenem medizinischen Heilmethoden den Tod bedeuten könnte. Diese Sakralisierung führt dazu, dass Gegenstände und Körper einen heiligen Eigenwert haben, der von niemandem – auch nicht vom Individuum selber – angetastet werden darf.

In einer historischen Weiterentwicklung würde die Bedeutung des Materiellen, der Gegenstände und der Körper dann graduell abnehmen und die Bedeutung des Willenselements graduell zunehmen. Spätestens in einer post-modernen Gesellschaft gäbe es im Vergleich zu früheren Gesellschaften hierfür handfeste Gründe: Dank Industrialisierung und Massenproduktion haben Sachen grundsätzlich einen geringeren Erhaltungswert; die Beschädigung der Sache erscheint dann viel weniger an sich schon als strafwürdig. Das Gleiche gilt für Eingriffe in den Körper, die aus medizinischer Sicht auch in unserer Gesellschaft noch vor einigen Jahrzehnten als gefährliche Ausnahme galten, heute hingegen alltäglich sind und routinemässig vorgenommen werden können. Die Bedeutung der blossen Erhaltung der Gegenstände und eine absolut geltende Erhaltung der körperlichen Integrität nehmen entsprechend zwangsläufig ab. Im Zuge einer parallel verlaufenden Individualisierung und Liberalisierung der Gesellschaft entsteht so mehr und mehr das Bedürfnis und die Berechtigung zu einem möglichst freien und uneingeschränkten Umgang mit den eigenen Gütern und Interessen.

Verhaltensweisen in ihrer Erscheinungsform als Straftaten können zwar, wie wir soeben hinsichtlich der Vergewaltigung, des Diebstahls oder des Hausfriedensbruchs gesehen haben, mit der genuinen, d.h. vorrechtlichen Handlung identisch sein, müssen dies, wie bei der Sachbeschädigung, jedoch durchaus nicht. „Vergewaltigung“ beschreibt so vorstrafrechtlich und strafrechtlich das gleiche Ereignis: Einen Geschlechtsverkehr gegen den Willen der betroffenen Person. Das Gleiche gilt für „Diebstahl“ oder „Hausfriedensbruch“: Sie beschreiben ein Wegnehmen ohne den Willen des Berechtigten oder ein Eindringen in das Hauses ohne den Willen des Hausrechtsinhabers. Anders ist es aber bei der „Sachbeschädigung“: Diese beschreibt im vorstrafrechtlichen Sinn die Beschädigung einer Sache, im strafrecht-

lichen Sinn hingegen die Beschädigung einer Sache ohne den Willen des Eigentümers. Grundsätzlich strafwürdig erscheint die Beschädigung einer Sache ohne den Willen des Berechtigten; die blosse Beschädigung einer Sache ohne irgendeinen Bezug zum Willen des Berechtigten ist hingegen grundsätzlich strafrechtlich bedeutungslos. Die Ebene der genuinen Erscheinungsformen von Handlungen und die Ebene der Erscheinungsformen von Handlungen als Straftaten sind somit strikte zu trennen. Auf letztere Ebene gelangen wir, wenn wir bezüglich der Handlungen auf der ersten Ebene die Frage beantworten, welche dieser Handlungen wir weshalb und unter welchen Umständen unter Strafe stellen möchten. Sämtliche Diskussionen über die Bedingungen der Strafbarkeit finden sodann ausschliesslich auf der Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten statt; die Ergebnisse dieser Diskussionen lassen sich nicht bereits auf der Ebene der genuinen Handlungen finden. Werden sie dennoch dort gesucht, werden zwei Ebenen vermengt, die getrennt betrachtet werden müssen.

Wenn also die wohl noch herrschende Zweiteilungslehre einerseits von Taten spricht, die „überhaupt nur bei fehlender Einwilligung denkbar“ sind und andererseits von Taten, bei denen „die Einwilligung […] an der Tatbestandsverwirklichung an sich nichts ändert“,[983] vermischt sie diese beiden Ebenen. Diese Vermengung von vorstrafrechtlichem Phänomen und Strafnorm kann auch erklären, warum ein Teil der Lehre davon ausgeht, dass es auf der Ebene des Strafrechts zwei unterschiedliche Formen der Straftaten und entsprechend zwei verschiedene Formen der Zustimmung mit unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen geben muss. Auf der Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten ist aber auch die Sachbeschädigung überhaupt nur bei fehlender Einwilligung des Eigentümers denkbar; die Einwilligung ändert mithin sehr wohl auch dort die Tatbestandsverwirklichung. Die Sachbeschädigung bleibt also nicht in ihrer Erscheinungsform als Straftat, sondern lediglich auf der Ebene der genuinen Handlungen von einer allfälligen Einwilligung unberührt. Mit anderen Worten: Der Wille des Eigentümers ist für die Sachbeschädigung in ihrer Erscheinungsform als Straftat ebenso konstitutiv,

---

983 STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 153 f.

wie es der entgegenstehende Wille der erleidenden Person bei einer Vergewaltigung oder der fehlende Wille bei einem Diebstahl oder einem Hausfriedensbruch bereits auf der Ebene der genuinen Handlungen ist.

Eine Vermischung der beiden Ebenen zeigt sich im Übrigen auch schon dann, wenn von einem Gegensatz zwischen der mehr faktischen Natur des Einverständnisses im Verhältnis zum eher rechtlichen Charakter der Einwilligung die Rede ist.[984] Denn einerseits gibt es auf der Ebene der genuinen Handlungen überhaupt gar keine rechtlichen Charakteristiken; die Faktizität dessen, dass eine Vergewaltigung nur mit entgegenstehendem Willen der erleidenden Person denkbar ist oder ein Hausfriedensbruch einen fehlenden Willen des Hausrechtsinhabers voraussetzt, konstituiert sich folglich nicht in einem Verhältnis zu eher rechtlichen Merkmalen anderer Handlungen. Andererseits ist auf der Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten der Umstand, dass die Sachbeschädigung in ihrer Erscheinungsform als Straftat ebenfalls nicht ohne fehlenden Willen des Eigentümers denkbar ist, nicht weniger faktisch als auf derselben Ebene der weiterhin bestehende Umstand, dass eine Vergewaltigung den entgegenstehenden Willen oder ein Hausfriedensbruch den fehlenden Willen der erleidenden Person voraussetzt. Zudem sind diese Umstände in exakt derselben Weise rechtlich, da man überhaupt erst dann auf die Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten gelangt, wenn Menschen die Fragen beantworten, welche Verhaltensweisen weshalb und unter welchen Umständen zu bestrafen sind. Auf der Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten, auf der rechtsdogmatische Diskussionen ausschliesslich stattfinden, gibt es folglich keinen prinzipiellen Unterschied zwischen der Denknotwendigkeit des fehlenden Willens beim Hausfriedensbruch und jener des fehlenden Willens bei der Sachbeschädigung. Somit gibt es auch keinen prinzipiellen Unterschied, der Differenzen in den jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einwilligung nach sich ziehen würde. Die Unterschiede zwischen diesen beiden Handlungstypen auf der Ebene der genuinen Handlungen sind auf der Ebene der Erschei-

---

984 Vgl. GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, S. 265; vgl. auch BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 15 C I 1bbb; WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 366 ff.

nungsform von Handlungen als Straftaten vielmehr inexistent. Werden in der Lehre dennoch aus einem vermeintlichen Gegensatz zwischen der mehr faktischen Natur des Einverständnisses im Verhältnis zum rechtlichen Charakter der Einwilligung Unterschiede in den jeweiligen Wirksamkeitsvoraussetzungen abgeleitet, so gründet dies in einer unzureichenden Auseinanderhaltung der beiden Ebenen.

Aus dem Gedankenexperiment folgt, dass sich die Zweiteilungslehre von der unterschiedlichen sprachlichen Umschreibung einzelner Tatbestände leiten lässt, die nur deshalb unterschiedlich formuliert werden, weil man dabei die Ebenen vermengt und weil man die genuine Handlung beschreibt, jedoch die strafrechtlich gefasste Handlung meint. Man versucht beispielsweise dem Phänomen „Sachbeschädigung" auf der Ebene der genuinen Handlungen auf die Spur zu kommen und überträgt dann das, was man dort findet, auf den strafrechtlichen Tatbestand. Neben dieser rein sprachlichen Erklärung findet man keine eigentliche Begründung für die Zweiteilung. Eine solche Begründung kann es auch nicht geben, da die sprachlichen Unterschiede lediglich auf der Ebene der genuinen Handlungen bestehen, nicht jedoch auf der Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten, auf der allein sich rechtsdogmatische Diskurse zu ereignen haben. Im Übrigen werden angesichts dieser Erwägungen auch denjenigen Differenzen in den Wirksamkeitsvoraussetzungen die Grundlage entzogen, die sich aus der unterschiedlichen systematischen Einordnung von Einverständnis und Einwilligung ergeben. Dies deshalb, weil nach dem hier vertretenen Integrationsmodell auf der Ebene der Erscheinungsform von Handlungen als Straftaten selbst eine Sachbeschädigung keine solche ist, wenn die Sache mit Einwilligung der Eigentümerin beschädigt wird. Die Einwilligung hebt das negativ gefasste objektive Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten an der Sache" auf, so dass der Tatbestand entfällt.

dd) Fazit

Aus diesen Gründen kann auch gesagt werden, dass die starre Gegenüberstellung von Einverständnis und Einwilligung heute als weitgehend überwunden gilt.[985] An

---

[985] So RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 182.

der Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung ist in der Tat nicht festzuhalten – die entsprechende Systematik führt regelmässig in die Irre, verleitet zu falschen Wertungen und zur Anwendung von allzu schematischen Lösungsmustern. Insbesondere lässt sich aus der Zuordnung zur Kategorie „Einverständnis" keine verlässliche Aussage darüber treffen, welche dogmatischen Regeln für die Wirksamkeit gelten sollen.[986] Diese ergeben sich sachgerecht vielmehr aus den Regeln für die Einwilligung, und zwar auch immer dann, wenn es sich um Delikte handelt, bei denen die Zustimmung „den Charakter einer Verfügung über ein Recht hat" –[987] man denke an den Hausfriedenbruch gemäss Art. 186 StGB. Eine eigene Kategorie bilden in diesem Sinne – wie wir bereits gesehen haben – nur qualifizierte (nötigende) Deliktsvarianten, bei denen der Tatbestand die Überwindung eines entgegenstehenden Willen des Berechtigten auf eine bestimmte Weise vorsieht. Hier ist die Zustimmung nur dann aber immer dann unbeachtlich, wenn sie gerade auf einem durch das tatbestandliche Handeln herbeigeführten Mangel beruht: Wer den Geschlechtsverkehr nur aufgrund von Gewalt oder Drohung des Täters zulässt, „gibt kein das Nötigungsmerkmal ausschliessendes Einverständnis; wirksam ist hier dagegen eine nur durch falsche Versprechen veranlasste Zustimmung."[988] Diese Regel ist freilich nur legitim, solange die Strafrechtsordnung auch das entsprechende Tatverhalten „ohne den Willen des Berechtigten" – namentlich Geschlechtsverkehr bei relevanter Täuschung oder bei Bewusstlosigkeit des Opfers – hinreichend und konsequent kriminalisiert.[989]

Der Begriff „Einverständnis" ist nach der hier vertretenen Meinung auch nicht nützlich oder notwendig, um ebensolche besonderen Delikte zu markieren, bei denen ein Verhalten „gegen den Willen des Berechtigten" gefordert wird; das ergibt sich

---

986 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 183; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 9; KINDHÄUSER, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, S. 149.

987 So treffend KINDHÄUSER, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, S. 149.

988 Zum Ganzen KINDHÄUSER, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, S. 149.

989 Vgl. hierzu HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 871 f. und S. 875 ff.

bereits aus dem Tatbestand ohne dass man hierfür eine zweiteilige Systematik braucht, die in vielen Fällen zu widersprüchlichen Resultaten führt. Die Zweiteilung kann aus diesem Grund auch nicht als „Faustregel“[990] oder „grobe Orientierungshilfe“[991] dienen. Sie ist in Wahrheit gänzlich obsolet, wenn man konsequent dem Willen des Berechtigten grundsätzlich in allen Individualrechtsgütern eine zentrale Rolle zuteilt und mithin nicht nur einzelne Tatbestände so gelesen werden können oder müssen, dass sie nur bei einem Eingriff „ohne den Willen des Berechtigten“ erfüllt werden, sondern grundsätzlich alle Tatbestände, die dem Schutz von Individualrechtsgütern dienen. Dann bezieht sich die Einwilligung auch nicht allgemein auf den Geltungsgrund der Norm,[992] sondern wirkt unmittelbar – wie im Übrigen das Einverständnis im Sinne der Zweiteilungslehre – auf das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen“. Von hier aus kann man dann in einem politischen Prozess bestimmen, welche Individualrechtsgüter davon ausgenommen werden sollen – man denke etwa an die Tötung auf Verlangen gemäss Art. 114 StGB.

d) Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen aus den Umständen des konkreten Eingriffs

Wenn die Einwilligung immer tatbestandsausschliessend ist und sich die Zustimmung des Berechtigten immer auf das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen“ auswirkt, haben Einverständnis und Einwilligung die gleichen Konsequenzen. Nicht nur das Einverständnis, sondern auch die Einwilligung betrifft ein Tatbestandsmerkmal[993] und zwar genau das gleiche, nämlich das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen“. Sind sie objektiv gegeben, schliessen sie beide den tatbestandlichen Unwert einer Interessenverletzung aus.[994] Dann gilt aber auch die überkommene Ansicht nicht mehr, dass die Wirksamkeitsvoraussetzungen

---

990 So aber KÜPER, Täuschung über Personalien, S. 514.

991 RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 182.

992 Vgl. aber KINDHÄUSER, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, S. 506.

993 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 634.

994 MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 129.

des Einverständnisses sich aus der Funktion des jeweiligen Tatbestandes und dem Wesen des dort geschützten Rechtsguts ergeben, während jene der Einwilligung allgemeinen Grundsätzen zu entnehmen seien.[995] Aus diesen Gründen ist es auch nicht mehr gerechtfertigt, innerhalb des Tatbestandes zwischen Einverständnis und Einwilligung zu unterscheiden. Auch Lehrmeinungen, die Einverständnis und Einwilligung unterscheiden, ohne dass sie lediglich ersteres als tatbestandsausschliessend erachten, sondern durchaus auch die Ansicht vertreten wird, dass die Einwilligung ebenfalls den Tatbestand ausschliesst und nicht bloss rechtfertigend wirkt, arbeiten dann noch mit terminologischen Differenzierungen, die so nicht mehr Bestand haben und nur die damit einhergehenden Widersprüche und Unzulänglichkeiten perpetuieren.[996] Obschon es unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen gibt, gehen diese nicht aus der Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung hervor. Sie bestehen vielmehr unabhängig von dieser Unterscheidung, so dass auch nicht deshalb der traditionellen Unterscheidung beizupflichten ist, weil damit etwa auf sinnvolle Weise auf diese unterschiedlichen Anforderungen hingewiesen werden könne.[997] Die Unterscheidung zwischen Fällen des tatbestandsausschliessenden Einverständnisses und der tatbestandsausschliessenden Einwilligung fördert durch diese Systematisierung nur vordergründig Erkenntnis und Klarheit. In Wahrheit schematisiert und vereinfacht sie zu sehr[998] und macht so eine zielführende Bestimmung und einen vernünftigen Umgang mit unterschiedlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen im Einzelfall viel schwieriger. Man sollte daher ganz von dieser Unterscheidung wegkommen.

Wenn sich die Einwilligung immer auf das negativ gefasste Merkmal „ohne den Willen“ in einem tatbestandlich geschützten Individualrechtsgut auswirkt, bedeutet

---

995 Vgl. MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 125; so aber TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 141; BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 55; S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 32.

996 Vgl. MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 124.

997 So aber wohl SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 119.

998 Vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 80.

das nicht nur, dass terminologisch nicht mehr zwischen Einverständnis und Einwilligung zu unterscheiden ist.[999] Es folgen daraus zwei weitere Konsequenzen: Erstens spricht sich das Gesetz dann nicht nur in Fällen des tatbestandsausschliessenden Einverständnisses,[1000] sondern im Hinblick auf alle Individualrechtsgüter über die formelle Erfordernis der tatbestandsausschliessenden Einwilligung aus. Die Einwilligung muss nämlich dergestalt sein, dass sie das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten" aufhebt; die jeweiligen Erfordernisse der entsprechend tatbestandsausschliessenden Einwilligung ergeben sich also gleichsam – wie nach der Zweiteilungslehre beim Einverständnis – „durch die Interpretation des betreffenden Tatbestandes."[1001] Zweitens kann auch kein Unterschied mehr gemacht werden zwischen der Einwilligung, die schon die Erfüllung eines bestimmten Tatbestandsmerkmals ausschliesst und der Einwilligung, die als Tatbestandsauschliessungsgrund neben die übrigen Tatbestandsmerkmale tritt.[1002] Jede wirksame Einwilligung schliesst nämlich die Erfüllung des negativ gefassten Tatbestandsmerkmals „ohne den Willen des Berechtigten" aus. Entsprechend besteht also auch hier keine Zweiteilung, wonach für die erste Gruppe, die im Wesentlichen dem Einverständnis in der überkommenen Lehre entspricht, zumindest bezüglich der Einwilligungsfähigkeit automatisch geringere Wirksamkeitsvoraussetzungen gelten würden.[1003]

---

999 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 636: „[…] il n'est guère possible de distinguer l'accord du consentement."

1000 Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 64.

1001 NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 123 Fn. 1, freilich vor dem Hintergrund einer Zweiteilung in tatbestandsausschliessende und rechtfertigende Einwilligung.

1002 So aber BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 18; vgl. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 73 f. und ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 80 ff.

1003 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 637; vgl. aber BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 18; vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10, der die prinzipielle Gegenüberstellung von Einverständnis und Einwilligung mit der direkten Folge unterschiedlicher Wirksamkeitsvoraussetzungen für sachlich verfehlt hält.

Was bedeutet dann aber die durchaus zutreffende Aussage, dass es unterschiedliche Anforderungen an die Einwilligung geben kann, die „tatbestandsbezogen" definiert werden müssen?[1004] Oder die Aussage, dass diese unterschiedlichen Anforderungen aus der Struktur des jeweiligen Tatbestandes folgen und nichts mit der Unterscheidung von Tatbestandsausschluss und Rechtfertigung zu tun haben?[1005] Wenn jede wirksame Einwilligung schon die Erfüllung des negativ gefassten Tatbestandsmerkmals „ohne den Willen" ausschliesst und es mithin keine Einwilligung gibt, die nur als Tatbestandsausschlussgrund neben die übrigen Tatbestandsmerkmale tritt,[1006] kann auch daraus keine unterschiedliche Handhabe der Wirksamkeitsvoraussetzung abgeleitet werden.[1007] Das kann also nicht gemeint sein. Vielmehr können ganz allgemein bei jeder Einwilligung als Tatbestandsauschlussgrund generalisierbare Aussagen bezüglich bestimmter Anforderungen – beispielsweise der Einwilligungsfähigkeit des Berechtigten – getroffen werden.[1008] Die Details ergeben sich dann aber aus der Formulierung des einzelnen Tatbestandes, aus dem konkret betroffenen Rechtsguts und den allgemeinen Umständen der Tat. Nur das kann mit „tatbestandsbezogen" gemeint sein. Daher kann aber beispielsweise die Frage, welches Mass an Einsichtsfähigkeit für die Wirksamkeit der Einwilligung erforderlich ist, weder einheitlich für alle Fälle beantwortet werden noch einheitlich für die Gruppe des Einverständnisses und einheitlich für die Gruppe der Einwilligung.[1009] Das ist vergleichbar mit der Art und Weise, wie auch das hinreichende Mass an Gefahr für den rechtfertigenden Notstand je nach konkretem Ereignis und je nach bedrohten Gütern oder Interessen unterschiedlich sein kann. Es gibt also auch keine Form der Einwilligung, die an die Besonderheit einzelner Tatbestandsmerkmale

---

[1004] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 157a; vgl. auch JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7/105 ff.

[1005] SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 119; vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 141; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 157a; WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 160.

[1006] Vgl. aber ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 80.

[1007] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 639.

[1008] Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 138.

[1009] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 138.

gebunden ist, und eine Form der Einwilligung, die sich jenseits dieser Besonderheiten „nur als Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit darstellt."[1010] Jede Einwilligung ist Ausdruck der allgemeinen Handlungsfreiheit. Es gibt aber unterschiedliche Tatbestände und damit geschützte Rechtsgüter, die unterschiedliche Voraussetzungen bedingen. So kann die hier vertretene Lehre der Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund durchaus beispielsweise Irrtum und Täuschung hinsichtlich der Zustimmung zur Wegnahme beim Diebstahl differenzierter behandeln als bei der Zustimmung zur Körperverletzung.[1011] Oft ist es auch schlicht eine Tatfrage, welche Wirksamkeitsvoraussetzungen gelten und ob beispielweise in einem konkreten Fall die hinreichend Einsichts- und Urteilsfähigkeit vorliegt oder nicht. Dies gilt im Übrigen ganz unabhängig davon, ob man allein dem Einverständnis oder auch der Einwilligung tatbestandsausschliessende Wirkung zumisst.[1012] Die Wirksamkeitsvoraussetzungen sind also nicht im Einzelnen unterschiedlich, weil wir es etwa mit unterschiedlichen Formen der Einwilligung zu tun hätten, vielmehr gilt, dass sie „tatbestandsbezogen" je nach Art des betroffenen Rechtsgutes und des konkreten Eingriffs unterschiedlich sein können.[1013]

Wenn also die Voraussetzungen der Einwilligung letztlich nicht nach der unzulänglichen zweiteiligen Systematik, sondern im Einzelnen anhand der betroffenen Tatbestände zu bestimmen sind, gilt hier ganz besonders das *bonmot* von Joseph Beale bezüglich der Tatsache, dass es einen allgemeinen und einen besonderen Teil des Strafrechts gibt: „*No one should try to study one until he has mastered the other*."[1014] Die allgemeine Regel der Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund

---

[1010] So aber ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 80.

[1011] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 157a.

[1012] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 138 f.

[1013] SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120; vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 10; TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 697 ff.; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 640; vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 68: „compte sera notamment tenu de l'état de l'ayant droit et de la nature ou de la gravité de l'acte en question".

[1014] Zit. in GREEN, Consent and the Grammar of Theft Law, S. 2505; vgl. auch ARZT, Heileingriff aufgrund einer Blanko-Einwilligung, S. 212.

und das allgemeine negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten“ können nur kohärent und zielgerichtet angewendet werden, wenn man die Tatbestände aus dem besonderen Teil, auf die sich die allgemeinen Regeln erlaubend auswirken, versteht. Und diese Tatbestände kann man erst kohärent und zielgerichtet anwenden, wenn man die allgemeinen Regeln der Einwilligung, auf die sich die Tatbestände „tatbestandsbezogen“ präzisierend auswirken, versteht. Dieses notwendige Zusammenspiel im Hinblick auf die einzelnen Anforderungen im konkreten Fall soll später im Kapitel über die Voraussetzungen der Einwilligung anhand einzelner Tatbestände vertieft werden. Zunächst soll aber gezeigt werden, dass aus der dargelegten Ansicht auf eine bestimmte Verrechtlichung der Einwilligung in einem konkreten Gesetzesvorschlag als Diskussionsgrundlage für die angestrebte Kodifikation geschlossen werden kann.

5. Verrechtlichung der Einwilligung

a) Ausgangslage

Wenn es richtig ist, dass ein zustimmender Wille des Berechtigten die Tatbestandsmässigkeit eines Eingriffs in seine Güter oder Interessen ausschliesst, wenn die Tatbestandserfüllung ein Handeln ohne den Willen des Berechtigten voraussetzt,[1015] und das Willenselement entsprechend als ein negativ gefasstes Element in die tatbestandlich normierten Individualrechtsgüter aufgenommen wird, folgt daraus, dass die wirksame Einwilligung des Berechtigten grundsätzlich Eingriffe in jedes seiner Individualrechtsgut erlaubt. Wenn das negativ gefasste Tatbestandselement „ohne den Willen des Berechtigten“ auf der Grundlage einer liberal-individualistischen Integrationslehre der Individualrechtsgüter und mithin aus materiellen Gründen – wie oben ausführlich gezeigt – in den jeweiligen Tatbestand aufgenommen wird, ergibt sich die Straflosigkeit eines Verhaltens mit der Einwilli-

[1015] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 2 m.w.H.

gung des Berechtigten letztlich durch das Entfallen eben dieses objektiven Tatbestandselements „ohne den Willen des Berechtigten“.[1016]

In gewisser Weise kann auch gesagt werden, dass die Vereinheitlichung der zuvor von einigen Autoren als unterschiedlich klassifizierten Fälle des Einverständnisses und der Einwilligung dazu führt, dass die auch von der Zweiteilungslehre als unproblematisch angesehene Geltung der Strafvorschriften in Fällen des Einverständnisses und die entsprechenden Wirksamkeitsvoraussetzungen des Einverständnisses auf die Einwilligung erweitert wird.[1017] Denn wenn das Einverständnis in einen Hausfriedensbruch die Geltung der Strafvorschrift gegen den Hausfriedensbruch nicht aufhebt, dann hebt unter diesem Vorzeichen auch die Einwilligung in eine Körperverletzung die Geltung der Strafvorschrift gegen Körperverletzungen nicht auf. Auch für die Vertreter der Zweiteilungslehre ist die Interpretation eines dem Rechtsgutseingriff zustimmenden Willen nämlich als Aufhebung eines negativ gefassten Tatbestandsmerkmals in den Fällen des sogenannten Einverständnisses geläufig.[1018] Wenn aber zwischen Einverständnis und Einwilligung keine Strukturunterschiede bestehen, da es in beiden Fällen „um den willensgesteuerten Umgang mit dem eigenen Gut geht“,[1019] kann für beide das Gleiche gelten. Oder mit anderen Worten: Für die Einwilligung, die dann noch übrig bleibt, kann gelten, dass der tatbestandliche Schutz des Individualrechtsgut unter die Bedingung einer fehlenden Einwilligung gestellt wird.[1020] Liegt bei einem Eingriff in ein materielles oder in ein ideelles Gut oder Interesse keine Einwilligung vor, ist das negativ gefasste Tatbestandselement „ohne den Willen des Berechtigten“ erfüllt und insoweit auch die Tatbestandsmässigkeit. Liegt hingegen eine wirksame Einwilligung vor, entfällt das

---

[1016] Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 12 Fn. 4.

[1017] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 47.

[1018] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 143; vgl. auch MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 128.

[1019] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 143 f. m.H. auf die Kritik an dieser Betonung der „psychologischen Identität von Einverständnis und Einwilligung“ in LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 98.

[1020] RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 143.

Tatbestandsmerkmal und der Tatbestand ist nicht erfüllt. Freilich ist dann noch die Strafbarkeit wegen eines untauglichen Versuchs möglich, wenn der Täter nämlich davon ausging, dass keine wirksame Einwilligung vorlag.[1021]

b) Gesetzesvorschlag

Aus alledem folgt, dass eine kohärente Einwilligungsdoktrin den Willen des Berechtigten als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal versteht, das bei einer Einwilligung entfällt und mit ihm die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens. Die normative Tatsache, dass nur derjenige tatbestandsmässig handelt, der „ohne den Willen des Berechtigten" in fremde Individualrechtsgüter eingreift, könnte zwar als ungeschriebenes Merkmal in alle Tatbestände der einschlägigen Individualrechtsgüter „hineingedacht" werden oder ergänzend in die einzelnen Tatbestände hineingeschrieben werden. Es ist aber zielführender und auch einfacher, diesen Grundsatz in einer allgemeinen Norm festzuhalten:

> nArt. 12a StGB: Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens nur strafbar, wer ohne den Willen [ohne die Einwilligung] des Berechtigten handelt oder untätig bleibt.

Damit wird zum einen klargestellt, dass bestimmte Verhaltensweisen gegen Individualrechtsgüter, d.h. Güter die einen individuellen „Berechtigten" haben, nicht strafbar sind, weil der Täter mit dem Willen des Berechtigten gehandelt hat oder untätig geblieben ist.[1022] Es muss einen berechtigten Rechtsgutsinhaber geben, auf dessen rechtserhebliche Einwilligung es ankommt; einen solchen gibt es bei Kollektivgütern nicht.[1023] Man könnte im Hinblick auf das Tatverhalten auch – etwas umständlicher – formulieren „erfüllt nur derjenige den objektiven Tatbestand eines

---

[1021] Vgl. auch TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, Rn. 290 ff.

[1022] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 633: „Ces comportements ne tombent pas sous le coup des dispositions citées; le bien juridique n'a pas été atteint, car l'auteur a agi en conformité avec la volonté de l'ayant droit. Cet assentiment change la nature de ces actes, qui deviennent des procédés normaux entre individus dans le cadre de l'ordre social."

[1023] Vgl. hierzu bereits HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 170.

Verbrechens oder Vergehens, der ohne den Willen des Berechtigten handelt oder untätig bleibt"; dann wäre noch deutlicher gesagt, dass es sich bei der Einwilligung um einen Tatbestandsausschlussgrund handelt. Auf der anderen Seite scheint aber die Bezeichnung „ohne den Willen des Berechtigten" hinreichend klar ein allgemein gesetztes negativ gefasstes Tatbestandmerkmal zu sein, so dass hieraus folgt, dass die Einwilligung auf Ebene des Tatbestandes wirkt und damit tatbestandsausschliessend ist.

Ebenso wird mit dieser Norm gesagt, dass die Einwilligung grundsätzlich bei Eingriffen in alle Individualrechtsgüter wirksam ist, ausser der Gesetzgeber bestimmt ausdrücklich die Strafbarkeit eines Verhaltens trotz (qualifizierter) Einwilligung des Berechtigten. Dies gilt nach heutigem Gesetz für die Tötung auf Verlangen gemäss Art. 114 StGB und für den Bereich der schweren oder einfachen Körperverletzung explizit nur für den Fall der strafbaren Verstümmelung mit Einwilligung des Betroffenen nach Art. 95 MStG. Abgesehen von ausdrücklich normierten Ausnahmen dürfte die Verfügungsfreiheit des Einzelnen über seine körperliche Integrität nicht eingeschränkt werden.[1024] Sollte der Gesetzgeber weitere Ausnahme festlegen wollen – man denke an bestimmte schwere Eingriffe in die körperliche Integrität – muss er das zwingend ausdrücklich normieren. Zur Bedeutung dieser Konsequenz aus dem Gesetzesvorschlag vor dem Hintergrund der momentanen Regelung der Ausnahmen soll an dieser Stelle nur folgendes gesagt werden: Da bezüglich Individualrechtsgüter von einwilligungsfähigen Berechtigten keinerlei ausdrückliche Ausnahmen wie Art. 114 StGB oder Art. 118 StGB im Hinblick auf strafbare Handlungen gegen den Körper, gegen das Vermögen, gegen die Ehre oder den Geheim- und Privatbereich, gegen die Freiheit sowie gegen die sexuelle Integrität normiert sind, muss hier die Einwilligung des Berechtigten grundsätzlich uneingeschränkt

---

[1024] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 153 f.; vgl. auch HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 170, wenn auch auf der Grundlage der Rechtfertigungslehre; vgl. auch FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 16/8, der zusätzlich die entsprechende Ausnahme im österreichischen § 10 MilStG als „nicht unbedenklich" beurteilt.

gelten.[1025] Die Streitfrage bezüglich der Reichweite einer wirksamen Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Integrität wäre also dahingehend zu entscheiden, dass sie angesichts der fehlenden ausdrücklichen Ausnahmeregelung auch bei einer schweren Körperverletzung immer beachtlich sein muss.[1026]

Der Gesetzesvorschlag lehnt sich terminologisch und strukturell an der Formulierung von Verbrechen und Vergehen in Art. 10 StGB und an die definitorische Generalklausel zum Vorsatz in Art. 12 StGB an. In diesem Sinne könnte man sich auch vorstellen, dem neuen Art. 12a StGB einen vergleichbaren zweiten Absatz beizufügen, in dem der Begriff „ohne den Willen des Berechtigten" genauer umschrieben wird. Ein Vorbild könnte hierfür der Art. 38 StGB-Portugal sein, wo in Abs. 1 zwar von der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund die Rede ist und die Norm zusätzlich eine einschränkende Sittlichkeitsklausel enthält, in Abs. 2 und Abs. 3 jedoch eine Reihe von konkreten Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung genannt werden und in Abs. 4 zudem bestimmt wird, dass die Tat als Versuch zu bestrafen ist, wenn der Täter die vorliegenden Einwilligung nicht kannte.[1027] Aber selbst wenn man ins Gesetz aufnehmen würde, dass die Einwilligung

---

[1025] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 154; vgl. auch HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 170 f.; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 50 ff. und S. 58; vgl. auch FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 16/9, freilich im Sinne der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund.

[1026] Vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 50 f.

[1027] Art. 38 StGB-Portugal: Consentimento – (1) Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes; (2) O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. (3) O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. (4) Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa. Vgl. dazu auch ROXIN, Über die Einwilligung im Strafrecht, S. 40. Vgl. auch den Art. 155 StGB-Spanien mit einer ähnlichen Umschreibung einiger Voraussetzungen der wirksamen Einwilligung, die bei Körperverletzungen wesentlich als Strafmilderungsgrund fungiert: (1) En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. (2) No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Vgl. aber auch Art.

des Rechtsgutsinhabers ernsthaft, frei und aufgeklärt sein muss und jederzeit vor der Tat widerrufen werden darf,[1028]und dass hierfür ausreichende Einwilligungsfähigkeit vorliegen muss, um Sinn und Reichweite der Einwilligung einschätzen zu können,[1029] müssen beispielsweise die konkreten Kriterien für die Bestimmung der Einwilligungsfähigkeit von Lehre und Rechtsprechung entwickelt werden.[1030] Strukturell angelehnt wäre der neue Art. 12a StGB im Übrigen auch am Art. 50 StGB-Italien, wobei hier noch betont wird, dass sich die Einwilligung sowohl auf verletzendes Verhalten („*lede*“) wie auch gefährdendes Verhalten („*pone in pericolo*“) auswirkt.[1031] Im rumänischen Strafgesetzbuch wird in Art. 22 StGB-Rumänien sodann neben der eigentlichen Generalnorm der Einwilligung in Abs. 1 auch gleich die Ausnahmeklausel in Abs. 2 genannt, wonach Einwilligung nicht beachtlich ist bei Delikten gegen das Leben und wenn das Gesetz eine Einwilligung ausdrücklich ausschliesst.[1032] Als eigentlicher Strafausschlussgrund ist die Einwilligung hingegen in Art. 26 Abs. 2 des türkischen Strafgesetzbuchs geregelt.[1033] Eine ähnliche Regelung findet sich sodann im tschechischen Strafgesetzbuch, wobei auch hier auffallend ist, wie detailliert weitere Voraussetzungen genannt werden.[1034] Wie die Vo-

---

125 StGB-Slowenien: Ausschluss der Tatbestandsmässigkeit bzw. der Strafbarkeit einer Körperverletzung bei Einwilligung der verletzten Person.

1028 So Art. 38 Abs. 2 StGB-Portugal.

1029 So Art. 38 Abs. 3 StGB-Portugal.

1030 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 192.

1031 Art. 50 StGB-Italien: Consenso dell‘avente diritto – Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, con consenso della persona che può validamente disporne.

1032 Art. 22 StGB-Rumänien: Consent of the victim – (1) An act stipulated by criminal law is justified when committed based on consent of the victim, if said victim had legal authority over the injured or threatened social value. (2) Consent by the victim does not apply in case of crimes against life, and in case the law excludes this avenue of justification.

1033 Art. 26 StGB-Türkei: Use of a Right and Consent – (1) A person who exercises his right shall not be subject to a penalty. (2) No penalty shall be imposed in respect of any act committed as a result of the declared consent of another person and provided that such person has the full authority to give consent.

1034 § 39 StGB-Tschechische Republik: Consent of the Aggrieved Party – (1) A criminal offence is not committed by those who act with the consent of the injured person, who is fully competent to decide about his /her interests that are affected by such an act. (2)

raussetzungen der Einwilligung – zumindest in den Grundzügen – vor dem Hintergrund der neuen Norm im schweizerischen Strafgesetzbuch zu handhaben sind, soll im Folgenden dargelegt werden.

V. Voraussetzungen der Einwilligung

1. Einleitung

Vor dem Hintergrund einer allgemeinen Einwilligungsnorm wird zwar in einer Strafrechtsordnung einiges klarer, sie kann aber selbstverständlich nicht zu allen umstrittenen Fragen im Rahmen der Einwilligungsdoktrin Antworten liefern. Tatbestandsmerkmale allgemeiner oder besonderer Strafrechtsnormen lassen immer – wenn sie nicht übermässig umfassend und komplex formuliert sein sollen – nicht nur Interpretationsspielräume zu, sondern einzelne Aspekte ganz offen, die von der Rechtsprechung und Lehre möglichst kohärent ausgefüllt und geklärt werden müssen. So wird beispielsweise debattiert und beurteilt, was in Art. 12 Abs. 2 StGB mit der Formulierung „für möglich halten und in Kauf nehmen" gemeint ist, unter welchen Voraussetzungen jemand die Tat „mit Wissen und Willen" ausführt oder im Sinne von Art. 15 StGB „ohne Recht angegriffen" wird, und unter welchen Umständen gesagt werden kann, die Gefahr im Sinne von Art. 17 StGB sei „nicht anders abwendbar" gewesen. Was ist in Art. 111 StGB mit „töten", was in Art. 114 StGB mit der Formulierung „ernsthaftes und eindringliches Verlangen", was in Art. 123 StGB mit „schädigen", was in Art. 137 StGB mit „bereichern", was in Art. 157 StGB mit „Zwangslage" oder was ist in Art. 190 StGB mit „Beischlaf" gemeint? Die Antworten darauf ergeben sich nicht aus dem Gesetz. Die entsprechenden Begriffe weisen mithin nur einen ungefähren Weg, indem sie angeben, worauf es grundsätzlich ankommt. Sie sagen wenig bis gar nichts über die Voraussetzungen,

---

The consent according to Subsection (1) must be given in advance or during the conduct of the person committing an otherwise punishable act, voluntarily, certainly, seriously and comprehensibly; […].

die erfüllt sein müssen, damit diese Tatbestandselemente erfüllt sind. Dasselbe gilt für das Element der tatbestandsauschliessenden Einwilligung bzw. für das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten“ im vorgeschlagenen Art. 12a StGB. Im Folgenden soll daher in den Grundzügen gezeigt werden, was die Voraussetzungen einer wirksamen tatbestandsausschliessenden Einwilligung sind bzw. was von einer Einwilligung des Berechtigten gefordert werden soll, damit das Merkmal „ohne den Willen“ nicht erfüllt ist. Dabei können wir auf eine vielschichtige Literatur und Rechtsprechung zurückgreifen, die hier systematisiert und auf die Schlüsselprobleme hin thematisiert wird.

Aus der Bestimmung der Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund, der Integration des Willens des Berechtigte als negativ gefasstes Merkmal in die tatbestandlich geschützten Individualrechtsgüter und vor allem aus der Ablehnung einer Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung, ergibt sich für die Systematik der Voraussetzungen der Einwilligung folgendes: Unterschiedliche Voraussetzungen ergeben sich nicht oder nur auf sehr unzuverlässige Art und Weise aus einer Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung. Angesichts der Bedeutung der Zustimmung des Rechtsgutsinhabers und zum Schutz seiner individuellen Freiheit ist es zum einen nicht sinnvoll, die tendenziell geringeren Anforderungen, die traditionellerweise für das Einverständnis verlangt wurden, zu verallgemeinern und auf die Einwilligung zu übertragen.[1035] Zum anderen wäre es aber auch nicht sachgerecht, auf alle Fälle die strengeren Voraussetzungen der Einwilligung anzuwenden.[1036] Vielmehr bedingt die Bestimmung der Voraussetzungen für eine wirksame tatbestandsausschliessende Zustimmung oder Einwilligung – wie bereits erwähnt wurde – die Berücksichtigung des betroffenen Rechtsguts, die Natur des Eingriffs und das Verhalten des jeweiligen Täters.[1037] Für die Systematik der Voraussetzungen der wirksamen Einwilligung bedeutet dies, dass diese nicht in zwei Kate-

---

[1035] HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 640; vgl. aber GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 154: „Les principes régissant la validité de l’accord s’appliquent par analogie pour le consentement.“

[1036] HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 640.

[1037] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 640.

gorien erörtert werden, sondern nur innerhalb einer einzigen Kategorie, die begrifflich mit Einwilligung bezeichnet werden kann. Bei einzelnen Voraussetzungen wird dann stellenweise „tatbestandsbezogen“ differenziert werden müssen, wenn sich zeigt, dass bestimmte Tatbestände unterschiedliche Anforderungen verlangen. Dabei lassen sich anhand des Kriteriums des negativ gefasstes Tatbestandsmerkmals folgende Differenzierungen vornehmen: Handelt es sich um besondere tatbestandlich umschriebene Delikte, deren Unrecht in der Überwindung eines entgegenstehenden Willens besteht? Betrifft es also Verhaltensweisen, die ein qualifiziertes Handeln „gegen den Willen des Berechtigten“ voraussetzen und die in einem Grundtatbestand auch dann bestraft werden, wenn der Eingriff „ohne den Willen des Berechtigten“ erfolgt? Oder sind es gleichsam tatbestandlich normierte Grunddelikte, die im Sinne der allgemeinen Norm in nArt. 12a StGB nur gegeben sind, wenn das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten“ erfüllt ist?

Obschon man sich in der Lehre über die verschiedenen Voraussetzungen für eine rechtswirksame Einwilligung im Wesentlichen einig ist, wurden unterschiedliche Systematiken entworfen. Dabei wird mal zwischen formellen und substantiellen Anforderungen unterschieden wird,[1038] mal zwischen objektiven und subjektiven Wirksamkeitsvoraussetzungen,[1039] in denen einzelne Aspekte mehr oder weniger betont und als zentral hervorgehoben werden, in denen einzelne Voraussetzungen begrifflich anders umschrieben werden oder in denen zusätzliche Anforderungen genannt werden. Bei der Prüfung, ob eine wirksame Einwilligung vorliegt, werden also je nachdem verschiedene Prüfungsschritte vorgenommen, die im Kern zwar übereinstimmen mögen, allerdings teilweise auch die in der Praxis vorkommenden Probleme unterschiedlich kategorisieren. Es lassen sich vier wesentliche Elemente herauskristallisieren, die für eine wirksame Einwilligung erfüllt sein müssen: Das geschützte Rechtsgut, in das ein Dritter eingreift, muss ein disponibles Individual-

---

[1038] Vgl. HYAMS, When Consent Doesn’t Work, S. 113 ff. (Procedural Limits, Substantive Limits).

[1039] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 176 ff. und Rn. 191 ff.

rechtsgut sein; die Einwilligung muss vor der Tat erklärt werden und der Täter muss in Kenntnis der Einwilligung handeln; der Einwilligende muss einwilligungsfähig sein; es dürfen keine wesentlichen Willensmängel beim Einwilligenden vorliegen. Die Präzisierung dieser Aspekte geht in aller Regel Hand in Hand mit der näheren Bestimmung der Reichweite der Einwilligung. Abschliessend soll geklärt werden, wie weit die Einwilligung im Hinblick auf das vom Berechtigten erlaubte Ereignis reicht, wenn die Einwilligung sich auf ein bestimmtes Verhalten Dritter bezieht, das für den Einwilligenden ein Risiko oder eine Gefahr schafft. Es soll mithin dargelegt werden, was Inhalt der Einwilligung des Berechtigten sein kann.

2. Disponibles Individualrechtsgut

a) Grundlagen

Die Verfügungsfreiheit des individuellen Berechtigten setzt die Verfügungsbefugnis über das betroffene Rechtsgut voraus; verfügungsbefugt ist der Einzelne nur über Rechtsgüter, die ihrem Wesen nach ihm zustehen, d.h. Individualrechtsgüter wie körperliche Unversehrtheit, persönliche Freiheit, Vermögen, Ehre oder Hausfrieden.[1040] Es handelt sich also um Rechtsgüter, die der Gesetzgeber im Interesse des Einzelnen schützt, weil sie konstitutive Voraussetzungen der Person und des von ihr beherrschten Lebensraum sind.[1041] Die Einwilligung muss auch deshalb auf den Eingriff in ein Individualrechtsgut bezogen sein, weil es sonst nämlich gar keine Person gibt, die einwilligen könnte.[1042] Von der Einwilligung des Berechtigten dürfen nur Individualinteressen betroffen sein, da eine Einwilligung stets nur den Eingriff Dritter in eigene Güter oder Interessen erlauben kann, wogegen der Einzelne

---

[1040] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 614; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 50 Rn. 120; vgl. auch BGE 104 IV 53, 55; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 31 und JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 378.

[1041] AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 939.

[1042] Vgl. HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 170.

nicht über Güter der Allgemeinheit bzw. Kollektivrechtsgüter verfügen darf.[1043] Dabei handelt es sich um Rechtsgüter, die dem Staat oder allgemeiner der Gesellschaft zugeordnet sind, wie beispielsweise die Sicherheit im Strassenverkehr, die öffentliche Gesundheit oder die Rechtspflege.[1044] Die Abgrenzung kann durchaus umstritten sein, namentlich wenn sich der Schutz des Kollektivrechtsguts im Einzelfall auf die Interessen einer einzigen Person reduziert, also wenn jemand beispielsweise einwilligt, auf einer einsamen Strasse im Auto eines Angetrunkenen mitzufahren. Nimmt er hier nur das eigene Risiko eines alkoholbedingten Unfalls in Kauf und könnte er daher – zumindest dem Grundsatz nach – in die Gefährdung durch eine solche Autofahrt einwilligen? Oder schafft die Autofahrt eine Gefahr für das öffentliche Gut der Sicherheit im Strassenverkehr, so dass der Einzelne darin nicht einwilligen darf?[1045]

Die Dispositionsfreiheit wird aber nicht nur durch die Tatsache eingeschränkt, dass der Einzelne über bestimmte Rechtsgüter nicht verfügen darf, weil sie die notwendige Eigenschaft als Individualrechtsgut nicht erfüllen. Sie kann vielmehr durchwegs auch im Hinblick auf einzelne Individualrechtsgüter eingeschränkt werden. Hierfür kommt es unter anderem auf den Wert und die Bedeutung des Individualrechtsguts und auf Grundprinzipien einer bestimmten Rechtsordnung an.[1046] In diesen Fällen – man denke etwa an die Tötung auf Verlangen gemäss Art. 114 StGB – darf aus prinzipiellen Gründen nicht über ein Rechtsgut in dem Sinne verfügt werden, dass man einen Eingriff eines Dritten zulässt, obschon es sich um ein Individualrechtsgut handelt und der Berechtigte auch einwilligungsfähig ist.[1047] In eine wei-

---

[1043] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 10; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 380.

[1044] AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 939.

[1045] Zum Ganzen AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 939, m.H. auf die gegensätzlichen Meinungen zwischen Lehre und Rechtsprechung in Deutschland.

[1046] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 641; vgl. auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 169 und LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 187 ff.

[1047] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 11; vgl. auch GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 29 ff. zu möglichen Begründungslinien für das Verbot der Tötung auf Verlangen.

tere Kategorie gehören sodann objektive Einschränkungen der Einwilligung im Hinblick auf Tatbestände, die ausdrücklich dem Schutz des mitwirkenden Opfers dienen. Hier wird dem Opfer aufgrund einer unwiderlegbaren Vermutung die Fähigkeit abgesprochen, frei und eigenverantwortlich entscheiden zu können; typische Straftatbestände dieser Art sind der Wuchertatbestand gemäss Art. 157 StGB oder Normen, die sexuelle Handlungen mit Kindern (Art. 187 StGB) oder mit Abhängigen (Art. 188 StGB) unter Strafe stellen.[1048] Sodann kann die Dispositionsfreiheit über individuelle Rechtsgüter auch auf der Grundlage von gesetzlichen Zuständigkeiten für Zwangsbehandlungen begrenzt werden.[1049] Im Folgenden soll die erste Kategorie etwas genauer untersucht werden, um insbesondere die Frage beantworten zu können, wo nach der hier vertretenen Konkretisierung der Einwilligung die legitimen Grenzen der Verfügungsfreiheit des Einzelnen über seine Individualrechtsgüter liegen sollten.

b) Grenzen der Verfügungsfreiheit über Individualrechtsgüter

aa) Überkommene Argumente für die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen

Hinreichend gesichert – wenn auch keineswegs unbestritten –[1050] ist die Einschränkung der Verfügungsfreiheit im Hinblick auf eine Fremdtötung selbst bei der qualifizierten Einwilligung des ernsthaften und eindringlichen Verlangens;[1051] der entsprechende Art. 114 StGB zeigt an, dass das Rechtsgut Leben indisponibel ist.[1052] Dies soll hier nicht bestritten werden. Auf der Grundlage eines liberal-individualistischen Konzepts der Einwilligung erscheint diese Einschränkung aber

---

[1048] Zum Ganzen KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 169.

[1049] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 11; vgl. auch PÄRLI, Zwangsmassnahmen in der Pflege, S. 361 ff. (bundesgesetzliche Bestimmung, polizeiliche Generalklausel, kantonale Grundlagen).

[1050] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 188.

[1051] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 643; vgl. aber auch S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 37.

[1052] Vgl. BSK-Strafrecht II-Schwarzenegger, Art. 114 Rn. 14; vgl. bereits SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, S. 168.

auf jeden Fall nicht als selbstverständlich, sondern vielmehr als begründungsbedürftig.[1053] Allerdings sind die in der Regel für diese absolute Einwilligungssperre gegebenen Erklärungen eher unbefriedigend. Die meisten Lehrstimmen äusseren sich auch viel eher zur Frage, warum die Tötung auf Verlangen im Vergleich zur Tötung nach Art. 111 StGB überhaupt privilegiert werden soll bzw. was hierfür vorausgesetzt wird.[1054] Wenn überhaupt nach dem Grund gefragt wird, warum eine Tötung auf Verlangen nicht straflos sein soll und nur zu einer Strafmilderung führt, werden naturgemäss ganz unterschiedliche Ansichten vertreten.[1055]

Rein religiöse Begründungen mit dem *topos* der „Heiligkeit" des Lebens auch für den Betroffenen selbst scheiden in einem säkularen Rechtsstaat von vornherein aus.[1056] Aber auch rein moralphilosophische Überlegungen auf der Grundlage der Idee eines intrapersonalen Pflichtenverstosses können keine hinreichende (rechtliche) Begründung liefern.[1057] Überhaupt scheinen alle Begründungsstränge, für die der Schutz des Sterbewilligen im Mittelpunkt steht,[1058] an unüberwindbaren Mängeln zu leiden. Entweder stützen sie sich auf diffuse Konzepte der Menschenwürde des Sterbewilligen oder sie sind stark paternalistisch ausgerichtet, und deshalb in einer freiheitlichen Rechtsordnung zurückzuweisen. Schwach paternalistische Gründe im Sinne eines Übereilungsschutzes und zur Sicherstellung eines freiverantwortlich und wohlüberlegt gefassten Sterbewillens,[1059] können ohnehin keine

---

1053 Vgl. nur MARX, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut, S. 65 f.

1054 Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 1 Rn. 37 ff. und Rn. 42 ff.; vgl. aber BSK-Strafrecht II-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 65 ff. und S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1 ff.

1055 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 37; vgl. auch STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 103 ff.

1056 S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1a; vgl. auch SCHOPPE, Der Strafgrund der Tötung auf Verlangen, S. 108 ff. und HERZBERG, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, S. 3047.

1057 S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1a m.w.H.

1058 Vgl. TENTHOFF, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, S. 87 ff.

1059 So aber KUBICIEL, Gott, Vernunft, Paternalismus, S. 90.

Rolle spielen, da der wohlüberlegte Sterbe-Wunsch ja gerade durch die Formulierung „ernsthaftes und eindringliches Verlangen“ vorausgesetzt wird.[1060]

Es bleiben die Ansätze, welche dieses Verbot der Tötung auf Verlangen mit eher vagen generalpräventiven Überlegungen und mithin einem Schutz Dritter zu legitimieren versuchen.[1061] Aus diesem Grund hat auch das Kollisionsmodell und vor allem die Güterabwägungslehre weniger Mühe, das Verbot der Tötung auf Verlangen zu begründen,[1062] da der Eigenwert des Lebens gegenüber dem Wert der Dispositionsfreiheit relativ leicht als überwiegend bezeichnet werden kann. Die hier grundlegende *prima facie* Intuition ist, dass Leben mehr Wert ist als der Wille oder die Freiheit des Berechtigten und daher der Mensch vor Fremdtötung absolut geschützt muss, weil der Berechtigte mit der Verfügung über sein Leben alle anderen Güter aufgibt.[1063] Das generelle Fremdtötungsverbot dient mithin als Mittel zur Sicherung des Lebens aller Bürger vor ungewollter Fremdtötung.[1064] Eine gewisse Rolle dürfte hier im Übrigen auch das Argument spielen, dass mit dem Verbot etwaige Beweisschwierigkeiten vermieden werden sollen.[1065] In der Tat ist nicht von der Hand zu weisen, dass auch bei einwilligungsfähigen Erwachsenen, die in eine Tötung auf Verlangen gemäss Art. 114 StGB einwilligen, die Gefahr des Missbrauchs nicht unterschätzt werden darf. Im Zweifelsfall soll das Fremdtötungstabu Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht des Individuums haben, was sich in der Strafbarkeit der Tötung eines Menschen selbst auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen äussert. So hat denn schon Wilhelm von Humboldt geschrieben:

[1060] Vgl. für das dt. Strafrecht S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1a.: „Sicherlich wäre eine ‚schwach paternalistische‘ Regelung zulässig, die sicherzustellen hätte, dass im konkreten Fall tatsächlich ein freiverantwortlich gebildeter und wohlüberlegter Sterbe-Wunsch vorlag, doch erfasst § 216 ja gerade auch diese Fälle ausnahmslos.“

[1061] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 188 und S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1a.

[1062] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 188.

[1063] So auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 643.

[1064] S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1a; vgl. aber BRUNHÖBER, Sterbehilfe aus strafrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, S. 402 ff.

[1065] Vgl. ARZT, Die Delikte gegen das Leben, S. 37; vgl. auch KÜHL, Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung, S. 84.

„[…] sogar die Ermordung eines andren mit Bewilligung desselben müsste ungestraft bleiben, wenn nicht in diesem letzteren Falle die zu leichte Möglichkeit eines gefährlichen Missbrauchs ein Strafgesetz notwendig machte."[1066]

bb) Tötung auf Verlangen und liberale Sterbehilfe

Es ist aber auch möglich, die Legitimität des Verbots der Tötung auf Verlangen ganz anders zu begründen: Tötung auf Verlangen bzw. die direkte aktive Sterbehilfe darf aus rein pragmatischen Gründen verboten werden, weil man sie gar nicht wirklich braucht. Eine solche pragmatische Begründung des Verbots erklärt meines Erachtens das Verbot besser und soll im Folgenden skizziert werden. Hierfür gehe ich zunächst von folgender Beobachtung aus: Wenn wir uns die Diskussion über die Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung vor Augen führen, zeigt sich, dass ein Unterschied auf faktischer Ebene mindestens in der Hinsicht besteht, dass Fälle des überkommenen Einverständnisses regelmässig Eingriffe betreffen, die man nicht selber an sich ausführen kann. Man kann sich beispielsweise nicht selber vergewaltigen, man kann nicht im eigenen Haus einen Hausfriedensbruch begehen, und man kann sich nicht selber bestehlen. Hingegen kann man sich sehr wohl selber verletzen, selber töten und man kann auch selber die eigenen Sachen beschädigen – für diese Fälle soll nach der überkommenen Lehre nur die Einwilligung wirken.[1067]

In den Fällen, in denen der Einwilligende eine Verletzung prinzipiell auch selbst vornehmen kann, erscheint der Eingreifende gleichsam als der „verlängerte Arm des Einwilligenden" und ist ihm dabei behilflich, seinen Aktionsradius, seine Optionen und damit seine Freiheit zu erweitern.[1068] Er hilft ihm unter Umständen, bestimmte Dinge zu tun, die der Einwilligende gerne tun würde, diese aber selber nicht oder nicht so gut tun kann und viel eher oder auf eine viel überzeugendere,

---

[1066] VON HUMBOLDT, Ideen zu einem Versuch, XIII, S. 154.

[1067] Vgl. KINDHÄUSER, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, S. 506; vgl. auch KINDHÄUSER, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, S. 148 f.

[1068] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 146.

sauberere, effizientere oder angenehmere Art seine Interessen, Bedürfnisse und Ziele erreicht, wenn er den Eingriff nicht selber vornehmen muss. Ich kann mich zwar selber verletzen, kann mich aber schlecht selber operieren und muss daher in einen chirurgischen Eingriff einwilligen dürfen; ich kann zwar selber meine Sachen beschädigen, kann aber nicht so gut riesige Bäume in meinem Garten fällen und muss daher in den Eingriff durch einen Förster einwilligen dürfen; ich kann mich zwar selber verprügeln, kann das aber alleine nicht in einem sportlichen und konkurrenzfördernden Umfeld machen und muss daher in einen offiziellen Boxkampf einwilligen dürfen. Der Eingriff des Dritten ist dabei also mehr oder weniger zwingend notwendig – oft brauche ich ihn unbedingt, sonst geht es überhaupt nicht (Operation), manchmal könnte ich es zwar auch selber, es macht es aber schöner oder einfacher, wenn der Dritte durch seinen Eingriff hilft.

Wesentlich ist, dass es nicht darauf ankommt, ob ich das Delikt an mir selber begehen kann, sondern ob und in welcher Form ich auf den Eingriff eines Dritten angewiesen bin, um meine Interessen zu verfolgen, Bedürfnisse zu befriedigen und Ziele zu erreichen. Will man den Menschen nicht grundsätzlich verbieten, Geschlechtsverkehr zu haben, Menschen zu sich nach Hause einzuladen oder Wertgegenstände zu verschenken, muss Einwilligung möglich sein und nur dann ausgeschlossen werden können, wenn der Berechtigte den konkreten Eingriff nicht will. Das muss aber ebenso für die Fälle gelten, in denen ich mein Interesse zwar auch selber verletzen könnte – man denke an Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung – aber trotzdem auf einen Dritten zurückgreife. Die Frage muss also gleichsam lauten, wie sehr ich auf den „verlängerten Arm“ und die Erweiterung des Aktionsradius tatsächlich angewiesen bin und was dabei vom Dritten erwartet wird. Grundsätzlich gilt, dass eine Einwilligung in all den Fällen erlaubt und wirksam sein muss, bei denen ich auf den Dritten angewiesen bin. Dieser Aspekt erklärt zum einen auch, warum bestimmte Eingriffe, bei denen der Einwilligende zwingend auf einen Eingriff eines Dritten angewiesen ist, um überhaupt in irgendeiner Form seine Interessen verfolgen zu können, auf jeden Fall einwilligungsfähig sein müssen: Geschlechtsverkehr, Menschen in das eigene Haus lassen, Sachen verschenken, einem Mitarbeiter Zugang zum eigenen Computer verschaffen. Es erklärt auch, warum die

Einwilligung notwendig ist in Fällen, in denen man auf die Hilfe oder die Beteiligung eines Dritten angewiesen ist.[1069]

Die Tötung im Sinne von Art. 114 StGB zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass ich weder zwingend auf einen unmittelbar tötenden Eingriff eines Dritten angewiesen bin, noch darauf angewiesen, dass ich in die Tötung durch den Dritten einwilligen darf, um damit meine Interessen mit der Tat des Dritten erfüllen zu können.[1070] Wenn ich sterben will, kann ich mich selbst töten, indem ich unter Umständen von der zu Recht liberalen Suizidbeihilfe profitiere, oder mich von der ebenfalls zu Recht liberalen Sterbehilfereglung indirekt aktiv töten lasse, oder in die passive Sterbehilfe einwillige, d.h. das Ergreifen oder die Fortführung von lebenserhaltenden Massnahmen ablehne. Aus diesem Grund darf bei der Tötung durch einen anderen eine Einwilligungssperre bestehen, bzw. die Tötung auf Verlangen zwar milder als die „eigenmächtige Tötung" aber eben doch bestraft werden. Das erklärt auch, weshalb die Suizidbeihilfe und die indirekte aktive sowie die passive Sterbehilfe zugelassen sind, nicht aber die direkte aktive Sterbehilfe, welche zu Recht in Art. 114 StGB kriminalisiert wird.

Wenn der schwerverletzte Major in Fontanes „Vor dem Sturm" zu seinen Soldaten sagt: „Kinder, ich will sterben", dann äussert sich in dem folgenden Akt der passiven Sterbehilfe, die Grenadiere lassen ihren Major, der sich die Binden abgerissen hat, sterben,[1071] ein Paradebeispiel eines Antagonismus zwischen Prinzipien der Autonomie oder des Selbstbestimmungsrechts[1072] einerseits und des Tötungstabus im Sinne von Art. 111 StGB aber eben auch Art. 114 StGB oder des Lebensschutzes andererseits. Die Sterbehilfe bezeichnet ein aktives oder passives Verhalten

---

[1069] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 153 (celui qui peut léser ses intérêts par son propre acte); vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 630.

[1070] Vgl. KINDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 12 Rn. 5 (Tatbestandslehre kann nicht erklären, warum § 216 die Tötung auf Verlangen verbietet).

[1071] FONTANE, Vor dem Sturm, 5. Kapitel, S. 38.

[1072] Vgl. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 59: „Das Recht auf Selbstbestimmung umfasst die individuelle Entscheidung über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens", m.H. auf Art. 10 Abs. 2 und Art. 13 Abs. 1 BV.

eines Dritten, das bestimmt und geeignet ist, den erleichterten und schmerzgelinderten Tod eines unheilbar schwerkranken Menschen zu ermöglichen, der unter Umständen nicht mehr die Kraft oder die Möglichkeit hat, sich selbst zu töten.[1073] Sie stellt mit anderen Worten die Umsetzung der Entscheidung des Berechtigten, dass sein Leben früher beendet werden soll, als es hätte sein müssen, durch eine Drittperson dar.[1074] Der Gegensatz zwischen Selbstbestimmung und Tötungsverbot ergibt sich bei der Sterbehilfe aus der Tatsache, dass die autonome Selbstbestimmung des eigenen Todes *nur* mittels des Verhaltens eines Dritten umgesetzt werden kann. Sofern der Rechtsgutsträger hingegen selber in sein Rechtsgut Leben eingreift, ist dies als Suizid oder Suizidversuch nicht mit Strafe bedroht.[1075] Daraus folgt nicht, dass man die eigene aktive Tötung durch einen Dritten verlangen könnte,[1076] es lässt sich aber die Straflosigkeit der Beihilfe zum Suizid ohne selbstsüchtige Beweggründe gemäss Art. 115 StGB ableiten, da mangels tatbestandlicher und rechtswidriger Haupttat die Akzessorietät für eine Teilnahmehandlung fehlt. Die Gründe, warum man nicht schlüssig argumentieren kann, direkte aktive Sterbehilfe dürfe nicht bestraft werden, weil Suizid nicht bestraft wird, sind vielgestaltig und komplex. Hier muss der Hinweis reichen, dass möglicherweise nicht bloss Bedenken hinsichtlich der tatsächlichen autonomen Selbstbestimmung im Falle der direkten aktiven Sterbehilfe, sondern auch pragmatisch-politische Überlegungen im Umgang mit dem (versuchten) Suizidenten eine Rolle spielen. Die Umstände, in denen Sterbehilfe prinzipiell rechtlich erlaubt ist, sind freilich dergestalt, dass der Rechtsgutsträger darauf angewiesen ist, dass im Unterschied zur Suizidbeihilfe nicht er selbst, sondern ein Dritter den eigentlichen Akt der Lebensverkürzung vornimmt.

[1073] Zum Ganzen MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, S. 288 f.

[1074] Vgl. HARRIS, Euthanasia and the Value of Life, S. 6.

[1075] STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 1 Rn. 49, die dieses Faktum zu Recht mit Grundsätzen verbinden, die sich in Kontinentaleuropa erst nach der Aufklärung durchgesetzt haben. So schrieb Montesquieu im Jahre 1721 in MONTESQUIEU, Lettres Persanes, LXXVI: „Les lois sont furieuses en Europe contre ceux qui se tuent eux-mêmes. On les fait mourir, pour ainsi dire, une seconde fois; ils sont traînés indignement par les rues; on les note d'infamie; on confisque leurs biens."

[1076] Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257 f.

Die Tatsache, dass er darauf angewiesen ist, verschafft ihm einen *prima facie* Grund, von der Sterbehilfe Gebrauch machen zu können. Entscheidend sind dann allein die Art und Weise bzw. die Umstände der Lebensverkürzung.

Aus diesem Grund kann gesagt werden, dass hinter dem Ruf nach einer möglichst klaren und liberalen Regelung der Suizidbeihilfe sowie der passiven und der indirekten aktiven Sterbehilfe keineswegs der Wunsch nach einer Legalisierung der direkten aktiven Sterbehilfe steht; im Gegenteil. Der Grund dafür ist, dass die anerkannte Straflosigkeit der indirekten aktiven Sterbehilfe bei Vorliegen von Schmerzen, die den Einsatz medikamentöser Massnahmen mit dem Risiko der Lebensverkürzung erforderlich machen,[1077] das Bedürfnis nach einer direkten aktiven Sterbehilfe im Wesentlichen verdrängt. Ein tatsächliches Bedürfnis besteht dann nur noch für die theoretisch denkbaren Fälle, dass eine Person sterbewillig ist, den Akt der Lebensverkürzung – und sei es auch nur das aktive Schlucken von Gift – nicht mehr selber vollziehen kann und auch keine relevanten Schmerzen hat. Vor allem die indirekte aktive Sterbehilfe zeichnet sich dadurch aus, dass sie in ihrer praktischen Anwendung kaum begrenzbar ist, weil das erlaubte Risiko der Lebensverkürzung nahezu Gewissheit erreichen kann; die zulässige Leidensminderung mit dem Risiko der Lebensverkürzung wird von der unzulässigen leidensmindernden Lebensverkürzung praktisch nicht mehr unterscheidbar.[1078] Mit dem Einsatz palliativer, medikamentöser Massnahmen im Sinne der indirekten aktiven Sterbehilfe, die sich im Kern auch als altruistisch motivierte Lebensverkürzung nach Abwägung der Schmerzlinderungs- und der Lebensinteressen interpretieren lässt,[1079] lässt sich also pragmatisch das Verbot der direkten aktiven Sterbehilfe und damit die Legitimation von Art. 114 StGB begründen. Wenn das Spannungsverhältnis zur Straffreiheit le-

---

[1077] Vgl. BSK-Strafrecht II-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 15 und Rn. 62 f.

[1078] KUNZ, Sterbehilfe, S. 619; vgl. auch KUNZ, Sterbehilfe, S. 627; ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, S. 13; vgl. auch das Fallbeispiel in WERNSTEDT, Sterbehilfe in Europa, S. 83 ff., mit dem eigentlich gezeigt werden soll, wie man direkte aktive Sterbehilfe durchführen kann, das sich aber doch als eine Kombination von indirekter und passiver Sterbehilfe erweist (S. 85).

[1079] Vgl. KUNZ, Sterbehilfe, S. 620; vgl. auch SEELMANN, Sterbehilfe, S. 146.

bensverkürzender indirekter Sterbehilfe,[1080] der indirekten aktiven Sterbehilfe und der Suizidbeihilfe ausgehalten wird, darf die Tötung auf Verlangen aus pragmatischen Gründen weiterhin kriminalisiert werden.[1081] Und zwar umso mehr, als dank einer liberalen Ausgestaltung der Regeln der indirekten aktiven und der passiven Sterbehilfe kein faktisches Bedürfnis nach einer direkten aktiven Sterbehilfe besteht.

cc) Einwilligungsschranken bei schweren Körperverletzungen?

Die hier vertretene Kodifikation der Einwilligung, die eine ausdrückliche gesetzliche Ausnahme von der Regel fordert, dass wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens nur strafbar ist, wer ohne den Willen des Berechtigten gehandelt hat, wirkt sich im Weiteren wie folgt aus: Andere noch nicht gesetzlich normierte Einschränkungen nach dem Vorbild von Art. 114 StGB müssen in einem gesetzgeberischen Prozess bestimmt werden. Dass eine Einwilligungsschranke bezüglich Körperverletzungen an sich nicht vertretbar ist, wird vom schweizerischen Strafgesetzbuch auch völlig zu Recht umgesetzt, insofern nämlich im Hinblick auf die Körperverletzung keine Ausnahme normiert ist. Nicht explizit normierte Einwilligungsschranken, wie beispielsweise die von der Lehre und Rechtsprechung weitgehend angenommenen Schranken bei schweren Körperverletzungen, dürfen unter diesen Vorzeichen keine normative Bedeutung mehr haben. Die Tatsache, dass es umstritten ist, inwiefern die Verfügungsfreiheit über die eigene körperliche Integrität eingeschränkt werden darf,[1082] kann höchstens in den Gesetzgebungsprozess im Hinblick auf mögliche Ausnahmenormen einfliessen. Während die ältere Doktrin die Wirksamkeit der Einwilligung auch bei irreversiblen Eingriffen in den Körper sehr weitgehend anerkannte, überwiegt heute eine differenzierende Auffassung.[1083] Die-

---

[1080] Vgl. aber S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 216 Rn. 1a.

[1081] Vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 214 ff.

[1082] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 11; vgl. auch STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 121 ff. und GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 46 ff.

[1083] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 17 m.w.H.

se sucht einen Ausgleich zwischen zwei gegensätzlichen Idealen: Auf der einen Seite eine Form von staatlichem Paternalismus, der mittels Einschränkungen der individuellen Freiheit das Ziel verfolgt, die einzelnen Menschen um ihrer eigenen objektiv bestimmten langfristigen Interessen willen vor einem kurzschlüssigen Verzicht auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit zu bewahren;[1084] die betroffene Person soll gleichsam vor einer unklugen Ausübung der ihr gewährten Freiheit gegen sich selbst geschützt werden.[1085] Auf der anderen Seite kann die Position vertreten werden, dass jede urteilsfähige Person selber entscheiden soll, was mit ihrem Körper geschieht und dass es nicht die Aufgabe des Staates sein kann, ihr ein Mainstream-Verständnis eines gesunden, normalen und ästhetischen Körpers vorzuschreiben.

Die entgegenstehende Meinung, dass in eine schwere Körperverletzung nach Art. 122 StGB nur eingewilligt werden darf, wenn der Eingriff medizinisch indiziert ist,[1086] oder allgemein der Eingriff mit Blick auf das wohlverstandene Interesse des Betroffenen als sinnvoll oder wenigstens vertretbar erscheint,[1087] ist abzulehnen. Obwohl das schweizerische Strafrecht keine „Sittlichkeitsklausel" kennt, wird mit dem wohlverstandenen Interesse und mit einer Bewertung des Zwecks des Eingriffs ein ähnlich ungenaues Kriterium aufgestellt, das im Übrigen – so wie das Merkmal der guten Sitten – nicht ohne Rückgriff auf bestimmte moralische Grundvorstellungen anwendbar ist, was im Strafrecht höchst problematisch ist.[1088] Die Einwilligung des Berechtigten wird sodann entgegen den grundsätzlichen Kriterien einer liberal-individualistischen Werteordnung einer objektiven Vernünftigkeitsprüfung unterworfen. Hierfür stützt man sich nicht zuletzt auf unzureichende quantitative Bemes-

---

[1084] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 13; vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des VerletztenS. 121 ff.

[1085] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 15.

[1086] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 12; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 18.

[1087] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn.17.

[1088] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 17; vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 153; vgl. auch MERKEL Reinhard, Mind Doping?, S. 194.

sungen von Eingriffsschwere, Intensität und Qualität des Willenselements und wägt dann alles gegeneinander ab. Wenn man aber Individualrechtsgüter einschliesslich der Dispositionsfreiheit – ausgehend von einer liberalen Grundtheorie – ernst nimmt, sie weder als verkappte Kollektivgüter behandelt noch einer staatlichen objektiven Wert- oder Motivkontrolle unterstellt,[1089] kann bei einer Einwilligung eine Abwägung gar nicht mehr vorgenommen werden.[1090] Das einzige was überprüft werden darf, ist, ob der Einwilligende hinreichend einwilligungsfähig ist und keine Willensmängel vorliegen. Die Einwilligung verkörpert nämlich grundsätzlich bereits das Ergebnis der relevanten subjektiven Interessensabwägung des Rechtsgutinhabers.[1091] Die paternalistischen Argumente sind abzulehnen,[1092] so dass ausgehend von einem liberal-individualistischen Konzept die Einwilligung des Berechtigten im Hinblick auf seine körperliche Integrität grundsätzlich uneingeschränkt gelten muss.[1093] Ohne gesetzlich normierte Ausnahme können eher diffuse Bezüge zu philosophisch fragwürdigen, bevormundenden Ansichten keine Einschränkung der Dispositionsfreiheit über den eigenen Körper legitimieren. Die Streitfrage bezüglich der Reichweite einer wirksamen Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Integrität ist also so zu entscheiden, dass sie ausser bei einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung auch bei einer schweren Körperverletzung immer beachtlich sein muss.[1094]

Unbedingt zu vermeiden sind in Zukunft sodann inkohärente und widersprüchliche Straftatbestände wie das Verbot der weiblichen Genitalverstümmelung gemäss Art. 124 StGB.[1095] Abgesehen vom diskriminierenden Effekt dieser Norm gegenüber

---

1089 Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 98.

1090 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 23.

1091 FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 101.

1092 Vgl. auch SEELMANN, Selbstwiderspruch als Grund für Rechtszwang, S. 250 ff.

1093 Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 154; vgl. auch HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 170 f.; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 50 ff. und S. 58.

1094 Vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 50 f.

1095 Zum Ganzen MONA, Zum neuen Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien, S. 115 ff.

Frauen aus bestimmten Ländern, blockiert sie nämlich auch eine vernünftige Anwendung der Einwilligungsregeln in den Fällen, in denen eine einwilligungsfähige Frau freiwillig einen Genitaleingriff wünscht. Die zwingend notwendige Abgrenzung zwischen der strafbaren Genitalverstümmelung und einer zulässigen Schönheitsoperation an den Genitalien kann nicht dadurch erreicht werden, dass man mittels Art. 124 StGB Genitalverstümmelungen immer als schwere Körperverletzung definiert, in die grundsätzlich nur eingewilligt werden kann, „wenn ein medizinischer Eingriff wichtig ist" und somit in Zukunft niemand mehr in eine solche Genitalverstümmelung einwilligen darf.[1096] Es ist nämlich unbestritten, dass Schönheitsoperationen im Genitalbereich in aller Regel ebenfalls als schwere Körperverletzungen zu beurteilen sind und oft keine medizinische Notwendigkeit besteht. Konsequenterweise dürften Frauen dann auch darin nicht einwilligen. Um sich aus dem Dilemma zu befreien, hat der Gesetzgeber auf ein absolutes Verbot verzichtet und – anders als der österreichische oder der schwedische Gesetzgeber[1097] – keine allgemeingültige Einwilligungsschranke für solche Genitaleingriffe im Gesetz aufgenommen. Ohne dass dies im Gesetz tatsächlich gesagt wird, wird aber implizit einer bestimmten Gruppe von Frauen die Möglichkeit, solche Eingriffe mittels Einwilligung zu ermöglichen, entzogen, während den anderen Frauen diese Möglichkeit gewährt wird. Damit werden Frauen faktisch durch einen Sonderstraftatbestand, der nur für Migrantinnen aus bestimmten Ländern gilt, unnötigerweise stigmatisiert und eine Doppelmoral wird perpetuiert.[1098]

Dies hätte durch eine vertiefte Debatte über die Parallelitäten zwischen der Genitalverstümmelung und bestimmten Formen von Genitaleingriffen der Schönheitschirurgie verhindert werden können. Zu Recht wird nämlich darauf hingewiesen, dass

---

[1096] Wortprotokoll der parlamentarischen Beratung im Nationalrat, Schmid-Federer, AB 2010, N 2135.

[1097] Vgl. § 90 Abs. 3 StGB-Österreich: „In eine Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, kann nicht eingewilligt werden." Vgl. den schwedischen Gesetzestext in JOHNSDOTTER, The FGM Legislation Implemented, S. 2.

[1098] Vgl. auch LEYE et al., An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe, S. 25.

Frauen in beiden Fällen dazu gebracht werden, „ihre Genitalien zu verändern, um einem Schönheitsideal oder einer Geschlechterrolle zu entsprechen."[1099] Dieser Aspekt wurde in der Gesetzgebungsdebatte zum neuen Art. 124 StGB letztlich ausgeblendet, da man sich offenbar einig war, dass alle das Gleiche wollen, „nämlich sämtliche Formen der Genitalverstümmelung bestrafen, und […] Tätowierungen und all die anderen anscheinend hier üblichen Dinge, die freiwillig vorgenommen werden, nicht erfassen."[1100] Damit zeigt sich, dass die Auslegung des neuen Straftatbestands letztlich nur im Zusammenwirken mit einem diskriminierenden Vorurteil funktionieren kann, wonach eine Einwilligung in einen Eingriff an den Genitalien einer einwilligungsfähigen Migrantin „aus Afrika" implizit ausgeschlossen ist, während die Einwilligung einer einwilligungsfähigen Schweizerin in einen objektiv gleichwertigen oder gar gravierenderen Eingriff zulässig ist. Die neue Norm soll eben nicht dazu dienen, „freiwillig angebrachte Piercings und Tätowierungen strafrechtlich zu verfolgen".[1101] Diese Freiwilligkeit wird aber ausschliesslich bei Frauen „aus Afrika" systematisch negiert, obschon bekannt ist, dass auch Frauen, die Schönheitsoperationen über sich ergehen lassen, unter grossem sozialen und psychischen Druck stehen können und man sich fragen kann, „ob dies wirklich immer freiwillig geschieht."[1102] In der parlamentarischen Debatte wurde dies mit folgender Frage auf den Punkt gebracht: „Darf man in jedem Fall eine junge Afrikanerin, die, um ihrem zukünftigen Ehemann zu gefallen, einen einfachen Eingriff vornimmt, anders behandeln als eine Europäerin, die sich im Intimbereich operieren lässt, um ihrem Partner besser zu gefallen?"[1103] Die je nach Optik erstaunliche oder erschreckende Antwort, die der Gesetzgeber darauf gegeben hat, lautet: Ja.

[1099] CAPREZ, Genitalverstümmelung, S. 4; vgl. auch BADER, Nationalisme sexuel, S. 583 f.

[1100] Wortprotokoll der parlamentarischen Beratung im Nationalrat, Jositsch, AB 2010, N 2139.

[1101] Wortprotokoll der parlamentarischen Beratung im Nationalrat, Schmid-Federer, AB 2010, N 2134.

[1102] So auch Wortprotokoll der parlamentarischen Beratung im Nationalrat, Schmid-Federer, AB 2010, N 2135.

[1103] Wortprotokoll der parlamentarischen Beratung im Nationalrat, Schmid-Federer, AB 2010, N 2135.

Eine explizite Einwilligungsschranke wie in § 90 Abs. 3 des österreichischen StGB hätte wenigstens den Vorteil der Klarheit. Sollte der Gesetzgeber beispielsweise tatsächlich der Meinung sein, dass eine Einwilligung in eine objektiv als „Genitalverstümmelung“ zu bezeichnende Handlung nicht wirksam sein soll, so muss er dies explizit sagen. Der heutige Art. 124 StGB sagt dazu aber gar nichts. Das Gleiche gilt für weitgehend diffuse Ansichten bezüglich Schranken der Einwilligung bei bestimmten schweren Körperverletzungen. Aber selbst wenn man eine absolute Einwilligungsschranke in Art. 124 StGB nicht nur implizit meint, sondern auch tatsächlich normiert, muss folgendes berücksichtigt werden: Die Tatsache, dass in der Schweiz eine Einwilligung in eine Genitalverstümmelung ganz ausgeschlossen ist, führt zu einem massiven Wertungswiderspruch insofern die ernstgemeinte Einwilligung sogar bei der Tötung zumindest in dem Sinne wirksam ist, als sie eine deutliche Strafmilderung ermöglicht im Vergleich zur Tötung nach Art. 111 StGB. Mit anderen Worten bewirkt die Einwilligung einer Frau in die eigene Tötung zumindest eine Strafmilderung beim Täter, wogegen die Einwilligung in einen schweren Eingriff in ihre Genitalien gänzlich unberücksichtigt bleibt. Absolute Verbote einer Einwilligung der berechtigten Person in eine Rechtsgutsverletzung sind angesichts der Tatsache, dass gleichsam selbst die Einwilligung in die Tötung gemäss Art. 114 StGB insofern wirksam ist, als sie die Strafbarkeit des Täters in relevanter Weise einschränkt – im besten Fall droht ihm nur eine Geldstrafe – eigentlich nicht vertretbar. Es ist widersprüchlich, wenn eine Person, die aus achtenswerten Beweggründen, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen töten, von Gesetzeswegen privilegiert wird, nicht aber eine Person, die aus ebensolchen Gründen, einen Menschen auf dessen ernsthaftes und eindringliches Verlangen verletzt.

Im Übrigen kann mit dem neuen Art. 124 StGB auch kaum sinnvoll zwischen einem mit Gewalt oder Drohung erzwungenen Genitaleingriff und einem Eingriff mit Einwilligung der Frau differenziert werden. Zu dieser gänzlich undifferenzierten Gesetzeslage ist man nicht zuletzt deshalb gelangt, weil der Gesetzgeber von der falschen Annahme ausging, dass es keine Lösung wäre, wenn man einfache Genitalverstümmelung nicht unter Strafe stellen würde, da dann zwar „Europäerinnen“

frei wären, zu tun und zu lassen, was sie wollen, die „Afrikanereltern“ hingegen auch; diese könnten dann „die Gesetzeslücke ausnutzen, indem sie ihre Töchter zu leichten Eingriffen zwingen würden“.[1104] Eine solche Gesetzeslücke würde aber auch ohne den neuen Art. 124 StGB gar nicht bestehen, da es schon nach dem geltenden Gesetz verboten ist, als Eltern die urteilsunfähigen Töchter auch nur zu einem leichten Eingriff im Genitalbereich ohne medizinische Indikation zu „zwingen“, d.h. an ihrer Stelle einzuwilligen.[1105] Und nach dem geltenden Gesetz wäre es ebenso schon strafbar, wenn eine an sich einwilligungsfähige Frau zu einem solchen Eingriff „gezwungen“ wird, weil ihre Einwilligung dann kein Akt genuiner Selbstbestimmung darstellt, sie vielmehr dazu genötigt wurde.

Diese einseitige prinzipielle Strafbarkeit von Genitaleingriffen kommt einem kulturell motivierten Paternalismus gleich, insofern damit unterstellt wird, dass Frauen, die sich einem solchen Eingriff unterziehen, schon wegen ihrer spezifischen kulturellen Prägung nicht einwilligungsfähig sind. Natürlich ist nicht ausgeschlossen, dass in vielen Fällen die Einwilligungsfähigkeit tatsächlich in relevantem Masse eingeschränkt ist. Wenn man all diesen Frauen aber pauschal die Fähigkeit abspricht, selbstbestimmt urteilen zu können, nur weil es Fälle gibt, in denen es tatsächlich an dieser Fähigkeit mangelt,[1106] respektieren wir ihre Freiheit nicht und respektieren sie auch als Menschen nicht. Um die Freiheiten von Frauen zu schützen, die aufgrund ihrer schwierigen Lage als vulnerabel, intellektuell und emotiv rückständig wahrgenommen werden, wird ihre Freiheit kurzerhand aufgehoben und zwar so, dass unsere Freiheit davon nicht betroffen ist. Nur weil die Bestimmung der Tragweite von individuellen Entscheidungen und mithin die Grenzziehung von individuellen Freiheitssphären schwierig ist und auch ein Missbrauchspotential ent-

---

[1104] Wortprotokoll der parlamentarischen Beratung im Nationalrat, Schmid-Federer, AB 2010, N 2135.

[1105] Vgl. zur Stellvertretung unten S. 459 ff.

[1106] Vgl. JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, Der Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, S.1291, die sich dabei auf die zuweilen faktisch nicht vorhandene Möglichkeit zur freien Willensbildung stützen; eine selbstbestimmte Einwilligung sei „oftmals gar nicht möglich bzw. der Nachweis der Willensfreiheit wäre sehr aufwändig und kaum zu erbringen.“

hält, ist es nicht sinnvoll, diese Entscheidungsmöglichkeiten und damit die Konkretisierung von Freiheiten auszuschliessen. Es ist vielmehr dafür zu sorgen, dass fremdbestimmte Eingriffe im Einzelfall verfolgt und bestraft werden und dass die Voraussetzungen für freie und autonome Entscheidungen geschaffen werden. Hierfür ist gegenseitiger Respekt und Anerkennung als vernunft- und freiheitsbegabte Wesen fundamental. Denkbar ist in bestimmten Fällen, die Wirksamkeit der Einwilligung zu verneinen, weil die betreffende Person tatsächlich einwilligungsunfähig ist oder weil Willensmängel bestehen. Das gilt aber prinzipiell für die Einwilligung in jegliche Eingriffe in die Individualrechtsgüter.

c) Unveräusserliche Rechte und Einschränkung der Verfügungsfreiheit

Eine der wichtigsten Grundlegungen eines liberalen Systems von individuellen Rechten und Freiheiten ist die Annahme, dass Individuen am besten dazu befähigt sind, ihre eigenen Interessen zu beurteilen.[1107] Zu verneinen, dass eine einwilligungsfähige Person prinzipiell im Stande ist, die gegebenen Umstände zu reflektieren und zu entscheiden, was ihre Situation tatsächlich verbessert oder nicht, würde das moderne Menschenbild unterminieren; dem Einzelnen würden die erkämpften Freiheiten aberkannt, um ihn unter die Vormundschaft einer Elite zu stellen, die sich überlegene Kompetenzen zuschreibt.[1108] Wir gehen davon aus, dass Menschen aufgrund ihrer Fähigkeiten das Recht haben, Gefährdungen für sich abzuschätzen und einzugehen, sich selber Ziele zu setzen und mit erlaubten Mitteln anzustreben.[1109] Zweifellos schaffen neue Optionen, die sich dem Einzelnen durch den gesellschaftlichen Fortschritt eröffnen, bisher nicht dagewesene Entscheidungszwänge, die ihn auch mit neuen Verantwortungsbereichen sich selbst gegenüber belasten.

[1107] Vgl. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 51; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 631; zum Ganzen MONA, Optionen als Zwang?, S. 57 ff.

[1108] VAN DEN DAELE, Biopolitik, Biomacht und soziologische Analyse, S. 66.

[1109] Vgl. KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie, Kp. 6 Rn. 92 ff.

Dies ist aber der unvermeidliche Preis jeder Freiheit.[1110] Die Annahme bleibt gerechtfertigt, dass das Wohlergehen des Einzelnen grundsätzlich gesteigert wird, wenn man ihm eine möglichst weitreichende Kontrolle über sein eigenes Leben gibt und ihn selber bestimmen lässt, wie weit er seine Möglichkeiten ausschöpfen möchte. Damit lässt sich nicht nur das Recht auf Eigentum und das Konzept der Vertragsfreiheit begründen, sondern auch eine Vielzahl von individuellen Rechten.[1111] Solche Rechte sind aber auch kollektive Schutzmechanismen der jeweiligen individuellen Sphäre; sie erlauben dem Einzelnen das Beste aus seinen Fähigkeiten zu machen und schützen ihn vor schädlichen und unberechenbaren Eingriffen anderer Menschen, insbesondere anderer Menschen, die mit der Macht des Staates ausgestattet sind.[1112]

Russel Hardin hat besonders überzeugend dargelegt, dass es zwei Kategorien von solchen Rechten bzw. Schutzmechanismen gibt, die sich in der Begrifflichkeit „Recht auf" bzw. „Schutz vor" äussern.[1113] Rechte der ersten Kategorie, wie beispielsweise die Meinungsäusserungsfreiheit, politische Beteiligungsrechte und die Religionsfreiheit, bringen einen bestimmten Nutzen für den Einzelnen oder die Gesellschaft mit sich. Sie sind grundsätzlich permissiv und garantieren, dass der Einzelne gewisse Dinge tun darf, wenn er das möchte. Sie geben Menschen die Freiheit, sich nach eigenen Wünschen, Motiven und Präferenzen zu verhalten. Rechte der zweiten Kategorie hingegen schützen bestimmte Gruppen von Menschen nicht nur vor der Willkür anderer Gruppen von Menschen, sondern auch vor sich selber. Es handelt sich um sogenannte unveräusserliche Rechte, wie beispielsweise der Schutz vor freiwilliger Versklavung. Sie schützen den Einzelnen nicht zuletzt, indem sie ihn binden und verpflichten, gewisse Dinge, die er tun möchte, nicht zu tun. Sie sind mithin Rechte und Verbote zugleich.[1114]

[1110] VAN DEN DAELE, Biopolitik, Biomacht und soziologische Analyse, S. 68.

[1111] Vgl. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 51.

[1112] HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 51.

[1113] Zum Folgenden HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 56 ff.

[1114] Vgl. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 57.

Solche unveräusserlichen Rechte der zweiten Kategorie sind oft bestimmte Rechte der ersten Kategorie oder Teilaspekte davon, die man stärken will.[1115] So ist der Schutz vor freiwilliger Versklavung eine Verstärkung des allgemeinen Freiheitsrechts oder des Rechts auf Selbstbestimmung. Von diesen Rechten der zweiten Kategorie sollte es möglichst wenig geben, da sie Eingriffe in die individuelle Freiheitssphäre des Rechteinhabers zulassen. In bestimmten Ausnahmefällen sind sie aber notwendig. Ein typisches Beispiel hierfür ist das Stimm- und Wahlrecht in einem demokratischen Staatswesen. Es ist zunächst insofern ein Recht der ersten Kategorie, als es dem Einzelnen die Freiheit gibt, sich an der politischen Entscheidungsfindung zu beteiligen oder sich zu enthalten; er kann mithin auf die Ausübung des Rechts verzichten. Zugleich ist es insofern ein Recht der zweiten Kategorie, als es das Verbot enthält, das Recht zu veräussern, das heisst die eigene Stimme dem Meistbietenden zu verkaufen. Als Recht der zweiten Kategorie wird der Wert des Stimmrechts jedes Einzelnen geschützt und der gesamte Prozess der demokratischen Entscheidungsfindung gestärkt. Dürfte man hingegen mit dem Stimmrecht machen, was man will, würde ein gravierender, konkreter und nicht bloss möglicher und diffuser Schaden für die gesamte Gruppe der Stimmberechtigten und für die Demokratie als Ganze entstehen. Die Unveräusserlichkeit des Stimmrechts dient mithin dem Einzelnen, selbst wenn er ein Interesse daran haben könnte, seine Stimme zu verkaufen, weil es der gesamten Gruppe von Menschen dient, zu der er gehört. Der Schaden für die Gesellschaft wäre bei einer Zulässigkeit des Stimmenverkaufs so gross, dass der individuelle Gewinn der einzelnen Person völlig überschattet würde und es entsprechend für ihn vernünftiger ist, das Veräusserungsverbot und damit eine Einschränkung des Rechts zu akzeptieren.[1116] Dass die Stimmbürger auch einem sozialen oder ökonomischen Druck ausgesetzt sein könnten, ihr Stimmrecht zu verkaufen, wenn kein Verbot bestehen würde, oder dass der Stimmenverkauf etwa „moralisch verwerflich“ wäre, ist hingegen eine für die Begründung des Verbots irrelevante Hypothese. Die Stimmbürger werden zwar tatsächlich

---

[1115] HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 59.

[1116] Zum Ganzen HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 59 f.

weitgehend vor diesem Druck geschützt, da durch das Verbot für die potentiellen Beteiligten an einem Stimmenverkauf negative Anreize geschaffen werden. Das ist aber nur die Folge des Verbotes und nicht der Grund dafür.

Obschon man davon ausgehen kann, dass ein Recht zum Vorteil des Rechteinhabers sein sollte, können wir feststellen, dass das Rechtssystem mithin angerufen wird, um dem Rechteinhaber ein bestimmtes Verhalten zu verbieten. Unveräusserliche Rechte können daher auch als Verweigerung von Rechten verstanden werden, da sie den Rechteinhaber nicht berechtigen, sondern vielmehr verpflichten, bestimmte Dinge nicht zu tun. Ein solches verpflichtendes Recht steht also in mancherlei Hinsicht in einem Gegensatz zu einem individuellen Recht. Es kann nur dann sinnvoll und zulässig sein, wenn dadurch konkreter Schaden für Dritte oder für die Gesellschaft als Ganze abgewendet werden kann. Der Einzelne, dem ein Verbot auferlegt wird, profitiert von diesem Verbot letztlich auf jeden Fall auch, weil er im Verhältnis zu einem anderen Rechteinhaber ein „Dritter" ist, der konkret zu Schaden kommen kann, oder weil er Teil der Gesellschaft ist, die vor dem Schaden bewahrt wird.[1117] Aus diesem Grund ist auch das Verbot, die eigene Stimme zu verkaufen, kein paternalistisches Verbot – es geht darum, ein Gut zu verteidigen, das für alle wichtig und bedeutsam ist.

Es wäre auch falsch, anzunehmen, dass Menschen nie schlechter gestellt werden können, wenn man ihnen mehr Möglichkeiten zur freien Auswahl gibt und mehr Verfügungsfreiheit über ihre Rechtsgüter.[1118] Mit guten Gründen freiwillig akzeptierte Einschränkungen können förderlich sein, da es durchaus bestimmte Optionen und Verfügungen gibt, die dazu führen, dass die eigene Autonomie oder die zukünftigen Chancen, ein autonomes Leben zu führen, eingeschränkt statt verwirklicht und gefördert werden, selbst wenn man diese Optionen frei wählt.[1119] Es gibt verschiedene, wenn auch nicht sehr viele Fälle, in denen es schlechter ist, mehr Optionen zu

---

[1117] Vgl. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 59.

[1118] Vgl. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 60 f.

[1119] Vgl. beispielsweise DUXBURY, Do Markets Degrade?, S. 339, Fn. 36: „Voluntary foreclosure of choice may, among other things, turn out to be freedom-enhancing."

haben als weniger. Also beispielsweise eben dann, wenn man neben allen bereits bestehenden Optionen auch noch die Option bekommt, das eigene Stimmrecht veräussern zu dürfen. Die Option des Duells zeigt sodann deutlich, worauf es für die Begründung des Verbotes einer solchen Option ankommt, nämlich auf das konkrete Schädigungspotential: Nehmen wir an, in unserer Gesellschaft wäre das Duellieren auf den Tod zulässig.[1120] Nehmen wir weiter an, dass genauso wie früher der soziale Druck gross ist, sich bei einer Ehrverletzung einem Duell zu stellen. Dieser soziale Druck ist aber nicht der Grund für ein Verbot; viele verzichteten damals und würden auch heute auf das Duell verzichten und den Gesichtsverlust in Kauf nehmen. Der legitime Grund für ein Verbot ist nicht, dass ein Verhalten möglicherweise auf sozialen Druck zurückgeführt werden kann, sondern allein das Verhalten selbst und seine Konsequenzen. Im Fall des Duells auf den Tod also ein Verhalten, das zum ungewollten Tod von mindestens einem der involvierten Personen führt. Duellieren auf den Tod ist also zu Recht verboten, nicht weil angesichts der legalen Möglichkeit des Duellierens der Einzelne einem sozialen Druck ausgesetzt wäre, das auch wirklich zu tun, sondern weil es zwingend bei einem der beiden Duellanten einen ungewollten und übermässigen Schaden verursacht.

d) Überleitung

Wenn es sich nicht um „unveräusserlichen Rechte“ handelt und man ausgehend von einer liberalen Grundtheorie die Dispositionsfreiheit ernst nimmt, liegt bei einer wirksamen Einwilligung keine Wertekollision vor.[1121] Vielmehr behauptet sich der freie Wille des Berechtigten, ohne dass ein Interessengegensatz bestünde und die Einwilligung gegen den Wert des konkreten Tatobjekts abgewogen werden müsste.[1122] Dies veranschaulicht Roxin mit einem schönen Beispiel: Hätte Max Brod mit der erfolgten Einwilligung von Franz Kafka dessen Manuskripte verbrannt, wäre das strafrechtlich nicht zu beanstanden gewesen. Dies obschon kein Zweifel beste-

---

[1120] Vgl. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism, S. 60 f.

[1121] Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 118.

[1122] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 23.

hen kann, dass man diese Manuskripte gleichsam als kollektives Gut verstehen kann, bei einer Einzelfallabwägung das Gemeinschaftsinteresse an der Erhaltung der Texte höher zu veranschlagen wäre als der Wille von Kafka,[1123] dass es nicht im wohlverstandenen Interesse von Kafka gewesen wäre oder dass es unvernünftig gewesen wäre. Mancher hätte sogar den Verdacht gehabt, Kafka sei bei der Aufforderung an Brod gar nicht einwilligungsfähig gewesen, da man so etwas Unsinniges gar nicht wollen kann. Die Einwilligung in die Vernichtung der eigenen Sachen betrifft aber kein unveräusserliches Recht und sie unterminiert auch nicht bestimmte gesellschaftliche Werte, wie beispielsweise das Recht auf Eigentum, von denen der Einwilligende selber profitiert – im Gegenteil.

Damit ist aber nicht gesagt, dass die Wirksamkeit der Einwilligung von Eingriffen in die eigenen Rechtsgüter in keinem Fall eingeschränkt werden darf, sondern, dass sie grundsätzlich erlaubt sein muss und nur in seltenen Fällen ausgeschlossen werden darf.[1124] Dass die Einwilligung von Kafka in die Vernichtung seiner Manuskripte und – um andere Beispiele zu nennen – die Einwilligung in gefährlichen Kampfsport oder in eine objektiv betrachtet „sinnlose Verstümmelung" in der Art von *Body Morphing* zulässig sein soll, obschon diese Verhaltensweisen „für das Rechtsgefühl schlechthin unerträglich" sein können,[1125] bedeutet eben nicht, dass es überhaupt keine Schranken der Einwilligung gibt. Grenzen der Verfügungsfreiheit sind möglich. Weil die Reichweite der Einwilligung aber nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich sehr gross ist, muss die Einwilligung grundsätzlich auch in besonderem Masse freiwillig sein. Bevor wir diesen Aspekt im Kontext von Einwilligungsfähigkeit und Willensmängeln vertiefen, soll aber noch gezeigt werden, welche Anforderungen der eigentliche Akt der Einwilligung erfüllen muss.

[1123] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 23.

[1124] Vgl. zur entsprechenden Analogie mit der Geschäftsführung ohne Auftrag TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, Rn. 456 ff.

[1125] Vgl. aber NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 83.

3. Einwilligungserklärung

a) Grundlagen – Willensbekundung statt Willensrichtung

Der Individualrechtsgutsinhaber muss gemäss der sogenannten Willensbekundungstheorie die Einwilligung so erklären, dass sie vom Eingreifenden wahrgenommen werden kann.[1126] Die Erklärung der Einwilligung kann auch konkludent sein und muss nicht zwingend unmittelbar gegenüber dem Eingreifenden erfolgen.[1127] Sie muss nach heutiger Ansicht auch keinesfalls in einem zivilrechtlichen Sinne zugegangen sein.[1128] Ein Streitpunkt besteht hinsichtlich der Frage, ob nicht im Sinne der sogenannten Willensrichtungstheorie auch schon die bloss innere Zustimmung des Berechtigten ohne Kundgabe seines Willens nach aussen genügen kann.[1129] Die Frage ist insofern interessant, als man die Einwilligung ontologisch durchaus als ein inneres Ereignis betrachten kann, dass auch dann eine Wirkung entfaltet, wenn der Eingreifende nur zufälligerweise genau das tut, was der Rechtsgutsinhaber insgeheim will. Entscheidend sei gleichsam, dass sich der Wille des Berechtigten mit dem Eingriff deckt.[1130] Wenn also der Täter T aus Wut über die Blätter, die vom Baum des Nachbars N ständig in seinen *Swimmingpool* fallen, den Baum fällt, N dieses Ereignis aber hocherfreut aus der Ferne beobachtet, weil er den Baum schon lange aus anderen Gründen störend fand, wirkt seine innere Einwilligung in dem Sinne, dass T genau das tut, was N will.[1131]

[1126] HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 648; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 24 und GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 155; vgl. auch S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 43 m.w.H.

[1127] AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

[1128] S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 43; so jedoch noch die Willenserklärungstheorie von ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit; vgl. auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 82 f.

[1129] Vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

[1130] Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

[1131] Vgl. auch das Beispiel in HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 84; vgl. zu dieser Position auch JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7/115 und GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 135 ff.

Wenn aber Vertreter der Willensrichtungstheorie dann die Frage stellen, ob und wann in einem solchen Fall von einer wirksamen Einwilligung auszugehen sei, stellen sie die falsche Frage. Es sollte nämlich nicht die Auffassung vertreten, die Einwilligung sei eben in dem entscheidenden Sinn wirksam ist, dass der Täter dann straflos bleiben kann. Vielmehr ist klar, dass der Täter strafbar ist, solange er bei Tatbegehung von der Einwilligung nichts gewusst hat.[1132] Es spielt also keine Rolle, ob N still für sich denkt, T mache da eine ausgezeichnete Arbeit, oder ob er seinen Willen gegenüber dem neben ihm stehenden Sohn bekundet, ohne dass T das vernehmen kann. Auch wenn N seinen Willen gegenüber seinem Sohn bekundet, bleibt T strafbar, solange er davon nichts mitbekommen hat.[1133] Es kommt also nicht auf reine Zufälligkeiten im Ausdrucksverhalten einer Person an,[1134] sondern auf ein bestimmtes Ausdrucksverhalten, wodurch der *Eingreifende* wissen kann, dass ein bestimmter Eingriff dem Willen des Berechtigten entspricht. Die Willensrichtungstheorie fördert insofern auch das blosse Spekulieren des Täters im Hinblick auf einen möglichen inneren und nicht geäusserten Willen. Was übrig bleibt, ist allein die Frage, ob T wegen versuchter oder vollendeter Sachbeschädigung bestraft werden kann.[1135] Hierzu wurde bereits gezeigt, dass nach der hier vertretenen Lehre des Tatbestandsausschlusses der Versuch die einzig richtige Lösung ist. Die blosse Willensrichtung, d.h. die innere Zustimmung, sollte sodann auch aus Gründen der Rechtssicherheit nicht genügen.[1136] Die Wirksamkeit der Einwilligung darf nicht allein vom Vorliegen einer inneren Tatsache abhängig gemacht werden. Es handelt sich hierbei nämlich nicht um eine Frage, die wie das Vorliegen von Vorsatz[1137] oder der Voraussetzungen der Versuchsstrafbarkeit nach der Tat durch das Gericht

---

1132 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 24.

1133 Anders offenbar HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 84 (der Täter wäre also nicht wegen Sachbeschädigung strafbar).

1134 So aber LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 162.

1135 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 24; vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

1136 S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 43.

1137 Vgl. zu diesem Analogieargument GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 136.

beurteilt werden muss. Vielmehr sollte und kann durch das Erfordernis der Kundgabe die Unsicherheit darüber, ob jemand dem Eingriff in seine Rechtsgüter zustimmt, vor der Tat beseitigt werden, um ungewollte Rechtsgutsverletzungen zu vermeiden; das Risiko, dass Menschen zu Unrecht in die Rechtsgüter anderer eingreifen, weil sie irrig von einer Zustimmung ausgehen, sollte möglichst verringert werden.[1138] Zwei Dinge müssen diesbezüglich präzisiert werden.

Erstens sollte es unbestritten sein, dass für eine wirksame Einwilligung, d.h. für eine Einwilligung, die den Täter ganz straflos lässt, eine explizite oder konkludente Willenskundgabe des Einwilligenden vorliegen muss. Diejenigen, die den inneren Willen „genügen" lassen, können das nicht in dem Sinne meinen, dass der innere Wille für eine wirksame Einwilligung genügt. Bei der wirksamen Einwilligung geht es eben nicht darum, ob der Täter „lediglich" wegen Versuch bestraft werden soll, sondern ob er überhaupt bestraft werden soll. Und es geht auch nicht um die „Existenz" der Einwilligung als natürliches Phänomen,[1139] sondern um ihre rechtliche Wirksamkeit als rechtliches Phänomen. Auch bei einem bloss inneren Willen, d.h. die Einwilligung „existiert" als natürliches Phänomen, kann nichts anderes gelten, als dass der Täter bestraft werden muss, aber eben nur wegen Versuch. Mit anderen Worten: Der innere zustimmende Wille genügt nicht. Aus diesem Grund ist die Willensrichtungstheorie auch nicht ganz falsch, sondern nur hochgradig missverständlich, da sie den inneren zustimmenden Willen als ontologisches Phänomen mit der Einwilligung als rechtliches Phänomen vermengt.[1140] Der innere zustimmende Wille ist eine „Einwilligung" nur in einem ontologischen und nicht in einem rechtlichen Sinne – in diesem Sinne „liegt eine Einwilligung vor", nicht aber im Sinne einer rechtlich wirksamen Einwilligung.

[1138] Zum Ganzen AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

[1139] So aber offenbar GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 5 Rn. 118, im Kontext des tatbestandsausschliessenden Einverständnisses.

[1140] So beispielsweise FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 16/10: Für das Vorliegen einer Einwilligung soll es „allein auf das Vorhandensein dieses inneren Willens ankommen; seine Äusserung ist irrelevant."

Der tatsächlich vorliegende innere Wille, der *ex post* bekannt wird, bewirkt durchaus etwas, er verschiebt die Strafbarkeit von vollendetes Delikt auf versuchtes Delikt. Dies folgt aber aus den Regeln der Versuchsstrafbarkeit so – es liegt dann nämlich faktisch kein Erfolgsunwert vor. Wenn Vertreter der Willensrichtungstheorie sagen, dass es um die Frage Versuch oder Vollendung geht, dass sagen sie etwas Triviales, das schon aus dem Recht der Versuchsstrafbarkeit folgt. Wenn hingegen gesagt würde, es gehe um die Frage strafbar oder straflos, dann wäre das ganz einfach falsch. Der *ex post* bekannt gewordene zustimmende innere Wille ist damit aber auch anders als ein nie zu Trage getretener innerer Wille nicht eine rechtlich irrelevante Willensbetätigung und es können sehr wohl Rechtsfolgen daran geknüpft werden.[1141] Und zwar die Rechtsfolgen der Versuchsstrafbarkeit, die sich typischerweise eben genau dann ergeben, wenn sich nach der Tat wie auch immer ergibt, dass der Erfolg nicht eingetreten ist. In diesem Fall ergibt sich dies aus der Tatsache, dass der Berechtigte *ex post* bekundet, die Tat habe seinem inneren Willen entsprochen.[1142] Ein rein innerer Wille unabhängig vom äusseren Verhalten konstituiert also keine Einwilligung, sondern lässt nur den Erfolgsunwert entfallen, wenn der zustimmende innere Wille *ex post* erkennbar wird.

Der innere zustimmende Wille wirkt sich also insofern aus, als das Verhalten des Täters, der den inneren zustimmenden Willen nicht kennt, als versuchtes Delikt beurteilt wird,[1143] nicht aber dahingehend, dass eine wirksame Einwilligung angenommen wird.[1144] Dass ein innerer Wille vorhanden war, spielt insofern für die Frage der Einwilligung keine Rolle. Genauso wenig, wie wenn der Täter behauptet, er habe geglaubt, es läge ein innerer Wille vor. Dann bleibt er strafbar und wird nur dann wegen Versuch und nicht wegen Vollendung bestraft, wenn tatsächlich ein

---

[1141] Vgl. aber ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 73: „mangels Feststellbarkeit nicht zur Anknüpfung von rechtfolgen geeignet“ und „ein im forum internum verbleibender Gedanke ist keine rechtlich relevante Willensbetätigung!“.

[1142] Ich verdanke diese Präzisierungen einer Anregung von Nora Scheidegger

[1143] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 160 und Rn. 211.

[1144] Vgl. insofern im Ergebnis richtig wenn auch in der Formulierung etwas irreführend HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 650: „Le consentement reste efficace même si l’auteur de l’acte n’en a pas conscience.“

innerer Wille *ex post* bekannt wird. Es liegt kein Tatbestandsirrtum vor, weil der Irrtum zum Tatzeitpunkt bei einem erst *ex post* bekannt gewordenen Vorgang im *forum internum* des Berechtigten ganz ohne Indizien behauptet wird. Es reicht also nicht aus, dass der Täter tatsächlich an einen inneren zustimmenden Willen geglaubt hat, wenn dies aufgrund mangelnder verbaler oder non-verbaler wahrnehmbarer Zeichen gänzlich unplausibel ist.[1145] Die Einwilligung als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal ist als solches an objektive bzw. äusserlich feststellbare Merkmale gebunden. Nur dann ist sie als Einwilligung wirksam und führt mithin zur Straflosigkeit. Straflos kann der Täter also erst dann sein, wenn der „innere Wille" mindestens als eine konkludente Willenskundgabe nach aussen wahrgenommen wird,[1146] die auch ein Dritter (d.h. faktisch das Gericht) als Einwilligung interpretiert hätte. Liegen Indizien bezüglich einer solchen konkludenten Einwilligung vor, kann potentiell ein Tatbestandsirrtum vorliegen. Der Eingreifende sollte aber zum Eigenschutz auch auf eine explizite oder konkludente Willenskundgabe warten; das tun Menschen, die nichts Strafbares bzw. Deliktisches im Schilde führen, in aller Regel auch.

Irreführend wäre es sodann, den *ex post* bekannt gewordenen inneren Willen als eine Art nachträgliche Genehmigung zu interpretieren.[1147] Dies könnte man annehmen, da ein *ex post* geäusserter innerer Wille ontologisch nahe bei einer Genehmigung liegt, näher auf jeden Fall, als zu einer ausdrücklich geäusserten Einwilligung. In Wahrheit wird aber nichts genehmigt, sondern es wird einfach *ex post* festgestellt, dass der Erfolg nicht eingetreten ist bzw. kein Erfolgsunwert geschaffen wurde. Der Täter hat gleichsam zufälligerweise – er wusste ja nichts vom zustimmenden inneren Willen – das gemacht hat, was dem inneren Willen des Berechtigten entsprach. Wenn der Berechtigte *ex post* darlegt, dass die Tat seinem inneren Willen entsprach, genehmigt er sie nicht und er sagt auch nicht, dass er etwa einverstanden damit ist, dass der Täter gehandelt hat, obschon er den inneren Willen nicht kannte

---

[1145] Vgl. auch HUSAK, The Philosophy of Criminal Law, S. 352.

[1146] Vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 14.

[1147] Vgl. dazu auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

und daher davon ausgehen musste, ohne Einwilligung des Berechtigten zu handeln. Er liefert vielmehr alleine den Beweis für das Vorhandensein des natürlichen Phänomens des inneren Willens. Dies wirkt sich nur dahingehend aus, dass das Verhalten des Täters nicht mehr als vollendetes Delikt erscheint, sondern als Versuch. Dass der Täter wegen Versuch statt wegen Vollendung bestraft wird, ist also eine blosse Folge davon, dass eben kein Erfolg eingetreten ist. Dem Täter wird nicht signalisiert, dass es in irgendeiner Weise zulässig, d.h. nicht strafbar, wäre, ohne die Einwilligung des Berechtigten zu handeln. Er wird auch dann bestraft, wenn sich *ex post* zeigt, dass ein innerer Wille vorhanden war und zwar potentiell genauso hart, wie bei einem vollendeten Delikt, da die Strafmilderung in Art. 22 Abs. 1 StGB bekanntlich nur fakultativ ist.

Zu präzisieren ist zweitens, dass ein bloss passives Dulden der Eingriffshandlung noch nicht als eine konkludent zum Ausdruck gebrachte Einwilligung gelten kann.[1148] Sodann kann das Gesetz bei bestimmten Eingriffen höhere Anforderungen an die Erklärung stellen oder eine bestimmte Form vorschreiben.[1149] Dann soll die Nichtbeachtung dieser Form jedenfalls dann unschädlich sein, wenn das Formerfordernis ausschliesslich Beweisinteressen dient, bei Vorliegen der sonstigen Einwilligungsvoraussetzungen materiell also nur diese verletzt sein können.[1150] Zweifelhaft können daher nur solche Fälle sein, in denen die vorgeschriebene Schriftform den Schutz vor Übereilungen und der damit verbundenen Gefahr von einwilligungsrelevanten Fehlvorstellungen bezweckt.[1151]

[1148] S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 43; vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 69.

[1149] Vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 648, m.H. auf das Transplantationsgesetz und den Art. 320 Ziff. 2 StGB (schriftliche Einwilligung).

[1150] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 163.

[1151] Zum Ganzen S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 43.

b) Einwilligungserklärung und Strafantrag

Die Einwilligung muss vor der Tat erklärt worden sein; eine nachträgliche Einwilligung ist im Strafrecht ohne Bedeutung.[1152] Diese gänzlich unbestrittene Regel zeigt eine immer wieder mal konstatierte aber relativ wenig diskutierte Nähe zwischen der Einwilligung und dem Strafantrag auf, die hier in der gebotenen Kürze diskutiert werden soll. So wurde, wenn auch nur zaghaft, namentlich die Auffassung vertreten, die Frage nach dem disponiblen Rechtsgut lasse sich beantworten mit Hinweis auf die Kategorien des Offizialdelikts und des Antragsdelikts; nur bei Letzteren sei eine Einwilligung möglich.[1153] Dies erweist sich aber nicht zuletzt deshalb als wenig zielführend, weil mit dem freien Antragsrecht selber der Wille des Berechtigten betätigt und seine Interesse geschützt werden können. Die Voraussetzung eines Strafantrags wiederspiegelt nämlich nicht nur den Wert des geschützten Guts oder Interesses, sondern oft auch die Tatsache, dass das Interesse des Opfers an einer unterlassenen Strafverfolgung gegenüber einem öffentlichen Interesse an einer Ahndung der Tat vorrangig sein kann.[1154] Nach einer anderen Ansicht sollen sich die Bestimmungen des Antragsrechts auf die Bestimmungen der Einwilligungsfähigkeit auswirken können.[1155] Heute gilt es jedoch als unbestritten, dass die Urteilsfähigkeit im Rahmen der Einwilligung nicht an die Fähigkeit zur Stellung eines Strafantrags angelehnt ist.[1156] Und genauso wie blosse Passivität im Zeitpunkt der Tat nicht einer konkludenten Einwilligung entspricht, führt auch der Verzicht auf den Strafantrag *ex post* im Sinne einer Ratifikation nicht dazu, dass die Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens aufgehoben würde.[1157]

[1152] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 655; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 14; TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 697; vgl. auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 171; vgl. ausführlich dazu WITMER-RICH, It's Good to be Autonomous, S. 391 ff.

[1153] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 153 m.H. auf BJP, 1945, Nr. 6.

[1154] GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, AT, S. 153.

[1155] So HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 168 Fn. 4.

[1156] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21.

[1157] GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 69.

So weit ersichtlich, ist heute die einhellige Meinung, dass mit dem Kriterium des Antragsdelikts die Bedeutung, Funktion und Reichweite der Einwilligung nicht erfasst wird.[1158] Der Verzicht auf das Strafantragsrecht enthält aber insofern Elemente der Einwilligung, als der ausdrückliche Verzicht auf das Strafantragsrecht zum den entsprechenden Willen des Berechtigten voraussetzt, der gemäss Bundesgericht „eindeutig und vorbehaltslos" sein muss.[1159] In den relevanten Aspekten ist das Kriterium des Antragsdelikts aber gänzlich anders als die Einwilligung: Die Willensbetätigung erfolgt bei einem Verzicht auf das Antragsrecht nach der Tat – würde sie vor der Tat erfolgen wäre sie „allenfalls eine Einwilligung".[1160] Anders als die Einwilligung, die grundsätzlich frei widerrufen werden kann,[1161] ist zudem der ausdrückliche Verzicht auf das Antragsrecht gemäss Art. 30 Abs. 5 StGB unwiderruflich und „endgültig".[1162] Der darauf gerichtet Wille muss gemäss Bundesgericht „eindeutig und vorbehaltslos" sein.[1163] Dies lässt aber die Frage offen, wie es um den Willen des Berechtigten stehen muss, wenn er einfach keinen Antrag stellt.

4. Einwilligungsfähigkeit

a) Einleitung

Wenn die Einwilligung des Rechtsgutsträgers als Ausdruck seiner Verfügungsfreiheit die Tatbestandsmässigkeit eines Eingriffs in sein geschütztes Gut oder Interesse ausschliessen soll, setzt das voraus, dass der Einwilligende überhaupt einwilli-

---

[1158] Vgl. nur GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 152 f.

[1159] BGE 90 IV 168, 171.

[1160] Vgl. BSK-Strafrecht I-Riedo, Art. 30 Rn. 117.

[1161] Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 143; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 656; BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 14; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 79.

[1162] So ausdrücklich Art. 30 Abs. 5 StGB; vgl. BSK-Strafrecht I-Riedo, Art. 30 Rn. 117; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Roth/Berkemeier, Vor Art.122 Rn. 20.

[1163] BGE 90 IV 168, 171.

gungsfähig ist.[1164] Hierfür ist grundsätzlich erforderlich, dass er den Wert oder den Rang des betreffenden Gutes oder Interesses sowie die Folgen und Risiken seiner Entscheidung erfassen kann,[1165] und dass er diese in Übereinstimmung mit seinen Bedürfnissen und Wünschen beurteilen kann.[1166] Der Einwilligende muss unabhängig von seinem Alter auf jeden Fall in der Lage sein, Art und Umfang des Rechtsgutseingriffs durch den Täter zu überblicken.[1167] Während man bei einer erwachsenen Person grundsätzlich davon ausgeht, dass sie die nötige Einwilligungsfähigkeit besitzt, kann sie grundsätzlich bei Personen wegen ihres Kindesalters oder infolge geistiger Behinderung oder psychischer Störung fehlen.[1168] Für die Einwilligungsfähigkeit oder Verfügungsfähigkeit[1169] ist nicht etwa eine zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit gemäss Art. 13 ZGB erforderlich.[1170] Jedoch erweisen sich die Kriterien der zivilrechtlichen Urteilsfähigkeit im Sinne von Art. 16 ZGB als prinzipiell einschlägig.[1171] Da der Begriff der Urteilsfähigkeit sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht verwendet wird, kommt es seit jeher zu Diskursüberschneidungen.

Nach der von Zitelmann begründeten zivilrechtlichen Rechtsgeschäftstheorie war für die Ermittlung der strafrechtlichen Urteilsfähigkeit stets auf den zivilrechtlichen

---

1164 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 651; vgl. auch Vgl. auch WOHLERS/GODENZI, Die Knabenbeschneidung, S. 38 ff.

1165 SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120; vgl. grundlegend AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I, S. 558; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 193 und KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 203.

1166 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 651.

1167 KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 170.

1168 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 651; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 194.

1169 Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 651, der von einer „capacité de disposer“ spricht.

1170 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 18; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 193; vgl. aber JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7/114 und KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 203 für den Fall, dass die Einwilligung rechtsgeschäftliche Wirkung entfalten soll.

1171 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 47.

Handlungsfähigkeitsbegriff zurückzugreifen.[1172] Damit wird man der Bedeutung der Urteilsfähigkeit im Rahmen der Einwilligung allerdings nicht gerecht. Denn es handelt sich bei der Einwilligung nicht um ein Rechtsgeschäft, das Geschäftsfähigkeit bzw. Handlungsfähigkeit im Sinne des ZGB voraussetzt, sondern vielmehr um eine blosse Rechtshandlung, für deren Wirksamkeit die Urteilsfähigkeit des Erklärenden genügt.[1173] Dies zeigt sich bereits daran, dass eine durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung *eo ipso* nichtig ist und nicht erst durch die Anfechtung erlischt.[1174] Deswegen erstaunt es nicht, dass die rechtsgeschäftliche Lehre heute als überholt gilt.[1175] Dennoch wird in der strafrechtlichen Grundlagenliteratur im Rahmen der Frage der Einwilligungsfähigkeit zuweilen noch ausschliesslich auf zivilrechtliche Normen verwiesen und auf jegliche Verweise auf strafrechtsdogmatische Literatur verzichtet.[1176]

Verhaltensweisen können entweder gegen Strafrecht oder aber (nur) gegen Zivilrecht verstossen, Letzteres nämlich dann, wenn private Rechte in einer Form verletzt werden, die die Schwelle zur strafrechtlichen Relevanz nicht überschreitet. In beiden Fällen kann eine Einwilligung durch den Berechtigten in Betracht kommen und es gilt, dass die Einwilligung jeweils nur möglich ist, wenn der Einwilligende nach seiner persönlichen Situation auch in der Lage ist, die Einwilligung zu erklären. Dies setzt die Fähigkeit voraus, sich über eine bestimmte Situation ein vernunftgemässes Urteil zu bilden. Problematisch hinsichtlich des Begriffs der zivilrechtlichen Urteilsfähigkeit ist seine Unbestimmtheit. Nicht nur dürfte es von kulturellen Einflüssen und persönlichen Empfindungen abhängen, ob man etwa einen Minderjährigen oder eine alkoholisierte Person für urteilsfähig hält. Vielmehr stellt sich auf der Tatsachenebene auch das Problem, wie festgestellt und bewiesen wer-

---

[1172] Vgl. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, S. 111.

[1173] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 18: „natürliche“ Urteilsfähigkeit.

[1174] Vgl. bereits GROTSCH, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung, S. 53.

[1175] Vgl. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 123; vgl. auch GROTSCH, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung, S. 51; vgl. für das dt. Strafrecht sehr ausdrücklich ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13, Rn. 42.

[1176] Vgl. beispielsweise DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 260.

den kann, was die genauen Vorstellungen und Einsichten der betroffenen Person im Zeitpunkt der Einwilligung sind.[1177]

Es dürfte auf jeden Fall angezeigt sein, das richtige Verhältnis und das Zusammenwirken von zivilrechtlichen Regeln der Urteilsfähigkeit und strafrechtlicher Einwilligung etwas genauer zu untersuchen. Es stellt sich nämlich die Frage, inwiefern Parallelen zwischen der Urteilsfähigkeit im Rahmen der strafrechtlichen und der zivilrechtlichen Einwilligung bestehen. Zunächst ist dazu festzustellen, wie das Zivilrecht die Urteilsfähigkeit allgemein und speziell bei der Einwilligung bewertet. Sodann soll der strafrechtliche Diskurs über die Einwilligungsfähigkeit nachgezeichnet werden und grundsätzliche Parallelen und Unterschiede diskutiert werden. Im Anschluss daran werde ich auf einige differenzierte tatbestandsbezogene Bestimmungen der Voraussetzungen der strafrechtlichen Einwilligungsfähigkeit eingehen.

b) Zivilrechtliche Urteilsfähigkeit

Die zivilrechtliche Urteilsfähigkeit ist umfassend im Personenrecht des ZGB (Art. 13 ff.) geregelt. Es handelt sich um eine Voraussetzung für die Handlungsfähigkeit gemäss Art. 13 ZGB, welche zudem die Volljährigkeit voraussetzt. Nach Art. 16 ZGB ist jede Person urteilsfähig, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.[1178] Diese Urteilsfähigkeit spielt in weiten Teilen des Zivilrechts eine Rolle. Denn wer nicht urteilsfähig ist, kann nach Art. 18

[1177] Vgl. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 76 ff.

[1178] Vgl. auch BGer 6B_869/2010 vom 16. September 2011, E. 4.2.: „Est capable de discernement au sens de l'art. 16 CC, toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse ou d'autres causes semblables. La capacité de discernement est la règle. Elle est présumée. Celui qui en allègue l'absence doit prouver l'incapacité de discernement au stade de la vraisemblance prépondérante. En revanche, lorsque l'expérience de la vie conduit à présumer (par exemple pour les jeunes enfants, en présence de certaines affections psychiques ou pour les personnes affaiblies par l'âge) que la personne en cause, en fonction de sa constitution, ne doit pas être jugée capable de discernement, la preuve est considérée comme suffisamment rapportée et la présomption renversée."

ZGB unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen durch seine Handlungen keine rechtlichen Wirkungen herbeiführen. Dies wirkt sich namentlich auf die zivilrechtliche Einwilligung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB aus, bei der es sich um ein relativ höchstpersönliches Recht im Sinne des Art. 19c ZGB handelt.[1179] Nach dieser Vorschrift können urteilsfähige jedoch handlungsunfähige Personen, die Rechte, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen, selbständig ausüben. Bei Urteilsunfähigkeit ist die Einwilligung des Urteilsunfähigen selbst – unter Vorbehalt der gesetzlichen Ausnahmen, etwa Art. 19 ZGB – unwirksam. Da es sich aber um einen Fall eines nur relativ höchstpersönlichen Rechts handelt, kann der gesetzliche Vertreter für den Urteilsunfähigen einwilligen.[1180]

Ist der Betroffene minderjährig, setzt die Einwilligung dementsprechend nicht zwingend die Mitwirkung des Vertreters voraus. Denn es kommt nicht auf die Handlungsfähigkeit nach Art. 13 ZGB an, sondern ausschliesslich darauf an, ob der Betroffene urteilsfähig ist. Unabhängig davon setzt der Behandlungsvertrag, bei dem es sich selbstverständlich um ein Rechtsgeschäft handelt, Handlungsfähigkeit des Betroffenen voraus. Ein urteilsfähiger Minderjähriger kann also selbst in die Behandlung einwilligen, bedarf aber der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, um den Behandlungsvertrag abzuschliessen.[1181] Nimmt ein Arzt ohne wirksame Einwilligung durch den Urteilsfähigen oder den gesetzlichen Vertreter des Urteilsunfähigen eine Behandlung vor, macht er sich schadenersatzpflichtig.[1182] Um dem Risiko einer Schadenersatzpflicht zu entgehen, muss der verletzende Arzt vor der Behandlung die Urteilsfähigkeit des Betroffenen sorgfältig überprüfen. Die Urteilsfähigkeit nach Art. 16 ZGB setzt sich aus den Komponenten der Willensbildungs- und Willensumsetzungsfreiheit zusammen und setzt voraus, dass der Be-

---

[1179] Dies ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 der Biomedizinkonvention (SR 0.810.2); vgl. dazu BSK-ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 19c Rn. 7; vgl. auch AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 16.

[1180] BSK-ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 19c Rn. 6.

[1181] AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 18 ff.

[1182] Vgl. FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 221 f.

troffene in der Lage ist vernunftgemäss zu handeln.[1183] Sehr eindringlich wurde das bereits 1930 von August Egger im Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch wie folgt präzisiert:

> „Es müssen alle seelischen Kräfte spielen, welche richtiges Denken und Handeln erst ermöglichen, es müssen jene geistigen Vermögen funktionieren, welche notwendig sind zu Bildung und Ausführung eines Entschlusses. Das Handeln muss das Ergebnis eines (physiologisch) ungestörten, von pathologischen Einwirkungen freien Zusammenwirkens der erforderlichen Kräfte sein. Das Wahrnehmen, die Bildung von Vorstellungen, von Erinnerungsbildern (Gedächtnis), das Denken (die Assoziationenbildung), das Urteilen und Bewerten, die zeitliche und örtliche Orientierung, die Aufmerksamkeit und Konzentration, die Affektivität, die Entschlussfähigkeit, das Wollen und die Auslösung desselben im Handeln – alle diese Kräfte wirken mit […], sie dürfen nicht fehlen, wenn Urteilsfähigkeit vorhanden sein soll.“[1184]

Dabei wird Urteilsfähigkeit im Zivilrecht immer auf die konkrete Willensäusserung bezogen. Die betroffene Person muss im Zeitpunkt der Willensäusserung urteilsfähig sein und zwar spezifisch in Hinblick auf die konkrete Entscheidung.[1185] Man spricht auch von der Relativität der Urteilsfähigkeit.[1186] Dies bedeutet, dass namentlich an die Urteilsfähigkeit im Rahmen der Feststellung der Geschäftsfähigkeit andere Anforderungen gestellt werden müssen als bei der Feststellung der Deliktsfähigkeit. Denn während sich der Betroffene für seine Geschäftsfähigkeit der wirtschaftlichen Tragweite seines Handelns bewusst sein muss,[1187] muss er für seine Deliktsfähigkeit das seelische Vermögen ausweisen, über Moral und Schuld nach-

---

[1183] Vgl. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 27 f.; vgl. auch BSK-ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 16 Rn. 3: „intellektuelles Element“ und „Willenselement“.

[1184] ZK-ZGB-Egger, Art. 16 Rn. 4 (zit. nach AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, S. 10).

[1185] Vgl. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 56.

[1186] Vgl. BSK-ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 14 Rn. 34 ff. und AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 26 und Rz. 54 ff.

[1187] Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

denken und das eigene Handlungsunrecht einsehen zu können.[1188] Für die Urteilsfähigkeit bei der zivilrechtlichen Einwilligung in ein verletzendes Verhalten gilt sodann der Massstab, dass der Einwilligende vernunftgemäss über die Einwilligung entscheiden können muss, also einerseits die Umstände der bevorstehenden Verletzung vollumfänglich erfassen kann und andererseits zu einer autonomen Entscheidung in der Lage ist.[1189] So muss etwa der Patient im Zeitpunkt des Behandlungsbeginns, unter anderem mittels ärztlicher Aufklärung, die Vorteile und Risiken der Behandlung überblicken und frei von äusseren Einflüssen entscheiden können, ob er sich der Behandlung unterziehen will.[1190]

Eine Abstufung der Urteilsfähigkeit in volle oder teilweise gegebene Urteilsfähigkeit kennt das Zivilrecht nicht. Anders als beispielsweise bei der strafrechtlichen Schuldfähigkeit, bei der die Strafe eines Täters, der die Sachlage nur teilweise überblickt bzw. nur teilweise fähig ist, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder gemäss dieser Einsicht zu handeln, nach Art. 19 Abs. 2 StGB gemildert wird,[1191] ist eine Person aus zivilrechtlicher Sicht in den konkreten Umständen stets entweder urteilsfähig oder nicht urteilsfähig. Grund dafür sind die Erfordernisse der Geschäfts- und Rechtssicherheit.[1192] Insbesondere für die hier in Frage stehende Einwilligung in Eingriffe in Rechte des Betroffenen erscheint diese Regel geradezu selbstverständlich: Entweder der Betroffene willigt ein oder eben nicht; es kann keine teilweise Einwilligung in einen konkreten Eingriff geben.

c) Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht

Während es im Zivilrecht darum geht, festzustellen, ob eine Willenserklärung wirksam abgegeben werden konnte, sich der Betroffene also rechtlich binden durfte,

---

[1188] BSK-ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 14 Rn. 37.

[1189] Vgl. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 28.

[1190] Vgl. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 30 f.

[1191] Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 19 Rn. 7 f.

[1192] BSK-ZGB I-Bigler-Eggenberger/Fankhauser, Art. 14 Rn. 40.

oder der Betroffene deliktsfähig ist, wird der Begriff der Urteilsfähigkeit im Strafrecht primär bei der Frage behandelt, ob eine Person wirksam in einen Eingriff in seine Güter oder Interessen einwilligen kann.[1193] Daneben ist sie auch Voraussetzung für einen wirksamen Strafantrag nach Art. 30 Abs. 3 StGB und kommt im Rahmen von Art. 119 Abs. 3 StGB in positiver Form sowie bei der Freiheitsberaubung nach Art. 183 Abs. 2 StGB und der Schändung gemäss Art. 191 StGB in der negativen Form (urteilsunfähig) zur Anwendung. Daher wird in der strafrechtlichen Literatur regelmässig auch bloss von „Einwilligungsfähigkeit" gesprochen,[1194] die als solche Einsichtsfähigkeit sowie Willensfähigkeit voraussetzt, d.h. ein voluntatives Vermögen, sich nach der gewonnenen Einsicht bestimmen zu können.[1195] Dabei ist – wie im Zivilrecht – der jeweilige Einzelfall gesondert zu betrachten.[1196] Wenig überzeugend ist hingegen die Meinung, bei der hinreichenden Aufklärung handle es sich nicht um ein Erfordernis für die Urteilsfähigkeit in bestimmten konkreten Fällen, sondern um eine eigenständige Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung, die neben die Urteilsfähigkeit tritt.[1197] Dies ist zum einen deshalb abzulehnen, weil es in den relevanten Fällen, in denen eben die Urteilsfähigkeit aus Sicht des Berechtigten von einer hinreichenden Aufklärung abhängt, nur eine Verdoppelung der Anforderungen bedeuten würde. Zum anderen ist der Berechtigte in vielen Fällen auch ohne ärztliche Aufklärung urteilsfähig, weil es sich um einen Routineeingriff handelt, er sich anderweitig informiert hat oder weil er im vollen Bewusstsein gar nicht darüber informiert werden will.[1198]

[1193] NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 123 f.; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21.

[1194] Vgl. ausführlich dazu SOLAND, Suizidverhinderung als Straftat?, S. 98 ff.; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120.

[1195] NK-Paeffgen, § 228 Rn. 65; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 193.

[1196] Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941.

[1197] So aber BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 57 ff. und S. 63 ff.

[1198] Vgl. dazu auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 942 (neuer Ansatz) und ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 15 Rn. 88.

In Bezug auf die Begriffe Einwilligungsfähigkeit, Urteilsfähigkeit, Einsichtsfähigkeit und Willensfähigkeit gibt es erhebliche terminologische Schwierigkeiten. Die frühe deutsche Literatur meinte in Anlehnung an die Terminologie des Reichsgerichts[1199] mit der Einwilligungsfähigkeit die Fähigkeit, die Sachumstände gesamthaft zu erfassen – was sie Urteilsfähigkeit nannte – und nach diesen Umständen zu entscheiden.[1200] Später wurde die Einwilligungsfähigkeit dann als „natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit" verstanden.[1201] Das Prädikat „natürliche" Fähigkeit wird dabei nicht weiter definiert, dient aber wohl alleine der Abgrenzung der Einwilligungsfähigkeit von der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit und hat keine eigenständige Bedeutung.[1202] Auf diesen Zusatz sollte also verzichtet werden,[1203] nicht zuletzt auch um eine Verwechslung mit dem Begriff „natürlicher Wille" zu verhindern. So spricht beispielsweise Weissenberger davon, dass der Verletzte einsichts- und urteilsfähig sein müsse, um wirksam einzuwilligen zu können.[1204] Auch das ist aber irreführend. Ob jemand in der Lage ist, treffend zu urteilen, hängt davon ab, ob er die erforderlichen Einsichten hat und ob er auf dieser Grundlage zu einer eigenen Willensbildung fähig ist, sodass die Urteilsfähigkeit der Oberbegriff für Einsichts- und Willensfähigkeit ist.[1205] Unnötig ambivalent ist auch die Feststellung von Seelmann, dass für die Einwilligungsfähigkeit die autonome Urteilsfähigkeit genügt, wenn dann jedoch noch die Rede davon ist, dass die Einwilligung in ärztliche Eingriffe eine konkrete Einsichts- und Urteilsfähigkeit voraussetze.[1206] Unklar

---

1199 Vgl. RGSt. 41, 392, 394.

1200 Vgl. AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I, S. 536; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 55.

1201 AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I, S. 542 und Fn. 69; vgl. auch AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 28, die für das Zivilrecht von „Willensbildungsfähigkeit" und „Willensumsetzungsfähigkeit" spricht.

1202 Vgl. AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I, S. 542.

1203 So auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 67 Fn. 272.

1204 WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 74.

1205 Ich verdanke diese Anregung Kristin Boosfeld.

1206 BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor. Art. 14 Rn. 18 f.; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120.

bleibt hier jedenfalls terminologisch, ob die Urteilsfähigkeit ein Einsichtselement umfasst oder nicht. Es dürfte aber inhaltlich klar sein, dass es sich nur um eine begriffliche Differenzierung handeln kann, nicht aber um eine inhaltlich andere Beurteilung der Voraussetzungen der Einwilligung. Der Einwilligende muss die Sachumstände erfassen können und muss nach seinen Erkenntnissen entscheiden können; das ist mit Urteils- bzw. Einwilligungsfähigkeit gemeint.

Strafrechtliche Urteilsfähigkeit liegt dann vor, wenn der Einwilligende im Einzelfall in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmässigen Eingriffs zu beurteilen und danach zu entscheiden.[1207] Die Beantwortung der Frage, ob der Einwilligende im Einzelfall in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmässigen Eingriffs zu beurteilen und danach zu entscheiden, hängt sodann ganz entscheidend vom individuellen Berechtigten in der konkreten Situation ab.[1208] Feste Altersgrenzen gibt es – wie bei der zivilrechtlichen Urteilsfähigkeit, anders aber als bei der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit – nicht. Vielmehr ist die persönliche Situation des Einwilligenden zu bewerten: Er muss alt genug sein, die konkrete Situation im Beurteilungszeitpunkt zu überblicken und frei von psychischen Störungen (psychische Störung, Drogeneinfluss und dgl.) sein.[1209] Kinder und Jugendliche können grundsätzlich im Rahmen ihrer je konkreten Urteilsfähigkeit selbst über Rechte entscheiden, die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen.[1210] Zudem bezieht sich die Urteilsfähigkeit aufgrund der bereits erwähnten Relativität gerade auf den konkreten Eingriff. In diesem Sinne gelten für Ärzte

---

[1207] Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120.

[1208] AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I, S. 558; vgl. auch TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 697; nachdrücklich auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 123 f.

[1209] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21.; vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor. Art. 14 Rn. 1; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 195.

[1210] Vgl. BGer 6P.106/2006 vom 18. August 2006, E. 6.4.; vgl. auch 118 Ia 427, 434 f.

Aufklärungspflichten nur dann aber immer dann, wenn der Patient das Ausmass der Risiken nicht erkennen kann.[1211]

Weitgehend unumstritten ist zudem, dass die Urteilsfähigkeit im Rahmen der Einwilligung weder an die Fähigkeit zur Stellung eines Strafantrags gemäss Art. 30 Abs. 2 StGB angelehnt ist,[1212] noch an das Konzept der Schuldfähigkeit nach Art. 19 StGB, die einen anderen Bereich des Urteilsvermögens betrifft, nämlich gleichsam das moralische Urteilen.[1213] Daher kommt auch keine Abstufung der Urteilsfähigkeit im Sinne des Art. 19 Abs. 2 StGB in Betracht. Zwar beseitigen die bei der Frage nach der Schuldfähigkeit jeweils diskutierten Defekte regelmässig auch die Einwilligungsfähigkeit.[1214] Die beiden Bereiche verbindet zudem immerhin das Verantwortungsprinzip: Es geht jeweils darum, dass eine Person für ihr Verhalten verantwortlich gemacht werden kann. Treffend hat jedoch Amelung darauf hingewiesen, dass die Einwilligung die Verantwortung für die Beeinträchtigung eigener, die Schuld dagegen die Verantwortung für die Schädigung fremder Rechtsgüter regelt.[1215] Die Schuldfähigkeit betrifft in diesem Sinne die Frage, ob der Täter für sein Verhalten strafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann, während die Urteilsfähigkeit die ganz anders gelagerte Fragestellung betrifft, ob das Opfer dem Täter seine Tat „erlauben" darf und insofern für diese Verfügung verantwortlich ist. Während die Schuldfähigkeit also dann zu prüfen ist, wenn die Frage im Raum

---

1211 Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120 m.w.H.

1212 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21.

1213 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 21 m.H. auf die wohl abweichende Meinung von HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 168, der mit der Aussage, „nur die ernstgemeinte Einwilligung eines Zurechnungsfähigen zählt", offenbar eine Analogie zur Schuldfähigkeit (früher aArt. 10 StGB „Zurechnungsfähigkeit") sieht; vgl. auch LK-Rönnau, Vor Art. 32 Rn. 193; vgl. aber anders offenbar KIENTZY, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, S. 110.

1214 Vgl. KÖHLER, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 250.

1215 AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I, S. 527 ff.; vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 941 und WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 74 f.: „[…] der Umstand, dass jemand die Tragweite seines Verhaltens in Bezug auf die Beeinträchtigung fremder Rechtsgüter abschätzen und entsprechend steuern kann, [sagt nichts darüber aus], ob Gleiches auch für seine eigenen Individualrechtsgüter gilt".

steht, ob der Täter für sein Handeln bestraft werden kann, obschon er sein Verhalten im Rahmen der Umstände gegebenenfalls nicht vollständig überblickte, geht es bei der Urteilsfähigkeit im Rahmen der Einwilligung um die Frage, ob der Verletzte in der Lage war, wirksam über seine Rechte zu verfügen. Dass in diesen beiden Fällen andere Massstäbe ausschlaggebend sind, liegt auf der Hand. Denn die Frage, ob jemand für die Verletzung fremder Rechte bestraft werden muss, wenn er die Situation gegebenenfalls nicht überblickte, steht in keinem inhaltlichen Zusammenhang mit der Frage, ob beispielsweise ein Patient in den Eingriff in seine körperliche Integrität einwilligen kann, wenn er die Situation gegebenenfalls nicht überblickte. Auch eine Parallele zur deliktsrechtlichen Urteilsfähigkeit nach Art. 54 OR erscheint wenig zielführend,[1216] weil es bei dieser Norm gerade nicht um die Beurteilung der Verfügung über eigene Rechtsgüter geht, sondern – wie bei der Frage der Schuldfähigkeit im Strafrecht – um die Beurteilung der Verletzung fremder Rechtsgüter.[1217] Wenn es um die Einwilligung des Berechtigten geht, wird nicht gefragt, ob der eingreifende Täter urteilsfähig ist – diese Frage stellt sich erst später –, sondern ob der Berechtigte einwilligungsfähig ist.

Zu betonen ist sodann, dass die Rechtsfolge der Urteilsunfähigkeit nicht ist, dass jede Einwilligung ausgeschlossen ist. Vielmehr bedeutet sie nur, dass eine tatbestandsausschliessende Einwilligung in den Eingriff nicht durch die urteilsunfähige Person selbst möglich ist. Jedoch kann die Einwilligung durch ihren gesetzlichen Vertreter vorgenommen werden.[1218] Schranke der Vertretungsbefugnisse ist hier jeweils das Wohl des Urteilsunfähigen, der durchaus in die Entscheidungsfindung mit einbezogen werden kann.[1219] In Fällen eines notwendigen Eingriffs in die Güter

---

[1216] Vgl. aber BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor. Art. 14 Rn. 18 m.H. auf GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 78 ff.

[1217] So auch NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 123.

[1218] Vgl. dazu THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 23 ff.

[1219] THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 139.

oder Interessen eines einwilligungsunfähigen Berechtigten ist regelmässig die mutmassliche Einwilligung einschlägig.[1220]

Insofern auch im Zivilrecht anerkannt wird, dass es sich bei der Einwilligung nicht um ein Rechtsgeschäft handelt, sondern um ein relativ höchstpersönliches Recht im Sinne des Art. 19c ZGB, das der Einwilligende auch dann selbständig ausüben kann, wenn er nicht handlungsfähig, wohl aber urteilsfähig ist, zeigt sich, dass die zivilrechtliche und die strafrechtliche Literatur zu dieser Frage nun weitgehend im Gleichlauf sind.[1221] Zwar haben die strafrechtliche und zivilrechtliche Einwilligung unterschiedliche Konsequenzen. Denn bei der Unwirksamkeit der strafrechtlichen Einwilligung droht beispielsweise dem Arzt bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Körperverletzung durch seinen Eingriff eine Bestrafung, während ihm bei Unwirksamkeit der zivilrechtlichen Einwilligung die Haftung droht.[1222] Dabei führt jede Behandlung bei unwirksamer Einwilligung zu einer Schadensersatzpflicht des Arztes wegen Persönlichkeitsverletzung; dagegen führen nur tatbestandliche Verhaltensweisen auch zu einer Strafbarkeit. Gleichwohl haben sie dem Grunde nach eine einheitliche Zielsetzung, nämlich zu garantieren, dass die Selbstbestimmung des Individuums über seine Güter und Interessen gewahrt werden kann. Hierfür setzen beide eine Einzelfallbegutachtung voraus. Man ist sich einig, dass die Urteilsfähigkeit jeweils in zeitlicher, persönlicher und sachlicher Hinsicht individuell zu bewerten ist. Die Person des Einwilligenden muss dementsprechend zu Beginn des Eingriffs in der Lage sein, vernunftgemäss über den konkreten Eingriff zu entscheiden. Daraus folgt sowohl im Strafrecht wie auch im Zivilrecht die Faustregel, dass je niedriger die Intensität des Eingriffs ist, desto niedriger auch die Anforderungen sein können, die an die Urteilsfähigkeit des Einwilligenden gestellt werden.

[1220] Vgl. dazu unten S. 441 ff.

[1221] So hat nach AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient, Rz. 76, die von ihr im Rahmen des Zivilrechts erörterte Urteilsfähigkeit gleichermassen zivilrechtliche wie strafrechtliche Folgen; vgl. aber OHLY, Einwilligung und Einheit der Rechtsordnung, S. 451 ff., der unter anderem die weiterhin bestehenden Unterschiede hervorhebt.

[1222] Vgl. grundlegend SCHULTZ, Aktuelle Probleme des Arztrechts, S. 1015.

Durch die wirksame Einwilligung des urteilsfähigen Rechtsgutsträgers entfällt die Tatbestandsmässigkeit des Eingriffs Dritter in dessen Güter oder Interessen, da das notwendige negativ gefasste Tatbestandselement „ohne Willen des Berechtigten" dann nicht erfüllt ist. Oder mit anderen Worten: Fehlt dem Einwilligenden die nötige Einwilligungsfähigkeit, ist sein ausdrücklich oder konkludent erklärter Wille unbeachtlich.[1223] Die Einwilligungsbefugnis geht dann in der Regel auf den gesetzlichen Vertreter oder den Sorgeberechtigten über.[1224] Im Folgenden soll daher gezeigt werden, welcher Grad an Einwilligungsfähigkeit für die wirksame Zustimmung in einzelne Eingriffe verlangt werden soll. Insofern kann also gesagt werden, dass die Wirksamkeit der Einwilligung von der persönlichen Urteilsfähigkeit des Einwilligenden in Bezug auf den Typus des Tatbestandes und des konkreten Eingriffs abhängt.

d) Konkretisierung der Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit

aa) Grundregel

Insofern nicht zwischen Einwilligung und Einverständnis unterschieden werden darf und also gleichsam bei jeder Form der Zustimmung oder Erlaubnis des Berechtigten von einer tatbestandsausschliessenden Einwilligung die Rede sein soll, müssen die Anforderungen, die an die Einwilligungsfähigkeit des Einwilligenden gestellt werden, anhand der Eigenheiten des betreffenden Tatbestandes bestimmt werden.[1225] Gerade bei den Wirksamkeitsvoraussetzungen im Hinblick auf die Einwilligungsfähigkeit ergeben sich denn auch nicht nur kategoriale Unterschiede, sondern auch spezifischere Differenzierungen der Anforderungen je nach Art des be-

---

[1223] KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 170.

[1224] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 195; vgl. auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 68.

[1225] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 652.

troffenen Rechtsguts und des beabsichtigten Eingriffs.[1226] Wir können aber zunächst von einer Grundregel und einer Ausnahme ausgehen.

Bei jeder tatbestandausschliessenden Einwilligung, auch in den Einverständnisfällen im Sinne der überkommenen Lehre, ermöglicht die berechtigte Person einen Eingriff in ihre Güter oder Interessen. Indem sie wirksam einwilligt, entfällt das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen", der Eingriff des Täters erfüllt somit den objektiven Tatbestand nicht. Die berechtigte Person lässt mithin etwas zu, um etwas anderes zu haben oder ganz einfach, weil sie das so will: Sie lässt Menschen in ihr Haus hinein, damit sie ihren Kühlschrank reparieren; sie lässt einen Eingriff in ihren Körper zu, um sich Blut entnehmen zu lassen; sie lässt einen Dritten eine in ihrem Eigentum stehende Sache nehmen, damit sie in Zukunft möglichst auch etwas von ihm nehmen darf; sie willigt in Geschlechtsverkehr ein, um sexuell befriedigt zu sein; sie lässt eine in ihrem Eigentum stehende Sache entsorgen, damit die Sache nicht weiter ihre Garage verbarrikadiert. Damit all diese Ereignisse als Ausdruck praktizierter Selbstbestimmung vor dem Recht Bestand haben, muss grundsätzlich vorausgesetzt werden können, dass die Einwilligung nicht fehlerbehaftet ist.[1227] Daher muss für die Einwilligung in solche Eingriffe immer gelten, dass die entsprechende Einwilligungsentscheidung auf der Grundlage einer hinreichenden Einwilligungsfähigkeit erfolgt ist und die berechtigte Person die Bedeutung und Tragweite desjenigen, was sie zugelassen hat, sowie der Vorteile des Eingriffs abschätzen kann.[1228] Insofern all diese Eingriffe, die von der berechtigten Person mittels Einwilligung zugelassen wurden, auch ihrer Persönlichkeitsentfaltung dienen, und insofern diese Eingriffe „ohne Willen des Berechtigten" ein Unrecht darstellen, kann die bloss natürliche Willensfähigkeit, die auch Kinder oder Personen mit psychischen Störungen haben, für die Einwilligung nicht genügen, da die berechtigte Person die Bedeutung und Trageweite des Eingriffs dann gerade

---

[1226] Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 52 Rn. 120; vgl. auch AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit II, S. 821 ff. und TAG, Strafrecht im Arztalltag. S. 669 ff.

[1227] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 191: „innere Freiheit".

[1228] Vgl. NK-Paeffgen, § 228 Rn. 14 m.w.H.

(noch) nicht verstehen können.[1229] Eine wirksame Einwilligung setzt also Einwilligungsfähigkeit voraus; die Voraussetzungen sind dem Grundsatz nach für alle Fälle gleich zu bestimmen.[1230] Denn in all diesen Fällen besteht ein erhebliches Schutzbedürfnis für Personen, die in einen solchen Eingriff einwilligen, obwohl sie aufgrund der Umstände nicht verstehen können, inwiefern ihre Güter und Interessen tatsächlich beeinträchtigt werden oder überhaupt nicht in der Lage sind, auf dieser Grundlage eine eigenständige Entscheidung zu treffen.

Nicht zuletzt aus diesem Grund ist es unverständlich, warum es nach Ansicht der Vertreter der Zweiteilungslehre bei den überlieferten Fällen des Einverständnisses auf den natürlichen, bei der Einwilligung dagegen auf den verantwortlichen ungetrübten Willen des Rechtsgutsträgers ankommen soll.[1231] Da es immer um eine tatbestandsausschliessende Einwilligung geht und da die Einwilligung immer das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne Willen des Berechtigten“ aufhebt, muss es grundsätzlich bei jeglichen Eingriffen in Individualrechtsgüter auf den „verantwortlichen ungetrübten Willen des Berechtigten“ ankommen; es reicht nicht, dass der Berechtigte keinen entgegenstehenden Willen gebildet hat und den Eingriff im Sinne eines natürlichen Willens zulässt. Gerade auch weil es beispielsweise beim Straftatbestand des Hausfriedensbruchs nach Art. 186 StGB oder der Vergewaltigung nach Art. 190 StGB um das Recht geht, darüber verfügen zu dürfen. Um die Freiheit also, selbst darüber entscheiden zu können, wen man in sein Haus hereinlassen will oder mit wem man Geschlechtsverkehr haben will, muss die Zustimmung hierzu die Ausübung dieser Freiheit sein.[1232] Die berechtigte Person muss den Eingriff daher tatsächlich wollen und hierfür muss sie einwilligungsfähig sein, d.h.

[1229] Vgl. HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 64, aber namentlich auch für den Tatbestand der Nötigung.

[1230] So auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 60, m.H. auf die entsprechende herrschenden Lehre in Österreich.

[1231] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 80, der aber zurückhaltender nur davon spricht, dass dies allzu vereinfachend sei.

[1232] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 67 f.

Art und Umfang des Rechtsgutseingriffs durch den Täter überblicken können;[1233] die blosse Fähigkeit, einen natürlichen Willen zu bilden, ist nicht ausreichend.[1234] Die hier vertretene Position erhöht mithin im Vergleich zur Zweiteilungslehre den strafrechtlichen Schutz für Individualrechtsgüter, da ein Eingriff nur dann tatbestandslos ist, wenn er dem wahren Willen des Berechtigten und damit einem „Akt wirklicher Selbstbestimmung"[1235] entspricht. Das ist nur dann der Fall, wenn der Rechtsgutsinhaber im konkreten Entscheidungsfall einwilligungsfähig ist;[1236] der bloss natürliche Wille, das blosse Zulassen des Eingriffs ohne entgegenstehenden Willen, ist grundsätzlich nicht ausreichend.[1237]

bb) Ausnahmen

Von dieser Grundregel ausgehend kann man für einige Tatbestände Ausnahmen bestimmen, die ein Handeln „gegen den Willen des Berechtigten" voraussetzen. Hier ist die bloss natürliche Willensfähigkeit des Betroffenen ausreichend und das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „gegen den Willen" ist bereits dann nicht erfüllt und die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens entfällt, wenn kein entgegenstehender Wille gebrochen wird und der Berechtigte den Eingriff im Sinne eines natürlichen Willens zulässt.[1238] Die geringere Voraussetzungen des bloss natürlich Willens kann also nur aber immerhin bei den Delikten gelten, deren Tatbestandsformulierung ein bestimmtes nötigendes Vorgehen in der Regel mit Anwendung von Ge-

---

[1233] Vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 68: „L'accord doit être donné librement et en toute connaissance de cause per le titulaire de l'intérêt protégé."

[1234] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 170 für die wirksame Einwilligung.

[1235] GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 75; vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 20; vgl. auch FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 16/7 und 28: „Die Einwilligung ist nur dann ein Akt der Selbstbestimmung, wenn der Einwilligende die Tragweite seiner Entscheidung voll überblickt."

[1236] Vgl. auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 62.

[1237] So auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 65, der für keinerlei Tatbestände Ausnahmen zulassen will, für die es eben nicht auf die tatbestandsausschliessende Einwilligung ankommt, sondern nur auf den natürlichen Willen.

[1238] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 194 und Rn. 198; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 192.

walt oder Drohung voraussetzen und in diesem Sinne qualifizierte Tatbegehungen darstellen.[1239] Dabei kann es keinesfalls auf eine bloss terminologische Eigenheit einzelner Tatbestände ankommen; entscheidend ist vielmehr, dass bestimmte Straftatbestände, die ein Handeln gegen den Willen des Berechtigten voraussetzten, damit ein grösseres Unrecht umschreiben im Unterschied zu entsprechenden Grundtatbeständen, die bereits erfüllt sind, wenn ohne den Willen des Berechtigten gehandelt wurde. In diesen Fällen schliesst die blosse natürliche Willensfähigkeit der berechtigten Person die Tatbestandsmässigkeit des Eingriffs aus, der das Brechen eines entgegenstehenden Willens voraussetzt, also auch dann, wenn die Erlaubnis nicht bewusst und im Zustand der Einwilligungsfähigkeit erfolgt ist.[1240] Nicht ausgeschlossen wird dabei jedoch selbstverständlich die Tatbestandsmässigkeit dieses Eingriffs, insofern es die Merkmale eines Grundtatbestandes erfüllt, die gerade ein Handeln ohne den Willen voraussetzen und die einwilligungsunfähige Person schützen sollen. So ist eine Frau, die die natürliche Willensfähigkeit aber keine Einwilligungsfähigkeit besitzt und keinen entgegenstehenden Willen gegen Geschlechtsverkehr gebildet hat, nicht das Opfer einer Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 StGB, sondern einer Schändung im Sinne von Art. 191 StGB. Der Grundtatbestand der Schändung greift hier auf jeden Fall, da die einwilligungsunfähige Person darin nicht einwilligen kann.[1241] Da es die Aufgabe des Strafrechts ist, die Güter und Interessen der einzelnen Inhaber vor Eingriffen Dritter ohne ihren Willen, d.h. vor in Wahrheit gar nicht gewollten Eingriffen zu schützen,[1242] versteht es sich von selbst, dass entsprechende bestehende Schutzlücken geschlossen werden müssen. Dies gilt vor allem im Bereich des Vergewaltigungstatbestandes, wo im Übrigen auch die Einschränkung der potentiellen Tatopfer auf Personen weiblichen Geschlechts aufgehoben werden muss,[1243] und im Bereich des Schändungstatbe-

---

[1239] Vgl. dazu KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 190 (Nötigung setzt ein Erzwingen eines Verhaltens gegen den Willen des Opfers voraus).

[1240] Vgl. auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 198.

[1241] Zum Ganzen GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 68.

[1242] Vgl. auch HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 64.

[1243] Vgl. dazu QUELOZ, Une ‚diversité culturelle' appelée à disparaître?, S. 441 ff.

standes, wo insbesondere das Merkmal der „Widerstandsunfähigkeit“ unklar ist. Die kategoriale Unterscheidung zwischen Vergewaltigung und Schändung sollte aber beibehalten werden.[1244] Darüber hinaus besteht gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Hinblick auf eine kohärentere Normierung von Eingriffen in die sexuelle Integrität von Jugendlichen und Kindern.

Die gleiche Dynamik wirkt bei Eingriffen in Individualrechtsgüter, die insofern das Tatbestandsmerkmal „gegen den Willen des Berechtigten“ erfüllen, als der entsprechende Straftatbestand ein faktisches Herrschaftsverhältnis schützt, das von einem darauf bezogenen Willen des Berechtigten abhängig ist.[1245] Das kann exemplarisch anhand der Diebstahlsnorm gezeigt werden. So schützt Art. 139 StGB die Verfügungsmacht des Eigentümers über die in seinem Eigentum stehenden Sachen über die er Gewahrsam hat.[1246] Dieser Gewahrsam wiederum ist die von einem natürlichen Herrschaftswillen getragene Herrschaftsmacht über eine Sache,[1247] für die keine Einwilligungsfähigkeit vorausgesetzt wird. Die Aufhebung des Gewahrsames durch die Wegnahme einer Sache setzt also voraus, dass der Rechtsgutsinhaber noch den natürlichen Herrschaftswillen über die Sache hat. Der Gewahrsamsbruch bei einem Diebstahl erfolgt also immer nur dann, wenn der Gewahrsam an einer Sache gegen den bestehenden natürlichen Herrschaftswillen des Inhabers gebrochen

---

[1244] Vgl. dagegen den Art. 375 StGB-Belgien, in dem ausdrücklich nicht zwischen den beiden Kategorien unterschieden wird: (1) Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu’il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n’y consent pas, constitue le crime de viol. (2) Il n’y a pas consentement notamment lorsque l’acte a été imposé par violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, ou a été rendu possible en raison d‘une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime.

[1245] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 195; vgl. auch S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor Art. 32 Rn. 32a.

[1246] Vgl. BGE 118 IV 209, 212.

[1247] Vgl. nur STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 139 Rn. 3, m.H. auf die Rechtsprechung; vgl. auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 195: „Besitzwille“.

wird.[1248] Es geht mithin nicht bloss um ein Handeln „ohne den Willen des Berechtigten“ des Berechtigten. Daher hält das Bundesgericht auch fest, „dass die Wegnahme gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgen muss“ und dass dessen Einwilligung ein Wegnehmen im Sinne des Tatbestandes des Diebstahls ausschliesst.[1249] Das Wegnehmen einer Sache erfüllt also auch dann den Tatbestand von Art. 139 StGB nicht, wenn die berechtigte Person, die nur eine natürliche Willensfähigkeit und keine Einwilligungsfähigkeit hat, den natürlichen Herrschaftswillen an der Sache und damit den Gewahrsam daran aufgibt; hier genügt schon die natürliche Willensfähigkeit.[1250]

Entsprechend kann beispielsweise auch ein einwilligungsunfähiger Minderjähriger M, der natürliche Willensfähigkeit und natürlichen Herrschaftswillen besitzt, dem erwachsenen E erlauben, seine teure Uhr zu nehmen, sich anzueignen und sich oder einen anderen unrechtsmässig zu bereichern, wenngleich er nicht in der Lage war, die Bedeutung seiner Entscheidung richtig einzuschätzen.[1251] Obschon der E wegen Diebstahl der Uhr bestraft werden könnte, wenn er sie dem M, der die Uhr behalten will, wegnimmt, kann er nicht wegen Diebstahl der Uhr bestraft werden, wenn M den Herrschaftswillen dadurch aufgibt, dass er dem E erlaubt, die Uhr zu nehmen und sich anzueignen. Dahinter steckt auch die grundsätzlich richtige Überlegung, dass zur Aufgabe des Gewahrsams allein der natürliche Wille erforderlich sein darf, weil auch zur Aufrechterhaltung des Gewahrsams nur der natürliche Herrschaftswille ausreicht.[1252] Die Tatsache, dass der Gewahrsam des minderjährigen M wegen seiner Zustimmung nicht im Sinne von Art. 139 StGB gebrochen werden kann, be-

---

[1248] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 190; in Rn. 195 spricht er dann aber unzutreffend von der Aufhebung des Gewahrsams an einer Sache „ohne den Willen des bisherigen Inhabers“.

[1249] BGE 103 IV 83, 85.

[1250] Vgl. S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor Art. 32 Rn. 32a.

[1251] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L’infraction pénale punissable, S. 68, mit dem etwas unglücklichen Beispiel eines „bonbons“; vgl. auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 204.

[1252] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 199 m.w.H.

deutet aber nicht, dass E straflos bleibt.[1253] Vielmehr greift dann der Straftatbestand der unrechtmässigen Aneignung gemäss Art. 137.[1254] Dieser Tatbestand ist nämlich bereits dann erfüllt, wenn sich jemand eine fremde bewegliche Sache aneignet um sich oder einen anderen unrechtsmässig zu bereichern. Bezüglich der Sache muss gerade kein Herrschaftswille und Gewahrsam bestehen; sie ist insofern bereits „fremd", als sie zivilrechtlich im Eigentum einer vom Täter verschiedenen Person ist.[1255] Insofern M nicht einwilligungsfähig bzw. zivilrechtlich gesprochen nicht urteilsfähig ist, kann er durch sein Verhalten auch keinen Eigentumsübergang seiner Uhr auf E herbeiführen; hierzu muss er Bedeutung und Folgen seiner Zustimmung richtig einschätzen können, wofür die blosse natürliche Willensfähigkeit nicht ausreichend ist.[1256] Die entsprechende Zustimmung von M ist also unwirksam. Die Einschränkung beim Diebstahl auf eine Handlung „gegen den Willen" und der Rückgriff auf den bloss natürlichen Willen des Berechtigten als Grundlage für das Aufgeben des Gewahrsams lässt hier also den Schutz der betroffenen Güter nicht entfallen; der Schutz wird bloss mittels eines anderen Tatbestandes geleistet, der den Eingriff auch „ohne den Willen des Berechtigten" bestraft.

Sollten sich daraus aber Strafbarkeitslücken insofern ergeben, als solche Fälle nicht vom Grundtatbestand der unrechtmässigen Aneignung bzw. der Unterschlagung erfasst werden,[1257] müsste man entweder den Straftatbestand anpassen oder für diesen Fall eine Ausnahmeregel vorsehen: Man müsste dann argumentieren, dass es hier zulässig ist, für die Aufgabe des Rechtsguts höhere Anforderungen zu stellen, als an das Innehaben des Rechtsguts, weil das Recht den jeweiligen Inhaber vor

---

[1253] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 204.

[1254] Vgl. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 654; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 52.

[1255] Vgl. nur STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 139 Rn. 3, m.H. auf die Rechtsprechung.

[1256] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 204.

[1257] So offenbar nach österreichischem Strafgesetzbuch, vgl. HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 64 f.

einer in Wahrheit gar nicht gewollten Preisgabe seines Guts zu schützen hat.[1258] Nicht zielführend wäre es aber, aufgrund dieser Schutzlücke für alle Tatbestände generell nur solche Einwilligungen als wirksam anzusehen, bei denen die einwilligende Person die Konsequenzen ihrer Zustimmung richtig überblickt hat.[1259] Obschon es richtig ist, nur dann von einer „wirksamen Einwilligung" zu sprechen, wenn die Kriterien der Einwilligungsfähigkeit erfüllt sind, könnte man dann nämlich nicht mehr ohne weiteres aufgrund der Berücksichtigung des Unrechtsgehalts zwischen unterschiedlich schweren Eingriffen differenzieren. Hierfür muss man ausnahmsweise zulassen, dass bestimmte Tatbestände, die ein regelmässig mittels Gewalt oder Drohung nötigendes Verhalten des Täters voraussetzen, bereits dann entfallen, wenn der Täter diese Gewalt oder Drohung gegenüber einem einwilligungsunfähigen Opfer nicht hat anwenden müssen, um einen entgegenstehenden Willen zu brechen. Wenn es letztlich immer nur darauf ankommen soll, ob die einwilligende Person die Konsequenzen ihrer Zustimmung richtig überblickt hat, ist nicht ersichtlich, warum beispielsweise der erzwungene Geschlechtsverkehr, bei dem ein entgegenstehender Wille der Frau mit Gewalt oder Drohung gebrochen wurde, in der Regel grösseres Unrecht darstellt, strafwürdiger ist und daher eine höhere Mindeststrafe kennt, als der Geschlechtsverkehr mit einer bewusstlosen Frau.[1260] Damit soll nicht gesagt werden, dass diese notwendige Unterscheidung derzeit im Gesetz und in der Rechtsprechung sinnvoll implementiert wird; das ist nicht der Fall. Sie ist aber die notwendige Grundlage für eine gerechte und faire Bestrafung dieser verschiedenen Verhaltensweisen je nach ihrem Unrecht gerade auch unter Berücksichtigung der Eiwilligungsfähigkeit und sodann auch im Bereich der Willensmängel.

Keine Ausnahme von der Grundregel gilt demgegenüber bei Straftatbeständen die allgemein vor einem Eingriff in Rechtspositionen schützen. Hier kann nach richtiger Ansicht die Tatbestandsmässigkeit eines Verhaltens bereits dann bejaht werden,

---

[1258] Insofern überzeugend HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 64.

[1259] So aber HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 65.

[1260] Vgl. DSOUZA, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, S. 503.

wenn „ohne den Willen des Berechtigten“ in dessen Rechtsstellung eingegriffen wird.[1261] Es kommt hier also insbesondere nicht darauf an, ob ein Tatbestand rein begrifflich bzw. formal durch ein Einverständnis, d.h. durch das blosse Zulassen des Eingriffs auf der Basis eines natürlichen Willens, ausgeschlossen wird.[1262] Nach der gegenteiligen Ansicht soll es hingegen auch hier keine Rolle spielen, ob der erkennbare Wille einer angemessenen Lagebeurteilung entspricht. Daher soll auch das rein äusserliche Erlauben einer einwilligungsunfähigen minderjährigen, dementen oder massiv betrunkenen Person, die keinen entgegenstehenden Willen bilden kann, den Tatbestand ausschliessen, wenn – beispielsweise im Hinblick auf den Hausfriedensbruch gemäss Art. 186 StGB – ein Dritter in das Haus eindringt.[1263] Es sei in solchen Fällen „denklogisch ausgeschlossen“, dass der Tatbestand erfüllt ist, wenn der Hausrechtsinhaber das Eindringen erlaubt,[1264] auch wenn er gar nicht in der Lage ist, die Bedeutung und Tragweite des tatbestandsmässigen Eingriffs zu beurteilen und danach zu entscheiden.

Dass dies nicht richtig sein kann, zeigt schon ein Vergleich zwischen der Sachbeschädigung nach Art. 144 StGB und dem Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB.[1265] So wie Art. 144 StGB das Recht des Einzelnen schützt, dass Dritte nicht ohne seinen Willen in Sachen eingreifen, die in seinem Eigentum sind,[1266] schützt Art. 186 StGB das Recht des Einzelnen, dass Dritte nicht ohne seinen Willen in das Haus eintreten, worauf er ein Hausrecht hat.[1267] Der Art. 144 StGB schützt das Recht des Eigentümers an seinen Sachen, so dass er selber entscheiden darf, wer mit seinen Sachen was machen darf; der Art. 186 StGB schützt das Hausrecht des Eigentümers, so dass er selber entscheiden darf, wer sich darin aufhalten darf und

---

1261 Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 196.

1262 So aber STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 6 Rn. 9 m.w.H.

1263 Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 18.

1264 Vgl. BSK-Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 186 Fn. 26 f.

1265 Vgl. auch das ähnliche Beispiel in KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 202.

1266 Vgl. nur BGE 120 IV 319, 321.

1267 Vgl. nur BGE 118 IV 167, 170 = Pra. 1993 Nr. 19.

wer nicht.[1268] Wie die Sachbeschädigung ein Eingriff in fremdes Eigentumsrecht ist, ist der Hausfriedensbruch ein Eingriff in fremdes Hausrecht. In beiden Fällen nimmt der Berechtigte, der in einen Eingriff einwilligt, das ihm zustehende Recht wahr.[1269] Es ist daher ein bloss formaler Unterschied, dass der Art. 186 StGB ausdrücklich ein Handeln gegen den Willen des Rechtsinhabers fordert, so dass keinesfalls – wie das Bundesgericht im Übrigen auch schon festgehalten hat –[1270] beim Tatbestand des Hausfriedensbruch bereits der bloss natürlich Wille ausreichend sein kann.[1271] Vielmehr folgt aus dieser sachlichen Übereinstimmung, dass hier die Grundregel bezüglich der Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit gilt.[1272]

Eine andere Frage ist, inwieweit man überhaupt annehmen kann, dass jede Person, der nicht grundsätzlich wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln, in einem konkreten Fall auch einwilligungsfähig ist. Unter welchen Umständen ist trotz des Grundsatzes, dass einer erwachsenen Person die Fähigkeit zur selbstbestimmten Einwilligung zuerkannt wird, einzelnen Zustimmungsakten unter Berücksichtigung des körperlichen oder psychischen Zustandes der zustimmenden Person die rechtliche Anerkennung zu versagen?[1273] Wann darf die entsprechende Einwilligung als unwirksam geltem?[1274] Die Frage, ob eine Person, die aufgrund ihres Zustandes nicht in der Lage ist, die Bedeutung ihrer Entscheidung richtig einzuschätzen, vor einer unbedachten Verfügung über ihre Güter

---

1268 Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 6 Rn. 1 m.w.H.

1269 KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 202.

1270 BGE 108 IV 33, 39; vgl. auch BGE 128 IV 81, 85.

1271 Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 202; vgl. auch KINDHÄUSER, Strafrecht Besonderer Teil I, § 33/13 ff. und 21 ff.

1272 Vgl. Kindhäuser, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 203; vgl. allgemein auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 157a.

1273 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 194; vgl. auch TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 311.

1274 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 192.

oder Interessen bewahrt werden muss, ist von der Bestimmung der tatbestandsbezogenen Ausnahmen von der Grundregeln abzugrenzen, die ich eben dargelegt habe.

cc) Schutz vor unbedachten Verfügungen

Es ist unbestritten, dass die Festlegung der Anforderungen an die Einwilligungsfähigkeit auch eine wichtige Schutzfunktion erfüllt. Ist jemand nicht zu einer hinreichenden Einwilligung fähig und kann er also gleichsam nicht verantwortlich gemacht werden für seine erteilte Einwilligung, kann er vor dem Gebrauch seiner Verfügungsfreiheit geschützt werden, indem seiner Einwilligung die tatbestandsausschliessende und damit strafbefreiende Wirkung entzogen wird.[1275] Die oben genannten Ausnahmen betreffen bestimmte qualifizierte Tatbestände, mithin eine gesetzlich normierte Lage, bei der bereits die natürliche Willensfähigkeit zum Ausschluss des konkreten Tatbestandes führt, nicht aber zum Ausschluss der Strafbarkeit aufgrund eines anderen „Auffangtatbestandes".[1276] Die Begründung hierfür ergibt sich allein aus Struktur, Schutzzweck und Inhalt der einzelnen strafrechtlichen Verbotsnormen. Der Schutz des Einwilligungsunfähigen mittels Unwirksamkeit seiner Einwilligung geht hingegen vom konkreten Zustand einer Person aus, und verweigert dieser bei Vorliegen von beachtlichen Defiziten eine wirksame Einwilligung. Da die Zustimmung einer einwilligungsfähigen Person keine Einwilligung ist und mithin das Merkmal „ohne den Willen" nicht aufzuheben vermag, ergibt sich die Begründung für diese personenbezogene Einschränkung der Einwilligung aus der oben dargelegten Aufgabe des Strafrechts, Güter und Interessen vor Eingriffen Dritter zu schützen, die ohne den Willen des Berechtigten erfolgen. Dabei wird freilich überaus deutlich, dass sich diese Einschränkung in einem ambivalenten Spannungsfeld befindet: Bestimmt man zu früh, dass eine Person aufgrund ihres Zustandes einwilligungsunfähig ist, setzt auch der strafrechtliche Schutz zu früh ein, man entzieht ihr also personale Entfaltungsmöglichkeiten und bevormundet sie; nimmt man hingegen zu spät Einwilligungsunfähigkeit an, entzieht man ihr

---

[1275] HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 62; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 192.

[1276] Vgl. dazu STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 9.

den nötigen strafrechtlichen Schutz.[1277] Man muss sich also der Gefahr eines paternalistischen Eingriffs bewusst sein, wenn man in einem konkreten Fall die Einwilligungsfähigkeit zum Schutz des Einwilligenden verneint. Ob eine bestimmte Person im Hinblick auf einen bestimmten Eingriff einwilligungsfähig ist, lässt sich selbstredend nicht einheitlich und auch nicht anhand der überkommenen Kategorien von Einverständnis und Einwilligung beantworten.[1278]

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass die an die Einwilligungsfähigkeit zu stellenden Anforderungen höher sind, je schwerer der Eingriff ist.[1279] Im medizinischen Bereich bedeutet dies etwa, dass beispielsweise auf die Einwilligungsfähigkeit eines Nierenspenders ein strengerer Massstab anzuwenden ist, als auf die eines Knochenmarkspenders.[1280] Niedrig sind die an die Urteilsfähigkeit zu stellenden Anforderungen, wenn der Eingriff nur minimal ist oder wenn der Betroffene vielmehr sein Recht auf Selbstbestimmung ausübt. So sind die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit bei der Einwilligung in den „passiven Suizid", d.h. beim Recht auf Verweigerung einer laufenden Behandlung, niedrig und loten primär die Orientierungsfähigkeit des Patienten aus.[1281] Die Anforderungen an die Urteilsfähigkeit bei der Einwilligung in den „aktiven Suizid" sind dagegen deutlich höher,[1282] da man sich hier viel eher in einem Graubereich zwischen strafrechtlich relevanter Tötung – durch den behandelnden Arzt – und Selbstbestimmungsrecht des Patienten befindet. Dabei wollen Stimmen in der psychiatrischen Literatur den Suizidwunsch sogar als

---

1277 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 192.

1278 So auch generell LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 192.

1279 Vgl. ARZT, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, S. 71 ff.

1280 Vgl. SCHÖNING, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, S. 216 f. m.w.H. zur Abstufung des erforderlichen Grads an Einwilligungsfähigkeit bei Transplantationen.

1281 Vgl. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, S. 63, mit einer Version des dafür verwendeten Fragebogens auf S. 64.

1282 Vgl. PETERMANN, Urteilsfähigkeit, S. 65 ff.

Symptom der Erkrankung Depression verstehen, sodass niemals Urteilsfähigkeit derjenigen Person bestehen könne, die den Suizidwunsch äussert.[1283]

Damit wird auf sehr fragwürdige Art und Weise der Grundsatz umgangen, der in der strafrechtlichen Literatur weitgehend unbestritten ist, dass nämlich die Tatsache, dass die Einwilligung als solche nicht vernünftig war, keine Grundlage für die Annahme von Einwilligungsunfähigkeit ist.[1284] Eine urteilsfähige Person darf durchaus aus Gründen der Privatautonomie und der individuellen Handlungsfreiheit rechtswirksam unvernünftige Entscheidungen treffen.[1285] Die strafrechtliche Einwilligungsfähigkeit darf bei Erwachsenen überhaupt nur in Zweifel gezogen werden, wenn es dafür konkrete Anhaltspunkte gibt.[1286] Objektive Unvernunft kann höchstens Anlass sein für eine genauere Überprüfung der Einwilligungsfähigkeit,[1287] wobei selbst das zuweilen in Frage gestellt wird.[1288] Es ist aber zumindest zuzugeben, dass eine objektiv unvernünftige Entscheidung, die im Einzelnen unverständlich und nicht nachvollziehbar erscheint, nur dann als Entscheidung einer einwilligungsfähigen Person bezeichnet werden, „wenn und solange der Betreffende Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung richtig erfasst und beurteilt hat."[1289] Ob dies der Fall ist, muss aber unter Umständen überprüft werden, da die Pflicht des Staates zum Schutz der individuellen Güter und Interessen grundsätzlich solange besteht als nicht hinreichend klar ist, dass der Rechtsgutsinhabers aufgrund eines freiverant-

---

1283 Äusserst kritisch zu diesem „Zirkelschluss" PETERMANN, Urteilsfähigkeit, S. 106 ff. m.w.H. zur psychiatrischen Literatur; vgl. auch SOLAND, Suizidverhinderung als Straftat?, S. 60 ff.

1284 Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 153 f.

1285 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 87.

1286 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 194; vgl. auch ODENWALD, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht, S. 123 f.

1287 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 193 Fn. 813.

1288 So beispielsweise HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 69 f.

1289 HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht, S. 69; vgl. auch NK-Paeffgen, § 228 Rn. 14.

wortlich gebildeten Willens dem Eingriff Dritter zugestimmt hat.[1290] Um aber wissen zu können, wann diese Umstände vorliegen, braucht man gewisse Indizien, zu denen durchaus auch die objektive Wahrnehmung gehören kann, es handle sich um eine unvernünftige Entscheidung.

Wenn aber die Wirksamkeit der Einwilligung die Einwilligungsfähigkeit der einwilligenden Person voraussetzt und diese nur dann gegeben ist, wenn der Betreffende die Bedeutung und Tragweite seiner Entscheidung richtig erfasst und beurteilt hat, besteht durchaus auch eine Berechtigung, Einwilligungen zu verhindern, die dieses Kriterium nicht erfüllen.[1291] Bevor eine Einwilligung also als unwirksam erklärt werden muss, kann mit unterschiedlichen Instrumenten versucht werden, dafür zu sorgen, dass sie in einem einwilligungsfähigen Zustand erklärt wird. Dazu gehören je nach Bereich oder Eingriff Aufklärungspflichten, Formvorschriften oder ein bestimmtes Mindestalter des Einwilligenden.[1292] Hierhin gehören auch besondere Verfahren zur Sicherstellung einer autonomen Einwilligung wie notarielle Beglaubigungen oder Bedenkfristen. Je grösser und weitreichender die Bedeutung der Einwilligung bei der Gestaltung des individuellen Lebens sein darf, desto mehr muss gewährleistet werden, dass sie tatsächlich der autonomen Entscheidung des Rechtsgutsinhabers entspricht,[1293] ohne dass man hierfür die Kriterien wiederum zu hoch ansetzt, was die Bedeutung der Einwilligung schmälern würde. Hier den richtigen Mittelweg zu finden, ist nicht ganz einfach, Anhaltspunkte gibt es aber einige. Insbesondere muss man sich davor hüten, in jeder Konstellation von Zwang und Unfreiheit eine freie Willensbildung und mithin eine wirksame Einwilligung bzw. einen wirksamen Einwilligungsverzicht anzunehmen.

1290 Vgl. STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 45.

1291 Vgl. aber FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 129 (inhaltliche Konkretisierung der Indizien für defizitäre Entscheidungen).

1292 VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 98; vgl. auch SOLAND, Suizidverhinderung als Straftat?, S. 118 ff., zu gesetzlichen Altersuntergrenzen.

1293 Vgl. bereits STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung, S. 45; vgl. VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 96; vgl. auch MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, S. 54.

e) Einwilligung trotz Unfreiheit

Zur Sicherstellung einer autonomen Einwilligung bestimmt man beispielsweise bei einer Einwilligung in eine Lebendorganspende zu Recht, dass die hinreichende Entscheidungskompetenz bei einem so einschneidenden Eingriff grundsätzlich erst ab einem bestimmten Alter vorhanden sein kann.[1294] Das legitime Ziel solcher Regelungen besteht darin, einen legislativen Rahmen zu schaffen, damit der Einzelne eine möglichst autonome Entscheidungen treffen kann; die Voraussetzung der Einwilligungsfähigkeit für eine autonome Entscheidung im Hinblick auf eine an sich zulässige Option soll damit gefördert werden.[1295] Bei obligatorischen Verfahren der Entscheidfindung handelt es sich um schwach paternalistischen Regeln, die eine autonome Einwilligung frei von Willensmängeln ermöglichen sollen, nicht aber Grundlage sind, um eine Einwilligung zu verbieten.[1296] Bestehen keine obligatorischen Verfahren und lässt sich jemand freiwillig aufklären, um sich danach nach den eigenen höheren Anforderungen an die Rationalität besser entscheiden zu können, liegt überhaupt kein Paternalismus vor.[1297] Schwach paternalistische obligatorische Verfahren beeinflussen unmittelbar die Voraussetzungen der Eiwilligungsfähigkeit und können dazu führen, dass diese zu eng gefasst werden, wenn allzu sehr anhand von allgemeinen Rationalitätskriterien generalisiert wird.[1298] Daher müssen solche Verfahren das Resultat offen lassen und den autonomen Entscheid des Rechtsgutsinhabers, der dieses Verfahren mitgemacht hat, als wohlüberlegt respektieren.

[1294] Vgl. Art. 13 Abs. 1 TxG: „Urteilsunfähigen oder minderjährigen Personen dürfen keine Organe, Gewebe oder Zellen entnommen werden." Für die Einwilligung wird also Handlungsfähigkeit voraussetzt.

[1295] VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung, S. 98, besonders bei elementarer Persönlichkeitsentfaltung muss die freie Willensbildung sichergestellt werden; vgl. auch BGE 133 I 58, 68.

[1296] Vgl. auch GUTMANN/SCHROTH, Organlebendspende in Europa, S. 116 f.

[1297] Vgl. KIRSTE, Harter und Weicher Rechtspaternalismus, S. 808, der die Kategorie des weichen Paternalismus überhaupt ablehnt.

[1298] Vgl. GUTWALD, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus, S. 88.

Dies gilt namentlich auch dann, wenn es um Entscheidungen von erwachsenen Personen im Strafvollzug geht – einem Milieu, das durch Unfreiheit gekennzeichnet ist –, für oder gegen einen Eingriff in ihre Güter und Interessen.[1299] Hier kann es im Hinblick auf die autonome Entscheidung durchaus fraglich sein, inwiefern eine selbstbestimmte Einwilligung der inhaftierten Person überhaupt möglich ist.[1300] Von besonderer Brisanz ist dabei dasjenige Szenario, in dem der Inhaftierte die Einwilligung in einen heilenden oder schützenden Eingriff verweigert; handelt es sich um einen lebenserhaltenden Eingriff, liegt potentiell ein Fall der passiven Sterbehilfe vor. Hier können sich die Fürsorgepflicht des Staates für Gefangene, die ärztliche Berufsethik und des Selbstbestimmungsrechts des Patienten konträr gegenüberstehen.[1301] Grundsätzlich ist die wirksame Einwilligung auch in der Gefängnismedizin notwendige Voraussetzung für einen Heileingriff.[1302] Die Einwilligung des Patienten ist aber nur wirksam, wenn sie freiwillig erfolgt,[1303] mithin ein Akt wirklicher Selbstbestimmung ist.[1304] Aus der Tatsache, dass der Strafgefangene einem hierarchischen Gewaltverhältnis unterworfen ist und typischerweise vom Empfänger der Einwilligung abhängig ist, wird zuweilen gefolgert, dass in diesem Bereich eine freiwillige Entscheidung bzw. eine wirksame Einwilligung gar nicht denkbar ist.[1305] Für ein effizientes und legitimes Funktionieren des Vollzugs sind die Behörden aber sehr oft auf eine wirksame Einwilligung des Gefangenen angewiesen; eine solche muss also möglich sein.

Gleichzeitig muss der Inhaftierte auch das Recht haben, bestimmte Eingriffe durch Verweigerung der Einwilligung abzulehnen. Auch diese (negative) Einwilligungs-

---

[1299] Vgl. zum Ganzen MONA, Einwilligung und Unfreiheit, S. 25 ff.

[1300] Vgl. AMELUNG, Statement, S. 81; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 18.

[1301] Vgl. RIKLIN, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge, S. 46.

[1302] TAG, Intramurale Medizin in der Schweiz, S. 13; vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen, S. 8: „freies Einverständnis nach Aufklärung".

[1303] AMELUNG, Die Einwilligung des Unfreien, S. 1.

[1304] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 20.

[1305] Vgl. AMELUNG, Die Einwilligung des Unfreien, S. 1 Fn. 2.

freiheit ist aber kein unbeschränktes Recht. Es muss geregelte Ausnahmefälle geben, in denen eine Zwangsbehandlung zulässig ist. Die Verdrängung einer wirksamen Verweigerung der Einwilligung darf aber nur dann stattfinden, wenn eine Notlage besteht, in der vom einwilligungsfähigen Patienten eine konkrete Gefahr für Dritte ausgeht.[1306] Hier gelten im Wesentlichen Notstandsregeln, so dass ein Eingriff zum Schutz von Rechtsgütern Dritter gerechtfertigt sein kann.[1307] Für den Fall, dass die allgemeinen Notstandsregeln nicht anwendbar sind, weil keine Gefahr für Dritte abgewendet werden muss, sondern nur eine Selbstgefährdung des einwilligungsfähigen Patienten vorliegt, kann die polizeiliche Generalklausel eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip begründen.[1308] Vorausgesetzt ist aber gemäss Art. 36 Abs. 1 BV, dass eine ernste, unmittelbare und nicht anders abwendbare Gefahr vorliegt. Die Situation muss gleichsam ausser Kontrolle sein; nur der Eingriff kann die Gefahr für das bedrohte Rechtsgut abwenden. Dies ist aber schon sprachlogisch dann nicht der Fall, wenn es sich um das Rechtsgut eines einwilligungsfähigen Patienten handelt, der mittels seiner Willensäusserung über dieses ihm zustehende Rechtsgut verfügen kann und somit die Kontrolle darüber hat. Die Gefahr ist mithin „anders abwendbar" nämlich durch den Willen des Betroffenen. Die Tatsache, dass er auf die Abwendung dieser Gefahr verzichtet, legitimiert nicht den Eingriff durch Dritte, auch wenn der Verzicht auf die Abwendung der Gefahr, beispielsweise das Unterlassen der Zwangsernährung bei einem Hungerstreik, objektiv unvernünftig erscheinen mag. Die polizeiliche Generalklausel kann mithin nicht dazu dienen, die Verhinderung von willensgeleiteten Selbstgefährdungen oder Selbstverletzungen zu legitimieren. Für ganz bestimmte Ausnahmefälle wäre höchstens aber immerhin eine einmalige medizinische Intervention bei drohender Lebensgefahr im Sinne

---

[1306] Vgl. BÖSE, Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener, S. 523 ff.

[1307] Vgl. auch RIKLIN, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge, S. 48, je intensiver der Eingriff ist, desto eher ist eine Zwangsmassnahme nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig.

[1308] Vgl. RIKLIN, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge, S. 50; vgl. auch MÜLLER/JENNI, Hungerstreik und Zwangsernährung, S. 284 f., explizit auch für Fälle von Selbstgefährdung.

eines weichen Paternalismus denkbar, bei dem es im Wesentlichen darum geht, dem inhaftierten Patienten die Möglichkeit zu geben, seinen Entscheid in einem psychischen und physisch hinreichend stabilen Zustand zu überdenken und gegebenenfalls zu bekräftigen. Dies wäre beispielsweise dann denkbar, wenn keine hinreichend klare Willensäusserung des inhaftierten Patienten vorliegt. Das Ziel kann dann aber eben nicht sein, den Betroffenen gleichsam auf objektive Rationalitätskriterien „einzuspuren" und ihn dazu bringen, sich so zu entscheiden, wie es objektiv vernünftig erscheint. Wenn man sich darauf einigt, dass die Förderungen eines einwilligungsfähigen Zustands zulässig sein kann, muss man dennoch immer bereit sein, den Entscheid letztlich dem Betroffenen selber zu überlassen. Entscheidet er sich gegen eine weitere ärztliche Behandlung oder eine Nahrungsaufnahme, endet die Fürsorgepflicht und seine negative Einwilligung muss umfänglich respektiert werden.[1309]

f) Ist der Mensch überhaupt einwilligungsfähig?

aa) Einleitung

Man könnte nun aber viel grundsätzlicher einwenden, dass es auf solche Überlegungen, inwiefern ein Mensch trotz struktureller Unfreiheit, trotz sozialer und ökonomischer Zwänge oder trotz individuell bedingten Mängeln bei der Präferenzenbildung einwilligungsfähig sein kann und frei entscheiden kann, ohnehin nicht ankommt: Der Mensch habe nämlich allein schon aufgrund seiner Einbindung in die Welt der natürlichen Kausalgesetze gar keine Willensfreiheit; sein Urteilen, seine Entscheidungen und sein Verhalten seien vielmehr determiniert. Daher könne er auch nicht in einem belastbaren Sinn einwilligungsfähig sein. Das ist nicht der Ort, die Einzelheiten der heutigen Debatte über den Determinismus vor dem Hintergrund der neurowissenschaftlichen Forschung zu thematisieren,[1310] geschweige denn die Jahrtausende alte Frage zu beantworten, ob der Mensch nun einen freien

---

[1309] So im Ergebnis auch MÜLLER/JENNI, Hungerstreik und Zwangsernährung, S. 286.

[1310] Vgl. ausführlich dazu HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 14 ff.

Willen hat oder nicht. Kaum einer Generation bleibt es erspart, sich wissenschaftlich, gesellschaftlich und politisch mit der aus irgendwelchen Gründen hochgeschaukelten, offensichtlich ganz und gar virulenten Thematik von Willensfreiheit vs. Determinismus beschäftigen zu müssen.[1311] Dies obschon jede Generation seit Jahrtausenden letztlich immer zur gleichen Erkenntnis gelangt: Das Problem ist unlösbar; es kann nicht eindeutig in die eine oder andere Richtung entschieden werden. Mit dieser Erkenntnis zu leben, gelingt uns aber offensichtlich nicht gut. Vielmehr ist es so, dass wir uns immer wieder von neuem die Frage stellen, möglicherweise deshalb, weil das Phänomen der Willensfreiheit den Menschen gleichsam von Natur aus in seinem Innersten beschäftigt und aufwühlt und er nur vorübergehend Ruhe finden kann.

Im Folgenden möchte ich zwei Gedankengänge skizzieren, die den Einwand des Determinismus und den Beweis, dass der Mensch keinen freien Willen habe und daher nicht einwilligungsfähig sei, auf zwei verschiedene Arten entkräften; freilich ohne den ebenfalls unmöglichen Beweis zu erbringen, dass der Mensch in einem starken Sinn einen freien Willen hat. Erstens kann man zeigen, dass selbst wenn man beweisen könnte, dass die ganze Welt und damit auch jedes Verhalten der Menschen determiniert ist, dies noch lange nicht bedeutet, dass der Mensch keine Willensfreiheit hat, da diese nicht zwingend von einer indeterminierten Welt abhängig ist. Zweitens werde ich noch einen Schritt weiter gehen und zu zeigen versuchen, dass sich der Gegensatz von Determinismus und Willensfreiheit als nicht existierendes oder falsches Problem entpuppt. Was dann zu machen ist, hat zuletzt Peter Westen sehr eindringlich wie folgt formuliert:

> „The proper response to a false problem is not to wrestle with it but to escape it. The proper response to free will and determinism is to recognize that nothing can possibly come of it and, hence, that nothing can possibly turn on it. Just stop thinking about it. Just think about something else!“[1312]

[1311] Vgl. auch GRAESER, Positionen der Gegenwartsphilosophie, S. 189.

[1312] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 154.

bb) Willensfreiheit trotz Determinismus

Die in unserer Zeit geführte Debatte, in der es im Wesentlichen um die Bedeutung von neurowissenschaftlichen Erkenntnissen für die Annahme einer vollständigen Determiniertheit (auch) von mentalen Vorgängen geht, ist mit den vorangehenden Debatten mindestens in einem Punkt vergleichbar: Sie leidet ebenso an unzureichend präziser Terminologie.[1313] Alltagssprachliche Begriffe wie "Willensfreiheit", „Determinismus", "Autonomie" oder „Selbstbestimmung" sind meistens vage, manchmal mehrdeutig und bringen oft Assoziationen mit sich, die für die Klärung der Probleme hinderlich sind. Wenn man die Begriffe genauer bestimmt, wenn also beispielsweise klar gesagt wird, was eigentlich mit dem Begriff „Willensfreiheit" oder dem Begriff „Kausalität" gemeint ist, kann gezeigt werden, dass kausaler Determinismus in der natürlichen Welt nicht zwingend dazu führt, dass der Mensch in einem rechtlich-moralischen Sinn keine Willensfreiheit habe.

Gehen wir einmal davon aus, dass es hinreichende Gründe gibt, anzunehmen, dass das Universum entweder umfassend determiniert ist,[1314] oder dass sich ein allfälliger Indeterminismus im Universum nicht auf der makroskopischen und entscheidungsrelevanten Struktur des Gehirns auswirkt.[1315] Dies kann zu zwei verschiedenen theoretischen Grundhaltungen im Hinblick auf das Konzept der Willensfreiheit führen: Den Inkompatibilismus und den Kompatibilismus. Gemäss ersterer Grundhaltung ist Willensfreiheit nicht mit Determinismus vereinbar – wenn das Handeln eines Akteurs vollständig durch die Naturgesetze und die Anfangsbedingungen des Universums determiniert sind, so hat er keine Willensfreiheit.[1316] Unter diesem Aspekt ist der Mensch nichts anderes als ein durch biologische Evolution geschaffener Roboter mit besonders komplexen Algorithmen, der aber letztlich nach streng deterministischen Gesetzen funktioniert. Weil der Mensch dann immer das tut, wozu

---

[1313] Zum Ganzen ERHARDT/MONA, Rechtsperson Roboter, S. 65 ff.

[1314] Vgl. SZABÓ, Is Quantum Mechanics Compatible with a Deterministic Universe?; VAIDMAN, Many-Worlds Interpretation of Quantum Mechanics.

[1315] Vgl. CLARKE, Neuroscience, Quantum Indeterminism and the Cartesian Soul, S. 115 f.

[1316] Vgl. grundlegend dazu VAN INWAGEN, The Incompatibility of Free Will and Determinism, S. 187 ff.

er durch die Algorithmen (vor-)programmiert wurde, erscheint es auch nicht sinnvoll, ihm einen freien Willen oder moralische Verantwortung für sein Handeln zuzusprechen. Kompatibilistische Konzeptionen von Willensfreiheit gehen hingegen davon aus, dass auch determinierte Akteure frei sein können. Der Grund dafür ist aber nicht, dass alle Ereignisse in der natürlichen Welt und daher auch das Urteilen, Entscheiden und Handeln des Menschen nicht notwendig durch Kausalgesetze determiniert sind. Vielmehr wird gesagt, dass die Meinung, der Mensch habe keinen freien Willen, aus der ambivalenten oder irreführenden Verwendung der Begriffe herrühre.

So vertrat beispielweise David Hume die Ansicht, dass das Problem der Willensfreiheit im Wesentlich auf ein Missverständnis bezüglich der Begriffe „Kausalität", die seiner Ansicht nach nur eine nach eigenen Gesetzen gesteuerte Abfolge von Ursache und Wirkung ist,[1317] und „Notwendigkeit" zurückzuführen sei.[1318] Vor allem in der Ambivalenz des letzteren Begriffs sieht Hume den Hauptgrund für die Streitfragen um die Willensfreiheit. In der Sache seien sich aber alle gelehrten Menschen einig, dass mit dem Begriff „Notwendigkeit" gemeint sei, dass die Materie in all ihren Vorgängen durch eine notwendige Kraft angetrieben werde und dass jede natürliche Wirkung durch die Energie ihrer Ursache so vorbestimmt werde, dass das Eintreten keiner anderen Wirkung möglich sei.[1319] Die Verwirrung kann also nicht daher rühren, dass die gelehrten Menschen nicht etwa alle das gleiche meinen, sondern daher, dass sie es anders bzw. unklar formulieren. Die Abfolge von Ursache und Wirkung in der natürlichen Welt ist zudem gleichförmig und regelmässig und kann als solche beobachtet werden; das gilt auch für das Zusammenwirken von Entscheidungen mittels Handlungsgründen und willentlichen Handlung der Menschen.[1320]

[1317] HUME, A Treatise of Human Nature, S. 121 f.

[1318] HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, S. 81; vgl. zum Ganzen ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, S. 109 f.

[1319] HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, S. 82.

[1320] HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, S. 82 f.

Der springende Punkt ist, dass diese notwendige Kausalität von Handlungsgründen und Handlungen, zwischen Denken, Urteilen und Tun, nicht Zwang ist. Der Mensch wird nämlich nur innerlich zu einer bestimmten Handlung angetrieben, nicht aber von aussen gezwungen.[1321] Die ursprünglich ambivalente Begrifflichkeit von „Willensfreiheit" wird dadurch geklärt. Mit Freiheit in Bezug auf Willenshandlungen könne nämlich nicht gemeint sein, dass Handlungen eine so geringe Verbindung mit Motiven, Präferenzen oder Umständen hätten, dass die eine nicht mit einer gewissen Beständigkeit und Regelmässigkeit aus den anderen folge, und dass von der Handlung kein Rückschluss auf Beweggründe gezogen werden könne. Vielmehr sei Freiheit „*a power of acting or not acting, according to the determinations of the will; that is, if we choose to remain at rest, we may; if we choose to move, we also may.*"[1322] Damit werden Freiheit und die Möglichkeit, anders handeln zu können, konditional verstanden: Aufgrund von bestimmten Beweggründen, Motiven und Präferenzen, können wir nicht anders handeln, als wir es tun – die bestimmten Gründe, Motive und Präferenzen sind die Ursache für die bestimmte Handlung. Wir könnten aber anders handeln, wenn wir andere Gründe hätten und uns anders entscheiden würden.[1323] Freiheit ist somit das Gegenteil von Zwang, nicht das Gegenteil von Notwendigkeit. Und wir können unsere Freiheit vergrössern, indem wir unseren Horizont von Alternativen vergrössern, aus dem wir die Motive und Ziele hernehmen,[1324] Motive und Ziele aber, die unsere Handlung notwendig verursachen. Ohne Notwendigkeit gäbe es keine Freiheit und man hätte auch keinerlei Grundlage für Moral und individuelle Verantwortung. Die Kritik der harten Deterministen – die wegen des Determinismus überzeugt sind, das Willensfreiheit unmöglich ist –, man könne niemandem etwas vorwerfen, weil sein Handeln vorbestimmt sei, wird auf den Kopf gestellt: Erst das kausale, determinierende Zusammenwirken von Beweggründen und Handlungen ermöglicht überhaupt die Zuweisung von Verantwor-

---

[1321] Vgl. HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, S. 94 Fn. 1.

[1322] HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, S. 95.

[1323] Vgl. auch ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, S. 110.

[1324] Vgl. BIERI, Das Handwerk der Freiheit, S. 382 f.

tung an den Agenten in Form von Lob oder Tadel und nicht die blosse Feststellung von reinen Zufälligkeiten.[1325]

Diese Überlegungen sind sicher richtig, insofern sie gleichsam eine pragmatische und heilvolle Verbindung zwischen Determinismus, Beweggründen, freiem Willen und Handlung herstellen. Die Möglichkeit, anders handeln zu können, besteht, wenn man sich anders entscheidet und wenn keine äusseren Hindernisse vorhanden sind. Ein Mensch kann aber eben nur dann anders handeln, wenn er sich andere Motive setzen und damit anders entscheiden kann.[1326] Inkompatibilisten wie Peter van Inwagen wenden daraufhin ein, dass es ein Trugschluss sei zu denken, dass der Mensch dies in einer vollständig determinierten Welt könne: „*If determinism is true, then our acts are the consequences of the laws of nature and events in the remote past. But it is not up to us what went on before we were born, and neither is it up to us what the laws of nature are. Therefore, the consequences of those things (including our present acts) are not up to us*.“[1327] Determiniertes kausales Geschehen ist zwar nicht Zwang im eigentlichen Sinn; es lässt aber nur einen Lauf der Dinge zu und lässt keinen Raum für die Möglichkeit, anders handeln zu können, als man aufgrund der determinierten Beweggründe eben gehandelt hat. Es sei dann nicht sinnvoll, davon zu reden, dass man „hätte anderes handeln können“, wenn man sich gar nie anders entscheiden und daher nicht anders handeln kann, als man es getan hat. Dann kann man auch nicht von Willensfreiheit ausgehen.[1328]

Dagegen wurde von Kompatibilisten eingewendet, dass auch hier eine begriffliche Ungenauigkeit bestehe, diesmal aber bezüglich des Begriffs „Willensfreiheit“. Diese setze nämlich gar nicht voraus, dass man anders hätte handeln können. Das soge-

---

[1325] Vgl. HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding, S. 97 f.; vgl. auch SCHLICK, Wann ist der Mensch verantwortlich?, S. 159: Es sei ein grosser Irrtum zu denken, moralische Zurechnung „setzte Dispens von der Kausalität voraus.“

[1326] Vgl. auch NAGEL, The View from Nowhere, S. 116 f.

[1327] VAN INWAGEN, An Argument for Incompatibilism, S. 39.

[1328] Ich verdanke diese Überlegungen Jonathan Erhardt und Tobias Zürcher, mit denen ich vor vier Jahren ein Seminar über „Willensfreiheit und Recht“ durchgeführt habe. Vgl. auch ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, S. 111 f.

nannte Prinzip der alternativen Möglichkeit – für ein bestimmtes Verhalten ist eine Person nur dann verantwortlich, wenn sie hätte anderes handeln können –[1329] sei keine notwendige Bedingung für den freien Willen.[1330] Eine der bekanntesten kompatibilistischen Theorien ist der sogenannte Gründe-Kompatibilismus, der unter anderem von Daniel Dennett vertreten wird.[1331] Der Gründe-Kompatibilismus besagt im Wesentlichen, dass ein Akteur schon dann frei ist, wenn er auf angemessene Weise auf Gründe für und gegen eine Handlung reagieren kann; nicht erst, wenn er in einem starken Sinne einen freien Willen hat, jederzeit anders handeln zu können. Unfrei ist er hingegen dann, wenn er nicht auf rationale Weise auf Gründe eingehen kann, beispielsweise weil er unter Zwangsstörungen leidet.[1332] Am nachhaltigsten hat Harry Frankfurt gegen die Ansicht, dass Willensfreiheit ein „Andershandelnkönnen" voraussetzt, argumentiert; nicht zuletzt mit Fallkonstellationen oder Gedankenexperimenten, die in der Literatur auch „*frankfurt-style examples*" genannt werden. Besonders einschlägig ist folgende Geschichte:

> „Suppose someone – Black, let us say – wants $Jones_4$ to perform a certain action. Black is prepared to go to considerable lengths to get his way, but he prefers to avoid showing his hand unnecessarily. So he waits until $Jones_4$ is about to make up his mind what to do, and he does nothing unless it is clear to him (Black is an excellent judge of such things) that $Jones_4$ is going to decide to do something other than what he wants him to do. If it does become clear that $Jones_4$ is going to decide to do something else, Black takes effective steps to ensure that $Jones_4$ decides to do, and that he does do, what he wants him to do. Whatever $Jones_4$'s initial preferences and inclinations, then, Black will have his way. […] Now suppose that Black never has to show his hand because $Jones_4$, for reasons of his own, decides to perform and does perform the very action Black wants him to perform. In that case, it seems clear,

---

[1329] FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, S. 829.

[1330] Vgl. auch ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, S. 107.

[1331] Vgl. grundlegend DENNETT, Elbow Room.

[1332] Vgl. ausführlich dazu MCKENNA/COATES, Compatibilism.

> Jones$_4$ will bear precisely the same moral responsibility for what he does as he would have borne if Black had not been ready to take steps to ensure that he do it."[1333]

Mit diesem Beispiel gelingt es Frankfurt aufzuzeigen, dass Mr. Jones (in der vierten Variante) als selbstbestimmt und verantwortlich gilt, obschon er so sehr von Mr. Black kontrolliert wird, dass ihm faktisch keine alternative Handlungsmöglichkeit bleibt, dass er also gar nicht anders hätte handeln können als er eben gehandelt hat. Obschon Mr. Jones also gar nicht anders hätte handeln können als von Mr. Black gewünscht – hätte er es versucht, hätte ihn Mr. Black gezwungen – kann man sagen, dass Mr. Jones für seine Handlung verantwortlich ist. Die Notwendigkeit, die Mr. Jones dazu bringt, das zu tun, was Mr. Black will, ist aber freilich eine konditionale Notwendigkeit, die nur ins Spiel kommt, wenn Mr. Jones nicht von sich aus das tut, was Mr. Black will.[1334]

Damit will Frankfurt freilich nicht sagen, dass die Tatsache, dass jemand ein bestimmtes Verhalten nicht verhindern konnte, kein hinreichender Grund dafür ist, dass er es getan hat. Was er sagt, ist, dass diese Tatsache unter Umständen keine Rolle spielt für die Erklärung, warum er etwas getan hat.[1335] In diesen Fällen ist es daher irrelevant, ob er hätte anders handeln können; er bleibt für seine Handlung verantwortlich, womit das „Andershandelnkönnen" keine notwendige Voraussetzung für verantwortliches Handeln sein kann. Selbstverständlich kann es sehr wohl sein, dass wir eine Person nicht verantwortlich machen, für das, was sie getan hat, wenn sie überzeugend darlegen kann, dass sie *in diesem Fall* nicht anders handeln konnte,[1336] beispielsweise wenn Mr. Jones sich anders entschieden hätte und versucht hätte, anders zu handeln, dann aber von Mr. Black durch Gewalt, Drohung,

---

[1333] FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, S. 835 f.

[1334] Darauf baut im Wesentlichen auch die Kritik an der Position von Frankfurt auf, vgl. beispielsweise EKSTROM, Free Will, S. 182; GINET, In Defense of the Principle of Alternative Possibilities, S. 403 ff.; vgl. auch WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 120.

[1335] FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, S. 836 f.

[1336] Vgl. FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, S. 837 f.

Hypnose oder Gehirnmanipulation, gezwungen worden wäre.[1337] Der Grund dafür ist aber nicht, dass das Prinzip der alternativen Möglichkeiten etwa doch richtig wäre – das ist es nicht –, sondern dass wir die Schilderung von Mr. Jones als nachvollziehbare Erklärung für sein Verhalten in diesem spezifischen Fall bewerten.[1338] Das wäre nicht der Fall, wenn er einfach sagen würde, dass die Menschen allgemein keinen freien Willen haben und generell nicht anders handeln können. Das mag zwar sein, hindert aber die Zuweisung von Verantwortung nicht.

Ob jemand frei und verantwortlich handelt, kann nicht davon abhängig sein, ob er alternative Möglichkeiten hatte bzw. hätte anders handeln können. Vielmehr hat dies gemäss Frankfurt damit zu tun, dass der Mensch eine bestimmte Fähigkeit hat, einen eigenen Willen zu bilden. Dies legt er in einem späteren Aufsatz dar, wo er auch die These vertritt, dass die Eigenschaft einen solchen Willen zu bilden, nicht zuletzt ein Erkennungsmerkmal ist, um Personen von Nichtpersonen zu unterscheiden. Charakteristisch für Personen ist zunächst, dass sie auch „Wünsche zweiter Ordnung“ (*second order desires*) bilden können. Sie können sich nicht nur wünschen, etwas zu tun,[1339] sondern sie können sich auch wünschen, etwas zu wünschen; ein Wunsch zweiter Ordnung ist also nicht auf eine Handlung gerichtet, sondern auf einen anderen Wunsch.[1340] Personen können sich beispielsweise wünschen, gerne täglich Sport zu machen, ohne dass sie *tatsächlich* gerne täglich Sport machen. Ein handlungswirksamer Wille entsteht dann, wenn sich ein Wunsch erster Ordnung gegenüber anderen Wünschen durchsetzt.[1341] Dies geschieht bei den Menschen aber nicht immer nur instinktiv. Vielmehr haben sie die Fähigkeit, sich zu wünschen, dass ein bestimmter Wunsch erster Ordnung handlungswirksam wird. Also beispielsweise bei einer Person, die sich Gedanken über ihre Gesundheit

---

[1337] So FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, S. 835 f.

[1338] Vgl. FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, S. 838.

[1339] FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 8: „Consider first those statements of the form ‚A wants to X‘ which identify first-order desires – that is, statements in which the term ‚to X‘ refers to an action.“

[1340] Vgl. FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 8 ff.

[1341] Vgl. auch ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, S. 114.

macht, der Wunsch, dass der Wunsch, mehr Sport zu treiben, sich gegenüber anderen Wünschen – öfters in einer Bar abzuhängen – durchsetzt und handlungswirksam wird. Diesen auslösenden Wunsch zweiter Ordnung nennt Frankfurt eine „*second-order volition*“. Es ist genau diese Fähigkeit, *second-order volitions* zu bilden, die den Menschen auszeichnet.[1342] Es sind diese „Volitionen“ zweiter Ordnung, die beweisen, dass sich Menschen um ihren Willen kümmern, dass es für sie wichtig ist, das zu tun, was sie wollen. Es ist ihnen in der Regel nicht egal, welche Wünsche und Motive sie haben.[1343] Nur weil Menschen Volitionen zweiter Ordnung haben, bedeutet ihnen auch Willensfreiheit etwas, können sie sich freuen, wenn sie Willensfreiheit haben und können sie Willensfreiheit auch vermissen.[1344] Der Begriff „Willensfreiheit“ meint richtig verstanden also, dass der Mensch frei ist, das zu wollen, was er wollen möchte. Eine Frage der Handlungsfreiheit ist es hingegen, ob er auch die Möglichkeit hat, das umzusetzen, was er will.[1345] Es zeigt sich, dass Determinismus nicht unsere Willensfreiheit beschlägt, sondern bloss unsere Handlungsfreiheit. Auf alternative Handlungsmöglichkeit kann es aber – wie das Beispiel von Mr. Jones zeigt – für die Bestimmung von (strafrechtlicher) Verantwortung nicht ankommen. Der Mensch hat also selbst in einer determinierten Welt grundsätzlich einen freien Willen und er ist einwilligungsfähig. Es kann dann nur noch darum gehen, festzustellen, ob er aufgrund von fallspezifischen Umständen ausnahmsweise keinen eigenen Willen bilden kann oder ausnahmsweise aufgrund von Hindernissen nicht nach diesem Willen handeln kann.

Wenn etwa gesagt wird, dass die Erkenntnisse der Hirnforschung dazu führen sollten, dass Handelnde nicht für ihr Handeln strafrechtlich verantwortlich gemacht werden dürfen,[1346] geht das an der Sache vorbei. Willensfreiheit ist nicht eine Frage der Freiheit von (neuronaler) Determination oder der Freiheit, auch anders handeln

---

[1342] Vgl. FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 10.

[1343] Vgl. FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 11 ff.

[1344] FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 14.

[1345] FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 15.

[1346] Vgl. beispielsweise ROTH/LÜCK/STRÜBER, Freier Wille und Schuld von Gewaltstraftätern.

zu können, sondern eine Frage der Fähigkeit, angemessen auf Gründe anzusprechen, ein gewisses Mass an „Ellbogenfreiheit“ zu haben, um eigene Entscheidungen treffen zu können,[1347] den Willen zu haben, den man will.[1348] Unfrei ist der Mensch erst dann, wenn er daran gehindert wird, auf seine eigenen Wünsche bewertend und wirksam einzuwirken. Solange wir Wünsche haben, die wir haben wollen, spielt es auch keine Rolle, ob sie kausal determiniert sind.[1349] Und es spielt auch keine Rolle, dass unsere innere Wahrnehmung des Willensaktes vor einer bestimmten Handlung nur „Schein“ ist[1350] oder dass die Entscheidung „vom Gehirn getroffen wird“.[1351] Innere Wahrnehmungen sind aus Sicht der Naturwissenschaften per Definition nur Schein. Und wer soll denn die Entscheidung treffen, wenn nicht unser Gehirn? Der Angriff der Neurowissenschaftler auf die Willensfreiheit lässt den kompatibilistischen Begriff der Willensfreiheit also unberührt; er zielt vielmehr auf einen sogenannten libertären Begriff der Willensfreiheit, der nur unter der Voraussetzung des Indeterminismus existieren kann. Dass nach diesem Verständnis Anzeichen von determinierten Kausalketten in der natürlichen Welt die Willensfreiheit aufheben, kann ohne weiteres eingestanden werden; dass Willensfreiheit nur unter der Voraussetzung des Indeterminismus existieren kann, wird so gut wie von niemandem behauptet.

Als geradezu selbstschädigend erweist sich der Angriff auf die Willensfreiheit, wenn daran irgendwelche Wünsche, Ziele oder Forderungen geknüpft werden, in der Art von: Das Strafsystem sollte humaner werden, denn „keiner kann anders als er ist“,[1352] oder dass wir ganz aufhören sollten, „von Willensfreiheit zu sprechen.“[1353] Warum sollten wir dann nicht vielmehr konsequenterweise gleich ganz

---

[1347] Vgl. DENNETT, Elbow Room, S. 63.

[1348] FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person, S. 15.

[1349] ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, S. 114.

[1350] Vgl. SINGER Wolf, Verschaltungen legen uns fest, S. 33.

[1351] Vgl. SINGER Wolf, Verschaltungen legen uns fest, S. 57; vgl. auch PRINZ, Willensfreiheit als soziale Institution, S. 56.

[1352] SINGER Wolf, Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung, S. 254.

[1353] So der Untertitel von SINGER Wolf, Verschaltungen legen uns fest.

aufhören, Rechtsadressaten überhaupt – die Neurowissenschaftler eingeschlossen – „als Personen zu begreifen, die sich in ihren Willensbildungsprozessen und Entscheidungen davon beeinflussen lassen könnten, was das Recht ihnen gebietet, verbietet oder erlaubt?[1354] Und wie Felix Bommer richtig bemerkt hat: Wie können wir denn sollen, aufhören von Freiheit zu sprechen, wenn wir aufhören von Freiheit zu sprechen gemäss Singer doch gar nicht wollen können?[1355]

cc) Willensfreiheit und Determinismus als falsches Problem

Nach den Ausführungen zum Kompatibilismus sollte eigentlich hinreichend klar sein, dass das Problem der Willensfreiheit in dem Sinn aufgelöst[1356] – wenn auch nicht gelöst – werden kann, dass der (neuronale) Determinismus den freien Willen des Menschen nicht aufzuheben vermag, da die Willensfreiheit gerade nicht von einer indeterminierten Welt abhängig ist. Es bleibt aber ein gewisses Unbehagen, da man den Kompatibilisten doch vorwerfen könnte, sie würden ganz einfach den Begriff „Willensfreiheit“ so umdefinieren, dass er passt: Sie sind mithin nur „Definitions-Kompatibilisten“.[1357] Daher möchte ich noch einen Schritt weiter gehen und zu zeigen versuchen, dass wir es beim Gegensatz von Determinismus und Willensfreiheit mit einem falschen Problem zu tu haben. Die Tatsache, dass Neurowissenschaftler meinen, der Mensch sei nicht frei und verantwortlich, weil er durch seine Person, das „Gesamtsystem des Gehirns“ und seine Motive gesteuert werde,[1358] Philosophen hingegen in der notwendigen Bestimmung der eigenen Handlung durch innere Motive genau den Kern der Willensfreiheit und der Zuweisung von moralischer Verantwortung erkennen,[1359] zeigt zwei Dinge. Erstens, dass keine hinreichende Klarheit darüber besteht, was mit den verwendeten Begriffen eigentlich gemeint ist. Zweitens, dass hier zwei Fragen miteinander zu einer Frage vermengt

---

[1354] BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 11.

[1355] BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, S. 32.

[1356] Vgl. BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 15.

[1357] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 111 f.

[1358] Vgl. ROTH Gerhard, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit, S. 25 f.

[1359] Vgl. auch BIERI, Das Handwerk der Freiheit, S. 389 ff.

werden, die nicht beantwortet werden kann, weil sie auf eine Art und Weise formuliert wird, die unvereinbar ist mit den Bedingungen des menschlichen Denkens, mit der wir die Frage überhaupt erst angehen können.[1360] Willensfreiheit und Determinismus werden nur deshalb als Problem wahrgenommen, weil man durch eigene konzeptuelle Vorannahmen, die man in den Sachverhalt hineindenkt, gefangen ist in der Vorstellung, es sei ein wahres (lösbares) Problem; nicht, weil das Verhältnis von Determinismus und Willensfreiheit an sich problematisch wäre.[1361]

Die erste Frage ist, ob die Welt determiniert ist. Dass sie determiniert ist, ist eine Hypothese, die relativ gut bestimmte alltägliche Wahrnehmungen vor allem von Ursache und Wirkung in der physischen Welt erklären kann. Sie ist aber eine blosse Hypothese und kann als solche nicht bewiesen werden, weil niemand hinreichend viel Wissen über alle physischen Zustände in der Welt und über die Naturgesetze haben kann: Sie basiert auf einer Prämisse, die nie bewiesen werden kann, dass nämlich immer dann, wenn ein Ereignis B auf eine Ursache A folgt, eine Regel existieren muss, aufgrund der B immer auf A folgt. Die Regel kann nicht bewiesen, sondern nur angenommen werden. Selbst ein Wesen, das alle empirischen Daten besitzt über alles, was jemals geschehen ist, kann letztlich nur wissen, dass *bisher* B immer auf A gefolgt ist: Es weiss nur, dass es bisher regelmässig so war, dass B immer auf A folgt, es weiss aber nicht, ob es dafür eine Regel gibt, die genau diese Verursachung immer vorschreibt.[1362]

Die zweite Frage ist, ob der Mensch einen freien Willen hat. Dass er einen freien Willen hat, ist eine Hypothese, mit der relativ gut die alltäglichen Erfahrungen erklärt werden können, die Menschen im Umgang mit sich selbst oder mit anderen Menschen als bewusst handelnde Wesen machen; es ist eine Hypothese, die ziemlich gut erklärt, warum wir unsere Handlungen unter Umständen als frei erleben. Aber auch diese Willensfreiheit in einem starken Sinn ist eine Hypothese, die nicht

---

[1360] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 104; vgl. auch REEMTSMA, Das Scheinproblem der Willensfreiheit, S. 200 f.

[1361] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 103 f.

[1362] Zum Ganzen WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 104 und S. 106.

bewiesen werden kann, wenn auch aus ganz anderen Gründen: Die Hypothese des freien Willens in einem starken und nicht bloss definitorischen Sinn basiert nämlich auf der Prämisse, dass ein kontrafaktisches Ereignis hätte der Fall sein können, dass eine Person also anstelle von A sich für non-A hätte entscheiden können. Kontrafaktische Ereignisse können aber per Definition nicht bewiesen werden.[1363] Es gibt also nichts, was ich entdecken kann und dann sagen kann, ich bin frei.[1364] Determinismus und Willensfreiheit sind einfach zwei kontrastierende Erklärungen, wie sich Dinge kausal ereignen.[1365]

Das Problem der Willensfreiheit entsteht, wenn diese beiden Hypothesen mit ihren durchaus sinnvollen Anwendungsbereichen ineinander vermengt werden und man damit auch den jeweils anderen Anwendungsbereich und letztlich gleichsam „das Ganze“ zu erklären versucht.[1366] Das kann mit folgendem Beispiel erläutert werden: Man kann zum einen konzeptuell sinnvoll fragen: Was ist „vor etwas“ geschehen? Damit kann man mit Alltagssprache bestimmte Ereignisse auf einer Zeitachse bestimmen und darüber reden. Man kann zum anderen konzeptuell sinnvoll fragen: Was ist der „Big Bang“? Damit wird sprachlich ein Ereignis erfasst, bei dem Zeit und Raum zu existieren begangen.[1367] Wenn wir aber fragen: „Was ist vor dem Big Bang geschehen?“, entsteht daraus eine Frage, die nicht mehr beantwortet werden kann. Nicht etwa, weil die Frage sehr schwierig zu beantworten ist, sondern weil sie ein falsches philosophisches Problem ist, das überhaupt nicht gelöst werden kann;[1368] es vermengen sich darin nämlich Konzepte, Begriffe und Vorannahmen, die unvereinbar sind.[1369] Die Frage nach dem „vor etwas“ ist im Hinblick auf den „Big Bang“ kein lösbares philosophisches Problem, weil damit das Konzept der

---

[1363] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 104 und S. 108.

[1364] WITTGENSTEIN, Lectures on Freedom of the Will, S. 440.

[1365] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 109.

[1366] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 104 f.

[1367] Vgl. WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 122 f.

[1368] Vgl. auch BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 15.

[1369] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 122.

Entstehung von Zeit und Raum befragt wird mit Bezugnahme auf ein Kriterium, das mit dem Konzept unvereinbar ist.[1370]

Das Gleiche geschieht, wenn man fragt, ob es in einer determinierten Welt eine freien Willen geben kann, wenn also der sinnvolle Anwendungsbereich von „Willensfreiheit" mit dem sinnvollen Anwendungsbereich von „Determinismus" vermengt wird bzw. die Reichweite des Anwendungsbereichs von Willensfreiheit mit Bezugnahme auf die Prämissen des Determinismus überprüft wird oder umgekehrt.[1371] Das Problem wird dann unlösbar und zwar in beide Richtungen: Es ist unlösbar für denjenigen, der Determinismus über den angestammten Bereich der Welt der physischen Objekte hinaus auch auf den Kontext von bewusst und willentlich handelnden Menschen anwenden will. Er kann nämlich nur dann etwas „anwenden wollen", wenn der Determinismus die Willensfreiheit *nicht* aufhebt. Er kann auch nur als bewusst und willentlich handelndes Wesen über eine Anwendung des Determinismus nachdenken; der Akt des Nachdenkens als bewusst und willentlich handelnde Person ist jedoch unvereinbar mit den Prädikaten des Determinismus.[1372] Dies ist auch der Grund dafür, dass harte Deterministen aus der Neurowissenschaft – wie wir bereits gesehen haben –, wegen ihrer eigenen Annahme der Unmöglichkeit der Willensfreiheit gar nicht sinnvoll sagen können, man solle doch nun endlich etwas Spezifisches tun – das Schuldstrafrecht abschaffen –, man solle doch irgendetwas Bestimmtes wollen.[1373] Es ist im Übrigen auch nicht ohne weiteres richtig, die Meinung zu vertreten, dass man einfach so lange an die Willensfreiheit glauben soll, wie nicht bewiesen ist, dass wir determiniert sind. Das kann zwar pragmatisch gesehen vernünftig sein. Wenn es aber auf der Prämisse aufbaut, dass man sich ganz anders verhalten soll, als wir es heute tun, wenn eines Tages der Beweis des Determinismus erbracht wird, dann liegt hierin ein Denkfehler: In einer Welt, in der alles determiniert ist, einschliesslich unseres Denkens und Urteilens,

---

[1370] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 123.

[1371] Vgl. WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 123.

[1372] WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 123.

[1373] Vgl. BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, S. 32.

macht es gar keinen Sinn mehr, darüber zu reden, was man tun soll und was man nicht tun soll.[1374] Das Problem ist aber auch für denjenigen unlösbar, der zeigen will, dass physische Wesen wie der Mensch einen freien Willen haben. Denn um etwas Physisches umfassend erklären zu können, muss auch auf seinen Ursprung Bezug genommen werden; solche Erforschungen des Ursprungs sind aber mit den Prädikaten des freien Willens unvereinbar.[1375] Daraus folgt, dass der Widerspruch zwischen Freiheit und Kausalität oder zwischen Willensfreiheit und Determinismus, mehr ist als „*a weakness in our moral understanding, on one hand, or our science, on the other. It is an antinomy, which cannot be overcome; it is complete and final*."[1376]

Das Problem der Willensfreiheit ist nicht ein moralisches Problem, das etwa davon abhängig ist, wie sich bestimmte Normen im Verlauf der Zeit verändern. Es ist auch kein metaphysisches Problem, das aufgrund von Lücken in den Naturwissenschaften entsteht. Es ist vielmehr überhaupt kein Problem oder – wenn man so will – ein falsches Problem oder ein Scheinproblem.[1377] Als solches ist es unlösbar, nicht weil es als Wahl zwischen zwei sich ausschliessenden Alternativen präsentiert wird – das würde die Wahl keineswegs unmöglich machen. Vielmehr ist es unlösbar, weil es nur vordergründig eine Wahl ist, da die beiden zugrundliegenden Alternativen unvereinbar sind mit ihren Vorannahmen oder Voraussetzungen. Eine Alternative ist, dass alles determiniert ist, einschliesslich der menschlichen Gedanken und Handlungen, weil alles das Produkt einer vorhergehenden Ursache ist. Das ist aber unvereinbar mit den Voraussetzungen von Vernunft und Wissen, die wir notwendigerweise brauchen, um über die Alternative nachdenken zu können. Die andere Alternative ist, dass menschliche Gedanken und Handlungen nicht determiniert

---

1374 WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 123.

1375 WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 123; vgl. auch WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 148.

1376 WEINREB, Natural Law and Justice, S. 158.

1377 Vgl. REEMTSMA, Das Scheinproblem der Willensfreiheit; vgl. auch BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 17: „Wenn Kompatibilismus besagen soll, dass verschiedene Sprachspiele nebeneinander bestehen können, dann ist diese Art von Kompatibilismus eine vernünftige Auflösung des Scheinproblems."

sind, da sie nicht das Produkt einer vorhergehenden Ursache sind, sondern unabhängig von physischen Ursachen erklärt werden können. Das ist aber unvereinbar mit den Regeln der Naturwissenschaft, mit denen wir physische Ereignisse in der Welt erklären.[1378]

Wir sollten uns damit abfinden, dass die Willensfreiheit zwar wie ein lösbares Problem aussieht, aber kein lösbares Problem ist, und dass wir daher besser über andere Dinge nachdenken sollten. Denn gelöst werden muss das Problem gar nicht. Wir können durchaus mit guten Gründen und auch mit gutem Gewissen zu folgender Ansicht gelangen, ohne dass sich dadurch irgendetwas in unserem Leben oder unserer Gesellschaft gravierend verändern würde: „*I conclude that free will remains a mystery – that is, that free will undeniably exists and that there is a strong and unanswered prima facie case for its impossibility.*“[1379]

dd) Schlussbetrachtungen

Die Debatte über Willensfreiheit in unserer Generation, die sich auch um die Frage dreht, welche rechtspolitischen Folgen neue Ergebnisse der neurowissenschaftlichen Forschung haben sollen, ist durch zwei thematische Einschränkungen charakterisiert, die aufgrund der dezidiert vorgetragenen Argumente gegen die Willensfreiheit erstaunen: Zum einen wird dabei immer nur über Auswirkungen auf das Strafrecht gestritten.[1380] Zum anderen wird fast ausschliesslich auf die Frage der Schuld fokussiert. Dabei kommt die Kritik in einem ganz besonderen „humanistischen“ Gewand oder wie Felix Bommer gesagt hat, auf den samtweichen Pfoten des Präventionsstrafrechts daher.[1381] Sie fügt sich dabei nicht nur bestens in den Kontext der gegenwärtigen Kriminalpolitik ein, in der es immer weniger um schuldangemessene Vorwerfbarkeit, sondern zunehmend um Herstellung von Sicherheit durch Ausschluss von Gefährlichkeit geht – vor allem auch wenn sie uns in Gestalt

---

[1378] Zum Ganzen WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle, S. 151.

[1379] VAN INWAGEN, Free Will Remains a Mystery, S. 159.

[1380] Vgl. auch GÜNTHER, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff, S. 116; vgl. auch BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 10.

[1381] BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, S. 31.

von „verantwortungslosen“ durch neuronale Verschaltungen determinierte Menschen (potentiell) bedroht.[1382] Weil Straftäter neurobiologisch (und anderswie) determiniert sind und keine Willensfreiheit haben, können sie nicht anders als eben deliktisch handeln. Die Bestrafung eines Menschen, der aus dieser Sicht nicht verantwortlich ist für seine Tat, wird als willkürlich und unmenschlich abgestempelt. Stattdessen sollen gegen Straftäter Massnahmen ergriffen werden, mit denen man ihre determinierte Gefährlichkeit in Schach halten kann und Erziehungsprogramme und Therapien, mit denen sie zu legalem Verhalten bewegt werden sollen.[1383] Dabei kann man gut im Fahrwasser einer heute weitverbreiteten undifferenzierten Kritik am vergeltenden Charakter der Strafe und eines zunehmend rein präventionistischen Strafrechts fahren und weitere Schritte hin zu einem „modernen“ und technokratischen Umgang mit Delinquenten machen.[1384] Heute wie damals bedeutet das in Wahrheit eine harte Strategie der Exklusion, die handelnde Subjekte zu Gefahrenquellen degradiert, die es zu bekämpfen und unschädlich zu machen gilt.[1385]

Die neurowissenschaftliche Kritik am Strafrecht kann sich auch in einer Tradition wissen, insofern hart deterministische Grundpositionen bereits bei der Kodifizierung des schweizerischen Strafgesetzbuches eine wesentliche Rolle gespielt haben. So schrieb beispielsweise Emil Zürcher, der als einer der wichtigsten Mitstreiter von Carl Stooss massgeblich an den Vorarbeiten eines schweizerischen Strafgesetzbuch mitwirkte und viel zu dessen Verankerung in der Gerichtspraxis beitrug: „Auf allen Entwicklungsstufen beruht das Verbrechen auf einem gänzlichen Mangel oder in einer Schwäche moralischer Motive, es ist nicht das Ergebnis einer freien Willkür, sondern eines vorhandenen Defekts.“[1386] Und er betont, für heutige Begriffe

---

[1382] Vgl. BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, S. 30; BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 11.

[1383] Vgl. die entsprechenden Hinweise in HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 28 f.

[1384] Vgl. vor allem LÜCK/STRÜBER/ROTH, Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 113 f.; vgl. auch ROTH Gerhard, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit, S. 18 f.

[1385] BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, S. 31.

[1386] ZÜRCHER Emil, Die neuen Horizonte im Strafrecht, S. 12.

hart und unwissenschaftlich gesprochen, in der Sache aber den Thesen der neurowissenschaftlicher Kritiker des Schuldstrafrechts nicht unähnlich, dass es eine Sünde an der Menschheit sei, „wenn ein Mensch, der im viehischen Trieb einen anderen halb todtgeschlagen [sic], nach wenigen Jahren ungebessert und unverändert wieder auf die Menschheit losgelassen wird, damit er einen Andern ganz todtschlagen [sic] könne“.[1387] Gegen solche willensunfreien Menschen,[1388] gegen solche „atavistischen Elemente“, die als Tierquäler beginnen und als Mörder enden und in einer ganz anderen Welt leben als der normale Mensch, gibt es nur das Mittel der „Ausschliessung aus der Gesellschaft“.[1389] Dieses „Ausscheiden von Andern“ sei aber kein grosses Problem, denn „sie sind gar nicht zahlreich.“[1390]

Nun könnte man einwenden, dass man mit dem Kompatibilismus, mit dem Hinweis auf die Unlösbarkeit des Problems und erst recht nicht mit dem Hinweis darauf, dass ihre Ansichten zu einem entgrenzten Präventionsstrafrecht führen, die harten Deterministen nicht überzeugen kann. Das mag sein. Ihre Argumente überzeugen aber auch nicht. Und in dieser Patt-Situation dürfte es für alle, auch für die harten Deterministen besser sein, weiterhin von einer Willensfreiheit auszugehen, wenn man nicht riskieren will (kann man das überhaupt?), dass nicht nur das Schuldstrafrecht, sondern konsequenterweise auch das Prinzip der Einwilligung in Frage gestellt werden muss. Denn obschon die Kritik der Neurowissenschaft medienwirksam auf die Schuldstrafe fokussiert wird, liegt es auf der Hand, dass die Einwände einen grösseren Rahmen betreffen – das Strafrecht steht nur symbolisch für eine Gesellschaft, die dringend einer Aufklärung über die Notwendigkeit einer Revision des Menschenbildes nach neurowissenschaftlichen Erkenntnissen bedarf.[1391] Neuronale Fehlverschaltungen führen eben nicht nur zu Delinquenz, sondern beschla-

---

[1387] ZÜRCHER Emil, Die neuen Horizonte im Strafrecht, S. 13.

[1388] ZÜRCHER Emil, Die wichtigsten Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts, S. 518.

[1389] ZÜRCHER Emil, Die neuen Horizonte im Strafrecht, S. 11 und S. 13.

[1390] ZÜRCHER Emil, Die neuen Horizonte im Strafrecht, S. 11.

[1391] BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 12 m.w.H.

gen den gesamten Bereich der individuellen Verantwortung – wer falsch verschaltet ist, „kann für gar nichts mehr verantwortlich gemacht werden."[1392]

Der vermeintlich präzise Angriff der Neurowissenschaftler auf das Schuldstrafrecht trifft in Wahrheit eine ganze Reihe von weiteren Grundkategorien, die auf ein steuerbares menschliches Verhalten abstellen: Man denke etwa an die Mindestanforderung eines gewillkürten, über den Willen des Akteurs laufendes und vom ihm beherrschbares Handeln, für den strafrechtlichen Handlungsbegriff.[1393] Der Vorsatz wäre dann nur noch ein wirkungsloses Epiphänomen, das der Handlung weder Sinn geben noch sie irgendwie steuern kann – der Mensch tut nach Ansicht der Neurowissenschaftler eben das, was er aufgrund seiner neuronalen Verschaltung tut. Wie kann dann noch sinnvoll von einer „Vorsatztat" geredet werden, wenn sie doch Wissen und Willen voraussetzt? Ebenso illusorisch wäre es von „Vermeidbarkeit" bei Irrtümern oder bei der Fahrlässigkeit zu reden.[1394] Darüber hinaus wären bei Verneinung der Willensfreiheit aber auch alle Rechtsinstitutionen obsolet oder nur noch Fiktion, die strafrechtliche Folgen von einer freiwilligen Willensbildung oder vom Einwirken auf den menschlichen Willen abhängig machen.[1395] Wie soll es dann noch auf die Äusserung meines Willens ankommen, ob jemand für einen Eingriff in meine Rechtsgüter bestraft wird oder eben nicht, wenn mir die Fähigkeit gar nicht gegeben sein soll, meinen Willen frei zu bilden? Wie soll das Privileg des Rücktritts beim Versuch gehandhabt werden können, das voraussetzt, dass der Rücktritt freiwillig ist? Wie soll dann noch vernünftigerweise zwischen einer Schändung und einem Geschlechtsverkehr mit Einwilligung unterschieden werden, wenn doch diese Einwilligung ebenso unfrei zustande kommt? Und es betrifft auch nicht etwa nur das Strafrecht: Wieso soll dann meine Unterschrift unter einen Vertrag noch gelten? Wie hat man sich die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Vertragsparteien vorzustellen? Als glückliche Fügung der Ge-

---

[1392] BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht, S. 13; vgl. auch HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 39 ff.

[1393] HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 43 f.

[1394] HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 44.

[1395] HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht, S. 44 f.

schichte, dass jemand nicht anders konnte als eine Offerte zu unterbreiten und sich ein anderer gefunden hat, der sie annehmen musste?[1396] Nur indem wir darauf aufbauen, dass der freie Wille unzweifelhaft existiert, obschon es gute *prima facie* Gründe gibt, anzunehmen, dass er unmöglich ist. Spätestens unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sonst unserer gesamten Rechtsordnung – nicht nur dem Schuldstrafrecht – der Boden entzogen wird, dürften auch diejenigen, die gegenüber „falsch verschalteten" Delinquenten zu wenig Mitgefühl aufbringen und sie wegen (oder trotz?) ihrer Determiniertheit unschädlich machen wollen, einsehen, dass es keine gute Idee ist, das unlösbare Problem zu Ungunsten der Willensfreiheit zu entscheiden.

5. Fehlen beachtlicher Willensmängel

a) Einleitung – Ein Hungerkünstler

Willigt der Berechtigte wirksam in einen Eingriff in seine Güter oder Interessen ein, so schliesst dies die Tatbestandsmässigkeit des Täterverhaltens aus. Oder im Kontext der Eingriffsverweigerung: Verweigert der Berechtigte die Einwilligung in einen Eingriff in seine Güter oder Interessen, schliesst dies die Tatbestandsmässigkeit des Unterlassens des Handlungspflichtigen aus. Der trotzdem erfolgte Eingriff wäre hingegen tatbestandsmässig, weil er auch das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen" des Berechtigten erfüllt. Wenn die wirksame Einwilligung die Verwirklichung des Tatbestandes ausschliesst, so bedeutet auch die Unwirksamkeit der Einwilligung, dass das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten" erfüllt ist, dass die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes insofern zu bejahen ist und dass sich der Täter möglicherweise strafbar gemacht hat. Hierbei stellt sich natürlich die Frage, unter welchen Umständen und in welchen Fällen die Einwilligung bzw. die Einwilligungsverweigerung unwirksam ist. Im Folgenden sollen daher die Fälle untersucht werden, in denen der Einwilligende

---

[1396] So treffend BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht, S. 26, mit weiteren Beispielen aus dem Privatrecht.

Willensmängeln unterliegt. Ist dies der Fall, entweder, weil der Einwilligende darüber irrt, worin er einwilligt, oder weil er durch äusseren Zwang zur Einwilligung bewegt wurde, ist zu überlegen, inwiefern dies Konsequenzen für die Strafbarkeit des Täters hat.

Grundsätzlich reicht es nicht, die Unwirksamkeit der Einwilligung damit zu bejahen, dass diese Handlung, in die eingewilligt wurde, „so stark unwertbetont" oder objektiv gesehen „so sehr in einer falschen Wertung des Verletzten begründet" sei.[1397] Vielmehr ist zu fordern, dass eine Einwilligung erst dann unwirksam ist, wenn sie zu einem deliktischen Zweck erteilt wurde, etwa zur Vorbereitung eines Versicherungsbetrugs.[1398] Unwirksam ist sie auch, wenn sie aufgrund einer begründeten ausdrücklichen gesetzlichen Ausnahme etwa zum Schutz von legitimen Kollektivgütern unerlaubt ist– man denke an das Verbot gemäss Art. 95 MStG, einen andern, mit dessen Einwilligung, durch Verstümmelung zur Erfüllung der Militärdienstpflicht untauglich zu machen. Denkbar ist auch, die Unwirksamkeit der Einwilligung grundsätzlich im Schutz der Autonomie des Einwilligenden begründet zu sehen.[1399] Die Fälle in dieser Kategorie müssen aber besonders streng limitiert werden. Dass es solche Fälle aber geben könnte, wird uns nicht zuletzt auch durch eine Erzählung von Kafka nahegelegt: „Ein Hungerkünstler".

Franz Kafka beschreibt in seinen Erzählungen oft auf den ersten Blick paradoxe Situationen, in denen Menschen durch Freiheit letztlich in ihrer Autonomie übermässig einschränkt werden.[1400] Sie entscheiden sich – vordergründig freiwillig – für bestimmte Verhaltensweisen oder Optionen, die ihnen das Leben jedoch erschweren, weil sie negative Konsequenzen für ihr autonomes Handeln haben. Es geht Kafka freilich nicht darum, dass diese Optionen zum Schutz der Betroffenen etwa

---

[1397] So aber NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 87; vgl. zurückhaltender und differenzierter STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 17 f.

[1398] So STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 18.

[1399] Vgl. auch FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 16/7 f.

[1400] Vgl. zum Ganzen MONA, Rechtsphilosophische Analyse der Entgeltlichkeit und Vertragsfreiheit in der Nierenspende, S. 377 ff.

verboten werden müssen. Sie sind vielmehr essentielle Ingredienzien ihres tragischen Lebens und entsprechen dem zumeist masochistischen und autoritätssüchtigen Menschenbild Kafkas. Kaum einer seiner Akteure – man denke an Joseph K. aber zugleich auch an die Gefängnisbeamten in der Erzählungen „Der Prozess" oder an Georg Bendemann in der Erzählung „Das Urteil" – trifft Entscheidungen, die man als vorteilhaft, rational und sinnvoll bezeichnen könnte. Die Einwilligung erscheint zwanghaft, vorbestimmt und der Kompetenz des Betroffenen entzogen. Die These, dass Autonomie und Respekt für die individuelle Wahl und Einwilligung eine uneingeschränkte Freiheit der Selbstbestimmung fordern, wird so auf radikale und erschreckende Art und Weise *ad absurdum* geführt.

Die kurze Erzählung „Ein Hungerkünstler" handelt von einer vermeintlich freiwilligen, aufgeklärt und autonom gewählten Transaktion. Der Hungerkünstler hat in eine vertragliche Abmachung eingewilligt, die ihn verpflichtet, als Publikumsattraktion in einem Käfig wochenlang zu fasten. Während andere Artisten ihr Können am Trapez oder in der Dressur von Pferden zeigen – und dabei ebenfalls mehr oder weniger grosse Gefahren auf sich nehmen –, beweist der Hungerkünstler seine Fertigkeit im Hungern. Dabei hungert sich der Künstler zu Tode. Auf den ersten Blick hat der Hungerkünstler autonom, freiwillig und ohne äusseren Zwang in das Hungern eingewilligt. Anstatt aber seine Autonomie mit dieser Entscheidung gefördert und seine Situation verbessert zu haben, ist er nicht nur nicht besser dran als vor seiner autonomen Entscheidung, sondern er ist elend, gemartert, sterbend und schliesslich tot. Von Autonomie kann keine Rede mehr sein; nicht zuletzt auch deshalb nicht, weil er in seinem verhungerten Zustand zu keiner sinnvollen autonomen Handlung mehr fähig ist. Kafka zeigt uns, dass die Einwilligung des Hungerkünstlers seiner Autonomie überhaupt nicht zuträglich ist. Sein Wohlergehen wird nicht verbessert: Er verhungert. In einem wahrlich kafkaesken Paradox verdammt sich der Künstler durch seinen Hunger nach Selbstbestimmung im Moment der Einwilligung zu einem autonomielosen Leben als elendes hungerndes Wesen.[1401] Er übt (vermeintlich) eine Entscheidungsmacht aus, die sich als selbstzerstörerischer

[1401] Vgl. auch WEST, Authority, Autonomy, and Choice, S. 394.

Zwang mit tödlichen Konsequenzen erweist, er lebt nur noch in einer imaginären Freiheit, die seine Todeszelle wird. Er sättigt seine Präferenz nach perfekter Autonomie und Selbstkontrolle, indem er seine zukünftige Autonomie aufgibt, sich einsperrt, einschränkt, schwächt und endlich tötet. Entscheidend ist aber folgendes: Sich erniedrigen und schliesslich sterben, wollte der Künstler *nicht*. Vielmehr erfasst ihn der Tod gegen seinen Willen. Was zunächst als spektakuläre Überwindung des Hungertriebes, als ultimative Ausübung der Autonomie erscheint, erweist sich als vollständiger Kontrollverlust. Kurz vor seinem Tod gesteht der Hungerkünstler gegenüber einem Aufseher nämlich: „Immerfort wollte ich, dass ihr mein Hungern bewundert". Auf die entgegenkommende Antwort des Aufsehers: „Wir bewundern es auch", sagt der Hungerkünstler: „Ihr solltet es aber nicht bewundern. […] Weil ich hungern muss, ich kann nicht anders." Und auf die Frage des Aufsehers: „Warum kannst du denn nicht anders?", antwortet der Hungerkünstler: „Weil ich […] weil ich nicht die Speise finden konnte, die mir schmeckt. Hätte ich sie gefunden, glaube mir, ich hätte kein Aufsehen gemacht und mich vollgegessen wie du und alle."[1402]

Wir finden es falsch, dass niemand interveniert und zwar im Wesentlichen wegen der Tatsache, dass hier jemand nicht freiwillig entschieden hat, keine wirksame Einwilligung vorliegt und er daraufhin seine Autonomie opfert: Er muss aufgrund der Umstände hungern, er kann nicht anders. Aus streng libertärer Perspektive soll aber doch nur zählen: Er hat freiwillig gehungert – niemand hat ihn gezwungen. Was aus dieser Sicht als Respekt vor der Wahlautonomie des Individuums gilt, erscheint aber zu Recht als Scheitern der Gemeinschaft, den Künstler zu schützen. Diese Option hätte verboten werden müssen. Aber nicht etwa weil Hungern *per se* ein Gefühl der Schutzbedürftigkeit – man will dem Hungerkünstler helfen – hervorruft. Auch nicht weil Menschen nicht aus guten Gründen und selbstbestimmt beschliessen können, zu hungern und zu sterben. Und nicht weil man intuitiv der Meinung sein könnte, sich zu Tode zu hungern sei widerwärtig, dekadent und abwegig. Man darf das „sich zu Tode hungern" *in diesem Fall* verhindern und die Einwilli-

---

[1402] KAFKA, Ein Hungerkünstler, S. 199 f.

gung darin als unwirksam beurteilen, weil es etwas ist, was der Künstler nicht will und gravierende Konsequenzen für die Autonomie des Künstlers hat, die dieser nicht will;[1403] der Hungerkünstler hat aufgrund der Umstände unfreiwillig in einen unwirksamen Vertrag eingewilligt. Es darf verboten werden, an solchen Transaktionen teilzunehmen.[1404] Aus der Tatsache, dass erzwungene Einwilligungen nicht tatbestandsausschliessend sein können, weil äusserer Zwang angewendet wurde, folgt eben nicht, dass Einwilligungen immer tatbestandsausschliessend sind, wenn kein äusserer Zwang vorliegt.

In den dichterisch zuweilen überzeichneten Zeilen liefert uns Kafka eine durchaus nachvollziehbare Theorie der menschlichen Motivation, die unmissverständlich aufzeigt, dass das Vorliegen einer (vordergründigen) Einwilligung eben nicht ohne weiteres die Voraussetzungen des Ideals der Autonomie erfüllt. Soll die Welt nicht schrecklich und erniedrigend sein, darf die Einwilligung keine moralische Trumpfkarte, kein Blankoscheck für alles sein. Die Menschen sind bei Kafka zwar zuweilen allzu unterwürfig, zwanghaft und süchtig nach Selbstschädigung. Wir können aber mit guten Gründen davon ausgehen, dass seine psychologische Theorie eher der Realität entspricht, als eine Theorie, die von allzeit nutzenmaximierenden, selbstbeherrschten und berechnenden Individuen ausgeht, die es meisterhaft verstehen, allen nachteiligen Optionen auszuweichen.

Aber was genau bedeutet dies für den Umgang mit Willensmängeln bei der Einwilligung? Wie soll das Strafrecht mit Willensmängeln umgehen? Sollen sie möglichst beachtlich sein, so dass man dem Opfer schützend entgegen kommt, weil Willensmängel eben in der Natur des Menschen liegen? Oder sollen sie – aus dem gleichen Grund – möglichst nicht beachtlich sein, weil sonst jeder Eingriff mit Einwilligung

---

[1403] Vgl. insofern richtig KIMEL, Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract, S. 487: „But grossly unfair contracts are often considered grossly unfair precisely because they have an adverse long-term effect on the autonomy of the person ‚at the expense of' which they were secured. Clearly in such cases respect for personal autonomy, rather than be used in defence of the contract, can be invoked as a reason to disallow it or to limit some of its legal implications."

[1404] Vgl. auch WEST, Authority, Autonomy, and Choice, S. 399.

des Berechtigten gleichsam unter dem Damokles-Schwert eines allfälligen Willensmangels steht?

b) Rechtsgutsbezogene Willensmängel

Traditionell wurde im Strafrecht lange Zeit ein opferfreundlicher Ansatz vertreten: Die meisten Willensmängel seien beachtlich und der Täter mache sich strafbar, namentlich auch dann, wenn er den bereits bestehenden Irrtum nicht hervorgerufen sondern nur ausgenutzt habe.[1405] Aus Sicht des Bundesgerichts ist die äusserliche Zustimmung, die nicht frei von wesentlichen Willensmängeln ist, keine Einwilligung und schliesst daher im konkreten Fall ein Wegnehmen im Sinne des Diebstahltatbestands keineswegs aus.[1406] Besonders die deutsche Rechtsprechung hat sodann, im wesentlichem im Kontext des Arztstrafrechts,[1407] einen sehr individuellen Ansatz entwickelt, bei dem ganz vom Einzelfall abhängig sein soll, ob der Willensmangel erheblich ist.[1408] Entsprechend ist eine klare Linie kaum feststellbar.[1409] Vielmehr schaut das Gericht im Einzelfall, inwiefern es angemessen erscheint, dass der Arzt für den jeweiligen Eingriff strafrechtlich haftbar gemacht werden soll.

In der Lehre hat man sich entsprechend besonders darum bemüht, die Fälle nach bestimmbaren Kriterien zu systematisieren. Ein erster – sehr weitreichender – Ansatz stammt von Gunther Arzt. Dieser entwickelte die These, dass nur rechtsgutsbezogene Willensmängel die Unwirksamkeit der Einwilligung hervorrufen können.[1410] In diesem Sinne seien nur Willensmängel relevant, die sich etwa unmittelbar auf die Verletzung des statisch gedachten Bestands des Rechtsguts beziehen, in das eingegriffen wird, nicht aber solche Mängel, die die Motive für die Verletzung des Kör-

---

1405 Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 198; vgl. auch BRAUN-HÜLSMANN, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage, S. 290 ff. und vor allem S. 293.

1406 BGE 103 IV 83, 85.

1407 LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 198.

1408 Vgl. S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 39 m.w.H.

1409 Vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 943.

1410 ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung.

pers betreffen.[1411] Ein solcher relevanter Willensmangel liegt also nur dann vor, wenn der Berechtigte zum Eingriff genötigt wurde oder wenn über Art und Umfang des Eingriffs getäuscht wird.[1412] Die Einwilligung setzt hier keine in jeder Hinsicht autonome Entscheidung des Rechtsgutsinhabers voraus, vielmehr genügt es, wenn eine solche speziell im Hinblick auf die Preisgabe des durch den fraglichen Tatbestand geschützten Rechtsguts vorliegt.[1413] Damit bezeichnet Arzt Willensmängel nur noch in einer begrenzten Anzahl von Fällen als Grund für die mangelnde Wirksamkeit der Einwilligung. Die Linie der Rechtsprechung zeichnete er damit jedenfalls nicht nach. Dabei behandelte er zunächst den Fall der Täuschung und übertrug sodann seine Erkenntnisse auf die Drohung und den einfachen Irrtum. In diesem Sinne sollte also nicht jede Täuschung zur unwirksamen Einwilligung führen, sondern eben nur jene, die sich auf das betroffene Rechtsgut bezieht.[1414] Bei einer ärztlichen Behandlung soll die Einwilligung also unwirksam sein, wenn der Arzt über Risiken der Behandlung nicht richtig aufgeklärt hat; dagegen soll sie wirksam sein, wenn der Arzt über die Kosten der Behandlung getäuscht hat. Hauptargument ist dabei, dass andernfalls – zumindest im Falle der Täuschung – die abschliessenden Betrugsregeln umgangen würden.[1415] Nur diese schützen nach dieser Ansicht den Tauschwert der individuellen Güter; während etwa der Tatbestand der Körperverletzung ausschliesslich den Bestand der körperlichen Integrität schütze.

Problematisch an dieser Ansicht ist vor allem, dass dadurch die Fernziele, aufgrund derer der Einwilligende einwilligt, vollkommen unberücksichtigt gelassen werden. Wenn der Einwilligende nur in die Nierenspende einwilligt, weil die Niere seiner Schwester zu Gute kommen soll, sprechen gute Gründe dafür, die Einwilligung als

---

[1411] ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 19 ff., der von einem statischen Rechtsgutsbegriff ausgeht; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 198 und RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 20

[1412] Vgl. ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 20 ff., S. 56 ff. und S. 77 ff.

[1413] S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 45; vgl. auch KÜPER, Autonomie, Irrtum und Zwang, S. 226.

[1414] Vgl. dazu auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 943.

[1415] Vgl. dazu auch STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 532 ff.

unwirksam zu erachten, wenn der Arzt von Anfang an plant, die Niere auf dem Schwarzmarkt zu verkaufen.[1416] Lehnt man in diesen Fällen die Unwirksamkeit der Einwilligung ab, so kommt es zu einer erheblichen Rechtsschutzlücke, die schwer zu rechtfertigen ist.[1417] Denn es geht hier mangels Vermögensverfügung und -schaden gerade nicht um einen Fall des Betrugs. Es wurde vielmehr ein Körper verletzt, wobei das Opfer nur unter bestimmten Prämissen diese Verletzung zuliess.[1418] Werden diese Prämissen nicht berücksichtigt, wollte das Opfer die Verletzung gerade nicht und seine Einwilligung ist daher mangelbehaftet. In diesem Sinne ist dieser Ansatz – der heute in der Literatur durchaus noch verbreitet ist – stark täterfreundlich.[1419] Er erlaubt es dem Täter grundsätzlich, dem Opfer alles Mögliche in Aussicht zu stellen, damit dieses den Eingriff zulässt. Im Nachhinein scheidet die Strafbarkeit nämlich immer aus, wenn das in Aussicht Gestellte keinen unmittelbaren Bezug zum Gut oder Interessen aufweist, in das der Täter dann eingegriffen hat.

Das Ausmass dieser weitreichenden Wirksamkeit der Einwilligung ist vielfach kritisiert worden.[1420] Um dies ein wenig abzumildern, hat etwa Roxin einen erweiterten schutzwürdigen Autonomiebegriff vorgeschlagen.[1421] Wieder andere wollen die Wirksamkeit der Einwilligung davon abhängig machen, wer den Willensmangel zu verantworten hat.[1422] Insbesondere dieser letzte Aspekt dürfte den richtigen Weg weisen.[1423] Die Frage die sich nämlich stellt, ist, ob eine solch täterfreundliche Be-

---

1416 Kritisch auch AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 20 ff.

1417 AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 23 f.

1418 Vgl. AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 77 f.; vgl. auch AMELUNG, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, S. 501.

1419 So auch RÖNNAU, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, S. 670.

1420 Vgl. nur RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 282 ff.

1421 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 68.

1422 Vgl. LK[11]-Hirsch, Vor § 32 Rn. 119 ff. und Rn. 122; vgl. auch OTTO, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, § 8 Rn. 114 und allgemein LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 198.

1423 Vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 943.

handlung von Willensmängeln beim Opfer, in der Form der Theorie von Arzt, wirklich erforderlich ist, um einen vernünftigen Ausgleich zwischen Täterverhalten, Strafbarkeit des Täters und Selbstverantwortung des Einwilligenden zu finden.[1424] Kann die sachgerechte Straflosigkeit des Täters, der aufgrund einer unzureichenden Einwilligung des Berechtigten handelt, nicht auch erreicht werden, ohne dass man dem Opfer einen Willen aufzwängen, den es so nachweislich gar nicht hatte, und ohne von Einwilligungserklärung, die so gar nicht gegeben wurde?

c) Trennung von Unwirksamkeitsurteil und Zurechnungsfrage

Insbesondere Knut Amelung hat in einer kurzen Monographie von 1998, mit der er seine Thesen aus einem etwas früher erschienenen Aufsatz[1425] präzisiert hat, eine tragfähige Alternative zum rein rechtsgutsbezogenen Ansatz entwickelt.[1426] Der Ausgangspunkt hierbei ist die klare Trennung von Unwirksamkeitsurteil und Zurechnungsfrage. Mit dieser eleganten Lösung muss die Frage, ob der Täter strafbar sein soll, nicht im Rahmen des Unwirksamkeitsurteils geprüft werden, wo sie regelmässig zu wenig sachgerechten Unterstellungen gegenüber dem Einwilligenden führt. Vielmehr kann sie im Bereich der Zurechnung geprüft werden. Denn auch auf dieser Ebene kann die Strafbarkeit entfallen, sodass eine Verlagerung der gesamten Problematik auf die hierfür wahrlich schlecht geeignete Ebene des Willensmangels und der Wirksamkeit der Einwilligung entfällt. Unter diesen Umständen, kann die Einwilligung in einem ersten Schritt auch ganz nach dem dafür entscheidenden Kriterium überprüft werden: Entspricht sie tatsächlich dem wahren Willen des Berechtigten, sodass sie in diesem Sinne als hinreichend freiwillig bezeichnet werden kann, um zu Recht den Eingriff in ein Gut oder Interesse als tatbestandslos bewerten zu können? Dabei soll die Einwilligung nach Amelung schon dann unwirksam

---

1424 Vgl. auch HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 858 und S. 867 ff.

1425 AMELUNG, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem.

1426 AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln; vgl. weitere Alternativen zum rechtsgutsbezogenen Ansatz bei BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, § 17 Rn. 109 ff. und HEINRICH, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, S. 44 ff. und S. 329 ff.; vgl. auch MITSCH, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 508 ff.

sein, wenn der Einwilligende nicht überblickt, welche Folgen seine Erklärung für seine „Werte“ hat.[1427] Das ist freilich nur eine eher weniger präzise Variante des hier zugrundgelegten Kriteriums der Einwilligungsfähigkeit, wonach erforderlich ist, dass er den Wert oder den Rang des betreffenden Gutes oder Interesses sowie die Folgen und Risiken seiner Entscheidung erfassen kann und dass er diese in Übereinstimmung mit seinen Bedürfnissen und Wünschen beurteilen kann.

Der Vorteil dieses Ansatzes der Trennung von Unwirksamkeitsurteil und Zurechnungsfrage besteht auf jeden Fall darin, dass die gesamte Bewertung, ob ein bestimmtes Verhalten strafwürdig ist, nicht in die Willensmängelprüfung gepresst wird. Ein Willensmangel ist ein Willensmangel, wenn immer das Opfer die Einwilligung so nicht erklärt hätte, wäre es nicht wegen Irrtum oder Täuschung dazu gebracht worden. Der Grund dafür, dass eine Einwilligung, die das Opfer so nicht wollte, nach Amelung keine wirksame Einwilligung sein darf, ergibt sich aus dem von ihm befürworteten Kollisionsmodells oder der Rechtfertigungslehre daraus,[1428] dass hier die strafrechtlich geschützten Rechtsgüter eine derartige Relevanz haben, dass man ihre Verletzung oder Gefährdung ohne die Einwilligung des Opfers unbedingt verhindern sollte. Aus der Perspektive des Integrationsmodells und der Tatbestandslehre, die vorliegend vertreten werden, gibt es einen mindestens ebenso deutlichen Grund, den Willen und die Einwilligung des Berechtigten ernst zu nehmen: Die wirklich autonome und selbstbestimmte Verfügung über die eigenen Güter und Interessen soll gewahrt und gefördert werden. Durch die Integration des Willens des Berechtigten als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal erlangt der Rechtsgutsinhaber in der Tendenz eine umfassendere Dispositionsfreiheit über seine Güter und Interessen. Umso mehr muss also sichergestellt werden können, dass diese Disposition auch tatsächlich dem wahren Willen des Berechtigten entspricht. Der einwilligungsfähige Berechtigte soll möglichst frei über seine Güter und Interessen verfügen dürfen; dann muss aber auch die Disposition möglichst frei entschieden worden

---

[1427] AMELUNG, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, S. 516; vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 942.

[1428] Vgl. dazu auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 356 f.

sein. Die Einschränkung auf bloss rechtsgutsbezogene beachtliche Willensmängel bewirkt hingegen genau das Gegenteil; das Opfer wird regelmässig auf seine Einwilligung behaftet, obschon diese gar nicht seinem wahren Willen entspricht. Es würden mithin regelmässig Eingriffe in individuelle Güter und Interessen stattfinden, die der Rechtsgutsinhaber so gar nicht gewollt hat und die daher eigentlich als Eingriffe „ohne den Willen des Berechtigten" bezeichnet werden müssten. Dies bedeutet freilich nicht, dass der Täter in jedem Fall strafbar ist. Denn möglicherweise ist ihm die Rechtsverletzung ohne wirksame Einwilligung nicht zurechenbar oder aber er hat keinen Vorsatz hinsichtlich einer Rechtsverletzung ohne wirksame Einwilligung. In diesem Sinne überzeugt folgende Ausführung von Amelung:

> „Ein solches Vorbeisehen an der irrtumsbehafteten Erklärung ist konstruktiv nur zu bewältigen, wenn man sie *stets* als unbeachtlich behandelt, also auch dann, wenn der Erklärungsempfänger als schutzwürdig erscheint. Ein Nachteil ist damit für diesen nicht verbunden. Denn auch eine unwirksame Einwilligungserklärung ist geeignet, den Vorsatz desjenigen zu beseitigen, der es nicht besser weiss, und den Fahrlässigkeitsvorwurf gegen denjenigen zu unterdrücken, der sich auf das Gesagte verlassen darf, wie dies regelmässig der Fall ist."[1429]

Der Einwilligende wird also insofern geschützt, als seine Einwilligung unwirksam ist, wenn sie nicht auf seinem wahren Willen beruht. Der Einwilligungsempfänger hingegen wird in seinen Interessen geschützt, wenn er sich auf eine fehlerhafte Einwilligung verlässt, deren Mangel er nicht wissentlich verursacht hat bzw. den bestehenden Mangel nicht durchschaut und nicht wegen einer besonderen Pflicht durchschauen musste.[1430] Dadurch entsteht ein sinnvoller Ausgleich zwischen den Rechten und Interessen der beiden Parteien.[1431] Es liegt also beispielsweise dann keine wirksame Einwilligung vor, wenn der Partner seiner Partnerin auf die Frage

---

[1429] AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 43 (kursiv im Original); vgl. auch AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 17 und S. 39.

[1430] Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 944.

[1431] Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 944.

hin, ob er ihr treu sei, wahrheitswidrig bestätigt, dass er treu sei, und daraufhin mit ihr Geschlechtsverkehr hat, obwohl er weiss, dass sie nicht mit ihm Geschlechtsverkehr haben wollte, wenn sie wüsste, dass er nicht treu ist. Die Frage aber, ob diese unwirksame Einwilligung und damit der deliktische Taterfolg des Geschlechtsverkehrs dem Täter zugerechnet und vorgeworfen werden darf, muss davon unterschieden werden. Erst dann kann aber gesagt werden, ob der Täter strafbar ist, weil er etwa arglistig vorgegangen ist und dem Opfer die Möglichkeit genommen hat, die Situation hinreichend richtig einzuschätzen, um frei entscheiden zu können. Oder ob vielmehr die Strafbarkeit des Täters verneint werden muss, weil das Geschehen, wie in diesem Fall, zum Selbstverantwortungsbereich des Opfers gehört.

Da Amelung die Einwilligung aber im Sinne des Kollisionsmodells als Rechtfertigungsgrund versteht, entstehen hier strukturelle Probleme.[1432] Im ersten Schritt bejaht er nämlich den Tatbestand und lehnt sodann die Rechtfertigung durch Einwilligung ab, weil diese aufgrund eines Willensmangels unwirksam ist. Das Resultat ist dann also zunächst ein tatbestandsmässiges und rechtswidriges Verhalten des Täters, wodurch vor allem auch schon Notwehrrechte und die Regeln der Beteiligung ins Spiel kommen.[1433] Um die Problematik der möglicherweise fehlenden Verantwortlichkeit des Täters dann im Rahmen der Zurechnung lösen zu können, muss man dann gemäss der Ansicht von Amelung gleichsam wieder einen Schritt zurück machen. Man muss also wieder auf der Tatbestandsebene darauf eingehen, dass dem Täter die Tat bzw. der Taterfolg nicht zugerechnet werden kann, weil er nicht wusste und gegebenenfalls nicht wissen konnte, dass der Einwilligende einem Willensmangel unterlag. Man müsste dann feststellen, dass der Mangel vielmehr dem Bereich der Selbstverantwortung des Opfers zugeordnet werden kann.

[1432] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 201; vgl. auch BRAUN-HÜLSMANN, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage, S. 79 ff.: Einwilligung ist auf der Ebene des objektiven Tatbestandes und nicht erst auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu beachten.

[1433] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 201.

Diesen Punkt kritisiert vor allem Rönnau,[1434] der sich daher von Amelungs Ansatz in Teilen distanziert und einen eigenen Vorschlag entwickelt hat. Dabei moniert er, dass der Ansatz von Amelung strukturell nicht in die bestehende Strafrechtsdogmatik integriert werden kann: Durch die Ablehnung der Einwilligung sei bereits ein Rechtswidrigkeitsurteil gefällt, das nur in systemwidriger Weise rückgängig gemacht werden könne. Die Frage, wem die Rechtsgutsbeeinträchtigung objektiv und subjektiv zuzurechnen sei, müsse nämlich erneut gestellt werden, nachdem der Rechtsgutseingriff schon als rechtswidrig bewertet wurde.[1435] Amelung hat diese Kritik wenig überzeugend damit gekontert, dass er Einwilligungsfälle als besonderes „interaktives Geschehen" bezeichnet, auf das die herkömmliche Strafrechtslehre und der gewöhnliche Deliktsaufbau nicht angemessen reagieren können; daher müsse man hier die Traditionen überschreiten und solche rein „ästhetischen Problem" beiseitelassen.[1436] Ohne eine grundlegend neue Unrechtslehre ist es aber nicht sinnvoll, bereits gefällt Rechtswidrigkeitsurteile gleichsam rückwirkend aufgrund der Opfermitverantwortung aufzuheben.[1437] Richtig ist aber folgendes: Wenn man sich fragt, ob sich derjenige strafbar macht, der in fremde Güter oder Interessen eingreift, wobei der Rechtsinhaber bei der von ihm erklärten Einwilligung nicht die wirklichen Umstände überblickt, dann bedeutet das, dass die Einwilligung möglicherweise unwirksam ist. Man kann daraus aber nicht ohne weiteres ableiten, dass sich der Eingreifende strafbar gemacht hat, oder eben nicht. Denn für das Unwerturteil ihm gegenüber ist vielmehr noch die Kenntnis darüber erforderlich, ob er erkannt hat oder einfach hätte erkennen können, dass der Einwilligende die Umstände nicht überblickt. Das lässt sich aber alles auf der Ebene des Tatbestandes klären. Das „ästhetische Problem" löst sich nämlich ganz einfach dadurch auf und der Gedankengang passt in den klassischen Prüfungsaufbau, wenn man die Einwilligung

---

[1434] Vgl. LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 201; vgl. ausführlich auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 333 ff.; MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 455 ff.

[1435] RÖNNAU, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, S. 672.

[1436] AMELUNG, Rezension Rönnau Willensmängel, S. 717.

[1437] So auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 201 Fn. 841.

zu Recht als Tatbestandsausschlussgrund versteht. Erst die falsche Einordnung der Einwilligung auf Rechtfertigungsebene schafft überhaupt diese strukturellen Ungereimtheiten.

Der zweite Kritikpunkt von Rönnau zielt hingegen auf die Formulierung der Wirksamkeitsvoraussetzungen bzw. auf die Natur der Willensbildung.[1438] Er stellt fest, dass es in der Natur der Sache liege, dass Entscheidungen nicht von allwissenden, sondern eben nur von informativ beschränkten Menschen getroffen werden. Bei jeder Entscheidung gebe es Wissenslücken, die eben nicht überblickt werden könnten.[1439] Insoweit bedürfe es einer Grenzziehung zwischen noch erheblichen Willensmängeln und nicht mehr erheblichen Willensmängeln. Dabei will Rönnau bei einfachen Irrtümern des Einwilligenden auf die Garantenstellung des Eingreifenden hinsichtlich einer Aufklärung abstellen. Nur wenn er eine solche Aufklärungspflicht habe, solle der Irrtum die Einwilligung unwirksam machen.[1440] Insoweit handle es sich um eine Frage der Risikoverteilung. Wenn der Eingreifende keine Aufklärungspflicht habe, müsse er auch nicht das Risiko dafür tragen, dass sich der Einwilligende irrt. Mit dem Argument der Risikoverteilung will Rönnau sodann in einer komplexen Einzelfallaufzählung diejenigen Fälle feststellen, in denen er die Wirksamkeit der Einwilligung annimmt oder ablehnt.[1441] Dabei verkennt er freilich, dass es im Strafrecht nicht ohne weiteres auf eine Risikoverteilung ankommen kann. Denn zwischen den beiden Beteiligten des Geschehens besteht kein Gleichgewicht, wie es etwa im Zivilrecht jedenfalls im Ausgangspunkt besteht, welches eine Risikoverteilung hinsichtlich von Irrtümern rechtfertigen könnte.[1442] Im Zivilrecht spielen Willensmängel bei der Abgabe von Willenserklärungen eine Rolle.

[1438] Vgl. hierzu auch MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 441 f.

[1439] Vgl. RÖNNAU, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, S. 672 f.; vgl. ausführlich auch RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 213 ff.; vgl. auch LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 201.

[1440] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 203; vgl. auch KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 40.

[1441] LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 203.

[1442] Ich verdanke diesen Hinweis Kristin Boosfeld.

Beim Abschluss von Verträgen ist es für die Parteien essentiell, abschätzen zu können, ob sie einen Vertrag abschliessen und mit welchem Inhalt. Schliesslich funktioniert der Rechtsverkehr nur, wenn sich Vertragsparteien darauf verlassen können. Andernfalls wären sie immer dem Risiko ausgesetzt, dass sich die Gegenseite wegen irgendeines Irrtums vom Vertrag lösen könnte.[1443] Der Grundsatz *pacta sunt servanda* verlöre erheblich an Kraft, wenn Verträge derart fragil wären. Insoweit bedarf es einer Regel hinsichtlich der bindenden Wirkung von Erklärungen. Die Schwierigkeiten, hier eine richtige Linie zu treffen, zeigen sich dabei bereits daran, dass erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen bestehen; und zwar nicht nur bei der Einordnung der verschiedenen Willensmängel, sondern auch bei deren Konsequenzen, die von Unbeachtlichkeit über Anfechtbarkeit zur Nichtigkeit reichen.[1444]

Im Strafrecht ist es anders. Hier handelt es sich um eine Person, die einen strafrechtlichen Tatbestand verwirklicht, wenn sie ohne den Willen des Berechtigten handelt, und eine andere Person, in deren Güter und Interessen dabei eingegriffen wird. Dementsprechend ist die zweite Person in einer schutzbedürftigen Position. Das Strafrecht schützt vor Eingriffen dieser Art, indem es den Eingreifenden, der strafrechtlich relevante Tatbestände verwirklicht, bestraft. Wenn der Rechtsgutsinhaber hingegen in den Eingriff eingewilligt hat, wird der Eingreifende nicht bestraft. Der Grund dafür ist aber und muss auch sein, dass der Einwilligenden es genauso wollte. Wenn der Berechtigte es aber nicht so wollte, und es sich mithin nur um eine vermeintliche Einwilligung gehandelt hat, so greift die Ausnahme nicht. Bei der Einwilligung handelt es sich dementsprechend um ein Konstrukt, das grundsätzlich durch Willensmängel zum Fall gebracht werden kann. Jedenfalls lässt Rönnau den Charakter der strafrechtlichen Einwilligung bei Überlegungen der Risikoverteilung unangemessen ausser Acht. Es geht hier noch nicht darum, wer das Risiko dafür tragen muss, dass der Einwilligende sich irrt. Sondern es geht zunächst nur darum, ob der Irrtum so relevant ist, dass man sagen kann, der Einwilligende habe die

---

[1443] Vgl. UNBERATH, Die Vertragsverletzung, S. 184 f.

[1444] Vgl. ausführlich dazu BOOSFELD, Gewinnausgleich.

Rechtsverletzung so nicht gewollt. Das ist immer dann der Fall, wenn der Willensmangel entscheidungsrelevant ist bzw. die autonome Zielbestimmung des Rechtsgutsinhabers beeinträchtigt wurde.[1445]

d) Differenzierung der Fallgruppen

Bei der Frage, was die genauen Konsequenzen eines Willensmangels sind, ist zu differenzieren zwischen folgenden vier Fällen: Der Täter hat den Willensmangel bewusst durch Drohung oder Täuschung aktiv hervorgerufen; er kennt den Willensmangel, hat ihn aber nicht verursacht; er kennt den Willensmangel nicht, hätte ihn aber erkennen müssen; er kennt den Willensmangel nicht und hätte ihn auch nicht erkennen müssen.[1446] Auf der Seite des Opfers kann sodann unterschieden werden, ob ihm der Willensmangel selbst zuzurechnen ist, etwa weil es die wahre Lage sorgfaltswidrig verkannt hat, oder ob dies nicht der Fall ist. Diese Differenzierung spielt freilich nur bei Irrtümern und gegebenenfalls auch bei der Täuschung eine Rolle; nicht jedoch bei der nötigenden Drohung, da das Opfer hier in der Regel die Situation zwar überblickt, sich jedoch wegen der Drohung dem Willen des Täters beugt.

Im Fall der Drohung hat der Einwilligende zwar die Einwilligung erklärt, dies aber nur, weil ihm beispielsweise ein ernstlicher Nachteil in Aussicht gestellt wurde für den Fall, dass er nicht einwilligt.[1447] Die Autonomie des Opfers ist insoweit eingeschränkt, als ihm ein Übel in Aussicht gestellt wird, wenn es nicht einwilligt. Im Fall der Täuschung liegt der Sachverhalt etwas anders: Der Eingreifende hat dem Opfer Umstände vorgetäuscht, aufgrund derer das Opfer in den Eingriff einwilligt.[1448] Auch hier ist die Autonomie des Opfers beschränkt – und zwar in einer

---

[1445] Vgl. auch BRAUN-HÜLSMANN, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage, S. 289, die daher in einem täuschungsbedingten Irrtum die Schaffung eines unerlaubten Risikos sieht, unabhängig davon, ob der Irrtum rechtsgutsbezogen war oder nicht.

[1446] Vgl. ausführlich dazu LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 203 ff.

[1447] Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 181 Rn. 4 m.w.H.

[1448] Vgl. auch S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 48.

ebenso erheblichen Form, obschon der Eingriff selber in der Regel geringeres Unrecht darstellt, da er nicht mit Gewalt und Drohung einhergeht. Anders als bei der Drohung weiss das Opfer gar nicht, warum es entscheidet. Sowohl bei der Täuschung als auch bei der Drohung gehen die meisten Autoren davon aus, dass die Einwilligung unwirksam sein müsse, weil der bestehende Willensmangel gerade durch den Täter hervorgerufen worden sei.[1449] Täuschungen und Drohungen durch einen Dritten sind in der Regel zurechenbar, nämlich immer dann, wenn der eingreifende Täter diesen Dritten dazu bewusst veranlasst hat. Im Zivilrecht erfolgt auch eine Zurechnung des Verhaltens Dritter, wenn diese im Lager des Vertragspartners stehen. Die Übertragung dieser zivilrechtlichen Wertung auf das Strafrecht erscheint jedoch problematisch. Denn hier geht es gerade nicht um Verkehrsschutz und die Frage, welche Erklärungen bindend sein sollen, sondern um die strafrechtliche Haftung. Der Eingreifende wird bestraft, wenn die Einwilligung unwirksam ist. Strafwürdig ist er dabei aber nur, wenn ihm vorgeworfen werden kann, dass er in die Güter oder Interessen des Einwilligenden eingegriffen hat, obschon er wusste oder hätte wissen müssen, dass die Einwilligung unwirksam war. Diese Fälle sind dementsprechend nicht über eine Zurechnung der Drohung oder Täuschung des im Lager Stehenden zu lösen. Vielmehr handelt es sich um Fälle des einfachen Irrtums. Schon aufgrund des Irrtums ist die Einwilligung unwirksam. Ob der Täter deswegen strafwürdig ist, ist sodann anhand der weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen zu prüfen. In den Fällen der Drohung oder Täuschung durch den Eingreifenden dürfte eine Strafbarkeit in der Regel bestehen; nämlich immer dann, wenn die Drohung das Mass einer Nötigung hat oder die Täuschung eine entscheidungsrelevante Tatsache betrifft.[1450] Abgesehen von diesen Differenzierungen ist jedoch ganz allgemein die Frage zu stellen, ob es wirklich darauf ankommt, dass die Täuschung oder Drohung vom Täter hervorgerufen wurde, oder ihm zuzurechnen ist. Sollte die Einwilligung wirklich unwirksam sein, weil der Eingreifende einen Willensmangel

---

[1449] Vgl. nur S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 39 m.w.H.

[1450] Vgl. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 944; vgl. auch DSOUZA, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, S. 489 f. („primary boundary crossing“).

verursacht hat? Oder ist die Einwilligung nicht vielmehr unwirksam, weil der Einwilligende einem Willensmangel unterliegt?

Es gibt Fälle, in denen der Täter den Irrtum zwar nicht hervorgerufen hat, diesen aber erkennt und ausnutzt. Bei diesen einfachen Irrtümern ist zunächst einmal zu unterscheiden. Zunächst gibt es Erklärungsfehler: Hierbei äussert der Einwilligende etwas Anderes, als er eigentlich will. Er sagt also etwa bei einer Elchjagd: „Ich bin ein Elch", und wird vom Jäger erschossen, obwohl er eigentlich meint: „Ich bin kein Elch" („Bitte schiess nicht auf mich"). Zudem gibt es Motivirrtümer bzw. Entscheidungsfehler, die weitaus verbreiteter sein dürften. Hier geht es darum, dass der Erklärende die Entscheidungsumstände unzutreffend eingeschätzt hat. Er meint, er habe eine Mandelentzündung und sagt: „Bitte entfernen Sie meine Mandeln", obwohl er eigentlich ganz reguläre Halsschmerzen hat. Im Zivilrecht sind Motivirrtümer in der Regel unbeachtlich.[1451] Es stellt sich die Frage, inwiefern diese Wertung auf die Einwilligung im Strafrecht übertragen werden kann. Dies hängt insbesondere davon ab, ob der Erklärungsempfänger im Strafrecht ebenso schutzbedürftig ist wie derjenige im Zivilrecht. Im Zivilrecht soll es eine gewisse Rechtssicherheit geben, indem der Erklärungsempfänger davon ausgehen können soll, dass die ihm gegenüber getätigte Erklärung wirksam ist.[1452] Andernfalls könnte man sich niemals vollständig auf vertragliche Beziehungen verlassen. Ein solches Bedürfnis an Rechtssicherheit besteht bei der strafrechtlichen Einwilligung dagegen nicht.[1453] Denn hier kann die Straflosigkeit auch auf anderem Wege erreicht werden. In diesem Lichte ist es unumstritten, dass die zivilrechtlichen Regelungen keine Wirkung bei der strafrechtlichen Einwilligung entfalten können.[1454]

Vielmehr kommt es im Strafrecht zunächst auf die blosse Frage an: Wollte das Opfer die Rechtsverletzung unter diesen Umständen? Hier besteht, wie in den bereits behandelten Fällen, wiederum die Problematik, welche Irrtümer eine Einwilligung

---

[1451] Vgl. BK-Schmidlin, Vor Art. 23 ff. Rn. 45 und Rn. 63.

[1452] Vgl. auch ARZT, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, S. 59.

[1453] So auch AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln, S. 47

[1454] So auch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 153.

in einen Eingriff Dritter unwirksam machen sollen. Sobald ein relevanter Irrtum vorliegt, entfällt die wirksame Einwilligung. Es stellt sich dann die Frage, ob der Täter sich der Tatumstände bezüglich der Einwilligung des Berechtigten zumindest im Sinne eines *dolus eventualis* bewusst war; ob er also die Rechtsverletzung vornahm, während er zumindest in Kauf nahm, dass das Opfer nicht unter diesen Umständen in diese eingewilligt hätte. Nur in diesem Fall macht sich der Täter wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar. Die Vorsatzfrage bezieht sich hier unmittelbar auf das Vorliegen der Voraussetzungen der wirksamen Einwilligung. Wenn der Täter hingegen nicht in diesem Sinne weiss, dass der Einwilligende einem Irrtum unterlegen ist, so kann diese Unkenntnis dennoch vorwerfbar sein, nämlich immer dann, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in dieser Frage nicht beachtet hat. Das gilt auch für den Fall, dass er bloss den Verdacht hatte, es würde keine Einwilligung vorliegen, er aber sorgfaltswidrig darauf vertraut hatte, sie werde schon vorliegen. War eine wirksame Einwilligung tatsächlich nicht vorhanden, kommt in diesen Fällen eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit nach den Regeln des Tatbestandsirrtums gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB in Betracht. Ist das Opfer über den tatsächlichen Sachverhalt, in den es einwilligt, nicht im Klaren, hat der Täter dies jedoch weder durch Drohung noch durch Täuschung verursacht, stellt sich die Frage, wie die Einwilligung zu bewerten ist, wenn dem Täter insoweit kein Vorwurf gemacht werden kann. Hier ist – nach den oben entwickelten Massstäben – ebenfalls die Einwilligung unwirksam. Dennoch ist der Eingreifende straflos, da er im Sinne von Art. 13 Abs. 1 StGB weder Vorsatz hinsichtlich der Körperverletzung ohne Einwilligung hatte, er ging ja schliesslich irrtümlich von deren Wirksamkeit aus, noch ihm bezüglich seines Irrtums ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, da er sämtliche Sorgfaltspflichten beachtet hat.

e) Strukturelle Erkenntnisse

Die ermittelten Fallgruppen zeigen, dass eine klare Trennung von Unwirksamkeitsgrund und Strafbarkeitsurteil, wie sie auch Amelung vornimmt, zu sauberen Ergebnissen führt und dementsprechend erforderlich ist. Nur so ist gewährleistet, dass alle Fälle von Willensmängeln einheitlich bewertet werden können. Es kommt dabei

immer nur darauf an, ob eine relevante Einschränkung der Entscheidungsautonomie des Opfers vorliegt. Die Frage, inwiefern dem Täter diese Einschränkung zuzurechnen ist, ist dagegen keine Frage der Wirksamkeit der Einwilligung, sondern vielmehr eben eine Frage der Zurechnung. Die Frage, ob der Täter strafbar ist, wenn das Opfer bei der Einwilligung einem Willensmangel unterlag, kann nicht – jedenfalls nicht in befriedigender Weise – auf der Ebene der Relevanz des jeweiligen Willensmangels geprüft werden. Vielmehr führt jeder erhebliche Willensmangel zur Unwirksamkeit der Einwilligung und damit zunächst einmal dazu, dass das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten" erfüllt ist. Diese Analyse weicht insoweit vom Ansatz Amelungs ab, als die Einwilligung nicht als Frage der Rechtfertigung, sondern als eine des Tatbestands verstanden wird. Dies hat den Vorteil, dass die strukturellen Probleme seines Ansatzes vermieden werden können. Gesamthaft ergibt dies ein zweistufiges Verfahren:

In einem ersten Schritt ist festzustellen, wann die Autonomie des Einwilligenden derart eingeschränkt ist, dass einer etwaigen Einwilligung die Wirksamkeit abzusprechen ist. Diese Grenze zu ziehen, hängt von einer Bewertung der jeweiligen Situation ab. Dabei muss unterschieden werden zwischen Nötigungssituationen und Irrtumssituationen. In Nötigungssituationen ist die freie Willensbildung dabei auf besondere Art und Weise eingeschränkt: Der Einwilligende überblickt zwar die Situation und kann sich ein treffendes Urteil bilden. Er äussert aber nicht dieses Urteil, sondern wird insoweit beeinflusst, als er mit Gewalt oder durch Androhung eines ernstlichen Nachteils dazu gebracht wird, die Einwilligung trotzdem zu erklären.[1455] In Irrtumssituationen ist die freie Willensbildung dagegen unmittelbarer eingeschränkt. Der Einwilligende ist schon nicht in der Lage, sich ein treffendes Urteil über die Situation zu bilden, weil er die Umstände nicht kennt. Der Irrtum kann durch den Eingreifenden mittels Täuschung selbst hervorgerufen werden, kann durch Dritte erfolgen,[1456] oder aber durch das Opfer selbstverursacht sein. Wie sich

---

[1455] Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 181 Rn. 2 f.

[1456] Vgl. dazu LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 209: „Dreiecksbeziehungen"

aus dieser Beschreibung ergibt, sind die beiden Arten der Willensmängel grundlegend verschieden. Gemeinsam ist ihnen jedoch, dass sie zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen. Denn entweder ist der Einwilligende aufgrund äusserer Zwänge nicht zur autonomen Entscheidung in der Lage oder aufgrund innerer Fehlvorstellungen.[1457]

Zuweilen wird die Meinung vertreten, dass nicht alle Fehlvorstellungen zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen sollen; wohl aber jedenfalls alle jene, die mittels einer arglistigen Täuschung verursacht wurden.[1458] Wenn sich also der Patient über die Kosten der Behandlung irrte, soll dies die Einwilligung nicht unwirksam machen, da es sich um einen blossen Motivirrtum handelt. Wenn der Arzt ihn dagegen bewusst hinsichtlich der Kosten in die Irre geführt hat, soll die Wirksamkeit der Einwilligung entfallen. Warum dies so sein soll, wird aber nicht gesagt; und es gibt wohl auch keinen überzeugenden Grund, mag es auch in einzelnen Fällen mit bestimmten Urteilen aus der vielfältigen Rechtsprechung übereinstimmen. Denn bei der Frage nach der Relevanz des Irrtums kann es nur auf die freie Willensbestimmung des Opfers ankommen, nicht dagegen auf die Frage, wie die Fehlvorstellung herbeigeführt wurde. Unabhängig davon, woher der Irrtum rührt, dem es unterliegt – nämlich Täuschung oder selbständiger Verursachung oder Verursachung durch einen Dritten –, konnte das Opfer in all diesen Fällen gleichermassen entweder autonom genug einen Willen bilden oder eben nicht.[1459] Dementsprechend sind alle inneren Fehlvorstellungen unabhängig von ihren jeweiligen Ursachen parallel zu bewerten. Richtig ist, dass alle erheblichen Fehlvorstellungen zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen, aber lange nicht jede Unwirksamkeit der Einwilligung dem Täter zugerechnet werden kann.

Ob eine Fehlvorstellung über die Umstände so gravierend ist, dass sie die Unwirksamkeit der Einwilligung nach sich ziehen sollte, ist eine Wertungsfrage. Fehlvorstellungen reichen beispielsweise im medizinischen Kontext von Fehlvorstellungen

---

[1457] Vgl. PUNDIK, Coercion and Deception in Sexual Relations, S. 105 f.

[1458] S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 39.

[1459] Vgl. auch BRAUN-HÜLSMANN, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage, 2012, S.

über die genauen Risiken, den genauen Ablauf des Eingriffs, die Kosten und die Dauer des Krankenhausaufenthalts bis hin zu Irrtümern über die Erfahrung des behandelnden Arztes oder das bestehen anderer gegebenenfalls neuer und besserer Heilungsmethoden im Ausland.[1460] Das Kriterium der Rechtsgutsbezogenheit ist für die Feststellung, ob eine Fehlvorstellung derart gravierend ist, dass die Einwilligung entfällt, nicht hinreichend, da es zu eng ist. Vielmehr kann es – um die Autonomie des Einwilligenden hinreichend sicherzustellen – nur darauf ankommen, ob der Einwilligende überzeugend darlegen kann, dass er sich bei einer zutreffenden Einschätzung der Sachlage, also ohne die Beeinflussung oder die Ausnutzung durch den Täter, anders entschieden hätte. Es muss nachvollziehbar sein, dass beispielsweise das Einhalten einer bestimmten Bedingung aus der Sicht des Einwilligenden notwendige Grundlage für die wirksame Einwilligung war. Dies führt natürlich auch dazu, dass in vielen Fällen, in denen der Irrtum lediglich eine Kostenfrage betrifft, die Einwilligung unwirksam wird. Dieses Ergebnis ist aber auch durchaus sachgerecht. Denn einerseits wollte der Patient eben nicht behandelt werden, wenn die Kosten sich auf 10.000 CHF belaufen, wenn er davon ausgeht, dass es sich nur um 1.000 CHF handelt. Anders könnte aber dann entschieden werden, wenn sich die Kosten auf 10.000 CHF statt 9.500 CHF belaufen. Aber selbst in solchen Fällen könnte der Einwilligende durchaus imstande sein, darzulegen, dass es für ihn sehr wohl einen Unterschied gemacht hätte, dass gleichsam 9.500 CHF die absolut oberste Marke gewesen sei, bei der er noch eingewilligt hätte, und dass der Eingreifende dies sehr wohl wusste – und daher eine falsche Kostensumme genannt hat – oder hätte wissen können.

Ob der Mangel bei einer Abweichung von 500 CHF beachtlich ist, hängt damit nicht von objektiven Einschätzungen in der Art, „das ist ja nicht so viel Geld“ ab, sondern von der Einstellung des Einwilligenden zu dieser Frage. Freilich dürfte in solchen Fällen die Variante nicht allzu oft gegeben sein, dass der Eingreifende hätte wissen müssen, dass für den Einwilligenden 500 CHF auf eine Summe von 10.000 CHF entscheidend sind. Für den Einwilligenden kann aber die höhere Summe ein

---

[1460] Vgl. auch RÖNNAU, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung, S. 672 f.

deal breaker gewesen sein. Im Wissen darum kann der Eingreifende den Einwilligenden sodann entsprechend so in die Irre geführt haben, dass dem Täter alleine der Erfolg zugerechnet werden kann. Dann bleibt nicht nur die Einwilligung unwirksam, sondern der Täter kann auch bestraft werden. Wenn der Einwilligende hingegen nicht darlegen kann, dass es ein *deal breaker* war, ist seine Einwilligung wirksam, da der Mangel keinen entscheidungsrelevanten Aspekt betrifft. Würde man eine unwirksame Einwilligung hingegen annehmen, obschon nicht dargelegt werden konnte, dass es ein *deal breaker* war, könnte man das dann auch so sehen: Dem Eingreifenden kann der Erfolg dennoch nicht zugerechnet werden, weil dann nämlich ersichtlich ist, dass der Einwilligende auch bei Kenntnis sämtlicher Umstände, d.h. die tatsächlich höheren Kosten, eingewilligt hätte.[1461] Andererseits führt die Unwirksamkeit der Einwilligung in diesen Fällen nur zur Strafbarkeit des Eingreifenden, wenn dieser ganz bewusst handelte, obwohl ihm der Irrtum bekannt war. Denn nur in diesem Fall wird man beispielsweise den Vorsatz des Arztes hinsichtlich einer Körperverletzung, in die der Patient nicht wirksam eingewilligt hat nachweisen können. Insoweit kommt es auch dann, wenn man die Wirksamkeit der Einwilligung ablehnt, in vielen Fällen – gerade in denjenigen, in denen der Eingreifende schutzwürdig erscheint – nicht zu einer Strafbarkeit. Bei äusseren Zwängen gestaltet sich die Beurteilung etwas anders.

Nach einer anderen Auffassung ist die Einwilligung hingegen immer dann unwirksam, wenn der Einwilligende massiv unter Druck gesetzt wurde.[1462] Jedenfalls soll die Grenze zur Unwirksamkeit dann erreicht sein, wenn dieser Druck das Mass erreicht, das für eine Nötigung vorausgesetzt wird.[1463] Unerheblich ist es hierbei, ob der äussere Zwang durch den Täter selbst oder aber durch eine dritte Person verursacht wird. Ausschlaggebend ist nur, dass der Einwilligende nicht autonom entscheiden konnte. Grundsätzlich ist aber erst in einem zweiten Schritt zu fragen, ob

---

[1461] Vgl. dazu auch KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, S. 434 ff.

[1462] MK-StGB-Joecks, § 223 Rn. 77.

[1463] KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, S. 444 f.

sich der Täter angesichts der fehlenden Einwilligung insofern potentiell strafbar gemacht hat, als er durch sein Verhalten das negativ gefasste objektive Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten“ erfüllt hat; ist es also objektiv der Fall, dass das Opfer eine mangelhafte und daher unwirksame Einwilligung abgegeben hat.[1464] Hinsichtlich dieses objektiven Tatbestandes ist sodann noch zu prüfen, ob das Verhalten sowie der Erfolg auch objektiv zurechenbar sind bzw. ob der Täter vorsätzlich gehandelt hat.[1465]

Zum einen kann sich die Straflosigkeit aus der fehlenden objektiven Zurechenbarkeit ergeben.[1466] Diese setzt nämlich die unerlaubte Gefährlichkeit des Verhaltens, den Pflichtwidrigkeits- sowie den Schutzzweckzusammenhang voraus. Hier könnte man bereits auf der Ebene der unerlaubten Gefährlichkeit davon ausgehen, dass der Eingriff nicht unerlaubt ist, weil es im jeweiligen Fall im Bereich der Eigenverantwortlichkeit des Opfers lag, den Willensmangel bei Irrtum oder Täuschung selber zu erkennen. Diese Gedanken kann man freilich auch im Rahmen einer Regel diskutieren, die unmittelbar die Zurechnung wegen Selbstverantwortung des Opfers ausschliesst; dies jedoch nur bei Irrtum und Täuschung, nicht aber bei Drohung oder Zwang. Ein fehlender Pflichtwidrigkeitszusammenhang, weil das Opfer auch bei vollständiger Kenntnis der Umstände eingewilligt hätte, wird in der Regel nicht mehr zu prüfen sein, da in diesem Fall die Einwilligung bereits wirksam sein dürfte. Damit die Einwilligung unwirksam ist, muss das Opfer ja immerhin darlegen können, dass es bei vollständiger Kenntnis der Umstände nicht eingewilligt hätte, der Mangel also einen entscheidungsrelevanten Aspekt betraf. Es spricht freilich nichts dagegen, den Fall jeweils von vornhinein an dieser Stelle zu lösen, dann dürfte ku-

---

[1464] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 189.

[1465] So auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 189; vgl. auch HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 858 und S. 867 ff. (Selbstverantwortung des Opfers).

[1466] Vgl. ausführlich dazu KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, S. 434 ff.; vgl. auch AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten, S. 943 f.

mulativ die objektive Zurechenbarkeit fehlen, sowie die Einwilligung wirksam sein, sodass eine Strafbarkeit des Eingreifenden jedenfalls ausscheidet.[1467]

Zum anderen kann sich in bestimmten Konstellationen die Straflosigkeit des Eingriffs bei der bloss vermeintlichen Einwilligung aus dem fehlenden subjektiven Tatbestand des Täters ergeben. Denn wie auch immer der Einwilligende sich bei voller Kenntnis der Umstände entschieden hätte, hatte der Täter nur Vorsatz hinsichtlich einer Verletzung, in die das Opfer eingewilligt hatte, und nicht hinsichtlich einer Verletzung, die das Opfer nicht wirksam zulässt. Dementsprechend handelt es sich um einen Tatbestandsirrtum, der auch diesbezüglich den Vorsatz entfallen lässt. Vertraute der Täter auf das Vorhandsein der Einwilligung oder erkannte der Täter das Fehlen der wirksamen Einwilligung, d.h. den Irrtum des Opfers nicht, hätte er es aber erkennen müssen, so kommt eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht. Zwar handelte er nicht vorsätzlich hinsichtlich der Rechtsverletzung ohne wirksame Einwilligung, da er davonausging, dass die Einwilligung wirksam sei. Es kann ihm aber dennoch ein Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden, wenn er fahrlässig hinsichtlich der Rechtsverletzung ohne wirksame Einwilligung handelte. Dies ist dann der Fall, wenn er hätte erkennen können und müssen, dass das Opfer tatsächlich einem Willensmangel unterlag.[1468] Aber auch hier ist im Rahmen der objektiven Fahrlässigkeit – parallel zur objektiven Zurechenbarkeit bei der Vorsatzstrafbarkeit – zu prüfen, ob der Täter erkennbar sorgfaltswidrig gehandelt hat. Dies scheidet dann aus, wenn es sich um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers handelt, welches gleichermassen seinen Irrtum selbst hätte erkennen müssen. Diese Fahrlässigkeitsfragen stellen sich ebenso bei Fällen äusserer Zwänge; freilich nur, wenn es sich um einen äusseren Zwang handelt, den der Täter nicht selbst verursacht hat. In diesem Fall wäre er regelmässig wegen vorsätzlicher Tatbegehung strafbar.

[1467] Vgl. KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, S. 434 f.

[1468] Vgl. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 412.

Weiterführend ist sodann die Idee von Dsouza, dass die Einwilligung des Berechtigten immer dann unwirksam sein soll, wenn die autonome Entscheidung des Einwilligenden unfair beeinträchtig oder eingeschränkt wird.[1469] Dies gilt vor allem dann, wenn man die Einwilligung im Sinne eines Hohfeld'schen Ansatz bestimmt und entsprechend zur richtigen Ansicht gelangt, dass die Einwilligung die Tatbestandsmässigkeit ausschliesst und nicht lediglich ein Rechtfertigungsgrund ist.[1470] Im Hinblick auf diejenigen Fälle, in denen eine Person Willensmängeln unterliegt, müssen grundsätzlich drei Varianten unterschieden werden: (1) Irrtum über die Natur des Eingriffs; (2) Irrtum im Hinblick auf bestimmte Umstände zum Zeitpunkt des Eingriffs; (3) Irrtum im Hinblick auf Erwartungen hinsichtlich der Folgen des Eingriffs.[1471] Ein Irrtum hinsichtlich der Konsequenzen (3) lässt die Einwilligung nicht entfallen, wenn die Erwartung auf etwas bezogen ist, das zufällig ist, wie beispielsweise die Einwilligung in den Geschlechtsverkehr in der Erwartung, dass man schwanger wird, oder unmöglich, wie beispielsweise die Einwilligung in den Geschlechtsverkehr in der Erwartung, dass einem dann Engelsflügel wachsen. Selbst wenn der Täter der berechtigten Person solche Dinge verspricht, entfällt bei einem einwilligungsfähigen Opfer die objektive Zurechnung, weil das Opfer hier selbst verantwortlich dafür ist, solche Dinge nicht einfach zu glauben.[1472] Anders sieht es aber aus, wenn sich die Erwartung auf eine durchaus mögliche und planbare Konsequenz bezieht, beispielsweise auf die Einwilligung in den Geschlechtsverkehr in Erwartung einer finanziellen Gegenleistung. Die Einwilligung ist nur dann aber auch immer dann unwirksam, wenn der Täter schon während der Tatbegehung entschieden habe, dass er nicht zahlen werde. Dagegen ist bei (1) und (2) die Einwilligung grundsätzlich unwirksam; das ist namentlich dann der Fall, wenn das Opfer in Geschlechtsverkehr mit Kondom eingewilligt, der Täter dann aber keines verwen-

---

[1469] Vgl. DSOUZA, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, S. 490: „unfairly constrained".

[1470] DSOUZA, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, S. 494.

[1471] DSOUZA, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, S. 497.

[1472] Vgl. auch HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 880 f.

det.[1473] Grundsätzlich soll es darauf ankommen, was der Einwilligende an Umständen äussert. Nur dasjenige, was er ausdrücklich oder konkludent als „Bedingung" für den Akt äussert, kann in die Einschätzung der Wirksamkeit der Einwilligung miteinbezogen werden. Wenn der Täter also mit der einwilligenden Person ohne Kondom Geschlechtsverkehr hat, so ist die Einwilligung nur unwirksam, wenn die einwilligende Person ausdrücklich oder konkludent darauf hingewiesen hat, dass sie nur Geschlechtsverkehr mit Kondom haben möchte. Wenn der Täter diesen Hinweis missachtet und den Sexualpartner darüber im Unwissen lässt, dass die von ihm geforderte Bedingung nicht erfüllt ist, kann die Tatbestandsmässigkeit seines Verhaltens nicht entfallen, da der Geschlechtsverkehr dann „ohne den Willen des Berechtigten" erfolgt ist. Heikel ist das freilich in den Fällen, in denen bestimmte Handlungen nach ungenügender Kommunikation bezüglich der jeweiligen Bedingungen oder Erwartungen vorgenommen werden. Hier muss als Grundregel gelten, dass die einwilligungsfähige Person ihren entsprechenden Willen unmissverständlich zum Ausdruck bringen muss, so dass bei an sich möglicher, aber ambivalent und undeutlich gebliebene Kommunikation die Zurechnung entfällt und der Eingreifende nicht bestraft werden darf.[1474]

f) Tatbestandsbezogene Einschränkung der relevanten Willensmängel

Bei Straftatbestände, die ein Handeln *gegen* den Willen des Berechtigten voraussetzten und damit ein grösseres Unrecht umschreiben im Unterschied zu entsprechenden Grundtatbeständen, die bereits erfüllt sind, wenn ohne den Willen des Berechtigten gehandelt wurde, ist die Einwilligung nur dann aber immer dann unwirksam, wenn sie auf dem Mangel basiert, den der Täter durch sein tatbestandliches Handeln herbeiführt.[1475] Wenn sich eine Frau der Gewaltanwendung des Täters beugt und sich wegen dieser Gewaltanwendung gezwungen sieht, den Geschlechtsverkehr über sich ergehen zu lassen, liegt keine Einwilligung vor, die dieses Nöti-

---

[1473] Vgl. Assange v. Swedish Prosecution (2011) EWHC 2849.

[1474] HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 886.

[1475] KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 206.

gungsmerkmal ausschliessen würde; der Täter ist daher wegen Vergewaltigung im Sinne von Art. 190 StGB zu bestrafen. Wenn sich die Frau in einem Irrtum befindet, beispielsweise weil sie über die Gegenleistung getäuscht wurde, d.h. sich nur deshalb nicht gegen den Geschlechtsverkehr gewehrt hat, weil der Tätern ihr eine Belohnung versprochen hat, wird sie zwar nicht tatbestandlich genötigt und es liegt keine Vergewaltigung vor.[1476] Der Täter, der wusste, dass die Frau nur unter der Bedingung einer Bezahlung eingewilligt hat, sollte aber ebenfalls bestraft werden können, weil die Frau in den konkreten Eingriff unter den tatsächlichen Umständen eben gerade nicht eingewilligt hat. Sie hat zwar in den Geschlechtsverkehr eingewilligt, jedoch nur unter bestimmten Bedingungen, die tatsächlich nicht erfüllt sind.[1477] Nur mit einer sehr eng gefassten rechtsgutsbezogenen Einschränkung der Willensmängel im Sinne von Gunther Arzt, kann man hier zu einem anderen Resultat kommen.[1478] Dann ist aber nicht ersichtlich, warum beispielsweise eine Täuschung über die Identität des Sexualpartners die Wirksamkeit der Einwilligung beseitigen soll, obschon kaum jemand sagen würde, dass es für die Frage, ob in einen Geschlechtsverkehr wirksam eingewilligt wurde, nicht auf die Identität des Sexualpartners ankommen soll. Dass es vielmehr in der Regel von zentraler Bedeutung ist, wer der Sexualpartner ist, kann hier aber nicht das entscheidende Kriterium sein. Und auch nicht das Kriterium dafür, dass sich dieser Fall vom Fall der vorgetäuschten Bezahlung unterscheidet.[1479] Erstens kann es sehr wohl sein, dass für die einwilligende Person die Bezahlung mindestens von so zentraler Bedeutung ist wie die Identität des Sexualpartners. Zweitens ist ohnehin nur entscheidend, ob eine bestimmte realistische und nachvollziehbare Bedingung für das Opfer im konkreten Fall von zentraler Bedeutung ist; immer wenn diese Bedingung vom Täter, der die Bedingung kannte oder hätte kennen müssen, nicht erfüllt wird, liegt grundsätzlich

---

[1476] KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 206.

[1477] Vgl. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 155: „L'infraction doit coïncider avec l'atteinte autorisée en ce qui concerne tant sa nature et sa gravité que son mode de réalisation, s'il en a été fixé un."

[1478] So offenbar HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 881.

[1479] So aber HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 881.

eine unwirksame Einwilligung vor. Zu beantworten bleibt dann freilich noch die Frage, ob die Unwirksamkeit der Einwilligung in der Verantwortung des Täters liegt und ihm mithin der Taterfolg, d.h. der Geschlechtsverkehr ohne Einwilligung, zugerechnet werden kann.

Auch bei den Willensmängeln gilt sodann, dass sich ein Strafgesetz, das nicht in beiden Fällen (Täuschung über Identität und Täuschung über Geldzahlung) einen strafbaren Eingriff in die sexuelle Integrität annimmt, nur dann als kohärent und legitim erweist, wenn man beim Geschlechtsverkehr zwischen Täuschung und Nötigung unterscheiden kann. In dem Umfang, dass die Täuschungsfälle kriminalisiert werden sollen, muss dies durch einen anderen Tatbestand erfolgen. Der Grund dafür ist aber nicht, dass man bei der Gewalt oder Drohung unterscheiden könne zwischen der inneren und der erklärten Einwilligung bei der Täuschung hingegen nicht. Die entsprechende Annahme ist, dass wenn der Täter dem Opfer eine Pistole an den Kopf halte und zur Einwilligung auffordere, es durchaus sein könne, dass das Opfer die Einwilligung zwar erklärt, aber innerlich eigentlich nicht einwilligt. Bei der Täuschung sei dies anders. Das Opfer willige äusserlich und innerlich ein, wobei es freilich von falschen Tatsachen ausgehe.[1480] Diese Differenzierung zwischen innerem und äusserem Willen ist aber weniger eindeutig, als man annimmt. Schliesslich könnte man ebenso argumentieren, dass das Opfer bei einer Drohung zwei Geschehensabläufe in Aussicht gestellt bekommt. Entweder es lässt den Geschlechtsverkehr zu, oder aber es bekommt eine Kugel in den Kopf geschossen. Äussert das Opfer, dass es den ersten Geschehensablauf bevorzugt, so ist die Entscheidung sicherlich nicht autonom getroffen. Schliesslich ist die in Aussicht gestellte Alternative mit Todesgefahr verbunden und dementsprechend rechtswidrig. Dennoch ist jedenfalls die Geschehensvariante unter voller Kenntnis der Umstände gewählt; das Opfer möchte jedenfalls nicht getötet werden. Bei der Täuschung liegt der Sachverhalt anders: Das Opfer geht von einem anderen Sachverhalt aus als dem tatsächlich Vorliegenden. Es hat also von vornherein nicht die Möglichkeit, eine autonome Entscheidung zu fällen. Zwar denkt es und äussert es, dass es einverstanden ist. Da-

---

[1480] Vgl. PUNDIK, Coercion and Deception in Sexual Relations, S. 104 f.

bei erklärt es sich aber nicht einverstanden mit dem nachfolgenden Eingriff; sondern mit einem Eingriff unter anderen Vorzeichen. Der Eingriff basiert somit auf einer kontrafaktischen Einwilligung.[1481] Hätte das Opfer nachweislich bei Kenntnis der vollen Umstände den Geschlechtsverkehr abgelehnt, beispielsweise, weil der Täter kein Kondom verwendet, liegt keine wirksame Einwilligung vor. Die Strafbarkeit des Täters ergibt sich aber erst, wenn man ihm den Umstand zurechnen kann, dass der Eingriff ohne Einwilligung erfolgt ist; entweder weil er den Umstand vorsätzlich selber herbeigeführt hat oder weil er den bestehenden Umstand gekannt und gleichsam arglistig vertuscht bzw. ausgenutzt hat. Hat hingegen das Opfer wegen selbstverschuldeter Unkenntnis, wegen mangelnder oder mangelhafter Kommunikation oder auch wegen selbstverschuldeter grober Unvorsichtigkeit diesen Umstand zu vertreten, geht das Prinzip der Selbstverantwortung vor und der Täter darf nicht bestraft werden.

Zumindest dem Prinzip nach ebenfalls gleich kann bei willensmängelbehafteten Eingriffen in Individualrechtsgüter entschieden werden, die insofern das Tatbestandsmerkmal „gegen den Willen des Berechtigten“ erfüllen, als der entsprechende Straftatbestand ein faktisches Herrschaftsverhältnis schützt.[1482] Hier sollen täuschungsbedingte Willensmängel unbeachtlich sein und es soll nur auf den tatsächlich geäusserten Willen ankommen.[1483] Es könne nämlich keine Aufhebung des Gewahrsames an einer Sache im Sinne von Art. 139 StGB zugunsten des Täters aufgrund einer Täuschung des Berechtigten geben;[1484] der Gewahrsam wird dann nicht gebrochen und die Sache wird nicht „gegen den Willen“ weggenommen.[1485] Man kann das so sehen. Irreführend wäre es aber, hier von einem freiwilligen Ge-

---

[1481] PUNDIK, Coercion and Deception in Sexual Relations, S. 105 f.

[1482] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 195; vgl. auch S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor Art. 32 Rn. 32a.

[1483] So auch KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 206.

[1484] Vgl. nur STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 146 Rn. 6 m.w.H.

[1485] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 206.

wahrsamswechsel zu sprechen.[1486] Wie soll etwas freiwillig sein, wenn man es nur deshalb meint tun zu wollen, weil man darüber getäuscht wurde? So handelt auch ein Kind nicht freiwillig, das das Wegnehmen seiner Schokolade nur deshalb erlaubt, weil der Täter ihm wahrheitswidrig versichert, er würde die Schokolade dem Zwergenkönig bringen, der dann darüber sehr glücklich ist. Die Täuschung lässt zwar die Einwilligung in die Wegnahme nicht entfallen, sehr wohl aber die Einwilligung in die Vermögensverfügung und Vermögenschädigung im Sinne von Art. 146 StGB.[1487] Dass überhaupt auch die Tat „ohne den Willen" strafwürdig ist, wird spätestens dann deutlich, wenn man sich statt der üblichen Beispiele mit Schokolade oder Kaugummis ein Kind vorstellt, das Alleineigentümer einer Patek Philippe Uhr ist, die den Zwergenkönig sicher auch sehr glücklich machen würde. Wird hingegen das Opfer mit Gewalt gezwungen, den Gewahrsamswechsel an seiner Sache hinzunehmen, ist ein Raub gemäss Art. 140 StGB einschlägig.[1488]

Auch bei Willensmängeln liegt hingegen keine Ausnahme von der Grundregel bei Straftatbeständen vor, die allgemein vor einem Eingriff in Rechtspositionen schützen: Nur eine Einwilligung, die den wahren Willen des Berechtigten verkörpert, ist wirksam. Dass eine abgenötigte Einwilligung nicht beachtlich ist, versteht sich von selbst. Aber auch ein täuschungsbedingter Willensmangel hebt hier, entgegen der wohl herrschenden Lehre, die Wirksamkeit der Einwilligung auf.[1489]

> Der Hausrechtsinhaber H lässt den Täter T in das Haus eintreten, weil T dem H vorgetäuscht hat, er sei vom städtischen Wasserwerk und müsse den Wasserverbrauch ablesen. In Wahrheit will er im Keller des Hauses in der Wäsche rumwühlen, die Werkzeuge durcheinanderbringen und bei den Schuhen die

---

[1486] Vgl. aber WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 367.

[1487] Vgl. BSK-Strafrecht II-Arzt, Art. 146 Rn. 135.

[1488] KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 206.

[1489] Zum Ganzen KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 208.

> Schnürsenkel rausziehen – er liebt es ganz einfach, in fremden Häusern Unsinn anzustellen.[1490]

So wie bei der Einwilligungsfähigkeit der blosse natürliche Wille für eine wirksame Zustimmung ausreichend sein soll, sollen nach der einen Ansicht hier auch Willensmängel irrelevant sein. Weil der täuschungsbedingte Irrtum des H seine Einwilligung nicht berühre, könne man auch nicht sagen, T sei im Sinne von Art. 186 StGB in das fremde Haus „eingedrungen".[1491] Abgesehen davon, dass wir bereits gesehen haben, inwiefern der Begriff „eindringen" nicht zwingend ein Handeln gegen den Willen impliziert, und wir auch wissen, dass der Art. 186 StGB nur ein Handeln „ohne Einwilligung des Berechtigten" und also keinen aktuell entgegenstehenden Willen voraussetzt, sind die Schutzlücken einer solchen Ansicht evident. Das Hausrecht bedeutet eben nicht, dass man sich nur gegen ein unerwünschtes Eindringen wehren darf; das ist eine Selbstverständlichkeit, die ohnehin bestehen muss, wenn man nicht implizieren möchte, dass ein Hausrechtsinhaber durch Personen rechtmässig genötigt werden darf, die in sein Haus eintreten wollen. Es bedeutet vielmehr, dass der Hausrechtsinhaber freiwillig darüber entscheiden darf, wer in sein Haus eintreten darf und wer nicht.[1492] Oder wie das Bundesgericht in sagt: Die Befugnis, über die eigenen Räume „ungestört zu herrschen und darin den eigenen Willen frei zu betätigen". Warum hierfür im Übrigen eine deutliche Willensbekundung erforderlich sein soll, aus welcher erkennbar ist, dass das Hausrecht ausgeübt wird, ist schleierhaft.[1493] Das kann höchstens für seltene Fälle gelten, in denen das Hausrecht nicht ohne weiteres klar ist – man denke an leerstehende Häuser. Gerade in einem solchen Fall einer Besetzung eines leerstehenden Hauses soll gemäss den Autoren, die eine deutliche Willensbekundung verlangen, das Haus-

---

[1490] Vgl. auch das Beispiel in KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 208, wo der Täter aber den Hausrechtsinhaber überfallen will, so dass das Unrecht des Hausfriedensbruch zu sehr in den Hintergrund rückt.

[1491] Vgl. KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 209.

[1492] Vgl. nur BGE 103 IV 162, 163; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie spéciale, Rn. 2707 f.

[1493] BGE 112 IV 31, 33; vgl. aber BSK-Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 186 Fn. 26 m.w.H.

recht dann aber doch ohne weiteres gelten und sogar „wie ein Vermögensrecht behandelt werden“.[1494] Die Einwilligung des Hausrechtsinhabers muss also nicht nur einer angemessenen Lagebeurteilung entsprechen, sondern auch frei von Willensmängeln sein, insbesondere auch frei von täuschungsbedingten Irrtümern.

6. Inhalt der Einwilligung

a) Grundlagen

In diesem Kapitel soll in den Grundzügen dargelegt werden, wie weit die Einwilligung im Hinblick auf das vom Berechtigten erlaubte Ereignis reicht, wenn die Einwilligung sich auf ein bestimmtes Verhalten Dritter bezieht, das für den Einwilligenden ein Risiko oder eine Gefahr schafft. Es soll also grundsätzlicher gefragt werden, auf welche Art von Verhalten sich eine Einwilligung überhaupt und unter welchen Umständen beziehen darf. Inwiefern darf auch eine blosse Gefährdung Inhalt der Einwilligung des Berechtigten sein?

Um diese Frage beantworten zu können, ist zunächst die Einwilligung in die Beeinträchtigungen eines Rechtsguts gegenüber Dritten – sei es durch Verletzung oder durch Gefährdung – zu unterscheiden von der Selbstverletzung und der Selbstgefährdung.[1495] Der entscheidende Unterschied besteht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darin, dass der sich selbst Verletzende oder Gefährdende die Tatherrschaft in eigenverantwortlicher Weise innehat.[1496] Ein Beispiel hierfür ist der Suizid. Es handelt sich dabei um einen straflosen Akt der tödlichen Selbstverletzung. Daran ändert sich in der Regel auch nichts, wenn ein Dritter dem Suizidenten dabei behilflich ist, indem er ihm beispielsweise eine Pistole zur Verfügung stellt. Daraus ergibt sich die Straflosigkeit der Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung.

[1494] So BSK-Strafrecht II-Delnon/Rüdy, Art. 186 Fn. 5 m.H. auf BGE 118 IV 167.

[1495] Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 256

[1496] BGE 125 IV 189, 193 f.; BGE 131 IV 1, 8; BGE 134 IV 149, 153; BGE 134 IV 193, 207; vgl. auch DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257.

Wenn schon die Teilnahme an einer Selbsttötung und auch an einer vorsätzlichen Selbstverletzung straflos bleibt, kann umso weniger die Mitwirkung an einer fremden Selbstgefährdung strafbar sein. Dahinter steht laut Bundesgericht die normative Wertentscheidung, dass kein Grund besteht, die Handlungsfreiheit einzuschränken, solange niemand gegen seinen Willen gefährdet wird.[1497]

Der mitwirkende Gehilfe bleibt dann nicht etwa deshalb straflos, weil man sagen würde, dass der Suizident gegenüber dem Gehilfen in die Rechtsgutsbeeinträchtigung eingewilligt habe, sondern weil er an einer nicht tatbestandsmässigen eigenverantwortlichen Selbstverletzung bzw. Selbstgefährdung eines Dritten teilnimmt, der über Tatherrschaft verfügt.[1498] Das Konzept der Einwilligung ist hier überflüssig; der Berechtigte verfügt zwar über seine Rechtsgüter, aber nicht indem er in die Beeinträchtigung dieser durch einen Dritten einwilligt.[1499] Nach einer anderen Ansicht soll die Straflosigkeit der Mitwirkung an der Selbstgefährdung nicht darauf gründen, dass es sich um eine blosse Teilnahme an einer straflosen Tat handle, sondern dass der Schutz eines Rechtgutes vor dem Rechtsgutsinhaber nicht in den Schutzzweck der Tatbestandsnorm falle.[1500]

Die Mitwirkung an der fremden Selbstgefährdung oder Selbstverletzung kann aber strafbar sein, wenn der sich Verletzende oder Gefährdende nicht mit Tatherrschaft handelt, die mit seinem Verhalten verbundenen Risiken verkennt, oder aus diesem

---

[1497] BGE 131 IV 1, 9; vgl. auch WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 110 f.

[1498] Zum Ganzen DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 256 f.; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 490.

[1499] Vgl. auch DONATSCH, Auftrag zum medizinischen Eingriff, S. 109 f.: Mitwirkung an der Selbstgefährdung ist charakterisiert durch die Teilnahme Dritter an der Verfügung des Rechtsgutsträgers über seine persönlichen Rechtsgüter.

[1500] So JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 50 f.; vgl. wiederum anders MENRATH, Die Einwilligung in ein Risiko, S. 96; vgl. auch MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, S. 770 ff.

oder einem anderen Grund nicht eigenverantwortlich handelt.[1501] Die Straflosigkeit der Mitwirkung an fremder Selbstgefährdung findet ihre Grenze also dort, wo der Veranlasser oder Förderer erkennt, dass das Opfer die Tragweite seines Entschlusses, etwa aufgrund von Unerfahrenheit oder Jugendlichkeit, nicht überblickt. Der Schutzbereich einer Norm, die den Rechtsgutsinhaber vor Eingriffen Dritter bewahren soll, endet zwar dort, wo der Verantwortungsbereich des Berechtigten beginnt. Da der Berechtigte in diesem Fall aber den eigenen Verantwortungsbereich nicht hinreichend beherrscht, macht sich der Mitwirkende strafbar, der das Risiko kraft überlegenen Wissens besser erfasst als der sich selbst Gefährdende.[1502] Das Risiko ist dann nicht mehr vom Willen des Opfers gedeckt und dessen Verwirklichung daher dem Mitwirkenden zuzurechnen.[1503]

Um die Tatherrschaft beim Selbstverletzenden bzw. Selbstgefährdenden bejahen zu können, verlangte das Bundesgericht zunächst, dass sich die Mitwirkung auf untergeordnete Tatbeiträge beschränkt;[1504] das Tatgeschehen müsse ganz in den Händen der sich selbstgefährdenden Person liegen. So befand das Bundesgericht beispielsweise in BGE 125 IV 189, dass sich die Führerin eines Motorfahrrades nicht der fahrlässigen schweren Körperverletzung schuldig gemacht habe, indem sie einem Fahrradfahrer ermöglichte, sich an ihrem Oberarm festzuhalten und sich so ziehen zu lassen, wobei dieser zu Fall kam. Es gelte nämlich, dass jemand, der lediglich eine eigenverantwortlich gewollte Selbstgefährdung eines anderen in untergeordneter Weise ermöglicht, veranlasst oder unterstützt, sich grundsätzlich nicht wegen

---

[1501] DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 111 f.; vgl. auch BGE 125 IV 189, 194: „Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des die Selbstgefährdung fördernden Täters für den eingetretenen Erfolg beginnt erst, wenn das Opfer, etwa aufgrund seiner Unerfahrenheit oder Jugendlichkeit, die Gefahr nicht erkennt, wenn der Täter aufgrund überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfasst als der sich selber Gefährdende oder wenn er eine Garantenstellung zugunsten des Opfers hat".

[1502] SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 490.

[1503] BGE 131 IV 1, 9; BGE 134 IV 149, 152 ff; BSK-Strafrecht I-Niggli/Maeder, Art. 12 Rn. 130; SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 490.

[1504] BSK-Strafrecht I-Niggli/Maeder, Art. 12 Rn. 130

eines Körperverletzungs- oder Tötungsdeliktes strafbar macht, wenn sich das mit der Gefährdung bewusst eingegangene Risiko realisiert.[1505] Im Fall eines ungeschützten Geschlechtsverkehrs mit einem HIV-positiven Partner im Wissen um dessen Infektion nahm das Bundesgericht in einem späteren Entscheid aber zu Recht an, dass auch dann von einer straflosen Mitwirkung an einer fremden Selbstgefährdung auszugehen sei, wenn die Herrschaft über das Gefährdungsgeschehen bei beiden Beteiligten liegt.[1506] Die Frage, ob beide Partner in diesem Sinn Tatherrschaft haben, ist freilich immer zu unterscheiden, von der Frage, ob beide in den Geschlechtsverkehr eingewilligt haben. Ersteres setzt Letzteres voraus.

Grundsätzlich strafbar ist hingegen die sogenannte einverständliche oder einvernehmliche Fremdgefährdung. Umstritten ist hier zum einen, wie diese genau von der grundsätzlich straflosen Mitwirkung an der Selbstgefährdung abzugrenzen ist. Dies soll nach Bundesgericht daran festgemacht werden, ob die Geschehensherrschaft (auch) noch beim sich bewusst und freiverantwortlich in eine bestimmte Gefahr begebenden Rechtsgutträger liegt, oder ob sich dieser einer unüberschaubaren Entwicklung ausliefert, in welche er nicht mehr eingreifen oder die er nicht mehr abbrechen kann, wogegen der sich selbst Gefährdende dies noch könnte.[1507] Das Bundesgericht nimmt hier aber nach einer gut vertretbaren Ansicht – so beispielsweise von Laura Jetzer – eine zu klare Unterscheidbarkeit an. Vielmehr sei es nämlich so, dass sich die Selbstgefährdung und die Fremdgefährdung in vielen Fällen nicht eindeutig voneinander abgrenzen liessen, der Übergang sei oft fliessend. Eine straflose Mitwirkung an einer Selbstgefährdung sei daher nur dann anzunehmen, wenn die Opferhandlung zeitlich im Anschluss an die Handlung des Täters erfol-

---

[1505] BGE 125 IV 189, 193 f.

[1506] Vgl. BGE 131 IV 1, 10 und BGE 134 IV 193, 207 ff.; BSK-Strafrecht I-Niggli/Maeder, Art. 12 Rn. 130; WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten, S. 106; KUNZ, Aids und Strafrecht, S. 54; JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 129 ff. und kritisch Rn. 160 ff.

[1507] BGE 131 IV 1, 8 f.; BGE 134 IV 149, 153.

ge.[1508] Zum anderen wird kontrovers diskutiert, ob die einvernehmliche Fremdgefährdung nach den Regeln der Einwilligung des Berechtigten zu behandeln ist und wann überhaupt von einer eigenverantwortlichen Entscheidung des Berechtigten gesprochen werden kann. Im Zentrum der Diskussion steht hier die Frage, wie die Tatsache gewertet werden soll, dass der Berechtigte nicht in einen Erfolg eingewilligt hat, sondern nur in eine Gefahr. Die Einzelheiten sind höchst zweifelhaft.[1509]

b) Einwilligung in die Fremdgefährdung

In Fällen der einvernehmlichen Fremdgefährdung, also der Gefährdung des Rechtsgutsträgers durch einen Dritten mit Zustimmung des Rechtsgutsträgers, kommt es oft vor, dass dieses „Einvernehmen" nicht ausdrücklich formuliert wird. Der Rechtsgutsträger begibt sich wissentlich und willentlich in eine bestimmte Gefährdungslage, ohne dass er demjenigen, der die Gefährdungslage durch sein Verhalten schafft, ausdrücklich sagt, er würde in die Gefährdung einwilligen. Die entsprechende stillschweigende bzw. konkludente Erteilung einer Einwilligung ist gemäss Bundesgericht grundsätzlich möglich. Dies soll beispielsweise im Falle der Teilnahme an sportlichen Tätigkeiten, die typischerweise ganz bestimmte Verletzungsrisiken mit sich bringen, gelten.[1510] Der Sportler erklärt nicht ausdrücklich, dass er in die Gefahren und die daraus möglicherweise resultierenden Verletzungen einwilligt, die mit dem Sport einhergehen, er willigt aber konkludent darin ein, indem er

---

[1508] JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 184; vgl. auch NK-Paeffgen § 228 Rn. 9a zur „fruchtlosen" Debatte über die eigenverantwortliche Selbstgefährdung und die einverständliche Fremdgefährdung; MENRATH, Die Einwilligung in ein Risiko, S. 21 ff und 25 ff.; vgl. aber auch MENRATH, Die Einwilligung in ein Risiko, S. 84: Eine Gleichbehandlung von Selbstgefährdung und Fremdgefährdung sei abzulehnen, weil die Gründe, die gegen die Strafbarkeit der Mitwirkung an der Selbstschädigung sprächen nicht auf sämtliche Gefährdungsfälle übertragbar seien.

[1509] BSK-Strafrecht I-Niggli/Maeder, Art. 12 Rn. 129; vgl. auch BGE 131 IV 1, 9.

[1510] Vgl. grundlegend BGE 109 IV 102, 105 f.; vgl. auch schon BGE 75 IV 8: Keine Anwendung von Einwilligung bei Verletzungen bei Einzelsportarten wie Schlittschuhlaufen (anders als bei Mannschaftssportarten, die Körperkontakt erfordern); vgl. auch BGE 121 IV 249, 256 f.; BGE 134 IV 26, 29 ff.

im Wissen um die sportspezifischen Gefahren daran teilnimmt. Wird aber eine den Schutz der Spieler vor Verletzungen bezweckende Spielregel absichtlich oder in grober Weise missachtet, so darf keine konkludente Einwilligung in das der sportlichen Tätigkeit innewohnende Risiko einer Körperverletzung angenommen werden.[1511] In die strafrechtliche Beurteilung von Foulspielen bei Mannschaftssportarten sind auch die geltenden Spielregeln miteinzubeziehen. Je krasser die Spielregeln verletzt werden, welche dem Schutz der körperlichen Integrität der Spieler dienen, desto weniger kann von der Verwirklichung eines spieltypischen Risikos ausgegangen werden, desto weniger kann von einer konkludenten Einwilligung ausgegangen werden, und desto eher erscheint eine strafrechtliche Ahndung des foulenden Spielers angezeigt.[1512]

Für sporttypische Verletzungen sollte also zu Recht gelten, dass diese von der (konkludenten) Einwilligung des Sportteilnehmers gedeckt sind, nicht zuletzt weil auch hier die Selbstbestimmung des Berechtigten höher zu werten ist als der objektive Schutz von materiellen Rechtsgütern: Wenn der Rechtsgutsträger selbstverantwortlich entscheidet, im Wissen um bestimmte typische Risiken einen bestimmten Sport zu treiben, dann übt er zum einen sein Selbstbestimmungsrecht aus, übernimmt aber zum anderen auch die Verantwortung für spieltypische Verletzungen, die er bei der Ausübung dieses Selbstbestimmungsrechts erleidet. Es liegt in seiner Hand, solche Verletzungen zu verhindern: Wenn er diese sportüblichen Verletzungen nicht will, dann muss er eben diesen Sport nicht betreiben. Es liegt aber nicht auch in seiner Verantwortung, Verletzungen zu verhindern, die vom Gegner unter absichtlicher und grober Missachtung der Spielregeln beigefügt wurden, also den Regeln, die dazu dienen, den Sport, trotz der typischen Risiken, so ungefährlich wie möglich zu machen. Daher haben sportübliche Verletzungen auch in den allermeisten Fällen keinerlei strafrechtliche Folgen, obschon sie das objektive Tatbestandselement der

---

[1511] BGE 121 IV 249, 253 ff.; BGE 134 IV 26, 29.

[1512] BGE 134 IV 26, 31; vgl. auch BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 22 f.; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 142.

einfachen oder gar schweren Körperverletzung an sich erfüllen – sie erfolgten nämlich nicht „ohne die Einwilligung“ des Berechtigten, so dass das gefährdende und verletzende Verhalten nicht tatbestandsmässig ist. Durch die Teilnahme nehmen die Sportler das Risiko einer Körperverletzung freiwillig und bewusst auf sich und willigen damit in eine ganze Reihe von möglichen Verletzungen ein.[1513] Auch bezüglich solcher Körperverletzung erscheint es nicht sinnvoll, das alltägliche verletzende Verhalten in so unterschiedlichen Bereichen wie Medizin, Sport aber auch bei freundschaftlichen Rangeleien, gemeinsamen Abenteuerreisen oder schweren Gartenarbeiten, als allumfassende Substanz eines tatbestandlich normierten Verbotes zu definieren. Ein verfolgungswürdiges Unrecht besteht auch hier nur ausnahmsweise, wenn der Eingriff in die körperliche Integrität ohne die Einwilligung des Berechtigten erfolgte. Das ist in der besonderen Konstellation der sportlichen Aktivität grundsätzlich nur dann der Fall, wenn der eingetretene Erfolg bei einer absichtlichen und groben Verletzung einer Spielregel, die auch und gerade zum Schutz der körperlichen Integrität der Spieler aufgestellt wurde, nicht mehr von der konkludenten Einwilligung des Berechtigten in die sportüblichen Risiken gedeckt ist. Was eine absichtliche und grobe Verletzung der Spielregel ist, und wie viel Schädigungspotential darin enthalten ist, ist freilich je nach Sportart verschieden.

Nicht überzeugend ist hingegen die Ansicht, dass der Sportler gegenüber den Mitspielern keineswegs in „körperliche Beeinträchtigung irgendwelcher Art“ einwillige, „auch nicht in solche, welche die Folge regelkonformen Verhaltens sind.“[1514] Das wäre aus Sicht des Beteiligten bei körperkontaktintensiven Mannschaftssportarten, denen ein Verletzungsrisiko inhärent ist, widersprüchlich: Man kann schlecht freiwillig an einem Sport teilnehmen, der bekanntermassen gefährlich ist und regelmässig zu Verletzungen führt, dann aber sagen, man sei nicht bereit gewesen, diese sportüblichen Gefahren auch selbstverantwortlich einzugehen und die daraus

---

[1513] BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 22; vgl. auch BGE 134 IV 26, 30 f.

[1514] So aber DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 257.

resultierenden Verletzungen zu akzeptieren. Umso mehr noch, wenn der gefährdende und verletzende Mitspieler sich regelkonform verhalten hat und ihm somit keinerlei Vorwurf gemacht werden kann. Die konkludente Einwilligung des Berechtigten erfasst mithin nicht nur nicht übermässig regelwidriges Verhalten, sondern umso mehr auch die Folgen von regelkonformem Verhalten. In beiden Fällen ist das Verhalten des Täters wegen der konkludenten Einwilligung des Berechtigten tatbestandslos. Damit wird der Fokus auf das entscheidende Kriterium gelenkt: Die Selbstbestimmung des Gefährdeten – er soll frei entscheiden können, welchen Risiken und Gefahren er sich aussetzen will. Wenn er sich den Gefahren jedoch freiwillig aussetzt, dann hat er darin eingewilligt. Da diese Fälle also über die Einwilligung gelöst werden können, erübrigt es sich auch, die wenig bestimmten und uneinheitlich verwendeten Formen der Tatbestandseinschränkung nach den Grundsätzen der Sozialadäquanz, des erlaubten Risikos oder des selbstverantworteten Handelns auf eigene Gefahr zu bemühen.[1515]

Das Bundesgericht hat zwar Recht, wenn es sagt, dass es immer auf die Frage ankommt, ob Fremdgefährdungen insoweit strafrechtsrelevant sind, als sie das sportspezifische Grundrisiko überschreiten. In welche Fremdgefährdungen ein Spieler (noch) einwilligt, muss mit Blick auf die einschlägigen Regelwerke bestimmt werden. Vorausgesetzt ist aber nach den Regeln der Einwilligung, dass der Gefährdete um das sporttypische Grundrisiko weiss und dass er auch um den möglichen Erfolg und das Risiko von dessen Eintritt weiss, denn sonst wäre es keine (konkludente) Einwilligung in dasjenige Risiko, welches sich im Erfolg realisiert.[1516] Eine Fremdgefährdung ist also erst dann „einvernehmlich“, wenn der Gefährdete wirksam, d.h.

[1515] Vgl. auch kritisch zum Verantwortungsprinzip JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 52 ff.; vgl. kritisch zum Kriterium der Sozialadäquanz und des erlaubten Risikos JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 205 ff.; vgl. aber immerhin BERKL, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts, S. 79 ff.; vgl. dazu auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 15; EICKER, Einverständliche Fremdgefährdung und Einwilligung ins Risiko, S. 146.

[1516] JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 315.

im Wissen um das Risiko eines Erfolgseintritts, in die Gefährdung eingewilligt hat; dann kann auch von einem selbstverantwortlichen Handeln gesprochen werden. Eine Fremdgefährdung ist hingegen nicht schon dann „einvernehmlich", wenn das Verhalten des Täters als „sozial adäquat" apostrophiert werden kann oder wenn es im Rahmen eines wie auch immer bestimmten „erlaubten Risikos" geblieben ist. Da es aber – mit Ausnahme der Fälle arglistiger Täuschung über die Risiken oder absichtlicher Tatbegehung durch den Gefährder – im Verantwortungsbereich des einwilligungsfähigen Gefährdeten liegt, die Risiken richtig abzuschätzen, dürfte es im Ergebnis keine Rolle spielen, ob man die Fälle nach den Regeln der Einwilligung oder auf der Ebene der objektiven Zurechnung löst.

Zu bedenken ist aber folgendes: Nur weil es nach dem heutigen Stand der Lehre für die Bejahung des Tatbestands nicht genügt, dass ein Rechtsgut verletzt wird, sondern zusätzlich erforderlich ist, dass diese Rechtsgutsverletzung dem Täter zugerechnet werden kann, bedeutet das nicht, dass alles eine Frage der objektiven Zurechnung ist.[1517] Diese ist in den allermeisten Fällen gänzlich unproblematisch und sollte nur in Ausnahmefällen zu einem Ausschluss der Strafbarkeit führen. Interessant ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung von Christian Jäger, dass für die einvernehmliche Fremdverletzung, d.h. die Verletzung eines individuellen Rechtsgutes mit Zustimmung des Berechtigten, erst recht die objektive Zurechnung zum Erfolg ausgeschlossen sein müsste, wenn die Zurechnung zum Erfolg nach herrschender Lehre schon bei bloss einvernehmlicher Fremdgefährdung ausgeschlossen sei.[1518] Wenn die Zustimmung des Berechtigten in eine blosse Gefährdung seines Rechtsgutes durch einen Dritten die Strafbarkeit des Täters ausschliesse, selbst dann, wenn das gefährliche Verhalten einen Verletzungserfolg herbeigeführt hat, weil dieser (unerwünschte) Erfolg nicht zugerechnet werden könne, müsse dieser Zurechnungsausschluss umso mehr gelten, wenn die Zustimmung des Berechtigten

---

[1517] Vgl. aber in diese Richtung JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien, S. 9 ff.

[1518] JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien, S. 22.

unmittelbar auf die Fremdverletzung und damit auf den Erfolg gerichtet war. Die Überlegung ist zwar interessant, führt aber nicht zum erhofften Ziel. Es bleibt nämlich unklar, warum daraus zu schliessen ist, die Einwilligung in eine Rechtsgutsverletzung müsse, so wie die einvernehmliche Fremdgefährdung, dem Bereich der objektiven Zurechnung zugeordnet werden, und nicht vielmehr, dass das Konstrukt der einvernehmlichen Fremdgefährdung, so wie die einvernehmliche Fremdverletzung, eine Form der tatbestandsausschliessenden Einwilligung ist. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Phänomen aus dem Bereich der Einwilligung verbannt werden soll, nur um im Bereich der objektiven Zurechnung zu landen, die nicht einmal in ihrer Existenzberechtigung unbestritten ist.[1519]

Wenn immer sich ein sportartspezifisches Grundrisiko realisiert, soll also von strafrechtlicher Ahndung abgesehen werden. Zu diesem Grundrisiko gehören nach Bundesgericht auch die mit körperkontaktbetonten Mannschaftssportwettkämpfen zwangsläufig einhergehenden „normalen" Fouls und Verletzungen, also „körperliche Beeinträchtigung irgendwelcher Art" und zwar sogar solche, die *nicht* die Folge regelkonformen Verhaltens sind.[1520] Daher gilt auch, dass eine stillschweigende Einwilligung in das der sportlichen Tätigkeit innewohnende Risiko einer Körperverletzung nur dann angenommen werden kann, wenn eine den Schutz der Spieler vor Verletzungen bezweckende Spielregel absichtlich oder in grober Weise missachtet wird.[1521] Wenn bei einer bestimmten Sportart regelmässig bestimmte Verletzungen durch das gewöhnliche Spiel oder bei üblichen Verstössen gegen die Spielregeln auftreten, könne zum einen nicht gesagt werden, dass diese Verletzungen

---

[1519] Vgl. auch JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 187 ff.; Menrath, Die Einwilligung in ein Risiko, S. 107 ff. und S. 120; HILGENDORF, Wozu brauchen wir die objektive Zurechnung?, S. 47, spricht pointiert aber zu Recht davon, dass man die objektive Zurechnung als Sammelbecken für ungelöste Tatbestands- und Rechtfertigungsprobleme „entrumpeln" müsse.

[1520] BGE 134 IV 26, 31.

[1521] BGE 134 IV 26, 29.

und nicht bloss das Risiko von den Spielern nicht in Kauf genommen wurden.[1522] Die blosse Tatsache, dass sie sich diese Verletzungen nicht wünschen oder dass sie ihnen unwillkommen sind, soll daran nichts ändern. Ein Spieler in einem körperintensiven Mannschaftssport kann nicht darauf vertrauen, dass entgegen dem Erfahrungswert, dass (kleinere) Verletzungen regelmässig der Fall sind, gerade er ganz davon verschont werden sollte. Vielmehr ist es so, dass er sehr wohl weiss, dass er verletzt werden könnte, dieses Verletzungsrisiko aber gegenüber den Vorteilen des Sports selbstverantwortlich zurückstellt: Er spielt also intensiv Eishockey, weil ihm dies nach seinen Präferenzen und Werte wichtiger ist, als die Verhinderung von sporttypischen Verletzungen – er spielt lieber intensiv Eishockey und verliert ein paar Zähne, als dass er keine Zähne verliert, dafür aber auch nicht intensiv Eishockey spielt. Auf die Frage, ob der Berechtigte auch den Erfolg in Kauf nimmt, kommt es aber nach richtiger Ansicht ohnehin nicht an, sofern der Erfolg das Resultat eines fahrlässigen Handelns des Gegenspielers war. Es reicht die (konkludente) Einwilligung in eine bestimmte gefährdende Handlung. Aber nicht etwa deshalb, weil sich das Unrecht beim Fahrlässigkeitsdelikt aus der riskanten Handlung ergibt oder die Handlung gegenüber dem Erfolg so sehr übergeordnet ist, sondern „weil der Wille des Opfers nicht weiter zu gehen braucht, als es dem Vorhaben des Täters entspricht."[1523] Da bei einem Fahrlässigkeitsdelikt das Verhalten des Täters nicht auf die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtet ist, sondern nur ein bestimmtes Risiko schafft, sollte auch nicht die Einwilligung des Berechtigten über das Risiko des Verhaltens hinaus auf den möglicherweise daraus resultierenden Erfolg bezogen sein müssen. Würde man anders entscheiden und den Erfolgsbezug des Willens des Berechtigten auch bei einem fahrlässigen Verhalten voraussetzen, „würde man an die *Aufhebung* des Handlungsunwertes höhere Anforderungen stellen als an dessen

---

[1522] Vgl. dazu auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 15 m.w.H.

[1523] JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 286.

Begründung, was nicht sachgerecht erscheint."[1524] Zu diesem Ergebnis gelangt man auch, wenn man sich auf ein modernes Verständnis der Unrechtslehre stützt, wonach Handlungs- und Erfolgsunwert aufeinander aufbauen, woraus sich ergibt, dass ein Erfolgsunwert nicht unabhängig des Handlungsunwerts existieren kann.[1525] Dann reicht es erst recht aus, dass die Einwilligung nur den Handlungsunwert entfallen lässt.[1526]

Wie wir bereits gesehen haben, soll laut Bundesgericht eine Einwilligung sodann möglich sein, wenn sich jemand im Bewusstsein des Risikos durch einen anderen gefährden lässt – etwa bei einer risikobehafteten Operation.[1527] Hier zeigt sich in besonderem Masse, dass sich der Streit um die Einwilligung in die Fremdgefährdung hauptsächlich um die Anforderung an ihre Wirksamkeit dreht.[1528] Um die Schranken der Einwilligung zu erfassen, werden Kriterien wie etwa die Grösse der Gefahr, also die grössere oder kleinere Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, sowie der mit der Einwilligung verfolgte Zweck genannt.[1529] Die hier vertretene Auffassung, die für die Strafbarkeit eines Verhaltens trotz Einwilligung des Berechtigten eine gesetzliche Ausnahme von der Regel fordert, dass wegen eines Verbrechens oder eines Vergehens nur strafbar ist, wer ohne den Willen des Berechtigten gehandelt hat, wirkt sich hier wie folgt aus: Im Hinblick auf die Körperverletzung ist keine Ausnahme normiert. Einschränkungen dieser Regel sind abzulehnen.[1530]

[1524] So treffend JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 286 (kursiv im Original).

[1525] MENRATH, Die Einwilligung in ein Risiko, S. 133; MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, S. 767: Die Einwilligung in die Handlung lasse den Handlungsunwert entfallen und ein Erfolgsunwert könne nicht ohne Handlungsunwert bestehen.

[1526] Vgl. auch mit anderen Argumenten WALTER, Die Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung und ihre Schwächen, S. 674.

[1527] BGE 125 IV 189, 193.

[1528] BSK-Strafrecht I-Niggli/Maeder, Art. 12 Rn. 131.

[1529] BSK-Strafrecht I-Niggli/Maeder, Art. 12 Rn. 131.

[1530] Vgl. ausführlich dazu oben S. 272 ff.

Was für die Einwilligung in eine Körperverletzung gilt, muss erst recht für die Einwilligung in die Gefahr einer Körperverletzung gelten. So wie der einwilligungsfähige Berechtigte in jegliche Eingriffe in seinen Körper einwilligen darf, darf er auch in jegliche Gefährdungen seiner körperlichen Integrität einwilligen. In beiden Fällen soll sein Entscheid keiner objektiven Vernünftigkeitsprüfung unterworfen werden; nicht objektive Wertvorstellung Dritter sollen darüber entscheiden, was der einwilligungsfähige Berechtigte mit seinem Körper machen darf und welchen Gefahren er seinen Körper aussetzen darf, sondern der Berechtigte selbst, der damit seinen legitimen Status als freies, selbstbestimmtes und souveränes Individuum gegenüber dem Staat und Dritten bestätigt. Auf Kriterien wie etwa die Grösse der Gefahr kann es nur insofern ankommen, als der Berechtigte seinen Entscheid möglichst auf eine korrekte Einschätzung der Sachlage ausrichten sollte und insofern auch das Recht hat, nicht darüber getäuscht zu werden. Es ist aber letztlich an ihm, die notwendige Informationsdichte festzulegen, die es aus seiner Sicht für einen freien und selbstbestimmten Entscheid braucht.

c) Fazit

Auch bei der Einwilligung in die Fremdgefährdung gilt also, dass wenn man die Dispositionsfreiheit über Individualrechtsgüter ernst nimmt, eine Abwägung mit unzureichenden objektiven Kriterien, quantitativen Bemessungen von Eingriffsschwere, Intensität und Qualität des Willenselements gar nicht mehr vorgenommen werden darf. Das Einzige, das überprüft werden darf, ist, ob der Einwilligende hinreichend einwilligungsfähig ist und ob keine Willensmängel vorliegen.[1531] Die Einwilligung verkörpert nämlich grundsätzlich bereits das Ergebnis der relevanten subjektiven Interessensabwägung des Rechtsgutinhabers. Im Vergleich zur Einwilligungssperre bezüglich der Tötung auf Verlangen gilt bei der Einwilligung in die

[1531] Vgl. ähnlich JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, Rn. 303 ff. (Voreiligkeitsschutz).

Lebensgefahr, dass diese sehr wohl beachtlich ist.[1532] Einschränkend ist aber zu berücksichtigen, dass hier sachlich mindestens vertretbare Gründe vorliegen sollten – man denke etwa an einen notwendigen aber sehr gefährlichen medizinischen Eingriff.[1533] Wenn sachlich mindestens vertretbare Gründe vorliegen, spielt es keine Rolle, wie nahe die Gefahr am Erfolg des Todes liegt, da sich sonst die Einwilligung in die Gefahr als Einwilligung in den Erfolg darstellen würde.[1534] Das ist kein eigenständiges Kriterium.

Damit können wir auch die eingangs gestellte Frage beantworten, auf welche Art von Verhalten sich eine Einwilligung überhaupt und unter welchen Umständen beziehen darf. Die Einwilligung des Berechtigten muss sich nicht auf einen bestimmten Handlungserfolg oder auf ein bestimmtes Ereignis beziehen, sie kann und soll sich auch auf ein bestimmtes Verhalten Dritter beziehen dürfen, das für den Einwilligenden ein Risiko oder eine Gefahr schafft. Inhalt der Einwilligung des Berechtigten darf also auch ein blosses Risiko sein.

VI. Einwilligung, Unschuldsvermutung und Beweislast

1. Einleitung

Die Bestimmung der Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund und die Kodifikation einer allgemeinen Einwilligungsnorm, in der das zentrale Element das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten ist“, kann nicht nur im materiellen Strafrecht wirken, sondern möglicherweise auch auf das Strafprozessrecht. Hier soll eher skizzenhaft einer Frage nachgegangen werden: Welche Auswirkung hat die Verschiebung der Einwilligung von der Ebene der Rechtswidrigkeit auf die Ebene des Tatbestandes für die Beweislast bzw. für die Unschulds-

---

[1532] SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 500.

[1533] SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 500; vgl. BGE 114 IV 100.

[1534] So aber SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 500.

vermutung im Strafprozess? Wer muss die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens und damit für alle Eingriffe in Individualrechtsgüter das Element „ohne den Willen oder ohne Einwilligung des Berechtigten“ beweisen und wer das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe? Die naheliegende These ist, dass es durch die Verschiebung des Willenselements des Opfers auf die Ebene des Tatbestandes schwieriger wird, das Erfüllen des Tatbestandes durch das Verhalten des Beschuldigten zu beweisen, da der Staat nicht nur beweisen muss, dass die Tat vom Beschuldigten begangen wurde und dass der Täter den erforderlichen mentalen Zustand aufwies für die Begehung der Tat, sondern auch, dass das Verhalten ohne den Willen des Betroffenen erfolgte.[1535]

2. Einzelheiten

In der anglo-amerikanischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung wird dieses Problem relativ intensiv diskutiert. Die Verteidigung kann bei festgestellter Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens des Beschuldigten durch eine erfolgreiche Beweisführung im Hinblick auf einen Rechtfertigungsgrund die Tat rechtfertigen, indem beispielsweise dargelegt wird, dass die Tat in Notwehr begangen wurde. Die Staatsanwaltschaft muss Rechtfertigungsgründe also nicht im Voraus entkräften und auch nicht sobald sie vorgebracht werden, sondern erst wenn die Verteidigung die vorgebrachten Rechtfertigungsgründe mit Beweisen untermauert, die, wenn sie nicht widerlegt werden, hinreichend wären, um einen vernünftigen Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Tat des Beschuldigten bzw. allgemeiner an seiner Strafbarkeit zu begründen.[1536] Daraus ergibt sich eine wichtige Unterscheidung zwischen der Tat oder der Tatbestandsmässigkeit (*offences*), für die die Staatsanwaltschaft die volle Beweislast trägt, und Rechtfertigungsgründen (*defences*), für die die Verteidigung zumindest Beweise liefern muss, dass sie bestehen könnten. Wenn in diesem Sinne die Verantwortung des Beschuldigten für die Tat von der Staatsanwaltschaft dargelegt wurde, wenn also hinreichend klar ist, dass der Beschuldigte den Tatbestand

---

[1535] Vgl. dazu grundlegend DUFF, Answering for Crime, S. 195 ff.

[1536] Zum Ganzen DUFF, Answering for Crime, S. 206 f.

erfüllt hat, ist es an der Verteidigung, rechtfertigende Gründe anzugeben, warum der Beschuldigte die Tat begangen hat.[1537] Indem hier also die Beweislast auf die Verteidigung verschoben wird, wird gesagt, dass der Beschuldigte entweder sein Unrecht eingestehen soll oder einen Grund angeben muss, warum er zu Recht die Tat begangen hat. Aus diesem Grund gilt nach *common law* Prinzipien auch, dass für den Beschuldigten die Unschuldsvermutung nur solange gilt, bis bewiesen wurde, dass er die Tat begangen hat, für die er sich rechtfertigen muss. Dann ist es an der Verteidigung zu zeigen, dass die Vermutung, dass der Beschuldigte schuldig ist, falsch ist und dass nicht von Tatbegehung auf Unrecht und Schuld geschlossen werden darf.[1538]

Ob Einwilligung als allgemeiner Rechtfertigungsgrund behandelt wird oder das Fehlen der Einwilligung im Sinne eines negativ gefassten Tatbestandsmerkmals „ohne den Willen des Berechtigten" verstanden wird, ändert wenig an der Tatsache, dass beide ihrem Wesen nach substantiell als Kriterien agieren, die eine Strafbarkeit des Beschuldigten ausschliessen.[1539] Diese Unterscheidung hat aber insofern eine bedeutende praktische Auswirkung, als die Verteidigung eben eine Beweislast (*evidential burden*) im Hinblick auf Rechtfertigungsgründe trägt, jedoch keine im Hinblick auf Tatbestandselemente; das Vorliegen dieser Tatbestandselemente muss von der Staatsanwaltschaft bewiesen werden. Aus dieser Perspektive ist es im Hinblick auf die Unschuldsvermutung jedoch besonders begründungsbedürftig, warum die Beweislast von der Staatsanwaltschaft auf die Verteidigung wechselt, wenn die Einwilligung nicht als Tatbestandsausschlussgrund betrachtet wird, sondern als Rechtfertigungsgrund.[1540] Aus Sicht der Staatsanwaltschaft ist es nämlich vorteilhaft, wenn die Verteidigung Beweise liefern muss, dass Rechtfertigungsgründe – namentlich die Einwilligung des Berechtigten – vorlagen, anstatt dass die Staatsan-

---

[1537] DUFF, Answering for Crime, S. 207.

[1538] Vgl. auch KADISH/SCHULHOFER/STEIKER/BARKOW, Criminal Law and its Processes, S. 31 ff. (*In re Winship*) und S. 37 ff. (*Patterson v. New York*); vgl. auch DUFF, Answering for Crime, S. 207.

[1539] Vgl. DUFF, Answering for Crime, S. 208.

[1540] So auch DUFF, Answering for Crime, S. 208.

waltschaft selber auf Tatbestandsebene das Fehlen der Einwilligung beweisen muss.[1541]

In der deutschsprachigen Literatur über die Einordnung der Einwilligung findet eine solche Debatte bezüglich einer möglichen Verschiebung der Beweislast hingegen soweit ersichtlich nicht statt. Dies kann auf den ersten Blick damit erklärt werden, dass eine optimistische Vorstellung vom Untersuchungsgrundsatz bzw. vom Grundsatz in *dubio pro reo* vorherrscht, so dass man relativ rasch zur Feststellung gelangt, dass eine Einordnung der Einwilligung auf Tatbestandsebene nichts an den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast ändern würde.[1542] Nach dem allgemeinen Verständnis in der Lehre kann es in einem Verfahren, in dem der Untersuchungsgrundsatz und die Unschuldsvermutung herrschen, gar keine relevanten Beweislastfragen geben.[1543] Im Übrigen dürfte auch eine Rolle spielen – ohne dass dies klar gesagt wird –, dass ja bereits jetzt bei all jenen Tatbeständen, bei denen die Zustimmung des Opfers nach überkommener Lehre unstrittig tatbestandsauschliessend wirkt, das fehlende Einverständnis im Rahmen des objektiven Tatbestandes nachgewiesen werden muss, also beispielsweise bei Diebstahl, Vergewaltigung oder Hausfriedensbruch. Die Problematik wird auch deshalb entschärft, weil es diesen möglichen Wechsel der Beweislast ohnehin im Rahmen des tatbestandausschliessenden Einverständnisses schon gibt und sich so höchstens der Anwendungsbereich dieser Regel ausweiten würde, wenn auch die Einwilligung tatbestandausschliessend wäre.[1544] So hat beispielsweise das Obergericht des Kantons Solothurn ausgeführt, dass für eine Verurteilung wegen Menschenhandel gemäss Art. 182 StGB trotz Zu-

---

[1541] Vgl. ausführlich dazu SUNDBY, The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence, S. 464 f. *et passim*; vgl. auch FLETCHER, Two Kinds of Legal Rules, S. 882 ff. und S. 886; DUFF, Answering for Crime, S. 208; SIMESTER, Wrongs and Reasons, S. 658.

[1542] Vgl. nur OHLY, Volenti non fit iniuria, S. 134 f.

[1543] Vgl. grundlegend und besonders deutlich Schmid Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung, Rn. 301: „Beweislastprobleme kann es im Strafprozessrecht nicht geben." Vgl. auch BSK-StPO-Tophinke, Art. 10 Rn. 19 und SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Rn. 216 f.

[1544] Ich verdanke diesen Hinweis Nora Scheidegger.

stimmung der betroffenen Frau, der Staat den konkreten Nachweis ihrer schwierigen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse als Einschränkung ihrer Entscheidungsfreiheit bzw. als eigentlicher Grund für ihre mithin erzwungene Zustimmung erbringen müsse.[1545] Die von der Staatsanwaltschaft vorgebrachte These, die Rechtsprechung des Bundesgerichts schaffe eine durch den Beschuldigten zu widerlegende Vermutung, dass die Zustimmung der Frau, die aus einem armen Land stamme, unwirksam sei, könne mit dem strafrechtlichen Grundsatz *in dubio pro reo* nicht in Einklang gebracht werden. Ob die Frau nicht wirksam eingewilligt habe, sei eine Frage des Sachverhalts. Das könne daher nicht einfach vermutet werden, sondern sei vom Staat nachzuweisen.[1546]

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass diese Thematik doch nicht ganz so unproblematisch ist, wie gemeinhin angenommen wird. Theoretisch sollte sich durch die Verschiebung der Einwilligung von der Ebene der Rechtswidrigkeit auf die Ebene des Tatbestands eigentlich nichts ändern, da die Untersuchungsmaxime gilt und Art. 6 Abs. 2 StPO den Behörden vorschreibt, die belastenden und entlastenden Umstände mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen. Dies überschneidet sich mit der aus der Unschuldsvermutung im Sinne von Art. 10 Abs. 1 StPO abgeleiteten Beweisführungslast, wonach die Behörden die Beweislast auch für das Fehlen von Rechtfertigungs-, Schuldminderungs- oder Schuldausschlussgründen tragen.[1547] Im Hinblick auf die Meinung, dass es in einem Verfahren, in dem der Untersuchungsgrundsatz und die Unschuldsvermutung herrschen, gar keine Beweislastfragen geben könne, gibt es nach einhelliger Auffassung im Bereich der Rechtfertigungsgründe und der Schuldausschlussgründe Einschränkungen. Aus „prozessökonomischen Gründen“ geht die Gerichtspraxis nämlich von einem Normalfall aus, d.h. es wird davon ausgegangen, dass wer tatbestandsmässig handelt, dies im Normalfall

---

[1545] OGer SO STAPA.2008.21 vom 7. September 2009, E. III.1.c; zit. aus STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 172.

[1546] OGer SO STAPA.2008.21 vom 7. September 2009, E. III.1.c m.H. auf BGE 128 IV 117; zit. aus STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung, S. 172.

[1547] Vgl. BSK-StPO-Tophinke, Art. 10 Rn. 21.

auch rechtswidrig und schuldhaft tut.[1548] In der Folge wird daher eine Behauptungslast auf Seiten des Beschuldigten hinsichtlich des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen angenommen.[1549] Die Strafbehörden haben entlastende Umstände also grundsätzlich dann abzuklären, wenn sich dies aufgrund der konkreten Sachlage aufdrängt – man denke an Art. 20 StGB – oder wenn die beschuldigte Person dies glaubhaft behauptet. In diese Richtung weist auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Frage, wie ein Schweigen des Beschuldigten gewertet werden darf: „*C'est seulement si les preuves à charge appellent une explication que l'accusé devrait être en mesure de donner, que l'absence de celle-ci peut permettre de conclure, par un simple raisonnement de bon sens, qu'il n'existe aucune explication possible et que l'accusé est coupable*."[1550] Folglich trifft den Beschuldigten in Bezug auf Rechtfertigungs- und Schuldausschlussgründe zunächst eine Behauptungslast, sofern das mögliche Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes nicht augenscheinlich ist. Dies wird in einem Entscheid des Obergerichts Zürich aus dem Jahr 2011 ausdrücklich so formuliert:

> „[Die] Einordnung [eines Umstands als Rechtfertigungsgrund] hat zwar keinen Einfluss auf das Ergebnis, da das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes ebenfalls zu Freispruch und Straflosigkeit führt. Sie macht jedoch deutlich, dass es sich dabei um einen Ausnahmefall handelt, der vorbehältlich entsprechender Anhaltspunkte nicht zu vermuten ist und der in der Anklageschrift in der Regel nicht eigens zu erwähnen ist. Das hat zur Folge, dass die Strafverfolgungsbehörden von Amtes wegen nicht gehalten sind, entsprechende Abklärungen zu tätigen, sofern keine entsprechenden Hinweise vorhanden sind, was bedeutet, dass den Angeklagten in diesem Umfang eine Behauptungslast trifft."[1551]

[1548] Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 115 und S. 149.

[1549] SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Rn. 220; BSK-StPO-Tophinke, Art. 10 Rn. 21.

[1550] BGer 1P.641/2000 vom 24. April 2001, E. 3. = Pra. 2001 Nr. 110

[1551] Urteil SB110423 vom 15.11.2011 des Zürcher Obergerichts, E. 3

Bei Rechtfertigungsgründen trifft die beschuldigte Person sodann eine Substantiierungslast, da die Strafbehörden nicht jeder Schutzbehauptung, die sich auf keinerlei Anhaltspunkte stützt, nachgehen müssen.[1552] Der Grundsatz *in dubio pro reo* zwingt die Behörden somit nicht dazu, jede entlastende Behauptung des Beschuldigten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit kein spezifischer Beweis vorhanden ist, als unwiderlegt zu betrachten; nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung braucht durch einen hieb- und stichfesten Beweis widerlegt zu werden. Zwar würde es zu weit gehen, dem Beschuldigten die Beweislast für entlastende Umstände wie beispielsweise Rechtsfertigungsründe aufzubürden. Behauptete Rechtfertigungsgründe sind jedoch gemäss Niklaus Schmid vom Staat „nur beweismässig zu widerlegen, wenn sie zweifelhaft sind bzw. vom betroffenen Beschuldigten in einem Mindestmass glaubhaft gemacht werden."[1553] Diese Konstellation veranlasst Piquerez zu Recht von einer Umkehr der Beweislast zu sprechen,[1554] die aber gleichsam limitiert ist, denn „[…] *l'on n'exige pas une preuve stricte du prévenu qui invoque des causes de non-responsabilité. Néanmoins, une simple affirmation ou des allégations imprécises du prévenu ne suffisent pas à faire admettre l'existence du fait justificatif, on exige à tout le moins qu'il les rende vraisemblables*."[1555]

Die Verschiebung der Einwilligung auf die Tatbestandsebene hätte also die in der Einleitung als These beschriebene Wirkung. Nach der geltenden Regelung der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund indiziert die Tatbestandsmässigkeit – man den-

---

[1552] Vgl. BSK-StPO-Tophinke, Art. 10 Rn. 21.

[1553] SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Rn. 220; vgl. auch RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 10 Rn. 2.

[1554] PIQUEREZ, Les principes généraux de la procédure pénale, S. 72: „Toutefois, si [la personne poursuivie] invoque un moyen de défense, tel un fait justificatif ou une cause de non-imputabilité, selon l'adage *reus in excipiendo fit actor*, qui signifie que le défendeur, lorsqu'il allègue un moyen, devient demandeur, il s'opère un changement du fardeau de la preuve et la charge de la preuve des moyens de défense lui incombe et il lui appartient de rendre vraisemblable l'existence du fait justificatif." (kursiv im Original).

[1555] PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure Pénale Suisse, Rn. 555; vgl. auch PIQUEREZ, Les principes généraux de la procédure pénale, S. 72.

ke an den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit – die Rechtswidrigkeit und damit das Fehlen eines Rechtfertigungsgrundes. Dabei findet im Unterschied zur Bestimmung der Tatbestandsmerkmale, wenn nicht eine Beweislastumkehr dann doch zumindest eine Beweislastverschiebung statt; der Beschuldigte wird also mit der Beweisführung stärker belastet. Wenn die Einwilligung hingegen auf Tatbestandsebene wirkt und es um die Beweisführung des negativ gefassten Tatbestandselements „ohne den Willen des Berechtigten" geht, würde eine solche Verschiebung nicht stattfinden und die Staatsanwaltschaft wäre mit der Beweisführung stärker belastet. Es ist nämlich unbestritten, dass es Aufgabe des Staates ist, dem Beschuldigten alle eine Strafbarkeit begründenden Umstände nachzuweisen, wozu in erster Linie „die Verantwortlichkeit des Beschuldigten im Sinn der Erfüllung aller objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale in positiver und negativer Hinsicht" zählen.[1556]

3. Schlussfolgerung

In Bezug auf das Vorliegen von Rechtfertigungsgründen kann also nicht von einer strikten Beweislastverschiebung im eigentlichen Sinne gesprochen werden, da es Sache des Staates bleibt, allenfalls vorhandene Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zu entkräften und eine entlastende Darstellung zu widerlegen. Trotzdem trifft den Beschuldigten aber unter Umständen zusätzlich zur Behauptungslast auch eine Substantiierungslast, da entsprechende Behauptungen nur dann zu widerlegen sind, wenn sie einigermassen glaubhaft behauptet werden. Vom Beschuldigten wird zwar kein strikter Beweis für das Vorliegen rechtfertigender Tatsachen gefordert, sie müssen aber aufgrund der Vorbringungen des Beschuldigten mindestens als wahrscheinlich erscheinen.[1557] Das gilt gemäss Bundesgericht insbesondere auch für die Einwilligung des Patienten, die nach ständiger Recht-

---

[1556] SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Rn. 216.

[1557] PIQUEREZ, Les principes généraux de la procédure pénale, S. 72; ebenso in PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse, Rn. 702; vgl. auch TRECHSEL, Human rights in criminal proceedings, S. 167 f.

sprechung des Bundesgerichts einen Rechtfertigungsgrund darstellt: „*Le consentement éclairé du patient constitue, dans ce contexte, un fait objectif justificatif dont le fardeau de la preuve incombe à l'accusé, qui y satisfait déjà en rendant vraisemblables ses allégations* […].“[1558] Ansonsten, also bei Fehlen einer minimalen Konkretisierung der Darstellung der Rechtfertigungsgründe bzw. bei Fehlen einer Darstellung, die einer Überprüfung der Rechtfertigungsgründe im Beweisverfahren zugänglich ist, darf von einer blossen Schutzbehauptung ausgegangen werden, der nicht nachgegangen werden muss.[1559] Es obliegt also nach Ansicht des Bundesgerichts dem beschuldigten Arzt mindestens glaubhaft zu machen oder als wahrscheinlich erscheinen zu lassen, dass der tatbestandsmässige Eingriff in die Rechtsgüter des Patienten durch eine wirksame Einwilligung gerechtfertigt war. Gelingt ihm dies nicht, wird das Verhalten als rechtwidrig beurteilt. Erst wenn ihm dies gelingt, ist die vom Beschuldigten glaubhaft gemachte Einwilligung des Patienten vom Staat beweismässig zu widerlegen.

Wenn nun aber nach der hier vertretenen Meinung die Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund ist, sondern als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist, verschiebt sich die Beweislast. Nur wenn es sich um Elemente handelt, die auf der Ebene der Rechtswidrigkeit bewiesen werden müssen, kann davon die Rede sein, dass die Beweislast (*fardeau de la preuve*) oder zumindest die Behauptungslast und die entsprechende Substantiierungslast auf dem Beschuldigten liegt, die Staatsanwaltschaft mithin entlastet wird. Wenn es sich bei der Einwilligung hingegen um ein negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal handelt, ist es unbestritten, dass dieses Tatbestandselement von der Staatsanwaltschaft bewiesen werden muss. Der Staat muss also beweisen, dass der Eingriff durch den Beschuldigten ohne Einwilligung des Berechtigten erfolgte – es ist nicht mehr der Beschuldigte, der in einem Mindestmass glaubhaft machen muss, dass der Eingriff *mit* der Einwilligung des Berechtigten erfolgte. Da also bei der Frage der Einwilligung des Berechtigten eine Beweislastverschiebung auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu Ungunsten des

---

[1558] BGer 6B_869/2010 vom 16. September 2011, E. 4.5.

[1559] Vgl. BSK-StPO-Tophinke, Art. 10 Rn. 21.

Beschuldigten nicht mehr zulässig ist, dürfte es gesamthaft für den Staat etwas schwieriger werden, die Tatbestandsmässigkeit des Verhalten des Beschuldigten und mithin seine Schuld zu beweisen.

VII. Zusammenfassung und Überleitung

Ausgangspunkt der vorangehenden Überlegungen war die Einsicht, dass ein argumentativer Zusammenhang besteht zwischen dem auch verfassungsrechtlich verankerten Prinzip der Einwilligung des Berechtigten, dem eigentlichen Grund für die unrechtsausschliessende Kraft einer Einwilligung und der Bestimmung des Rechtsgutes auf der einen Seite sowie der straftatsystematischen Einordnung der Einwilligung auf der anderen Seite.

In der Folge wurde ausführlich das eigene, grundlegende Verständnis von Tatbestandsmässigkeit und Rechtswidrigkeit und vom Begriff des Individualrechtsguts dargelegt, in dem das Rechtsgutsobjekt als auch die Verfügungsbefugnis darüber integriert werden. Anhand des Vergleichs zweier fundamentaler Modelle der Anatomie des Individualrechtsgutes, des konservativ-kollektivistischen Kollisionsmodells und des liberal-individualistischen Integrationsmodells, wurden die unterschiedlichen Auffassungen von der Gestaltung des Individualrechtsguts eruiert. Die Hauptunterschiede der divergierenden Modelle (Kollisions- und Integrationsmodell) in Bezug auf Anatomie und Inhalt der Individualrechtsgüter bestehen darin, dass gemäss Kollisionsmodell das Individualrechtsgut, als tatbestandlich geschütztes und rein materielles, von Selbstbestimmungsrecht und Dispositionsfreiheit des Inhabers getrennt um seiner selbst willen zu behandeln ist. Gemäss Integrationsmodell soll das Willenselement, also die Verfügungsfreiheit über die eigenen materiellen Güter, in das Konzept des Individualrechtsguts integriert werden. Systematisch unterscheiden sich die beiden Theorien bezüglich der Einwilligung darin, dass diese beim Kollisionsmodell auf Ebene der Rechtfertigung und beim Integrationsmodell auf Ebene der Tatbestandsmässigkeit behandelt wird.

Rechtsschutzverzichts- und Güterabwägungstheorie, als ihrem Wesen nach zum konservativ-kollektivistischen Kollisionsmodell zugehörig, wurden in ihrer Aus-

wirkung auf das Konzept von Individualrechtsgut und Einwilligung dargelegt sowie, insbesondere in ihrer Neigung zu paternalistischen, moralistischen sowie utilitaristischen Tendenzen, einer konstruktiv kritischen Beurteilung unterzogen. Massgebend, auch im Sinne eines Vorgriffs auf die darauffolgende Auseinandersetzung mit dem liberal-individualistischen Integrationsmodell, war die Kritik an der Trennung von Rechtsgut und Dispositionsfreiheit. Hierzu kontrastierend wurde in einem weiteren Schritt das liberal-individualistische Integrationsmodell vorgestellt, welches eine fundamental abweichende Herangehensweise an die Frage von Anatomie und Inhalt des Individualrechtsguts sowie dessen Rechtsschutz vorschlägt. Im Sinne eines liberalen, auf das Individuum bezogenen Umgangs mit Fragen der Einwilligung soll das Individualrechtsgut aus einem Zusammenspiel von Verfügungsgegenstand und Verfügungsbefugnis bestehen. Die Verfügungsfreiheit über die eigenen materiellen Güter, das Selbstbestimmungsrecht und der Wille des Berechtigten soll demnach in das Konzept des Individualrechtsguts integriert werden.

Gegenläufige Argumente, mit welchen sich das Integrationsmodell konfrontiert sieht, wurden eingehend dargelegt und widerlegt. Zudem wurde das Willenselement im Integrationsmodell so präzisiert, dass damit stets ein Handeln „ohne den Willen des Berechtigten“ als strafbar gilt. Mit einem richtig verstandenen Integrationsmodell und mithin einer Präzisierung des Willenselements im Tatbestand entstehen keine Schutzlücken und es kommt auch nicht zu einer Strafbarkeitsüberdehnung. Damit wurde zugleich gezeigt, dass sich das sogenannte Basismodell, ungeachtet seiner Originalität und seines Potentials, als Alternative erübrigt.

In einem weiteren Schritt wurde die entsprechende Einordnung der Einwilligung im System der strafrechtlichen Zurechnung geklärt. Die Einwilligung soll als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal verstanden werden. Eine sachliche Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung erweist sich als weder zielführend noch richtig. Dieses Kapitel wurde mit einem Gesetzesvorschlag zur Normierung der Einwilligung des Berechtigten in den Zurechnungsregeln des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches abgeschlossen.

Sodann wurden im Einzelnen die Wirksamkeitsvoraussetzungen und die Grenzen der Einwilligung bestimmt, die stark vom Verständnis des Individualrechtsguts beeinflusst sind. Eine wirksame Einwilligung setzt zunächst voraus, dass der Einwilligende über das betroffene Rechtsgut verfügen darf. Die Einwilligung kann sich daher nur auf eigene Individualrechtsgüter, nicht aber auf Rechtsgüter der Allgemeinheit beziehen. Doch selbst über eigene Individualrechtsgüter darf nicht grenzenlos verfügt werden: Art. 114 StGB verbietet die Tötung auf Verlangen und spricht dem Betroffenen somit die Möglichkeit ab, gültig in den eigenen Tod einzuwilligen. Zu beachten ist allerdings, dass diese Beschränkung der Verfügungsfreiheit nicht, wie vielfach angenommen, mit diffusen moralphilosophischen Überlegungen zu begründen ist. Für das Verbot der direkten aktiven Sterbehilfe und die damit verbundene Beschränkung der Verfügungsfreiheit sprechen in erster Linie pragmatische Gründe, weil einerseits ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential besteht und die Gestattung der aktiven Sterbehilfe dank der liberalen Regelung der indirekten und passiven Sterbehilfe nicht wirklich notwendig ist. Art. 114 StGB bildet also die Ausnahme des Grundsatzes, dass die Verletzung von Individualrechtsgütern nur gegen den Willen des Rechtsgutsträgers strafbar ist. Andere, nicht kodifizierte Ausnahmen, wie etwa die von Lehre und Rechtsprechung angenommenen Schranken bei der schweren Körperverletzung sind hingegen nicht beachtlich.

Sofern der Rechtsgutsträger über eigene Individualrechtsgüter disponieren kann, stellt sich im Weiteren die Frage, ob sein Wille zur Verfügung über ein bestimmtes Rechtsgut ausreicht, um wirksam in eine Verletzung einzuwilligen, oder ob dieser Wille auch gegen aussen erklärt werden muss. Da die Einwilligung nicht nur ein ontologisches Phänomen ist, sondern auch und in erster Linie ein rechtliches, ist zu verlangen, dass der Rechtsgutsträger die Einwilligung erklärt, denn nur so kann sie – als Einwilligung – eine rechtliche Wirkung entfalten. Wenn also jemand ohne erklärte Einwilligung eine Verletzungshandlung vornimmt, welcher der Rechtsgutsträger innerlich zustimmt, so ist die Handlung mangels erklärter Einwilligung tatbestandsmässig. Wird jedoch *ex post* bekannt, dass der Rechtsgutsträger innerlich mit der Handlung einverstanden war, so verschiebt dieser innere Wille die Strafbarkeit vom vollendeten Delikt auf ein bloss versuchtes, weil es am Erfolgsunwert fehlt.

Liegt eine Einwilligungserklärung vor, so ist im Hinblick auf deren Wirksamkeit zunächst zu prüfen, ob der Rechtsgutsträger überhaupt einwilligungsfähig war. Eben dies setzt voraus, dass dieser kognitiv in der Lage ist, den Wert des betreffenden Gutes sowie die Folgen und Risiken seiner Entscheidung zu erfassen, und dass er diese in Übereinstimmung mit seinen Bedürfnissen und Wünschen beurteilen kann. Die strafrechtliche Einwilligungsfähigkeit erfordert differenzierte Anforderungen je nach Art des betroffenen Rechtsguts und des beabsichtigen Eingriffs, dem Grundsatz nach sind die Voraussetzungen jedoch immer gleich. Der ganz grundsätzliche Einwand auf der Basis eines harten Determinismus, dass der Mensch aufgrund seiner Einbindung in die Welt der natürlichen Kausalgesetze gar keine Willensfreiheit habe und daher auch nicht sinnvoll von Einwilligung oder Einwilligungsfreiheit gesprochen werden könne, wurde mit zwei unterschiedlichen Argumentationssträngen entkräftet.

Als letzter Schritt bei der Prüfung der Wirksamkeit ist sodann erforderlich, dass keine Willensmängel vorliegen. Als Willensmängel kommen einerseits Zwang und andererseits ein Irrtum des Einwilligenden in Frage. Zwang liegt vor, wenn der Einwilligende genötigt wird; es wird also nicht jedwede beliebige Zwangslage erfasst. Bei den Irrtümern ist hingegen jeder beliebige Irrtum des Einwilligenden beachtlich, eine normative Beschränkung ist hier abzulehnen, weil jeder Irrtum dem Rechtsgutsträger die Bildung eines autonomen Willens verwehrt. Doch nicht jeder Irrtum des Einwilligenden führt dazu, dass der Eingreifende für den nicht von einer gültigen Einwilligung gedeckten Eingriff bestraft wird. In einem zweiten Schritt ist nämlich zu prüfen, ob dem Eingreifenden der Willensmangel zugerechnet werden kann.

Abschliessend wurde in einem kurzen Kapitel auf einen bedeutsamen Zusammenhang zwischen der hier dargelegten Doktrin der Einwilligung und dem Grundsatz der Unschuldsvermutung sowie der Beweislast im Strafverfahren hingewiesen.

Willigt der Betroffene nicht in den Eingriff eines Dritten in seine Güter oder Interessen ein, so hat der Eingreifende diesbezüglich den Tatbestand erfüllt und er macht sich grundsätzlich strafbar. Hat der Berechtigte hingegen eingewilligt, ist das

negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen“ nicht erfüllt. Die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens ist folglich nicht gegeben und der Eingreifende bleibt straflos. Das ist der typische Fall der Einwilligung. Es kann aber verschiedene Gründe dafür geben, dass keine wirksame Einwilligung vorliegt. Der Betroffene kann den Eingriff ganz einfach nicht wollen und erklärt dies auch. Es kann aber auch geschehen, dass der Betroffene nicht in der Lage ist, seine Einwilligung zu äussern, weil er nicht ansprechbar ist oder die Situation nicht überblickt. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Strafbarkeit – trotz fehlender Einwilligung des Betroffenen selbst – aus anderen vergleichbaren Gründen entfallen kann.[1560] Man spricht hier von Einwilligungssurrogaten. Diese Thematik soll im folgenden dritten Teil ausführlich diskutiert werden.

[1560] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 7 ff. (Ad. Ziff. 2); vgl. auch TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 503 f.

Dritter Teil: Besondere Anwendungsformen

I. Einleitung

Wenn der Berechtigte – aus welchen Gründen auch immer – nicht die Fähigkeit oder Möglichkeit hat, in einen Eingriff in seine Rechtsgüter einzuwilligen,[1561] können Einwilligungssurrogate in Betracht kommen. Es kann beispielsweise jemand an seiner Stelle entscheiden oder es kann – im Fall von besonderer Dringlichkeit – zumindest im Interesse des Berechtigten gehandelt werden. Zu differenzieren ist hier zwischen der Situation, in der der Berechtigte allgemein nicht in der Lage ist, sich selbständig eine Meinung zu bilden und entsprechend zu entscheiden zum einen – man spricht von der originären Einwilligungsunfähigkeit. Zum anderen die Situation, in der der Berechtigte konkret nicht mehr zur Meinungsbildung und Entscheidung fähig ist – dabei handelt es sich um die erworbene Einwilligungsunfähigkeit. Dabei muss in allen Fällen von Einwilligungssurrogaten berücksichtigt werden, dass das Surrogat an die Stelle der Einwilligung tritt und damit nicht weiter gehen kann, als die Einwilligung selbst gehen würde und nicht weiter, als sie gehen dürfte. Surrogate kommen also nicht in Betracht, wenn eine Einwilligung ausgeschlossen wäre, etwa weil es sich um ein nicht disponibles Rechtsgut handelt.[1562] In den folgenden Abschnitten soll dies ausgeführt und geklärt werden.

Solche Einwilligungssurrogate sind die schriftliche früher gegebene Einwilligung (Patientenverfügung) und die stellvertretende Einwilligung, d.h. die Einwilligung durch gesetzliche Vertreter oder gewillkürte Vertreter. Daneben existiert mit dem Konzept der sogenannten „mutmasslichen Einwilligung“ ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund,[1563] der mit den beiden genannten Surrogaten zumindest ansatzwei-

---

[1561] Vgl. BAEROE, Patient Autonomy, S. 90, eingehend zum *competence assessment* und zu Problemen der Willkür in diesem Zusammenhang.

[1562] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 22.

[1563] Vgl. BGE 124 IV 258, 261; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 16; TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 498.

se verwandt ist, so dass er hier auch zu den Einwilligungssurrogaten gerechnet wird. Zwischen diesen Surrogaten bestehen bestimmte Graubereiche, so dass sich die genaue Abgrenzung als schwierig erweisen kann. Nicht ganz unproblematisch ist es auch, die richtige Hierarchie der Surrogate zu ermitteln. Bei der Klassifizierung der verschiedenen Fälle ist vorwegzunehmen, dass eine tatsächliche und aktuelle Einwilligung durch einen Einwilligungsfähigen stets vorrangig ist. Wer anlässlich eines bevorstehenden Eingriffs in seine Rechtsgüter die Fähigkeit hat, die konkrete Situation richtig einzuschätzen und sich ein Urteil zu bilden, wer also einwilligungsfähig ist, kann selber darüber verfügen, wer unter welchen Umständen in seine Güter oder Interessen eingreifen darf. Wird dem an sich einwilligungsfähigen Berechtigten keine Gelegenheit gegeben, sich zu äussern, oder äussert er sich ablehnend, erfüllt der Eingriff den entsprechenden Straftatbestand.[1564] Eine nur vermeintliche Ausnahme bildet die Lehre der sogenannten hypothetischen Einwilligung, die ich kritisch beleuchten und angesichts ihrer Systemwidrigkeit grundsätzlich ablehnen werde.[1565]

Die Frage, wann solche Anwendungsformen der Einwilligung notwendig sind, tritt insbesondere im Medizinstrafrecht auf: Nicht nur wird hier regelmässig in die körperliche Integrität des Patienten eingegriffen mit dem Ziel, ihn zu heilen oder seine Schmerzen zu lindern. Es kommt in diesem Kontext auch oft vor, dass die berechtigte Person gerade wegen ihrer Krankheit, wegen eines Unfalls oder wegen des Alters nicht (mehr) selber einwilligen kann. Naturgemäss besteht sodann nicht selten die Situation, dass wegen eines Notfalls schlicht nicht genügend Zeit vorhanden ist, um eine wirksame Einwilligung des Berechtigten einzuholen. Damit sich der Arzt dennoch nicht strafbar macht, obschon dann keine wirksame Einwilligung vorliegt, muss es für ihn möglich sein, zugunsten des Patienten auf der Grundlage eines Einwilligungssurrogates eingreifen zu können. Um sich diesem Problembereich vernünftig nähern zu können, muss zunächst Klarheit über eine umstrittene Frage

---

[1564] Vgl. TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 501.

[1565] Vgl. dazu unten S. 493 ff.

geschaffen werden: Wie ist eine medizinische Heilbehandlung strafrechtlich überhaupt zu beurteilen?

II. Medizinische Heilbehandlung

1. Einleitung

Wenn das medizinische Personal Patienten behandelt, greift es in vielen Fällen in ihre Güter und Interessen ein. Wenn Blut entnommen wird, Medikamente injiziert werden oder wenn operiert wird, findet ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten statt, um ihn so letztlich zu heilen, seine Schmerzen zu lindern, auf seinen Wunsch zu verschönern oder ihn – man denke an eine Impfung – vor ansteckenden Krankheiten zu schützen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichts verwirklichen solche Verhaltensweisen den Tatbestand der Körperverletzung, wenn „sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. bei Amputationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern."[1566] Und zwar auch dann, wenn solche medizinischen Eingriffe nach Auffassung des Arztes medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind.[1567] Dies wird nicht zuletzt deshalb so beurteilt, weil, wie Guido Jenny zu Recht hervorgehoben hat, das Kriterium des Heilzwecks bzw. der medizinischen Indikation keine allgemein gültige feste Grösse darstellt, sondern unterschiedlichen auch subjektiv geprägten Bewertungen zugänglich ist. Bei vielen Krankheitsbildern oder Beschwerden geht es denn auch um die Frage nach etwas mehr Gesundheit

---

[1566] BGE 124 IV 258, 260 f.

[1567] Vgl. BGE 99 IV 208, 210 f.; vgl. auch BGE 117 Ib, 197, 200 ff.; BGE 127 IV 154, 157; vgl. auch BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 27, die diese Position auch als die wohl herrschende Lehre bezeichnen; vgl. grundlegend für Deutschland bereits den Entscheid des Reichsgerichts aus dem Jahre 1894, RGSt 25, 375, wonach jeder die körperliche Unversehrtheit nicht nur unerheblich beeinträchtigender ärztlicher Eingriff den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt, ohne Rücksicht darauf, ob der Eingriff erfolgreich ist, medizinisch indiziert ist oder kunstgerecht durchgeführt wurde.

oder etwas weniger Krankheit, so dass niemand statt des Patienten entscheiden kann, was seinem Wohlbefinden am besten dient.[1568] Jedoch entfällt in den meisten Fällen die Strafbarkeit wegen der Einwilligung des berechtigten Patienten in den Eingriff. Erfolgt der Eingriff jedoch ohne Einwilligung, ist die medizinische Behandlung sogar dann ein grundsätzlich strafbarer Eingriff in die körperliche Integrität, wenn sie *lege artis* durchgeführt wurde und den gesundheitlichen Zustand (voraussichtlich) verbessert.[1569] Dieser Grundsatz gewinnt vor allem auch dann an Brisanz, wenn die Einwilligung nach der überkommenen Lehre nur ein Rechtfertigungsgrund für tatbestandsmässiges Verhalten sein soll.[1570] Diese Lehre besagt nämlich, dass man davon ausgeht, dass der Arzt durch die medizinische Heilbehandlung zunächst den vollständigen Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht und erst in einem zweiten Schritt gerechtfertigt wird, wie dies auch etwa bei Notwehr und Notstand der Fall sein kann. Wer sich am Ergebnis eines möglichen Strafverfahrens orientiert, sieht hierin kein Problem: Es sei damit keine Diskriminierung des Arztes verbunden, da die Rechtfertigung mittels Einwilligung des Patienten ein hinreichendes Korrektiv biete.[1571]

Dieses Verständnis ist jedoch teilweise als schief kritisiert worden: Es erscheine gegenüber dem Ärztestand als unangemessen, bei jeder invasiven ärztlichen Heilbehandlung den Tatbestand einer Körperverletzung zunächst zu bejahen und erst auf der Ebene der Rechtfertigung zu einem Strafausschluss zu kommen. Deswegen wird auch vorgeschlagen, die Tatbestandsmässigkeit der Körperverletzung – im Sinne einer tatbestandsausschliessenden Zustimmung – immer dann schon zu verneinen, wenn der Patient in die Heilbehandlung eingewilligt hat.[1572] Diese beiden

---

[1568] Zum Ganzen JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, S. 636.

[1569] Vgl. BÜCHLER/MICHEL, Medizin Mensch Recht, S. 188; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 12; PK-Trechsel/Fingerhuth, Vor Art. 122 Rn. 6.

[1570] Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 139; vgl. auch differenzierend STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 18.

[1571] Vgl. schon REHBERG, Arzt und Strafrecht, S. 304.

[1572] Vgl. nur WIESNER, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, S. 64 f.

verbreiteten Auffassungen – Rechtfertigung durch Einwilligung und Tatbestandsausschluss durch Einwilligung – haben jedoch gemein, dass die strafrechtliche Bewertung der ärztlichen Heilbehandlung im Kontext der Körperverletzung erfolgt und die Entlastung für den Arzt nicht in intrinsischen Aspekten der Heilbehandlung an sich, sondern in der Einwilligung des Patienten liegt. Der Arzt bewegt sich damit immer – sogar bei nur minimal invasiven Eingriffen – am Rande der Strafbarkeit. Und zwar nicht bloss hinsichtlich des übergangenen Selbstbestimmungsrechts des Patienten, der in die Behandlung nicht eingewilligt hat, sondern unmittelbar hinsichtlich einer Körperverletzung, die er am Patienten verwirklicht hat, ohne dass dieser zugestimmt hätte.

Wenn er dabei ein Skalpell verwendet hat oder der Patient bei der Behandlung verstirbt, kommen durchaus auch Qualifikationen der Körperverletzung bzw. weitere Tatbestände in Betracht – man denke etwa an eine Körperverletzung mit einem gefährlichen Gegenstand gemäss Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB oder an die fahrlässige Tötung gemäss Art. 117 StGB.[1573] Angesichts dieser möglichen Konsequenzen, die die freie Berufsausübung von Ärzten erheblich einschränken könnten, ist Kritik laut geworden, dass dadurch „Ärzte mit Messerstechern auf eine Stufe gestellt werden."[1574] Wenn die Verletzung des Körpers konstitutiv sein muss für die Strafbarkeit, wenn also gleichsam die Verletzung und nicht der Wille entscheidend ist, könne man doch auch sagen, dass eine medizinische Heilbehandlung eben gar keine „Verletzung" des Körpers darstellt. Die medizinische Heilbehandlung sollte also im Hinblick auf die Körperverletzung ganz aus dem Strafbarkeitsbereich ausgenommen werden, unabhängig davon, ob der Patient in den Eingriff eingewilligt hat oder nicht. Die durchaus zu ahndende Missachtung des Willens soll stattdessen über den

---

[1573] Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 123 Rn. 6; vgl. auch MK-StGB-Hardtung, § 226 Rn. 19; vgl. kritisch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 45 f.; JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 49.

[1574] So schon BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 62; vgl. auch HONSELL, Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung, S. 15; ROGGO, Aufklärung des Patienten, S. 37 f.

Tatbestand der Nötigung, den Tatbestand der Freiheitsberaubung oder einen eigenen Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung abgedeckt werden.[1575]

2. Sondertatbestand der eigenmächtigen ärztlichen Heilbehandlung?

a) Kriterien zur Eingrenzung der Strafbarkeit

In der Literatur wurden deswegen verschiedene Ansätze entwickelt, um dem Problem entgegenzutreten.[1576] Zum einen wurde vorgeschlagen, stärker zwischen den unterschiedlichen Arten von Heilbehandlungen zu unterscheiden und nur bei erheblich substanzverletzenden Eingriffen, wie Operationen, nicht aber beispielsweise bei schmerzlindernden Spritzen, eine Körperverletzung zu bejahen.[1577] Zum anderen wurde vorgeschlagen, die Tatbestandsmässigkeit der ärztlichen Heilbehandlung als Körperverletzung unabhängig von der Einwilligung des Patienten immer dann abzulehnen, wenn der Eingriff erfolgreich[1578] oder *lege artis*[1579] vorgenommen wurde bzw. medizinisch indiziert[1580] war.[1581] Das Ziel der Heilung sei bei der medizinischen Behandlung in den Vordergrund zu rücken und der zwischenzeitliche Eingriff in die körperliche Integrität zu vernachlässigen, wenn diese Kriterien erfüllt sind. Diese Stimmen, die sich im deutschsprachigen Raum vor allem gegen Ende des 19. Jahrhunderts herausgebildet haben, sind früher vielfach als „herrschende Lehre“

[1575] Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 28; vgl. auch JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 38 ff.

[1576] Vgl. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 36 ff., der hier von „Tatbestandslösungen“ spricht.

[1577] Vgl. KNAUER, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung, S. 18.

[1578] SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 1, Art. 123 Rn. 59; so wohl auch BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 67.

[1579] So etwa SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 1, Art. 123 Rn. 50.

[1580] Vgl. WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 150 ff.; vgl. dazu auch PK-Trechsel/Fingerhuth, Vor Art. 122 Rn. 6.

[1581] Vgl. WIESNER, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, S. 55 ff.; vgl. auch MK-StGB-Joecks, § 223 Rn. 42 ff.

bezeichnet worden.[1582] Allerdings kumuliert und alterniert jede die Voraussetzungen wieder ein wenig anders.[1583] Einig ist man sich darüber, dass der gewählte Kurs der Rechtsprechung, dass in jeder Heilbehandlung, die die Merkmale einer Körper- oder Gesundheitsschädigung erfüllt, eine zumindest tatbestandliche – aber möglicherweise durch Einwilligung gerechtfertigte – Körperverletzung liegt, verfehlt sei. Von einem weitergehenden Konsens kann freilich keine Rede sein.

Vor allem der erfolgsorientierte Ansatz mutet verwunderlich an: Denn wann ist die Behandlung „erfolgreich"? Wenn sofort alle Beschwerden wegfallen oder wenn wenigstens ein minimaler Grad an Besserung eintritt?[1584] Und wieso soll es von diesem Späterfolg abhängen, ob sich jemand strafbar macht? Handelt es sich hierbei nicht vielmehr um ein weitgehendes Zufallsereignis, das auf einer unter Umständen sehr langen Zeitachse irgendwann oder auch gar nie eintreten kann? Nicht umsonst schulden Ärzte keinen Behandlungserfolg, sondern nur die vertragsgemässe, auf die Wiederherstellung der Gesundheit ausgerichtete Behandlungsleistung nach den Regeln der ärztlichen Kunst.[1585] Der Heilungserfolg ist eben nicht zuletzt auch immer von bestimmten Variablen abhängig, wie etwa der körperlichen Verfassung des Patienten, auf die der Arzt oft keinen Einfluss hat. Die Strafbarkeit von einem solchen Zufallselement abhängig zu machen, grenzt an Willkür. Kann und muss der

---

[1582] Vgl. GROTSCH, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung, S. 18.

[1583] Vgl. KUNZ, Die strafrechtliche Beurteilung heimlicher HIV-Tests, S. 259 f.

[1584] Vgl. kritisch dazu auch JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 44: „Dasselbe gilt für den Krebspatienten und seinen Behandlungsentscheid für oder gegen eine Therapie, mit welcher seine Lebenserwartung zwar von einem auf drei oder mehr Jahre gesteigert würde, mit der er aber dauerhafte und massive Einschränkungen zu erwarten hätte, andernfalls er das eine Jahr relativ normal im Kreis der Familie verbringen könnte." Vgl. auch GROPP, Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, S. 16 f.

[1585] Vgl. FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 117 f.; vgl. auch ROGGO, Aufklärung des Patienten, S. 44 f.; vgl. auch BGE 130 IV 7, 11: „Ausgangspunkt für das Mass der anzuwendenden Sorgfalt stellt in dem zu beurteilenden Fall die den Arzt treffende allgemeine Pflicht dar, die Heilkunst nach anerkannten Grundsätzen der ärztlichen Wissenschaft und Humanität auszuüben, alles zu unternehmen, um den Patienten zu heilen, und alles zu vermeiden, was ihm schaden könnte. Nach der Rechtsprechung liegt die Besonderheit der ärztlichen Kunst darin, dass der Arzt mit seinem Wissen und Können auf einen erwünschten Erfolg hinzuwirken hat, diesen aber nicht herbeiführen oder gar garantieren muss."

Arzt aber schon keinen Erfolg garantieren, hat er doch zumindest für eine kunstgerechte Durchführung der Behandlung zu sorgen.[1586] Daher ist es auch verfehlt, die Tatbestandsmässigkeit der ärztlichen Heilbehandlung als Körperverletzung immer dann zu verneinen, wenn der Eingriff *lege artis* vorgenommen wurde. Das kunstgerechte Handeln ist kein entlastendes Kriterium, sondern eine allgemeine Pflicht des Arztes; bei einer Verletzung dieser Pflicht droht dem Arzt ohnehin mindestens eine Strafe wegen eines Fahrlässigkeitsdelikts.[1587]

Auch das Kriterium der medizinischen Indikation ist mehr als zweifelhaft. In einer Injektion läge nach dieser Auffassung dann eine Körperverletzung, wenn Blut gespendet wird, nicht aber wenn ein Gegengift gegen einen Schlangenbiss gespritzt wird. Noch schwieriger liegt der Fall bei einer Gelbfieber-Impfung vor einer Ferienreise in ein Gelbfiebergebiet. Das Tropeninstitut empfiehlt die Impfung. Aber ist sie dadurch auch medizinisch indiziert? Schliesslich könnte der Patient die Reise auch absagen. Oder wie soll bei einem schönheitschirurgischen Eingriff oder der Operation für eine Lebendorganspende gewertet werden, bei dem es sich um einen nicht indizierten Eingriff in die körperliche Unversehrtheit handelt?[1588] Warum sollte sich ein Arzt, „der vormittags eine unfallbedingt verunstaltete Nase chirurgisch korrigiert und nachmittags eine ähnliche plastische Modellierung als rein kosmetische Operation durchführt, gleich Dr. Jekyll und Mr. Hyde, von einem Beauftragten wahrer Humanität, in einen Messerstecher verwandeln“?[1589] Objektiv betrachtet wird bei medizinisch indizierten Eingriffen und nicht medizinisch indizierten Eingriffen oft exakt die gleiche Handlung durch den Arzt vorgenommen.[1590] Ob diese als tatbestandlich eingeordnet wird, soll von dahinterliegenden Motiven abhängen.

[1586] JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 8.

[1587] Vgl. JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 9; BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor Art. 122 Rn. 24.

[1588] Vgl. ausführlich dazu auch WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, S. 150 ff.

[1589] So FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 41 f.

[1590] Vgl. BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor § 122 Rn. 29, die von einer „kaum fassbare[n] Unterscheidung von eigentlichen Heileingriffen und anderen Eingriffen“ sprechen.

Dies führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit, die ohne weiteres vermieden werden kann. Nämlich dadurch, dass man auch alle medizinisch indizierten Heileingriffe als Eingriffe in die körperliche Integrität beurteilt, was nicht zu einer übermässigen Strafbarkeit des Arztes führt, weil der Patient – in der Regel – eingewilligt hat, und damit der Tatbestand nicht erfüllt ist.

b) Tatbestandslosigkeit aller Heilbehandlungen?

All diesen Eingrenzungsversuchen liegt eine einheitliche Frage zugrunde: Sollten ärztliche Heilbehandlungen als Körperverletzungen verstanden werden oder nicht; und wenn ja, unter welchen Umständen? Wie sehr und wie lange schon über diese Frage gestritten wird, zeigt ein Zitat von Lassa Oppenheim aus dem Jahre 1893:

> „Die Abnahme eines Beines – also eine dauernde Verstümmelung – sollte keine Körperverletzung sein, weil sie im Hinblick auf die sonst wahrscheinlich fortschreitende Knochentuberkulose geschieht? […] Ich meine, wer Augen hat, zu sehen, und Ohren, zu hören, und eine Vernunft, zu denken, wird sagen: Das sind alles höchst gefährliche Körperverletzungen, Gesundheitsschädigungen, wenn sie auch mit Fug und Recht vorgenommen werden, weil es gilt, durch sie als das Mittel und kleinere Übel grössere Gesundheitsschäden und grössere Übel zu heilen oder gar vom Tode zu retten.“[1591]

Gemäss Oppenheim sollten Ärzte, die gegen den Willen des Patienten operieren, wegen Körperverletzung und Nötigung bestraft werden. Es müsse dem Patienten überlassen werden, ob er durch die Operation gesund werden will, oder ob er krank bleiben und sogar sterben will.[1592] Nach einer ziemlich heftig geführten Kontroverse, vor allem auch zwischen Lassa Oppenheim und Carl Stooss,[1593] setzte sich im

---

[1591] OPPENHEIM, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, S. 339; vgl. auch OPPENHEIM, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, S. 22: „Jede Operation, so gross oder so geringfügig sie sein mag, erfordert die spezielle Einwilligung des zu Operirenden [sic] als Bedingung.“

[1592] OPPENHEIM, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, S. 348.

[1593] Vgl. dazu ausführlich MAEHLE, Assault and Battery, or Legitimate Treatment?, S. 209 ff.

Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens für ein schweizerisches Strafgesetzbuch letztlich die Meinung von Stooss durch. Gemäss Stooss könne die ärztliche Behandlung schon ihrer Natur nach keine Körperverletzung sein,[1594] da der Chirurg, der einen Patienten operativ behandelt, den Körper und die Gesundheit des Patienten nicht schädigt und auch nicht schädigen will; sein ganzes Bemühen sei „vielmehr darauf gerichtet, dem Behandelten wohlzuthun [sic] und ihn *nicht* zu schädigen. Der Arzt, der eine operative Behandlung einleitet, übt keine körperverletzende, gesundheitsschädigende Thätigkeit [sic] aus; er *behandelt* den Patienten und *misshandelt* ihn *nicht*."[1595] Entsprechend liest man dann in der Begründung des Gesetzesentwurfs von 1908 für das schweizerische Strafgesetzbuch:

> „[L]'opération n'est pas une blessure, une violation de l'intégrité corporelle, c'est un moyen de la sauvegarder. C'est une triste jurisprudence celle qui, déchirant l'unité de l'acte médical, le partage en destruction d'une part, en réparation de l'autre. C'est cette même jurisprudence qui commence par déclarer punissable pour dégradation l'ouvrier qui, ayant à réparer une machine, la démonte et en retire les rouages avariés, quitte au juge à s'essouffler en suite pour chercher la raison qui lui permettrait de ne pas punir."[1596]

Das Beispiel von Oppenheim wurde auch später noch als blosse Scheinlogik bezeichnet: Die Amputation stelle für den Körper keinen Schaden dar, sondern liege

---

[1594] STOOSS, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Vorrede.

[1595] STOOSS, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, S. 6; vgl. auch STOOSS, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, S. 9 f.: „Der Operateur begeht durch seinen Eingriff zunächst deshalb keine Körperverletzung, weil die Behandlung keine körperverletzende Thätigkeit [sic] ist. Da eine Behandlung jedoch nicht denkbar ist ohne den Willen, zu behandeln, und da der Wille, zu behandeln, darauf gerichtet ist, dem Patienten wohlzuthun [sic] und ihn nicht zu schädigen, schliesst der Wille, zu behandeln, den Vorsatz der Körperverletzung notwendig aus, vorausgesetzt, dass der Wille, zu behandeln, nicht durch Handlungen bethätigt [sic] wird, die eine Behandlung den Umständen nach ausschliessen."

[1596] ZÜRCHER Emil, Code pénal suisse, S. 54; vgl. auch noch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 70.

im Gegenteil sogar im Interesse von Körper und Gesundheit.[1597] Ähnlich führte auch noch Martin Schubarth mit Bezugnahme auf das Wortspiel von Stooss in seinem Kommentar von 1982 aus: „Dass die Auffassung, mit jedem Heileingriff werde der objektive Tatbestand der Körperverletzung oder Tätlichkeit erfüllt, unzutreffend ist, liegt auf der Hand. Wer den Patienten *be*handelt, *miss*handelt ihn nicht […]. Wer dessen Gesundheit verbessert, schädigt weder sie noch den Körper des Betroffenen."[1598] Wobei er diese Aussage sodann im Sinne des erfolgsorientierten Ansatzes auf den „*gelungenen*, also den Zustand des Patienten verbessernden oder zumindest erhaltenden Eingriff" beschränkt.[1599] Diese Auffassungen gelten aufgrund der zunehmend stärkeren Betonung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten heute jedoch als weitgehend überholt,[1600] so dass neben der ständigen Rechtsprechung im Ergebnis auch weite Teile der Literatur wieder zur Ansicht von Oppenheim zurückgekehrt sind.

c) Hintergründe des Sondertatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung

Würde man davon ausgehen, dass kunstgerechte ärztliche Heilbehandlungen im Regelfall keine Körperverletzungen sind, stellt sich die Frage, wie dann diejenigen Fälle zu bewerten sind, in denen der Arzt ohne die Einwilligung des Patienten oder sogar gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten tätig geworden ist. Auch wenn heute überwiegend davon ausgegangen wird, dass eine Heilbehandlung, je

---

[1597] GROTSCH, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung, S. 20; vgl. auch GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 239, wenngleich fast provokativ verkürzt: „Heileingriff ist nicht KV"; mehr schreibt er zu der Fragestellung nicht.

[1598] SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 1, Art. 123 Rn. 49 (kursiv im Original).

[1599] SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 1, Art. 123 Rn. 49 (kursiv im Original).

[1600] Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 3 Rn. 16 f.; vgl. auch BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor § 122 Rn. 26 f.; JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 50; vgl. noch deutlicher PK-Trechsel/Fingerhuth, Vor Art. 122 Rn. 6; vgl. ausführlich auch SCHÖNING, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation, S. 93 ff.; vgl. zur deutschen Literatur und Rechtslage TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 43 ff., die die Verfügungsbefugnis des Patienten als wesentliches Element seines Rechts auf körperliche Unversehrtheit versteht.

nach Intensität, die Tatbestandsmerkmale von Art. 122 StGB, Art. 123 StGB, Art. 125 StGB oder Art. 126 StGB erfüllt und mithin einen Eingriff in die körperliche Integrität darstellt, gibt es weiterhin Vertreter der Auffassung, Heilbehandlungen hätten keine körperverletzende Qualität.[1601] Einig sind sich aber sogar die Verfechter einer Strafloshaltung von Ärzten darüber, dass sich Ärzte nicht über den Willen des Patienten hinwegsetzen dürfen.[1602] In diesen Fällen soll allerdings keine Körperverletzung, sondern eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts vorliegen. Da aber in solchen Fällen der Nötigungstatbestand mangels Gewalt oder Androhung ernstlicher Nachteile oft nicht einschlägig sei,[1603] brauche es einen eigenen Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung, der den zwar kunstgerechten aber ohne Einwilligung des Patienten erfolgten medizinischen Eingriff ausdrücklich unter Strafe stellt.[1604] Damit würde letztlich jede Form der kunstgerechten ärztlichen Behandlung aus dem Bereich der Körperverletzungsdelikte ausgegliedert. Das österreichische Recht kennt heute schon diese Konstruktion.[1605] Dabei handelt es sich bei § 110 Abs. 1 StGB-Österreich um eine Regelung, die jede eigenmächtige ärztliche

---

1601 So etwa HURTADO POZO, Droit pénal partie spéciale, Rn. 453 ff.; vgl. auch LACKNER/KÜHL/HEGER, Strafgesetzbuch Kommentar, § 223 Rn. 8; LK-Lilie, Vor §§ 223 ff. Rn. 3; WESSELS/HETTINGER, Strafrecht Besonderer Teil 1, Rn. 325 ff.; differenzierend S/S-Eser/Sternberg-Lieben, § 223 Rn. 32 ff.

1602 Vgl. bereits GROTSCH, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung, S. 22; vgl. auch GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, S. 239.

1603 STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, BT I, § 3 Rn. 17.

1604 Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 3 Rn. 17; vgl. auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 645; HURTADO POZO, Droit pénal partie spéciale, Rn. 458; vgl. ausführlich dazu auch TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 445 ff., die aber zum Schluss kommt, dass mangels einer Regelungslücke keine Notwendigkeit eines Straftatbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung besteht.

1605 § 110 StGB-Österreich: Eigenmächtige Heilbehandlung – (1) Wer einen anderen ohne dessen Einwilligung, wenn auch nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, behandelt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. (2) Hat der Täter die Einwilligung des Behandelten in der Annahme nicht eingeholt, dass durch den Aufschub der Behandlung das Leben oder die Gesundheit des Behandelten ernstlich gefährdet wäre, so ist er nach Abs. 1 nur zu bestrafen, wenn die vermeintliche Gefahr nicht bestanden hat und er sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewusst sein können. (3) Der Täter ist nur auf Verlangen des eigenmächtig Behandelten zu verfolgen.

Behandlung unter Strafe stellt, und nicht nur solche, die nicht erfolgreich sind oder bei denen der Arzt mit bösen Absichten gehandelt hat.[1606] Der Arzt macht sich auch für einen an sich kunstgerechten Eingriff strafbar, wenn der einwilligungsfähige Patient nicht in die Behandlung eingewilligt hat. Allerdings befindet sich die Vorschrift im Abschnitt der Straftaten gegen die Freiheit und nicht im Abschnitt der Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit. Zudem liegt das angedrohte Strafmass im Verhältnis zum Strafmass bei der Körperverletzung bei der Hälfte – bis zu 6 Monate oder 360 Tagessätze für die eigenmächtige Heilbehandlung vs. bis zu 1 Jahr oder 720 Tagessätze für die Körperverletzung – und auch die Qualifikationen der Körperverletzungsdelikte greifen nicht.

Ein ähnliches Sonderstrafrecht für Ärzte ist auch 1996 für das deutsche Recht vorgeschlagen worden; konnte sich jedoch nicht durchsetzen.[1607] Die vorgeschlagene Norm war etwas ausführlicher gefasst als die österreichische und in ihrem Abs. 2 durch strafschärfende Regelbeispiele ergänzt. Strafbar wäre demnach gewesen, wer ohne Einwilligung eine Behandlung vornimmt, bei der die körperliche Integrität oder der Gesundheitszustand des Patienten nicht nur unwesentlich beeinflusst werden, um Krankheiten zu erkennen, zu heilen, zu lindern oder vorzubeugen. Auch in der schweizerischen Strafrechtsdiskussion haben sich massgebliche Stimmen für einen Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung ausgesprochen.[1608] Dass eine darüber hinausgehende Gesetzesdebatte nicht stattgefunden hat, dürfte wohl daran liegen, dass die Argumente derjenigen, die letztlich die Auffassung der Rechtsprechung befürworten oder die die Problematik auf dem Wege der Einordnung der Einwilligung auf Tatbestandsebene entschärfen, mittlerweile überhandgenommen haben.

[1606] Vgl. dazu auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 645.

[1607] Vgl. dazu auch TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 447 ff.

[1608] Vgl. nur STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 3 Rn. 17 m.w.H.

3. Rechtspolitische Erwägungen

Sinn und Berechtigung eines Sondertatbestandes für eigenmächtige kunstgerechte ärztliche Eingriffe könnte man an sich allein schon damit in Zweifel ziehen, indem man folgende Frage stellt: Wie kann es sein, dass ein medizinischer Eingriff überhaupt noch als „kunstgerecht" beurteilt werden kann, wenn doch der Arzt mit seinem eigenmächtigen Handeln gerade eine heute weitgehend anerkannte Regel der ärztlichen Kunst missachtet hat, nämlich das Handeln mit aufgeklärter Einwilligung des Patienten?[1609] Eine grundlegende Kritik am Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung muss aber an dessen Ausgangspunkt anknüpfen. Warum soll es ihn geben? Der von den Kritikern der aktuellen Rechtslage primär angeführte Grund dafür, ein Sonderstrafrecht für Ärzte zu schaffen, liegt in der Stigmatisierung von Ärzten durch eine „Gleichsetzung mit dem Messerstecher". Besonders Heinrich Honsell, der eine ähnliche Tendenz auch im Zivilrecht beklagt, hat gegenüber dieser „seltsamen" und im Strafrecht im Vergleich zum Zivilrecht „noch schlimmeren" Ansicht, dass Ärzte wie gewöhnliche Verbrecher behandelt werden sollen, wenig Verständnis gezeigt. Jeder Laie könne doch ohne Schwierigkeiten zwischen dem fehlerhaften Einsatz eines Skalpells und einer Messerstecherei unterscheiden; gerade diesen Unterschied würden Juristen hingegen für irrelevant erklären.[1610]

Dabei wird jedoch übersehen, dass Ärzte gerade nicht mit Messerstechern gleichgesetzt werden.[1611] Denn Messerstecher werden für die durch sie begangenen Körperverletzungen bestraft, Ärzte hingegen nicht; jedenfalls dann nicht, wenn sie sich ordnungsgemäss verhalten, den Patienten aufklären und seine Einwilligung einholen.[1612] Wenn sich der Arzt so verhält, ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht,

---

[1609] Vgl. SGK-BV-Schweizer, Art. 10 Rn. 26.

[1610] HONSELL, Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung, S. 15.

[1611] So nachdrücklich auch FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 44.

[1612] PK-Trechsel/Fingerhuth, Vor Art. 122, Rn. 6; vgl. auch BSK-Strafrecht II-Roth/Berkemeier, Vor § 122 Rn. 27: „[…] unerwünschte Konsequenzen kann […] der behandelnde resp. operierende Arzt selbst durch eingehende und umfassende Aufklärung des Patienten vermeiden. Das ist ihm auch ohne weiteres zumutbar."

dass der ärztliche Eingriff mit der wirksamen Einwilligung des Patienten ohnehin bereits nicht tatbestandsmässig ist. Es liegt mithin auch kein Fall vor, in dem die Tatbestandsmässigkeit die Rechtswidrigkeit indiziert. Denn der Indikationswirkung ist die Grundlage dadurch entzogen, dass gar kein Tatbestand erfüllt ist. Das entsprechende Verhalten des Arztes wird daher, ganz anders als das Verhalten des Messerstechers, als strafrechtlich unbeachtlich bewertet.[1613] Im Übrigen gibt es zahlreiche andere Berufsgruppen – man denke an Masseure, Frisöre, Gärtner oder Automechaniker –, die mit alltäglichen Eingriffen in Güter und Interessen von Individuen zu tun haben, ohne dass sie sich darüber beschweren, dass sie ebenfalls potentiell wegen Tätlichkeit, Körperverletzung oder Sachbeschädigung angeklagt werden könnten, wenn sie ohne den Willen des Berechtigten (heftig) massieren, die Haare schneiden, Bäume fällen oder Autos auseinandernehmen und reparieren.[1614] Vor diesem Hintergrund ist es nicht nachvollziehbar, warum der medizinische Eingriff strafrechtlich bevorzugt behandelt und mithin für die ärztliche Tätigkeit ein Sonderstrafrecht geschaffen werden soll. Das würde auch ohne zwingende Gründe zu einer unerwünschten Rechtszersplitterung führen.

Sachgerechte Ergebnisse können nämlich allein schon dank der Einordnung der Einwilligung als Tatbestandsausschlussgrund und im Übrigen einer sauberen Subsumtion unter die strafrechtlichen Normen garantiert werden.[1615] Denn es ist eigentlich ganz selbstverständlich, dass nicht jede ärztliche Heilbehandlung eine Körperverletzung darstellt, sondern nur diejenige, die auch den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt. Und genau dies ist der Massstab, an dem abgelesen werden kann, ob die Intensität der Heilbehandlung die Schwelle zum möglicherweise Strafbaren überschreitet: Wenn die Tatbestandsmerkmale der Körperverletzung insofern erfüllt sind, sind sie das eben, unabhängig davon, was die Motive des Arztes sind. Freilich ist auch immer zu fragen, ob der Patient in den Eingriff eingewilligt hat, da dann die

---

[1613] Vgl. dazu auch HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 638 ff.

[1614] Vgl. auch MK-StGB-Joecks, § 223 Rn. 53, freilich im Sinne der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund.

[1615] Vgl. BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 33 ff.

Tatbestandsmässigkeit entfällt, weil das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen“ nicht erfüllt ist. Es ist aber gerade nicht so und soll aus Gründen der Sachgerechtigkeit auch nicht so sein, dass das Wesen des Heileingriffs seine Legitimation in sich trägt. Die Tatbestandsmässigkeit des ärztlichen Verhaltens kann nicht allein davon abhängen, ob die Durchführung des Eingriffs den ärztlichen Standards entspricht, sondern ist zwingend gekoppelt an die Frage, ob der Patient wirksam in die Behandlung eingewilligt hat. Hierfür muss aber auch von der überkommenen Lehre Abstand genommen werden, die der Einwilligung nur eine rechtfertigende Wirkung zuschreibt.[1616]

Der objektive Tatbestand der Körperverletzung setzt nach Art. 123 Ziff. 1 StGB eine Gesundheits- oder Körperschädigung voraus. Als Schädigung der Gesundheit wird jedes Hervorrufen oder Steigern eines körperlichen oder geistig krankhaften Zustands verstanden. Als Schädigung des Körpers gilt jede Beeinträchtigung der Substanz des menschlichen Körpers. Der subjektive Tatbestand setzt zudem voraus, dass die Verletzung vorsätzlich erfolgt ist.[1617] Einfach ist die Subsumtion am Beispiel einer Blinddarm-Operation. Hierbei handelt es sich um einen invasiven Eingriff, bei dem die Substanz des menschlichen Körpers geschädigt wird, sodass insofern eine Körperschädigung zu bejahen ist.[1618] Ob es sich dabei auch um eine Gesundheitsschädigung handelt, hängt davon ab, wie man den Begriff der Gesundheit definiert; ob man hierbei also von einer Gesamtbetrachtung der Gesundheit ausgeht, oder von dem Einzelakt des invasiven Eingriffs. Hier spricht einiges gegen die Annahme der Gesundheitsschädigung, da die Gesundheit als solche durch den Eingriff verbessert werden soll; daraus erwächst freilich die Frage, wie damit umzugehen ist, wenn der Eingriff erfolglos bleibt.[1619] All dies kann aber dahin gestellt bleiben,

---

[1616] Zum Ganzen FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende, S. 43; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 20 f.

[1617] Vgl. nur STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, Art. 123 Rn. 2.

[1618] So auch BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 36 f.

[1619] Vgl. auch STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 3 Rn. 7 m.w.H.

da jedenfalls der Tatbestand der Körperverletzung in Form der Körperschädigung verwirklicht ist. Gleiches gilt für die medizinisch indizierte Injektion eines Betäubungsmittels. Die Substanz des Körpers wird durch den Einstich verletzt. Erst wenn diese Schwelle zur Substanzverletzung überschritten wird, kommt die Tatbestandsmässigkeit in Betracht. Nicht überschritten wird die Schwelle etwa beim Fühlen des Pulses eines Patienten. Auch wenn dies gegen seinen Willen geschieht, handelt es sich nicht um eine Körperverletzung, weil eben schon die objektiven Merkmale der Körper- oder Gesundheitsschädigung nicht erfüllt sind – denkbar wäre aber eine strafbare Nötigung, wenn Gewalt angewendet wird oder gedroht wird.[1620] Denn das Fühlen des Pulses beeinträchtigt eben nicht die Substanz des menschlichen Körpers. Auf einen gegebenenfalls angestrebten Heilungserfolg kommt es daneben nicht an.[1621] Denn auch für die Strafbarkeit der Körperverletzung im medizinischen Kontext gilt der strafrechtliche Grundsatz, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens im Zeitpunkt der Handlung feststehen muss;[1622] entscheidend ist mithin der unmittelbare Erfolg der Tathandlung des Eingriffs, namentlich des Skalpellschnitts oder der Injektion.

Auch bei einer Verletzung durch eine heftige Ohrfeige, die beim Kind einen Bluterguss hervorruft, handelt es sich schliesslich um eine Körperverletzung, auch wenn damit eigentlich nur die Kindeserziehung bezweckt war und das Kind fortan auch immer brav ist, der Züchtigungserfolg also eingetreten ist. Dass es sich in diesem Fall um eine tatbestandliche Körperverletzung handelt, wird heute keiner mehr bestreiten. Allerdings ist es in diesem Fall insoweit anders als bei der medizinischen Heilbehandlung, als der früher auch für eigentliche Körperverletzungen anerkannte Rechtfertigungsgrund der Züchtigung ohnehin gänzlich überholt ist, sodass sich der Züchtigende strafbar macht,[1623] während die Bestrafung des Arztes wegen der Ein-

---

[1620] Vgl. auch MK-StGB-Joecks, § 223 Rn. 52.

[1621] BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 68; vgl. auch BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, S. 38.

[1622] Vgl. KARGL, Körperverletzung durch Heilbehandlung, S. 549.

[1623] Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 3 Rn. 19; vgl. auch 129 IV 216, 220 ff.

willigung des Berechtigten ausscheidet, da sein Verhalten dann als nicht tatbestandsmässig beurteilt werden muss. Neben das objektive Erfordernis der Körper- oder Gesundheitsschädigung tritt das subjektive Erfordernis, welches immer dann die Bestrafung ausschliesst, wenn der Arzt hinsichtlich der Körperverletzungshandlung, also etwa der Injektion, nicht vorsätzlich oder fahrlässig handelte; auf den Heilungserfolg kommt es auch an dieser Stelle nicht an, da sich der Vorsatz auf die Tathandlung selbst und den unmittelbaren Taterfolg beziehen muss.[1624]

Wenn man hierauf die Einwilligung des Patienten aber als Rechtfertigungsgrund anwendet, ist nicht von der Hand zu weisen, dass man zumindest intuitiv Mühe haben kann mit der Zwischenfeststellung, dass der Arzt, der einen medizinisch indizierten operativen Eingriff mit Einwilligung des Patienten nach den Regeln der Kunst vornimmt, durch den Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfüllt haben soll und damit gleichsam in den strafrechtlichen Fokus gerät. Gerade wenn man aber die Einwilligung als tatbestandsausschliessend betrachtet, braucht es auch keinen Sondertatbestand für die medizinische Heilbehandlung, da die Handlung aufgrund der Einwilligung ohnehin tatbestandslos und daher strafrechtlich nicht zu beanstanden ist.[1625] Willigt der Patient also wirksam in die Behandlung ein, so scheidet die Strafbarkeit des Arztes aus, weil das negativ gefasste Tatbestandsmerkmal „ohne den Willen des Berechtigten“ nicht erfüllt ist. Dies ist dann der Fall, wenn der Patient über seine körperliche Unversehrtheit verfügen kann und dies auch tatsächlich getan hat. Die Verfügungsmöglichkeit scheidet aber immer dann aus, wenn der Patient ohne seine Zustimmung nicht genügend über die Risiken der Behandlung belehrt wurde. Das ist insofern bedeutsam, als nur der Arzt angesichts seiner Qualifikationen einen Überblick über die Behandlungslage hat und der Patient diese – in der Regel – nicht hinreichend bewerten kann.

[1624] Vgl. JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 50.

[1625] Vgl. auch GARBE, Wille und Hypothese, S. 192.

4. Fazit und Überleitung

Die einschlägigen umstrittenen Fälle eines tatbestandsmässigen Handelns des Arztes, der dann erst auf Ebene der Rechtswidrigkeit entlastet wird, können anhand der Tatbestandsausschlusslehre überzeugend gelöst werden. Ein Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung hätte unter diesen Vorzeichen nicht einmal mehr den zweifelhaften rechtspolitischen Vorteil, dass Ärzte sich weniger stigmatisiert fühlen müssten. Bei medizinischen Heileingriffen handelt es sich aber nicht bloss um Eingriffe gegen die Freiheit oder die Willensbildung des Patienten. Es geht dem beeinträchtigten Patienten nicht nur darum, dass er gegen seinen Willen behandelt wurde, sondern auch darum, dass ohne seine Einwilligung in seine körperliche Integrität eingegriffen wurde; das seine körperliche Integrität gleichsam dem Willen anderen ausgeliefert war, er die alleinige Verfügungsmacht über seine Güter und Interessen nicht hat ausüben können und diese Güter mithin nicht hinreichend vor Eingriffen ohne seinen Willen oder vor Zwangsbehandlungen geschützt wurden.

Zwischen diesen beiden Deutungen besteht ein erheblicher Unterschied: In der ersten Variante geht es nämlich nur darum, dass der Wille des Patienten unberücksichtigt bleibt – wie dies auch etwa der Fall ist, wenn der Patient auf Aufforderung des Arztes das Wartezimmer verlässt, obwohl er lieber bleiben würde. In der zweiten Variante geht es hingegen darum, dass in den Körper des Patienten eingegriffen wurde, ohne dass dieser darin eingewilligt hätte. Im Sinne einer fehlenden Einwilligung in die Körperverletzung ist in letzterem Fall also auch das Selbstbestimmungsrecht über die körperliche Unversehrtheit betroffen. Die ärztliche Behandlung ohne den Willen des Patienten hat eine körperverletzende Dimension, die anderen Delikten gegen das Selbstbestimmungsrecht abgeht. Zwar kann die Gewaltanwendung im Rahmen einer Nötigung auch ein Ausmass erreichen, das einer Körperverletzung entspricht, etwa wenn der Täter das Opfer mit einem Stock schlägt, damit es ihm die Tür öffnet. Dann ist neben der Nötigung tateinheitlich aber immer auch eine Körperverletzung verwirklicht. Denn die Verurteilung wegen Nötigung erfasst nicht das Unrecht der Körperverletzung. Zu Recht hat Gunther Arzt geschrieben, dass abweichende Meinungen verkennen, „dass die Zwangsbehandlung nicht einen Ein-

griff in die *allgemeine* Willensfreiheit darstellt, sondern dem Patienten die Freiheit nimmt, über das Rechtsgut der körperlichen Integrität zu verfügen".[1626]

III. Patientenverfügung

1. Einleitung

Beim Einwilligungssurrogat der sogenannten Patientenverfügung erklärt sich der potentielle Patient im Voraus mit Behandlungen bestimmter Art einverstanden oder – was sehr viel häufiger der Fall ist – lehnt bestimmte Behandlungen ab. Der potentielle Patient versucht damit im Wesentlichen, die Freiheit, über das Rechtsgut der körperlichen Integrität zu verfügen, auch für den Zeitpunkt zu *erhalten*, in dem er nicht mehr einwilligungsfähig sein wird. Dies eröffnet eine Reihe von schwierigen Fragen, die im Folgenden anhand einer kritischen Analyse der 2013 erfolgten erstmaligen Regelung der Patientenverfügung auf Bundesebene in Art. 370 ff. ZGB diskutiert werden.[1627]

Im Bewusstsein der zunehmenden Bedeutung der Patientenverfügung in einem modernen Gesundheitswesen hat der schweizerische Gesetzgeber dieses Rechtsinstitut im Rahmen der Revision des Vormundschaftsrechts einheitlich für die ganze Schweiz geregelt. Im Zentrum stand dabei auch die Klärung der umstrittenen und bisher auf Bundesebene gesetzlich nicht normierten Frage, ob die Patientenverfügung als verbindliche Äusserung des Patientenwillens gelten soll oder ob sie im Sinne der Indizlösung ein mehr oder weniger gewichtiger Hinweis in einer ganzen Reihe von zu berücksichtigenden Aspekten ist, mit denen der mutmassliche Wille des Patienten eruiert werden kann. Angesichts der Tatsache, dass das medizinische Vorgehen sehr unterschiedlich sein kann, je nachdem, ob man die Patientenverfügung als verbindliche Willensbekundung oder als blosses Indiz bezeichnet, liegt es

---

[1626] ARZT, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, S. 53 (kursiv im Original).

[1627] Zum Ganzen GETH/MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht, S. 155 ff.

auf der Hand, dass die beteiligten Personen über den rechtlichen Stellenwert der Aussagen in einer Patientenverfügung nicht im Unklaren gelassen werden dürfen. Ganz im Sinne der gesetzgeberischen Grundtendenz hin zu einer Förderung der Patientenautonomie und des individuellen Selbstbestimmungsrechts[1628] sieht das Gesetz prinzipiell vor, dass die Patientenverfügung verbindlich gelten soll.[1629] Damit wendet sich der Gesetzgeber explizit gegen die Indizlösung.[1630]

Die zivilrechtliche Regelung der Patientenverfügung in den Art. 370 ff. ZGB entfaltet auch im Strafrecht Wirkung. Denn wenn eine Person wirksam verfügt, dass sie im Fall von Krankheit und Urteilsunfähigkeit einer bestimmten Behandlungsweise zustimmt, so erklärt sie gleichzeitig, dass sie in die Behandlung einwilligt. Als problematisch erweist sich insoweit freilich, dass an die vorgezogene Einwilligung in Form der Patientenverfügung aufgrund ihres verbindlichen Charakters keine geringeren Anforderungen gestellt werden sollten, als an die gegenwärtige Einwilligung. In den seltensten Fällen wird aber in einer Patientenverfügung genau die Konstellation berücksichtigt sein, in der sich der Patient später befindet. Darüber hinaus ist die Einwilligung nur bei einer umfänglichen Belehrung über die Risiken der Behandlung wirksam. Der Patient wird aber kaum je beim Schreiben der Patientenverfügung hinreichend über die Risiken aufgeklärt sein. Dementsprechend geht etwa Kurt Seelmann davon aus, dass die Patientenverfügung immer nur ein Indiz für den mutmasslichen Willen des Patienten sein kann, nicht aber ein selbständiges Einwilligungssurrogat, zumindest wenn es sich um die Einwilligung in einen Eingriff und nicht um dessen Verweigerung handelt.[1631] Diese Deutung ist freilich nicht unumstritten. Der Gesetzeswortlaut ist an dieser Stelle alles andere als eindeutig:

[1628] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7002 und S. 7033).

[1629] Art. 372 Abs. 2 ZGB: „Die Ärztin oder der Arzt entspricht der Patientenverfügung, […]."

[1630] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7032 f.).

[1631] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 16; vgl. auch REHBERG, Arzt und Strafrecht, S. 321.

Welche Wirkung die Patientenverfügung haben soll, wird nicht ausdrücklich geregelt. Angesichts erheblicher Wertungswidersprüche, die der Gesetzgeber in das Gesetz aufgenommen hat, bleibt das Feld an Meinungen hierzu weitgefächert.[1632] Kaum bestritten werden kann, dass das Gesetz mehrdeutig formuliert ist, insofern Art. 372 Abs. 2 ZGB vorgibt, dass die Patientenverfügung immer dann unberücksichtigt bleiben muss, wenn begründete Zweifel bestehen, dass ihr Inhalt noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht.[1633] Umstritten ist sodann, ob der natürliche Lebenswille der urteilsunfähig gewordenen Person die erteilte Patientenverfügung unwirksam macht, oder aber unberücksichtigt bleiben soll.[1634] Unbestritten und selbstverständlich ist hingegen, dass der originär einwilligungsunfähige Betroffene in keinem Zeitpunkt eine wirksame schriftliche Einwilligung abgeben kann.[1635] Die Patientenverfügung entfaltet also ausschliesslich in Fällen der erworbenen Einwilligungsunfähigkeit eine Wirkung.

Im Folgenden sollen zunächst die Funktion und die Bedeutung der Patientenverfügung vor dem Hintergrund der Gesetzeslage dargelegt werden. Sodann werde ich auf problematische Aspekte eingehen. Insbesondere zeigt sich vor dem Hintergrund des hier vertretenen liberal-individualistischen Einwilligungsmodells, dass die gesetzliche Regelung der Patientenverfügung eine Reihe von grundsätzlichen Mängeln enthält, nicht zuletzt deshalb, weil sie entgegen der expliziten gesetzgeberischen Intention zu einem blossen Indiz degradiert wird. Ihre Bedeutung als Einwilligungssurrogat wird dadurch stark eingeschränkt. Das Problem liegt nicht etwa darin, dass die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung abhängig ist von bestimm-

---

1632 Vgl. MAGNUS, Patientenautonomie im Strafrecht, S. 405 ff. m.w.H.

1633 Vgl. auch WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, S. 182 ff.

1634 Vgl. MAGNUS, Patientenautonomie im Strafrecht, S. 415, die die diesbezügliche deutsche und schweizerische Rechtsprechung (Berücksichtigung der Patientenverfügung trotz entgegenstehenden natürlichen Willen) kritisiert; vgl. auch WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, S. 190 f., nach deren Auffassung die grösstmögliche Selbstbestimmung nur dadurch gewährleistet werden kann, dass man an der Verfügung des Patient festhält.

1635 Vgl. nur PK-Trechsel/Geth, Vor Art. 111 Rn. 6a.

ten formellen und inhaltlichen Voraussetzungen – das soll hier nicht in Frage stehen. Der Wortlaut des Gesetzes entzieht der Patientenverfügung vielmehr ganz grundsätzlich die Verbindlichkeit, was zu Wertungswidersprüchen führt. Das vom Gesetzgeber hochgehaltene Selbstbestimmungsrecht des Patienten wird mit diesem Gesetz nicht bloss nicht gefördert oder am Rande gefährdet, sondern unterminiert. Nicht zuletzt erscheint dieses unzulängliche Gesetz auch ein Resultat der Tatsache zu sein, dass die Einwilligungsdoktrin weithin wenig kohärent und nicht nach klaren Grundsätzen konzipiert ist.

2. Grundlagen

Wie wir bereits gesehen haben, erstreckt sich das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen im Kontext der passiven Sterbehilfe auch auf die individuelle Entscheidung, auf weitere lebensverlängernde medizinische Massnahmen zu verzichten.[1636] Für den einwilligungsfähigen Patienten bedeutet dies, dass er nach eigenem Ermessen und insbesondere auch aus unvernünftigen Gründen eine medizinische Behandlung ablehnen darf.[1637] Das kann im Strafrecht an der grundsätzlichen Strafbarkeit des ärztlichen Heileingriffs[1638] festgemacht werden. Wie wir im vorangegangen Kapitel gesehen haben, erfüllen ärztliche Eingriffe, die mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts den objektiven Tatbestand der Körperverletzung[1639] und zwar auch dann, wenn sie

---

[1636] Vgl. dazu oben S. 23 ff.; so auch STERNBERG-LIEBEN, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht, S. 1186.

[1637] POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 641.

[1638] Vgl. TAG, Der Körperverletzungstatbestand, S. 13 ff.

[1639] Vgl. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, § 3 Rn. 16; vgl. auch POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 642.

medizinisch indiziert sind und kunstgerecht durchgeführt werden.[1640] Solche Eingriffe können nach Bundesgericht durch die Einwilligung oder mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden,[1641] ausnahmsweise auch durch Notstand oder durch eine auf gesetzlicher Grundlage beruhende behördliche Anordnung. Für Ärzte und Pfleger gilt also, dass sie wegen Körperverletzung strafbar sind, wenn sie in Missachtung des Patientenwillens entsprechende medizinische Massnahmen ergreifen.[1642]

Insofern die medizinische Behandlung also eine Einwilligung voraussetzt, kann der Patient durch die Verweigerung der Einwilligung jede (weitere) Behandlung unterbinden.[1643] Obschon das ärztliche Unterlassen von möglicherweise lebensrettenden Massnahmen in diesen Fällen „quasi-kausal" für den Tod des Patienten ist, liegt eine Strafbarkeit für Tötung durch Unterlassen nicht vor, da der Patient mit der Verweigerung der Einwilligung dem Arzt das Behandlungsrecht entzieht.[1644] Da die Weiterbehandlung dann wegen Körperverletzung strafbar ist, wäre es widersprüchlich, das Unterlassen dieser Handlung seinerseits mit Strafe zu belegen.[1645] Der Arzt wird daher von der Behandlungspflicht befreit[1646] und seine Garantenstellung wird aufgekündigt bzw. die Garantenpflicht modifiziert.[1647] Dies gilt auch dann, wenn

---

[1640] BGE 99 IV 208, 210 f.; bestätigt in BGE 124 IV 258, 260 f.; vgl. auch BGE 127 IV 154, 157: „Ärztliche Eingriffe sind tatbestandsmässig Körperverletzungen und ohne Rechtfertigungsgrund rechtswidrig."

[1641] Vgl. SCHUBARTH, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 1089 f.; vgl. auch POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 642.

[1642] Vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7030) zur zivilrechtlich relevanten Verletzung der Persönlichkeit durch *lege artis* vorgenommen ärztliche Eingriffe.

[1643] POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 642.

[1644] STRATENWERTH, Sterbehilfe, S. 69: „Vetorecht".

[1645] Vgl. INGELFINGER, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, S. 296.

[1646] Vgl. INGELFINGER, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, S. 291 f.

[1647] Vgl. auch POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 644 f. m.w.H.; vgl. zur Frage, ob die Garantenpflicht in Grenzfällen zwischen passiver Sterbehilfe, aktiver Sterbehilfe und Suizidbeihilfe unter Umständen

der Patient im Zeitpunkt der ärztlichen Entscheidung einwilligungsunfähig ist und eine Patientenverfügung vorliegt. Die Aussagen in der Patientenverfügung wirken sich in der Regel als Verweigerung der eigenen Einwilligung in medizinische Behandlungen aus. Sofern die Patientenverfügung keine anderweitige Bestimmung des Entscheidungsträgers vorsieht, soll damit die therapeutische Intervention untersagt werden und zwar selbst dann, wenn dies zum Tod führt. In diesem Sinne geht es hierbei nicht um die Einwilligung in eine Fremdtötung, als vielmehr um den Schutz der eigenen Rechtssphäre vor unerwünschten Eingriffen.[1648] Ist sodann zwar die ärztliche Pflicht zur Heilung nicht mehr gegeben aber immerhin noch die Pflicht zur Schmerzlinderung vom Willen des Patienten getragen, kann nach den geltenden Grundsätzen auch die indirekte aktive Sterbehilfe legitimiert werden, wenn die Schmerzlinderung zu einer Lebensverkürzung führt.[1649]

Das Gleiche gilt prinzipiell auch dann, wenn man auf den mutmasslichen Willen des Patienten zurückgreifen muss. Auch hier kann eine medizinische Massnahme, die, weil sie sich gegen den mutmasslichen Willen des Patienten richtet, nicht erlaubt ist, nicht zulässig werden, nur weil der Patient ohne Bewusstsein oder urteilsunfähig ist.[1650] In diesem Fall könnte man darauf abstellen, dass der Patient die Einwilligung in die Weiterbehandlung mutmasslich entzieht oder die Aufhebung bzw. Modifizierung der Garantenpflicht seinem mutmasslichen Willen entspricht.[1651] Entscheidend ist aber, dass zur Erforschung des mutmasslichen Willens verschiedene Indizien und Informationen aus dem Umfeld des Patienten berück-

---

nicht disponibel sein kann, DONATSCH, Garantenpflicht, S. 360 einerseits und VERREL, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, S. 227 Fn. 48 andererseits.

[1648] Vgl. POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 648.

[1649] Vgl. BSK-Strafrecht II-Schwarzenegger, Vor Art. 111 Rn. 64; vgl. auch KUNZ, Sterbehilfe, S. 618 ff.

[1650] STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, 10 Rn. 27.

[1651] Vgl. KUNZ, Sterbehilfe, S. 621.

sichtigt werden müssen,[1652] aus denen der Patientenwille gleichsam als Produkt einer gemeinsamen Erkenntnisleistung hervorgeht. Da zudem die Bestimmung des mutmasslichen Willens nicht immer deutlich vom Kriterium der objektiven Interessen unterschieden wird,[1653] läuft man Gefahr, dass der an sich bestehende Sterbewille des Patienten nicht nur von Mutmassungen, sondern auch von objektiven Interessen überspielt wird und der Patient mit medizinischen Interventionen am Leben erhalten wird.

Der Anwendungsbereich einer Patientenverfügung überschneidet sich also insofern mit dem Anwendungsbereich der mutmasslichen Einwilligung,[1654] als in beiden Fällen die betroffene Person im Zeitpunkt der Entscheidung urteilsunfähig ist. Hinsichtlich Funktion und Zielsetzung unterscheidet sich eine Patientenverfügung jedoch grundsätzlich vom mutmasslichen Willen. Damit ist aber noch nicht gesagt, in welchem Verhältnis die erklärte Einwilligung, die Patientenverfügung und der mutmassliche Willen zueinander stehen. Dies hängt entscheidend von der Beantwortung der Frage ab, ob die Patientenverfügung so wie eine unmittelbar erklärte Einwilligung, verbindlich gelten soll, oder ob sie nur ein Indiz zur Erforschung des mutmasslichen Willens ist.

Aus der Tatsache, dass der Einzelne durch Vorenthalten seiner Einwilligung eine medizinische Massnahme ablehnen darf, folgt nicht, dass er durch seine Einwilligung jegliche Eingriffe zulassen kann.[1655] Der Patient kann also in einer Patientenverfügung die Einwilligung zur Behandlung grundsätzlich verweigern, nicht aber jede mögliche Behandlung fordern, indem er dafür vorab die Einwilligung gibt.[1656]

[1652] Vgl. BAUMANN, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, S. 62.

[1653] Vgl. auch OTTO, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. 2220.

[1654] Vgl. unten S. 441 ff.

[1655] Vgl. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar, § 10 Rn. 16.

[1656] Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7031): „Die Zustimmung für sich allein bewirkt noch nicht die Rechtmässigkeit des Eingriffs. Vielmehr muss dieser medizinisch indiziert sein, was die Ärztin oder der Arzt, die oder der den Eingriff vorschlägt, zu verantworten hat.“ Vgl. auch

In der Praxis spielt die Patientenverfügung denn auch vor allem in ihrer negativen Ausprägung – als Einwilligungsverweigerung oder als Behandlungsveto – eine wichtige Rolle.[1657]

Zu berücksichtigen ist auch, dass sich die umfassende medizinische Aufklärung zwar als zentrale Voraussetzung für die Einwilligung in einen Heileingriff etabliert hat – hierauf spricht Seelmann an, wenn er betont, dass der Patient beim Schreiben der Patientenverfügung kaum über die dann eintretenden Risiken aufgeklärt werden kann. Deshalb soll eine Patientenverfügung nur ein Indiz für den mutmasslichen Willen des Patienten sein, wenn es sich um die Einwilligung in einen Eingriff handelt.[1658] Der Entscheid zu einem Behandlungsabbruch oder ein Behandlungsveto setzt jedoch keine vorhergehende Aufklärung voraus und zwar genauso wenig, wie der völlige Verzicht auf Rat und Hilfe.[1659] Der Entscheid gegen einen Eingriff kann nicht nur unvernünftig sein, er kann auch willentlich unaufgeklärt sein. Insofern die Patientenverfügung eine Verweigerung der Einwilligung in (weitere) medizinische Behandlungen darstellt, ist sie auch dann wirksam, wenn ihr keine umfassende medizinische Aufklärung vorausgeht, weil der Patient auf die Aufklärung verzichten kann. Der Patient muss seinen Entscheid gegen (weitere) medizinische Behandlungen nicht begründen bzw. seine Beweggründe dürfen „unvernünftig" sein.[1660] Das Recht akzeptiert nicht nur den Willen des Patienten, keine medizinische Behandlung zuzulassen (grundsätzlich keine Zwangsbehandlung gegen den erklärten oder

---

POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 644.

1657 So auch FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, S. 153; vgl. auch HARRINGER/HOBY, Patientenverfügungen in der hausärztlichen Praxis, S. 58.

1658 BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 16.

1659 Vgl. POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 647; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 25 und Fn. 36; so im Ergebnis auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 16; vgl. aber anders AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung?, S.151 f. und S. 162, die aber zu pauschalisierend von der notwendigen Aufklärung bei einem „Entscheid betreffend eine bestimmte medizinische Behandlung" spricht und nicht zwischen Einwilligung in einen Heileingriff und Verweigerung der Einwilligung in einen Heileingriff unterscheidet.

1660 STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 16.

mutmasslichen Patientenwillen), sondern auch seine Entscheidung, auf medizinischen Aufklärung zu verzichten (keine Zwangsaufklärung, die auch praktisch kaum durchführbar ist). Gemäss Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 28. Juni 2006 soll man denn auch davon ausgehen, dass eine Person, die eine Patientenverfügung verfasst, „über die für die Willensbildung erheblichen Informationen verfügt und auf zusätzliche Aufklärung verzichtet."[1661]

3. Prinzip der Verbindlichkeit

Gemäss der Botschaft zum Gesetz entsprach das alte Vormundschaftsrecht „unseren heutigen Verhältnissen und Anschauungen nicht mehr und soll deshalb grundlegend erneuert werden."[1662] Die Patientenverfügung wurde dabei neben dem Vorsorgeauftrag als das zentrale neue Rechtsinstitut eingeführt, mit dem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten besser geschützt werden soll.[1663] Bei der Regelung der Patientenverfügung war der Gesetzgeber mit einem weiten Meinungsspektrum bezüglich der Tragweite der Patientenverfügung konfrontiert. Dieses reicht von der Unbeachtlichkeit der Patientenverfügung,[1664] über eine blosse Indizwirkung[1665] bis zur deren Verbindlichkeit, wie sie auch vom Bundesgericht vertreten wird.[1666] Der Gesetzgeber hat sich *prima facie* sowohl gegen die Unbeachtlichkeit der Patientenverfügung als auch gegen die Indizlösung entschieden und hält entsprechend in der

---

[1661] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

[1662] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7002).

[1663] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7002).

[1664] Vgl. die Angaben bei ROTH Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, S. 495.

[1665] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14, Rn. 16.

[1666] Vgl. BGE 127 I 6, 26 f.: „Eine urteilsfähige Person kann sich durch eine entsprechende Willensäusserung unmittelbar vor der geplanten Intervention oder in einem früheren Zeitpunkt (etwa mittels einer so genannten Patientenverfügung) dagegen zur Wehr setzen und auf eine Behandlung verzichten. Diesfalls ist von einer Behandlung abzusehen und der freie Wille des Betroffenen zu respektieren." Vgl. auch KUNZ, Sterbehilfe, S. 621.

Botschaft fest, dass „eine urteilsfähige Person in einer Patientenverfügung in verbindlicher Weise festlegen [kann], welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt oder welche Vertrauensperson in ihrem Namen über eine medizinische Massnahme entscheiden soll, wenn sie sich selber nicht mehr äussern kann."[1667]

Verbindlichkeit ist auf jeden Fall nicht gleichzusetzen mit einem schrankenlosen Selbstbestimmungsrecht der Patienten. So wird in der Botschaft zu Recht festgehalten, dass „niemand eine andere Person dazu verpflichten kann, ihm etwa Beihilfe zum Selbstmord zu leisten."[1668] Zudem müssen formelle Voraussetzungen[1669] erfüllt sein, damit eine als Patientenverfügung bezeichnete Willensäusserung auch rechtlich als solche gelten kann.[1670] Auch für die Patientenverfügung gilt, dass sie nur dann verbindlich sein kann, wenn die darin enthaltene Willensäusserung hinreichend klar ist – man muss verstehen können, was der Verfügende will.[1671] Wird die Form nicht eingehalten, gilt die entsprechende Aussage zwar nicht mehr als vorgängige Zustimmung oder Ablehnung. Sie ist jedoch nicht einfach rechtlich unbeachtlich, sondern kann „als mutmasslicher Wille der urteilsunfähigen Person […] zum Tragen kommen".[1672] Es besteht zudem Einigkeit darüber, dass die Patientenverfügung widerrufbar sein muss.[1673]

[1667] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7012); vgl. dazu Art. 370 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB.

[1668] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7012).

[1669] Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7031); vgl. auch ROTH Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, S. 498.

[1670] Vgl. dazu ROTH Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, S. 495 f.

[1671] So auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

[1672] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7031 f.).

[1673] SCHÖLLHAMMER, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments, S. 57 ff.; vgl. auch REHBERG, Arzt und Strafrecht, S. 321 f.

Indem die Patientenverfügung verbindlich gelten soll und das Gesetz in Art. 372 Abs. 2 ZGB vorsieht, dass die behandelnden Ärzte einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen haben,[1674] wird das Verhältnis zwischen Patientenverfügung und mutmasslicher Einwilligung (bzw. mutmasslicher Behandlungsverweigerung) dahingehend geklärt, dass Erstere höherrangig und nicht bloss ein Indiz zur Bestimmung des mutmasslichen Willens ist. Damit geht der Gesetzgeber explizit weiter als die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der medizinischen Wissenschaften über das Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, die die Patientenverfügung bloss als „gewichtiges Indiz" für den mutmasslichen Willen des Patienten bezeichnen.[1675] Der Entwurf geht auch über das Europäische Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin hinaus, das in Art. 9 lediglich vorschreibt, dass zu einem früheren Zeitpunkt geäusserte Wünsche des Patienten zu „berücksichtigen" sind.[1676]

Die Reichweite und Verbindlichkeit der Patientenverfügung soll gemäss Botschaft nicht auf bestimmte Phasen der Erkrankung beschränkt sein, sondern für alle Fälle der Urteilsunfähigkeit zur Verfügung stehen.[1677] Damit soll auch garantiert sein, dass der eigene Wille, im Alter nicht von staatlichen Stellen und ihren Hilfspersonen abhängig zu werden, verwirklicht wird.[1678] Die Patientenverfügung soll gemäss Botschaft auch deshalb verbindlich sein, weil nicht übersehen werden dürfe, dass bei einer Einschränkung der Verbindlichkeit bzw. der Wirksamkeit der Patienten-

---

[1674] Vgl. auch die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033): Das Gesetz „verpflichtet die behandelnden Ärztinnen und Ärzte, einer Patientenverfügung grundsätzlich zu entsprechen (Abs. 2)."

[1675] So die Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

[1676] Vgl. zum Ganzen Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7032 f.).

[1677] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7012). Eine eingeschränkte Bedeutung kommt der Patientenverfügung nur in dringlichen Fällen (Art. 379 ZGB) zu.

[1678] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7011).

verfügung Fremdbestimmung an die Stelle von Selbstbestimmung trete.[1679] Diese Gefahr wird in der Botschaft mit folgendem Szenario plastisch geschildert: „Dritte ignorieren die Verfügung und lassen an deren Stelle ihre Überzeugungen und Wertungen treten, die sie dann auch durchzusetzen vermögen, weil die betroffene Person keine wirkungsvolle Widerspruchsmöglichkeit hat."[1680]

4. Widersprüche im neuen Gesetz

Über weite Strecken ist das Gesetz dann auch gelungen und kohärent. Bloss nicht im Hinblick auf das entscheidende Prinzip der Verbindlichkeit: In Art. 372 Abs. 2 ZGB findet sich nämlich eine unbefriedigende und widersprüchliche Formulierung, die dazu führt, dass die Verbindlichkeit nur vermeintlich besteht; dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten werden dadurch unerwartet enge Grenzen gesetzt. Hier wird in einer auf den ersten Blick harmlosen Passage die Patientenverfügung zunächst als grundsätzlich verbindlich bezeichnet. Am Ende des Satzes wird dieses Konzept aber aus den Angeln gehoben: „Die Ärztin oder der Arzt entspricht der Patientenverfügung, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht."

Unproblematisch sind die ersten beiden Voraussetzungen: Die Patientenverfügung darf nichts Ungesetzliches verlangen und sie muss auf dem freien Willen des Verfügenden basieren. Es liegt aber auf der Hand, dass mit dem Korrektiv des mutmasslichen Willens die Verbindlichkeit der Patientenverfügung gerade nicht erreicht werden kann. Diese Formulierung unterminiert die Ziele dieser Gesetzgebung, nämlich das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu fördern und mehr Rechtssicherheit zu schaffen, in doppelter Hinsicht: Erstens verwischt sie das angestrebte hierarchische Stufenverhältnis zwischen Patientenverfügung und mutmassli-

---

[1679] Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

[1680] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

cher Einwilligung und öffnet die Willensäusserung des potentiellen Patienten einer ihm möglicherweise nicht erwünschten Einschränkung oder Umwandlung. Zweitens schafft sie Verunsicherung beim medizinischen Personal, das zum Selbstschutz regelmässig auf das Institut des mutmasslichen Willens zurückgreifen und die Patientenverfügung zu einem blossen Indiz degradieren wird.

Die Patientenverfügung ist darauf ausgerichtet, einem aktuell erklärten Willen möglichst nahe zu kommen bzw. diesen aktuellen Willen für die Zukunft zu „konservieren". Sie gibt dem Verfügenden die Möglichkeit, vorzeitige Anweisungen über das von ihm gewünschte Vorgehen zu geben für den Fall, dass er später infolge Urteilsunfähigkeit nicht mehr selber über medizinische Eingriffe entscheiden kann.[1681] Die Patienten sollen mit solchen Vorabverfügungen ihr Selbstbestimmungsrecht im Stadium der Urteilsunfähigkeit wahren und paternalistische Eingriffe abwehren können.[1682] Die Verweigerung der Einwilligung in (weitere) medizinische Behandlungen mittels der Patientenverfügung ruft entsprechend zunächst die ohnehin geltende Ausgangsregel auf den Plan: Die medizinische Behandlung ist ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten und somit grundsätzlich tatbestandsmässig wenn sie ohne den Willen des Berechtigten erfolgt. Mit der Patientenverfügung bestätigt der Verfügende, dass diese Regel gelten soll. [1683] Die Willensäusserung in der Patientenverfügung ist aber nicht gleichzusetzen mit einer Aussage der Art „ich will nicht bestohlen werden" und geht über die blosse Nennung von bereits existierenden Rechten hinaus, indem sie nicht nur die eigenen Rechte betont, sondern dem potentiell Eingreifenden das Recht nimmt, einzugreifen. Der Verfügende will in aller Regel gerade nicht, dass sein Wille und seine Angaben durch die Berücksichtigung eines durch Dritte zu erforschenden mutmasslichen Willen unterwandert werden. Dass Dritte – wenn auch wohlmeinend – den Sterbeprozess des nunmehr

---

[1681] Vgl. AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, S. 1061; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7030).

[1682] Vgl. ausführlich dazu REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand, S. 142 ff.; vgl. auch OTTO, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. 2220.

[1683] Zum Ganzen POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 650.

Einwilligungsunfähigen nicht nach dem von ihm geäusserten Willen gestalten, ist genau das Szenario, das mit einer Patientenverfügung verhindert werden soll. Da es um das prinzipielle Risiko einer Unterwanderung geht, spielt es auch keine Rolle, ob man die Patientenverfügung als „gewichtiges" Indiz bezeichnet oder nicht. Die Patientenverfügung ist mit anderen Worten wesentlich darauf ausgerichtet, Dritten die Möglichkeit zu entziehen, medizinische Eingriffe unter Berufung auf den mutmasslichen Willen zu rechtfertigen.[1684] Sie erweist sich mithin als wichtiges Instrument zum Schutz der individuellen Freiheitssphäre im Sinne des liberalen Einwilligungsmodells. Dies kann sie aber nur, wenn sie hierarchisch höher gestellt wird als der mutmassliche Wille und nicht nur als Bestandteil eines mutmasslichen Willens betrachtet wird. Wenn hingegen der mutmassliche Wille im Rahmen der Auslegung der Patientenverfügung zu einem Korrekturinstrument umfunktioniert wird, um den in der Patientenverfügung erklärten Willen entsprechend den Werthaltungen von Dritten zu korrigieren, wird der betroffene Patient bevormundet und die Verbindlichkeit von in Patientenverfügungen geäusserten Behandlungsbegrenzungen würde ausgehebelt.[1685]

Es trifft zwar zu, dass das Gesetz auch dem Bedürfnis Rechnung tragen soll, dass „die Angehörigen urteilsunfähiger Personen ohne grosse Umstände gewisse Entscheidungen treffen können."[1686] Dies soll aber gemäss der Botschaft nur dann gelten „sofern keine Patientenverfügung vorliegt."[1687] Wenn der Patient will, dass Aussagen Dritter mitberücksichtigt werden und dass seine Angehörigen gewisse Ent-

---

[1684] Zum Ganzen POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 651.

[1685] So zu Recht auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 302; vgl. aber anders AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung?, S. 174, die vor dem Hintergrund einer etwas diffusen Kritik an einem „elitären Menschenbild" und einem „primär autonomiezentrierten Weltbild" in der Möglichkeit, den in der Patientenverfügung geäusserten Willen des Patienten mit dem Konstrukt des mutmasslichen Willens aushebeln zu können, gerade den Vorteil der neuen Gesetzesnorm erblickt.

[1686] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7002).

[1687] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7002).

scheidungen treffen können, falls er urteilsunfähig wird, hat er zwei Möglichkeiten: Entweder er verfasst eine Verfügung, in der sein Wille verbindlich festgehalten wird, oder er verfasst keine Verfügung. Da eine mutmassliche Einwilligung nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine verfügte Willensäusserung vorliegt, kommt bei fehlender Patientenverfügung automatisch die Bestimmung des mutmasslichen Willens zum Zug. Wenn die Patientenverfügung auch für diejenigen Patienten praktikabel sein soll, die mittels ihrer Willensäusserung diese Berücksichtigung und Einbindung von Dritten gerade verhindern möchten, muss sie als solche Verbindlichkeit haben und darf nicht über ein Korrektiv zu einem blossen Indiz für den mutmasslichen Willen werden. Die Patientenverfügung als verbindliche Willensäusserung kann mehr anstreben als nur ein Abwehrrecht gegenüber Eingriffen Dritter zu stipulieren, die man aufgrund der eigenen Urteilsunfähigkeit nicht mehr aktiv verhindern kann. Sie entlastet auch die *de facto* Entscheidungsvollstrecker von ansonsten bestehenden Handlungspflichten. Liegt eine verbindliche Patientenverfügung vor, kann das medizinische Personal genauso vorgehen, wie wenn der Wille des Patienten aktuell erklärt worden wäre, womit das Vorgehen gerechtfertigt und eine Strafbarkeit ausgeschlossen wäre.

Das Korrektiv des mutmasslichen Willens in Art. 372 Abs. 2 ZGB entzieht dieser Ausgangslage die Klarheit und Rechtssicherheit, da folgende komplexe und vage Entscheidungskonstellation geschaffen wird: Was soll geschehen, wenn der Arzt begründete Zweifel und Indizien für einen abweichenden mutmasslichen Willen fahrlässig übersieht? Wenn er solche Indizien übersieht, den Anordnungen der Patientenverfügung folgt, auf (weitere) Massnahmen verzichtet und der Patient frühzeitig stirbt, kann sich der Arzt wegen fahrlässiger Tötung schuldig machen. Geht der Arzt also von einem Behandlungsveto in der Patientenverfügung aus, obschon dieses Veto aufgrund einer Modifizierung durch den mutmasslichen Willen tatsächlich nicht vorliegt, befindet er sich in einem Tatbestandsirrtum nach Art. 13 Abs. 1 StGB.[1688] Der Arzt ist gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn er bei pflichtgemässer Vorsicht den abweichenden mutmasslichen Willen

[1688] Vgl. TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 678.

hätte erkennen können und somit der Irrtum vermeidbar gewesen wäre. Um dieses Strafbarkeitsrisiko zu umgehen, wird der gewissenhafte und gut beratene Arzt als Selbstschutz auch minimale Zweifel berücksichtigen, selbst dann auf den mutmasslichen Willen abstützen, wenn die Regelung in der Patientenverfügung eindeutig ist und nach der Maxime *in dubio pro vita* den Patienten am Leben erhalten. Aus Sicht des Arztes ist dies auch vernünftig; denn wenn der Arzt die Behandlung auf Grundlage des mutmasslichen Willen weiterführt, diesen Willen aber objektiv *ex ante* falsch interpretiert, trifft ihn bei einer Weiterbehandlung lediglich das Risiko einer fahrlässigen Körperverletzung.

Diese Vorgehensweise, die den mutmasslichen Willen in den Vordergrund rückt, wird letztlich auch durch den Wortlaut im Gesetzesentwurf gefördert. Wenn nämlich in Art. 372 Abs. 2 ZGB vorgeschrieben wird, dass der Patientenverfügung zu entsprechen sei „ausser […] wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie […] noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht", wird das medizinische Personal aufgefordert, auf jeden Fall zunächst den mutmasslichen Willen zu ermitteln, um dann überprüfen zu können, ob die Patientenverfügung noch mit diesem übereinstimmt. Insofern alle möglichen Indizien – freilich nur solche, die aus einer Zeit stammen, in der die betreffende Person noch urteilsfähig war –,[1689] in die Ermittlung des mutmasslichen Willens einfliessen können, wird man kaum Fälle haben, in denen nicht Zweifel entstehen, ob die Patientenverfügung in der Tat noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht.

Nun könnte man einwenden, dass das Gesetz genau deshalb verlangt, dass nur dann von der Patientenverfügung abgewichen werden darf, wenn gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB begründete Zweifel bestehen, dass sie noch dem mutmasslichen Willen entspricht.[1690] Für die Zweifel müssen konkrete Hinweise vorliegen[1691] und die Patientenverfügung darf nicht immer bereits dann hinterfragt werden, wenn sie nicht das

---

[1689] PK-Trechsel/Geth, Vor. Art. 111 Rn. 6a.

[1690] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

[1691] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 70339.

anordnet, was dem medizinischen Personal als ratsam erscheint.[1692] Begründet sind die Zweifel gemäss Botschaft aber schon dann, wenn „die Patientenverfügung vor längerer Zeit errichtet worden ist und deren Verfasserin oder Verfasser später eine andere Meinung geäussert hat.“[1693] Dies ist jedoch zu vage. Wenn die Verbindlichkeit einer Patientenverfügung gleichsam ein Verfalldatum hat, müsste die Gültigkeitsdauer auch zum Zweck der Rechtssicherheit präziser im Gesetz vorgeschrieben werden.[1694] Wenn die Zweifel bereits dann begründet sind, wenn die Verfügung ganz allgemein vor längerer Zeit errichtet wurde, fliesst hier ein subjektives Kriterium ein, weil verschiedene Menschen ganz unterschiedliche Auffassungen haben, was als „längere Zeit“ zu gelten hat. Dass die Verfasserin oder der Verfasser eine andere Meinung geäussert haben muss, ändert nichts an der Sache, sofern nicht klar ist, ob diese Meinungsäusserungen ebenfalls ein Verfalldatum haben, ob sie einem Widerruf im rechtlichen Sinne entsprechen und gegenüber wem und in welchem Stadium sie erfolgt sein müssen. Das Korrektiv ist entsprechend nicht qualifiziert, die Willensäusserung und damit das Selbstbestimmungsrecht der verfügenden Person zu verdrängen.

Noch vager und weitläufiger wird die Definition, wenn die Botschaft darlegt, dass Zweifel auch dann begründet sein können, „wenn die medizinische Entwicklung Massnahmen ermöglicht, die in der Verfügung nicht vorgesehen wurden […].“[1695]

[1692] So bereits der Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Juni 2003, S. 29; vgl. auch Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

[1693] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033); vgl. auch Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf für eine Revision des Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom Juni 2003, S. 30: Hier wird auch gesagt, begründete Zweifel, dass die Patientenverfügung auf freiem Willen beruht, würden bereits dann bestehen, „wenn sie offenkundig unvernünftig ist“.

[1694] Vgl. dazu den Vorschlag in BAUMANN, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, S. 65, S. 67 und S. 69: Gültigkeitsdauer von drei Jahren (oder: Dauer, die nicht kürzer als zwei und nicht länger als fünf Jahre ist).

[1695] Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033).

Angesichts der sehr rasch fortschreitenden medizinischen Wissenschaft, dürften nach dieser Umschreibung die Zweifel bei nahezu allen Patientenverfügungen begründet sein. Eine solche vage Definition von „begründeten Zweifeln" ist unzulänglich, weil sie dazu führt, dass – mit wenigen Ausnahmen – die Patientenverfügung gerade nicht verbindlich ist und zu einem Indiz für den mutmasslichen Willen degradiert wird. Dies dürfte im Hinblick auf den deklarierten Entscheid des Gesetzgebers für die Verbindlichkeitslösung das gravierendste Problem sein.

Ein letztes Problem betrifft die Frage, wie eine nachträgliche Abänderung oder Aufhebung einer an sich verbindlichen Willensäusserung des Patienten über den mutmasslichen Willen strafrechtsdogmatisch kohärent umgesetzt werden soll. Durch den Einbau des mutmasslichen Willens als Korrektiv der Patientenverfügung ergibt sich folgendes Szenario: Der mutmassliche Wille schafft nicht etwa nur für den Fall, dass keine aktuelle Willensäusserung vorliegt, eine rechtfertigende Anleitung an das medizinische Personal, sondern soll darüber hinaus den in der Patientenverfügung geäusserten Willen modifizieren können. Dies würde aber bedeuten, den Erklärungsinhalt einer Willensäusserung über das Mass einer zulässigen Auslegung hinaus Mutmassungen und Drittinterpretationen zugänglich zu machen. Umstände, die den objektiven Tatbestand einer Straftat entfallen lassen können, müssen jedoch tatsächlich gegeben sein.[1696] Dies zeigt die Regelung des Tatbestandsirrtums gemäss Art. 13 StGB, der lediglich den subjektiven Tatbestand entfallen lässt. Eine Lösung hierfür wäre höchstens darin zu sehen, dass man die mutmassliche Einwilligung und die Patientenverfügung hierarchisch auf die gleiche Stufe stellt und das Fehlen eines konträren mutmasslichen Willens als Wirksamkeitsvoraussetzung der Willensäusserung in der Patientenverfügung versteht. Dies hätte aber die Konsequenz, dass ein konträrer mutmasslicher Wille die Patientenverfügung gänzlich unwirksam werden lässt. Auch hier zeigt sich, dass das Korrektiv des mutmasslichen Willens letztlich nicht etwa ein unverfängliches Kontrollinstrument zum Schutz der als verbindlich bezeichneten Patientenverfügung ist, sondern diese geradezu ersetzt.

[1696] POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 648.

Denn ob man den mutmasslichen Willen nur als Korrektiv heranzieht oder die Patientenverfügung von vornherein als blosses Indiz für den mutmasslichen Willen betrachtet, ist im Ergebnis ohne Bedeutung.

Wenn die Willensäusserung des Patienten in der Verfügung prinzipiell unter das Korrektiv des mutmasslichen Willens gestellt wird, ist sodann unklar, warum jemand überhaupt eine Patientenverfügung verfassen soll. Auf jeden Fall erweist der Gesetzgeber den Patienten keinen guten Dienst, wenn er das Erwachsenenschutzrecht unter den Slogan der Aufwertung des Selbstbestimmungsrecht stellt und sich bei der Normierung der Patientenverfügung explizit für die Verbindlichkeit ausspricht, diese aber durch das Korrektiv des mutmasslichen Willens unterminiert. Indem der Anschein geweckt wird, der Gesetzgeber habe sich für die Verbindlichkeit und gegen die Indizlösung entschieden, wird statt der angestrebten Rechtssicherheit das Gegenteil erreicht.

5. Fazit

In diesem Kapitel wurde aufgezeigt, inwiefern das Rechtsinstitut der Patientenverfügung an sich darauf ausgerichtet sein sollte, dem Patienten die Freiheit zu *erhalten*, über das Rechtsgut der körperlichen Integrität zu verfügen. Die neue Regelung der Patientenverfügung in Art. 370 ff. ZGB wurde auf diese Zielsetzung hin analysiert und als unzulänglich kritisiert. Auch an diesem Beispiel zeigt sich sodann, dass Unzulänglichkeiten in spezialgesetzlichen Normierungen von Einwilligungssurrogaten nicht zuletzt auch auf die Tatsache einer zurzeit noch uneinheitlichen und stellenweise inkohärenten Einwilligungsdoktrin zurückzuführen sind.

Die Patientenverfügung ist nicht ein Rechtsinstitut für jedermann, sondern für diejenigen Menschen gedacht, die in der Verbindlichkeit ihrer Voraberklärung einen Gewinn an Selbstbestimmung sehen für den Fall, dass sie in einem späteren Zeitpunkt nicht mehr einwilligungsfähig sind und medizinische Eingriffe nicht mehr ablehnen können. Um es deutlich zu sagen: Es ist ein Rechtsinstitut für Menschen, die am Lebensende im Zustand der Urteilsunfähigkeit wirklich „Loslassen“ wol-

len[1697] und nicht von übereifrigen Medizinern am Leben erhalten werden wollen. Mithin für urteilsfähige und reflektierende Menschen, die aufgrund einer inneren Abwägung von Bedürfnissen und Präferenzen auch bereit sind, für diesen Vorteil der verbindlichen Patientenverfügung das Risiko einer späteren Fehleinschätzung der Lage in Kauf zu nehmen.

Ein gesetzgeberischer Entscheid für die Verbindlichkeit der Patientenverfügung, ist zwar angesichts des kontroversen Themas mutig und basiert auf einer Reihe von Argumenten, die man im Wesentlichen als anti-paternalistisch bezeichnen könnte[1698] und die den Schutz der autonomen Entscheidung des Patienten in den Vordergrund stellen. Die inneren Wertungswidersprüche aufgrund des Korrektivs des mutmasslichen Willens machen diese gute Absicht jedoch zunichte. Der Gesetzgeber hat es hier, trotz der richtigen Zielsetzung, verpasst, mit der Patientenverfügung ein kohärentes Institut zum Schutz der individuellen Selbstbestimmung zu schaffen. Denn im Gesetz entsteht ein Stufenverhältnis der Berücksichtigung von Patientenverfügung, mutmasslichem Patientenwillen und objektiven Interessen, das dem expliziten Willen des Gesetzgebers – das Selbstbestimmungsrecht des Patienten zu fördern – entgegensteht. Die Patientenverfügung wird als verbindliche Anweisung für den Arzt propagiert, erweist sich aber als blosses Indiz für den mutmasslichen Willen. Da es auch ohne Patientenverfügung auf den mutmasslichen Willen des Patienten ankommt, darf man durchaus bezweifeln, ob die Patientenverfügung in dieser Ausgestaltung überhaupt einer gesetzlichen Regelung bedurft hätte. Denn schon bisher war anerkannt, dass schriftliche Äusserungen ein wesentliches Indiz für die Eruierung des mutmasslichen Willens sind.[1699] Das entsprechende normative Konstrukt der mutmasslichen Einwilligung soll im nun folgenden Kapitel thematisiert werden.

[1697] So eigentlich auch AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung?, S. 175.

[1698] Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7033); vgl. ausführlich dazu STERNBERG-LIEBEN, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht, S. 1192 ff.

[1699] Vgl. nur STRATENWERTH, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, S. 358.

IV. Mutmassliche Einwilligung

1. Einleitung

Die mutmassliche Einwilligung ist ein umstrittenes Einwilligungssurrogat. Es ist nicht nur mehr als fraglich, ob es sich bei der mutmasslichen Einwilligung überhaupt um eine Form der Einwilligung handelt, zweifelhaft sind auch ihre Grundlagen und die Einzelerfordernisse.[1700] Dies verwundert nicht, da es bei der mutmasslichen Einwilligung zum einen unklar ist, in welchem Verhältnis der mutmassliche Wille und das Interesse bzw. der Vorteil des Betroffenen stehen.[1701] Zum anderen ist die mutmassliche Einwilligung ihrer Natur nach auch das unbestimmteste Surrogat: Die Rechtfertigung des tatbestandlichen Verhaltens soll sich nicht etwa daraus ergeben, dass die betroffene Person eingewilligt hat, sondern daraus, dass sie *mutmasslich* oder allem Anschein nach eingewilligt hätte.[1702] Es ist also ein Wahrscheinlichkeitsurteil zu fällen über die Frage, ob die Person wohl einwilligen würde, wenn sie denn in der Lage dazu wäre; es ist zu bestimmen, wie die einwilligungsunfähige Person in der konkreten Situation wahrscheinlich entschieden hätte, wenn sie urteilsfähig gewesen wäre.[1703] Die Bestimmung des mutmasslichen Willens soll auf der Grundlage der bekannten und geäusserten Werthaltungen und Überzeugungen des Berechtigten erfolgen, aber auch durch die Befragung seiner Angehörigen oder ihm nahestehenden Personen.[1704] Eine solche Mutmassung kann daher auf jeden

---

[1700] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 25;TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 501.

[1701] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 17.

[1702] Vgl. auch GARBE, Wille und Hypothese, S. 213.

[1703] LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 133; vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 17 und SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 10 (Handeln im mutmasslichen Willen des Patienten).

[1704] LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 133 m.w.H.

Fall nur unter strengen Voraussetzungen in Betracht kommen,[1705] weil andernfalls der Wille und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten ausgehöhlt werden.[1706]

Die mutmassliche Einwilligung ist mit der zivilrechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne der Art. 419 ff. OR verwandt.[1707] Ein grundlegender Unterschied des Tätigwerdens für eine andere Person im strafrechtlichen und zivilrechtlichen Kontext liegt freilich darin, dass die Beweislastverteilung eine andere ist. Im Zivilprozess muss der Arzt nachweisen, dass der Patient sein Tätigwerden gewollt hätte. In einem Strafverfahren hingegen bedeutet das mindestens glaubhafte Vorbringen des Beschuldigten, er habe im Sinne des mutmasslichen Willens des Berechtigten gehandelt, dass *in dubio pro reo* davon ausgegangen werden muss, der Patient habe mutmasslich eingewilligt, wenn eine eindeutige Beweisführung nicht möglich ist.[1708] Die mutmassliche Einwilligung hat zwar eine ähnliche Wirkung wie die Einwilligung. So wie die mutmassliche Einwilligung zivilrechtlich keine Einwilligung ist, sondern sich nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag richtet,[1709] ist sie aber auch strafrechtlich keine Einwilligung, sondern ein eigenständiger Rechtfertigungsgrund, der dogmatisch zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand steht.[1710] Es ist daher auch keineswegs unvereinbar, dass die Ein-

---

[1705] Vgl. auch Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Februar 2015, SK 2013 186, II. 4. Hypothetische Einwilligung.

[1706] Vgl. auch MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41: „Die Rechtfertigung der Tat unter Zugrundelegung eines nicht wirklichen, sondern gemutmassten zustimmenden Willens des betroffenen Rechtsgutsinhabers ist ein Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht, der nur unter eng gefassten Voraussetzungen zulässig sein kann."

[1707] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 16; vgl. auch TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen, Rn. 456 ff.

[1708] Vgl. TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 500 (im Zweifel ist in einem Strafverfahren von einer mutmasslichen Einwilligung auszugehen); vgl. auch DLUGOSZ/JOERDEN, Zur mutmasslichen Einwilligung bei medizinischen Eingriffen, S. 483.

[1709] So zuletzt auch VISCHER, „Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit, S. 1486: „Keine Einwilligung ist die *mutmassliche Einwilligung*." (kursiv im Original); vgl. auch OHLY, Volenti non fit iniuria, S. 218 ff.

[1710] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 4; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 4; STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 65.

willigung stets tatbestandsausschliessend wirkt, die mutmassliche Einwilligung hingegen ein typischer, wenn auch ungeschriebener strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund ist.[1711] Die Nähe und zugleich der Unterschied zwischen mutmasslicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand zeigen sich bereits an folgender Tatsache: Durch Notstand wird gerechtfertigt, wer in Rechtsgüter Dritter eingreift, um höherwertige eigene oder fremde Rechtsgüter aus einer akuten Gefahr zu retten. Wird dabei hingegen in dessen eigenem Interesse in Rechtsgüter des Dritten eingegriffen – der Täter begeht beispielsweise einen Hausfriedensbruch, um ein Feuer im Haus des Nachbarn zu löschen –, liegt Handeln mit mutmasslicher Einwilligung des Berechtigten vor.[1712] Dies soll sogleich im Anschluss an die Bestimmung des Verhältnisses der mutmasslichen Einwilligung insbesondere zur Patientenverfügung vertieft werden.

2. Verhältnis zu den Einwilligungssurrogaten insbesondere zur Patientenverfügung

Nicht zuletzt wegen der unsicheren Anbindung an den gerade nicht feststellbaren tatsächlichen Willen des Berechtigten,[1713] kann die mutmassliche Einwilligung subsidiär erst dann zum Tragen kommen, wenn der Patient nicht mehr in der Lage ist, rechtzeitig eine aktuelle Willenserklärung abzugeben und auch keine antizipierte Willensäusserung in einer Patientenverfügung vorliegt.[1714] Ebenso gilt, dass die stellvertretende Einwilligung[1715] grundsätzlich Vorrang hat vor der mutmasslichen

---

[1711] So aber der Einwand in S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 33a; vgl. auch STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, S. 65.

[1712] PK-Trechsel/Geth, Art. 17 Rn. 1; vgl. auch TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 143 f.

[1713] TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 510.

[1714] Vgl. OTTO, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, S. 2219 f.; vgl. auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 134; GARBE, Wille und Hypothese, S. 213 m.w.H.; TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 510 ff.; vgl. zum Ganzen GETH/MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht, S. 167.

[1715] Vgl. dazu unten S. 459 ff.

Einwilligung,[1716] wobei die Stellvertreterentscheidung in der Regel am mutmasslichen Willen des Vertretenen auszurichten ist. Dies ist auch plausibel. Denn das Vertreterhandeln ist vor allem im Falle der gewillkürten Vertretung ebenso eine Verlängerung des Selbstbestimmungsrechts wie auch die Patientenverfügung. Hier kann der Patient in einem Zeitpunkt, in dem er noch eigenverantwortlich entscheiden kann, für sich entscheiden, wie er behandelt werden soll bzw. wer für ihn über die Behandlung im konkreten Fall nach seinem mutmasslichen Willen entscheiden soll. Die mutmassliche Einwilligung kommt in der Hierarchie der Einwilligungssurrogate als Entlastung für den Täter also erst ganz am Schluss zum Zug; wenn ein hinreichend klar formulierter Wille des Berechtigten vorliegt, muss auf Mutmassungen des möglichen Willens und damit letztlich auf eine blosse „Hilfskonstruktion“[1717] verzichtet werden. Denn immerhin wird bei der mutmasslichen Einwilligung dem Betroffenen eine bestimmte Entscheidung unterstellt.[1718]

Der Rückgriff auf den mutmasslichen Willen ist zwar vorzugswürdig gegenüber einer rein objektiven Interessensabwägung, die auf der Grundlage allgemeiner und objektiver Wertevorstellungen erfolgt und damit immer ein bestimmtes Mass an unzulässiger Fremdbestimmung enthält.[1719] Die Ermittlung des mutmasslichen Willens ist aber stets bis zu einem gewissen Grade unsicher, da es sich letztlich um eine Konstruktion von Drittpersonen handelt, die vor allem auch deren Sicht auf den betroffenen Patienten und die konkrete Situation widerspiegelt,[1720] und in der die tatsächlichen Überlegungen und Meinungen und die daraus zu folgernde mögliche Entscheidung des einwilligungsunfähigen Berechtigten nur ungefähr gemutmasst

---

[1716] PK-Trechsel/Geth, Art. 14 Rn. 12a; vgl. auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132; vgl. ausführlich dazu auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 125 ff.

[1717] So TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 714; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 4 „normatives Konstrukt“.

[1718] FISCHER Gerfried, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, S. 548.

[1719] Vgl. FISCHER Gerfried, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, S. 548; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 18.

[1720] LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 134; vgl. auch BRAUER, Jusletter 29.08.2011, Rz. 12.

werden können. Trotz aller Bemühungen besteht so die nicht zu unterschätzende Gefahr, dass die getroffene Entscheidung nach dem mutmasslichen Willen des Berechtigten von dessen tatsächlichem Willen abweicht.[1721] In der Regel lässt sich selbst bei Kenntnis der Vorstellungen des Patienten sein mutmasslicher Wille nicht mit der gleichen Gewissheit bestimmen,[1722] wie beispielsweise der hinreichend klar formulierte Wille in der Patientenverfügung. Aufgrund dieser Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Ermittlung des mutmasslichen Willens wird zu Recht betont, dass beispielsweise der in der Patientenverfügung erklärte Wille nicht vorschnell mittels des gemutmassten Willens des betroffenen Patienten korrigiert oder ersetzt werden sollte.[1723] Insbesondere ein Behandlungsveto in Form einer Patientenverfügung darf nicht unter spekulativer Berufung auf den mutmasslichen Willen unterlaufen werden, indem gemutmasst wird, dass der Patient in der konkreten Situation vielleicht doch etwas anderes gewollt hätte.[1724] Insofern dieses richtige hierarchische Stufenverhältnis zwischen Patientenverfügung und mutmasslicher Einwilligung in Art. 372 Abs. 2 ZGB aber verwischt und die an sich subsidiäre mutmassliche Einwilligung als Korrektiv der Patientenverfügung eingeführt wird,[1725] besteht die Gefahr, dass das medizinische Personal oder Familienangehörige, den in der Verfügung geäusserten Willen des Patienten einem „wahren" mutmasslichen Willen unterordnen und so letztlich nach eigenen Vorstellungen des Guten und Richtigen entscheiden.[1726] Daher ist die Patientenverfügung auch wesentlich darauf ausgerichtet, Dritten die Möglichkeit zu entziehen, medizinische Eingriffe unter Berufung auf

---

[1721] Vgl. LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 134; vgl. auch TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 714.

[1722] Vgl. FISCHER Gerfried, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, S. 548 f.

[1723] LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 134; vgl. auch PK-Trechsel/Geth, Vor Art. 111 Rn. 62.

[1724] Vgl. TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 512 f. m.w.H.; vgl. auch MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41.

[1725] Vgl. oben S. 432 ff.

[1726] Vgl. zum Ganzen GETH/MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht, S. 167 f.

den mutmasslichen Willen zu rechtfertigen.[1727] Da eine mutmassliche Einwilligung nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine verfügte Willensäusserung vorliegt, kommt bei fehlender Patientenverfügung automatisch die Bestimmung des mutmasslichen Willens zum Zug.

Zu betonen ist sodann, dass bei der mutmasslichen Einwilligung hauptsächlich nach der subjektiven Einstellung des Betroffenen zu fragen ist. Objektive Umstände und Interessen sind lediglich aushilfsweise zu berücksichtigen, wenn über die subjektiven Einstellungen des Betroffenen zu wenig bekannt ist. Auch damit soll der dem Institut der mutmasslichen Einwilligung inhärenten Tendenz zu einer Fremdbestimmung entgegengewirkt werden. Die Mutmassung ist mit anderen Worten auf mögliche Überlegungen, Motive und Argumente des betroffenen Patienten auszurichten, indem namentlich dessen Werthaltungen, Überzeugungen und Ansichten von Lebensqualität und Lebensende sowie Lebensentscheidungen berücksichtigt werden.[1728] Es darf nicht entscheidend sein, was dem „wahren Wohl" des Betroffenen aus objektiver Sicht entsprochen hätte, sondern was er vermutlich gemäss seinen Präferenzen und Bedürfnissen gewollt hätte, mag dies auch objektiv gesehen unvernünftig sein.[1729] Insbesondere bei medizinischen Eingriffen gilt es mithin, die mutmassliche Einwilligung mit höchster Vorsichtigkeit zu beurteilen, da regelmässig von Werthaltungen, Überzeugungen und Ansichten des Patienten nicht hinreichend deutlich auf seinen zustimmenden oder ablehnenden Willen bezüglich konkreter medizinischer Massnahmen geschlossen werden kann. So kann etwa nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass jemand mit jeder medizinisch indi-

---

[1727] Vgl. POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, S. 651.

[1728] Vgl. LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 133; vgl. auch TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 713 f.; MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 42; vgl. aber kritisch TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 507 f.: Objektive Interessenabwägung unter subjektivem Korrekturvorbehalt: Es sei erforderlich, dass die Rechtsordnung objektive Kriterien festlege, aus denen sich ergebe, welche (paternalistische) Hilfe im Normalfall geleistet werden solle. Ausdrückliche anderweitige Willensäusserungen des Patienten sollen dabei im Krankheitsfall berücksichtigt werden.

[1729] Vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 5.

zierten Operation einverstanden wäre. Wenn der Wille des betroffenen Patienten, mag er auch noch so unvernünftig sein, der Massnahme klarerweise und erkennbar entgegensteht, so scheidet eine Rechtfertigung unter dem Gesichtspunkt der mutmasslichen Einwilligung ohnehin aus.[1730]

Aus der Tatsache, dass die mutmassliche Einwilligung stets subsidiär ist, folgt auch, dass eine Einwilligung immer einzuholen ist, wenn dies möglich ist. Wird die Einwilligung nicht eingeholt, kommt eine Rechtfertigung durch eine mutmassliche Einwilligung ebenfalls nicht in Betracht.[1731] Oder wie das Obergericht des Kantons Bern in einem Urteil von 2015 treffend festgehalten hat: „Wer gefragt werden kann, muss gefragt werden, ansonsten die Anforderungen an eine tatsächliche Einwilligung unterlaufen würden."[1732] Das Gericht führt an dieser Stelle sodann mit Bezugnahme auf Roxin weiter aus, dass kein Anlass besteht, das Risiko der mutmasslichen Einwilligung, dass der wirkliche Wille des Rechtsgutsträgers verfehlt wird, dort zu erlauben, wo es ohne Schaden für den Rechtsgutsträger möglich ist, seine Einwilligung einzuholen, bevor in dessen Rechtssphäre eingegriffen wird.[1733]

Die Ansicht, dass eine mutmassliche Einwilligung auch tatbestandsmässiges Verhalten rechtfertigen kann, wenn ausnahmsweise davon ausgegangen werden kann, dass der Betroffene auf die Einholung seiner Einwilligung keinen Wert legt,[1734] ist hingegen wenig überzeugend. Zwar kann bei minimalen Beeinträchtigungen schon der Tatbestand bei teleologisch restringierender Auslegung nicht erfüllt sein; dann besteht aber auch kein Bedarf nach einer Rechtfertigung durch mutmassliche Ein-

---

[1730] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 31; vgl. auch schon BGE 124 IV 258, 261; vgl. auch GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 159; HURTADO POZO, Droit pénal partie générale, Rn. 816.

[1731] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, 14 Rn. 18; vgl. auch FRISCH, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, S. 65.

[1732] Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Februar 2015, SK 2013, 186, II. 3. Mutmassliche Einwilligung = SJZ 2016, 107 m.w.H. auf die Literatur.

[1733] Vgl. ROXIN, Über die mutmassliche Einwilligung, S. 461; vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 10.

[1734] So aber beispielsweise S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 54.

willigung.[1735] Wer sich rechtmässig verhalten will, muss bei nicht trivialen Eingriffen in Güter und Interessen Dritter jedoch die mögliche Einwilligung des Berechtigten einholen, da sein Handeln sonst offensichtlich das Tatbestandsmerkmal „ohne Einwilligung des Berechtigten" erfüllt. Er kann sich dann nicht darauf berufen, dass der Betroffene ohnehin keinen Wert darauf gelegt habe, seine Meinung zu äussern. Es ist nämlich nicht einzusehen, warum man heimlich, ohne Befragen und daher ohne Einwilligung etwas soll tun dürfen, was bei offener Verweigerung des Berechtigten unzulässig und strafbar ist.[1736]

3. Kriterium der Dringlichkeit

Neben der Subsidiarität ist bei der mutmasslichen Einwilligung ein zweites Kriterium essentiell, welches im Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wurzelt. Denn nicht nur ist vorrangig der Wille des Betroffenen bzw. die Feststellung des mutmasslichen Willens des Betroffenen durch den Stellvertreter zu berücksichtigen. Ausserdem ist vorrangig abzuwarten, bis der Rechtsgutsträger seinen Willen bezüglich des Eingriffs äussern kann. Nur wenn dieses Abwarten eine erhebliche Gefahr mit sich bringt, der Eingriff mithin sofort durchgeführt werden muss, kommt eine Rechtfertigung beispielsweise aufgrund einer mutmasslichen Einwilligung in Betracht.[1737] Nicht ausreichend ist es jedoch, wenn die erhebliche Gefahr erst ohne einen später erfolgenden Eingriff entsteht.[1738] Wenn dieser Eingriff auch noch nach der Befragung des Patienten erfolgen kann, und darin keine erhebliche Gefahr be-

---

[1735] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 11; so im Ergebnis auch MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41.

[1736] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 11.

[1737] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 30; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 23; vgl. noch stärker limitierend MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41: Die Tatbegehung muss erst dann nicht aufgeschoben werden und die Entscheidung des Rechtsgutsinhabers nicht abgewartet werden, wenn „in der Zwischenzeit die Erreichung des Zwecks, der letztendlich die Tat rechtfertigen kann, vereitelt würde."

[1738] So aber BGHSt 45, 219, 223.

steht, kann eine mutmassliche Einwilligung nicht angenommen werden.[1739] In diesem Sinne bedarf es (in der Regel)[1740] eines besonderen Dringlichkeitsmoments, um ein tatbestandsmässiges Verhalten anhand der mutmasslichen Einwilligung rechtfertigen zu können.[1741] Denn wenn keine Dringlichkeit besteht, kann ebenso die entscheidungsbefugte Person befragt oder darauf gewartet werden, dass der vorübergehend einwilligungsunfähige Berechtigte wieder einwilligungsfähig ist.

Dies beschreibt Wolfgang Mitsch mit folgendem Beispiel: Ein Arzt, der bei einem bewusstlosen Unfallopfer zwar auf der Basis der mutmasslichen Einwilligung unverzüglich die lebensrettende Amputation eines Unterschenkels vornehmen darf, muss für die operative Korrektur des „Plattfusses" am anderen Fuss, die er ebenfalls als medizinisch indiziert erachtet, jedoch warten, „bis der wieder zu Bewusstsein gekommene Patient dazu seine Einwilligung erteilt hat."[1742] Hier besteht keine Dringlichkeit für die operative Korrektur. Es darf nicht einfach gesagt werden „wenn der Patient schon mal unter Narkose ist, warum nicht auch gleich den anderen Fuss operieren". Vielmehr ist abzuwarten, bis der Patient wieder einwilligungsfähig ist, und erst dann das weitere Vorgehen abzusprechen. Denn wie das Bundesgericht zu Recht gesehen hat, „kann das Wohl des Patienten nicht ohne Weiteres mit der ärztlich indizierten Behandlung gleichgesetzt werden, und insbesondere kann zum Patientenwohl gerade auch die Ablehnung einer vom Arzt für indiziert gehaltenen Behandlung durch den Patienten gehören."[1743] Dies muss auch für den Fall gelten, bei dem eine Frau im Anschluss an eine Kaiserschnittentbindung bei der ersten Geburt sterilisiert wurde, ohne diesbezüglich gefragt zu werden, weil eine

---

[1739] So zu Recht ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 12.

[1740] Vgl. für eine mögliche Ausnahme dieser Regel ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 95: Die Ausnahme basiert auf der Annahme, dass eine stellvertretende Einwilligung bei bestimmten höchstpersönlichen Entscheidungen ausscheiden muss, sodass der Vertreter lediglich bei der Ermittlung des mutmasslichen Willens helfen kann. Dann würde es sich hier auch ohne Dringlichkeit um einen Fall mutmasslicher Einwilligung handeln, nämlich wenn die Einwilligung dauerhaft nicht mehr möglich ist.

[1741] Vgl. dazu auch MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41.

[1742] MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41;

[1743] BGE 124 IV 258, 260.

zweite Schwangerschaft tödliche Folgen hätte haben können.[1744] Da die von den Ärzten angenommene Lebensgefahr für die Frau erst bei einer weiteren Geburt gedroht hätte, bestand hier keine Dringlichkeit. Vielmehr hätte die Frau auch verhüten können und jedenfalls in Anbetracht ihres Selbstbestimmungsrechts selbst die Möglichkeit haben müssen, darüber zu entscheiden, ob sie das lebensbedrohende Risiko eingehen will, überhaupt noch schwanger werden will oder sterilisiert werden möchte.[1745]

Anders zu entscheiden ist dagegen, wenn der einwilligungsunfähige Patient einer erheblichen Gefahr ausgesetzt ist, falls die Behandlung nicht umgehend stattfindet, so typischerweise bei schwer verletzten und bewusstlosen Unfallopfern: Ein rasches ärztliches Eingreifen ohne abzuwarten, bis der Patient wieder ansprechbar ist, kann hier überlebensnotwendig sein. Ausnahmsweise darf der Arzt deswegen in solchen Fällen ohne Einwilligung des Berechtigten eingreifen.[1746] Dabei ist er jedoch nicht vollständig frei; vielmehr muss er sich eben nach dem mutmasslichen Willen seines Patienten richten. Er muss feststellen, ob der Patient *mutmasslich* einwilligen würde, wenn er denn in der Lage wäre. Die mutmassliche Einwilligung kann also dann angenommen werden, wenn in der konkreten Notfallsituation eine an sich gebotene ausdrückliche Einwilligung nicht (mehr) eingeholt werden kann, aber hinreichende Indizien vorliegen, die dafür sprechen, dass der Patient den Eingriff möchte. Subjektiv wird dann vorausgesetzt, dass der Arzt in Kenntnis und aufgrund der gemutmassten Einwilligung handelt sowie im Wissen um die Unmöglichkeit der Einholung einer ausdrücklichen Einwilligung.[1747]

[1744] BGHSt 35, 246: Das Gericht nahm hier jedoch mutmassliche Einwilligung an und urteilte zugunsten der involvierten Ärzte. Vgl. die berechtigte Kritik an diesem Urteil in ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 12 m.H. auf weitere kritische Stimmen aus der Literatur.

[1745] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 12.

[1746] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 30.

[1747] Zum Ganzen EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 240.

An dieser Stelle ergeben sich sodann die in der Rechtsprechung und Lehre zunehmend zu beobachtenden Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der mutmasslichen Einwilligung von der sogenannten hypothetischen Einwilligung.[1748] So sollen auch Fälle der Operationserweiterung und nicht nur eilbedürftige ärztliche Heileingriffe unter den Rechtfertigungsgrund der mutmasslichen Einwilligung gefasst werden. Das soll deshalb richtig sein, weil es gewohnheitsrechtlich anerkannt sei, „dass es bei objektiver Einwilligungsfähigkeit des Eingriffs möglich ist, eine tatsächlich fehlende Einwilligung durch eine mutmassliche Einwilligung zu ersetzen, wenn im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils anzunehmen ist, dass der Verletzte auch in diesen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit eingewilligt hätte."[1749] Abgesehen davon, dass es seltsam ist, von objektiver Einwilligungsfähigkeit „des Eingriffs" zu sprechen, übersieht diese Meinung, dass es eben nicht darauf ankommt, dass die Einwilligung „tatsächlich" fehlt – das tut sie auch, wenn der Berechtigte beispielsweise gar nicht wusste, was passiert, überrascht oder falsch informiert wurde oder eben gerade nicht einwilligen wollte. Entscheidende Voraussetzung für die mutmassliche Einwilligung ist vielmehr, dass die tatsächliche Einwilligung nicht eingeholt werden konnte. Das Wahrscheinlichkeitsurteil muss sich also auf die Frage beziehen, inwiefern anzunehmen ist, dass der Berechtigte in den Eingriff eingewilligt hätte, wenn er überhaupt hätte einwilligen können bzw. wenn man ihn hätte fragen können. Nicht hingegen auf die Frage, ob er eingewilligt hätte, wenn man ihn gefragt hätte.

Bei der Operationserweiterung, die nicht zugleich ein eilbedürftiger ärztlicher Heileingriff ist, fehlt es also gerade am wichtigen Kriterium der Dringlichkeit – es erscheint wohl bei einer solchen Operationserweiterung einfach praktisch, gleich den weiteren Eingriff vorzunehmen, ohne eine (weitere) Einwilligung einzuholen. Bei solchen Fällen handelt es sich aber eben nicht um Fälle der mutmasslichen Einwilligung, sondern wenn schon, dann um Fälle der sogenannten hypothetischen Einwil-

---

[1748] Vgl. ausführlich dazu S. 493 ff.

[1749] BECKOK-STRAFGESETZBUCH-Eschelbach, § 228 Rn. 28, m.H. auf die ähnlich unklare Passage in BGHSt 45, 219, 221.

ligung, bei denen sehr wohl die Möglichkeit besteht, den Patienten zu seinem Willen zu befragen.[1750] Wenn eine solche Erweiterung der Operation ohne den Willen des Patienten vorgenommen wird, kann sich der Arzt nicht auf den mutmasslichen Willen des Patienten berufen, da dieser eine Situation der erheblichen Gefahr und der Dringlichkeit voraussetzt. Der behandelnde Arzt verletzt mithin das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über seine körperliche Integrität und ist mangels (mutmasslicher) Einwilligung diesbezüglich strafbar. Eine andere Deutung bzw. der Lösungsweg über die sogenannte hypothetische Einwilligung würde das Selbstbestimmungsrecht des Patienten unangemessen aushöhlen.[1751]

Einen Sonderfall der Operationserweiterung bilden Fälle, bei denen anlässlich einer Operation Komplikationen auftreten, die ein schnelles ärztliches Eingreifen erforderlich machen, die aber gleichzeitig auch im Voraus durch den Arzt als möglich hätten festgestellt werden können.[1752] Der Arzt hätte den Patienten also durchaus hinsichtlich dieses Risikos belehren und die Einwilligung zur jeweiligen Weiterbehandlung einholen können. Hier kommt es ausschliesslich auf den Tatzeitpunkt an, in dem die Voraussetzungen der mutmasslichen Einwilligung dementsprechend ausnahmsweise vorliegen, d.h. jeweils dann, wenn die Operationserweiterung dringend ist um erheblichen Schaden abzuwenden.[1753] Denn im Zeitpunkt der Operation muss in diesen Fällen gehandelt werden, um den Patienten zu retten. Dass der Arzt es versäumt hat, ihn im Vorfeld über bestimmte möglicherweise eintretende Gefahren und ihre Behandlung aufzuklären, kann nicht dazu führen, dass im Fall von deren Eintritt ein Weiterbehandeln ausgeschlossen ist. Im Gegenteil: Der Arzt muss

---

[1750] Vgl. auch TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 498.

[1751] Vgl. ausführlich zur Kritik am Konstrukt der hypothetischen Einwilligung unten S. 512 ff.

[1752] Vgl. dazu FRISCH, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, S. 66 ff.

[1753] TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung, S. 515 f.

eingreifen und ist durch die mutmassliche Einwilligung des Patienten gerechtfertigt.[1754]

4. Mutmassliche Einwilligung und Interesse des Berechtigten

Situationen, in denen eine mutmassliche Einwilligung in Betracht kommt, haben häufig den Charakter von notstandsähnlichen Gefahrenlagen.[1755] In der Literatur wird deswegen zum einen vertreten, dass die mutmassliche Einwilligung dogmatisch zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand steht, aber dennoch als Rechtfertigungsgrund eigenständig bleibt.[1756] Zum anderen wird vertreten, dass es sich bei der mutmasslichen Einwilligung um nichts anderes als einen Sonderfall des rechtfertigenden Notstands handle.[1757] Auf jeden Fall gehört die mutmassliche Einwilligung nicht in die Kategorie der Einwilligung; sie ist überhaupt keine Willensäusserung, sondern ein bloss vermutetes Konstrukt. Sie dient zwar mittelbar der Verwirklichung der Selbstbestimmung des Berechtigten, ist aber unzweifelhaft eine Fremdbestimmung.

Die Debatte um das richtige Verhältnis zwischen der mutmasslichen Einwilligung und dem rechtfertigenden Notstand basiert bis zu einem gewissen Grad bloss auf der unterschiedlichen Bestimmung dessen, was mit einem „Sonderfall" oder einer „Unterform" des rechtfertigenden Notstands gemeint ist. Dennoch kann der Meinung, die mutmassliche Einwilligung sei eigentlich eine Form des rechtfertigenden Notstands, entgegengehalten werden, dass die mutmassliche Einwilligung – wie der rechtfertigende Notstand immer – zwar oft in Gefahrenlagen zur Anwendung

---

[1754] So auch FRISCH, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, S. 68 f.

[1755] Vgl. MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 38.

[1756] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 4 ff.; vgl. auch FISCHER Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Vor § 32 Rn. 4: „Institut zwischen Einwilligung und rechtfertigendem Notstand".

[1757] Vgl. beispielsweise NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe, S. 137 f.; BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 15 C II; WELZEL, Das deutsche Strafrecht, § 14 V; vgl. auch die Angaben bei MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung Mitsch, Die mutmassliche Einwilligung, S. 38.

kommt,[1758] aber eben nicht nur. Vielmehr kann die mutmassliche Einwilligung auch dann anwendbar sein, wenn der tatbestandsmässige Eingriff in das Rechtsgutsobjekt erforderlich ist, um dem Rechtsgutsinhaber einen Vorteil zu sichern, der nicht die Eigenschaft „Abwendung einer Gefahr" hat.[1759] Zudem generiert die mutmassliche Einwilligung – anders als der rechtfertigende Notstand – ihre rechtfertigende Kraft nicht auf der Basis einer objektiven Interessenabwägung,[1760] sondern im Wesentlichen aus dem hypothetischen Willen des Rechtsgutsträgers.[1761] Bei der Ermittlung des mutmasslichen Willens ist also stets die Perspektive des Betroffenen zu berücksichtigen; während es bei der Ermittlung des objektiven Interesses auf die Sicht eines verständigen Dritten ankommt. Von einem Handeln im mutmasslichen Willen des Berechtigten kann nur dann die Rede sein, wenn im Sinne des Berechtigten gehandelt wird,[1762] d.h. im Sinne der Interessen des Berechtigten aus Sicht des Berechtigten selbst. Ein gerechtfertigtes Handeln im mutmasslichen Willen des Berechtigten muss entsprechend auch nicht wie ein gerechtfertigtes Handeln in Notstand objektiv betrachtet vernünftig erscheinen, obschon es durchaus in vielen Fällen dem Ergebnis einer objektiven Interessenabwägung entsprechen wird.[1763]

Dem steht eigentlich nur folgende Erkenntnis entgegen: Während der Handelnde den mutmasslichen Willen nur vermuten kann, ist ein objektives Interesse für ihn aufgrund gewisser gedanklicher Anstrengung ohne weiteres feststellbar. Daher erweisen sich Konstellationen, bei denen eine Massnahme zwar nicht dem mutmasslichen Willen des Berechtigten entspricht, jedoch dem objektiven, aus der Sicht eines verständigen Dritten definierten Interesse des Berechtigten, oft als kontrovers.

[1758] Vgl. auch ERB, Das Verhältnis zwischen mutmasslicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, S. 338.

[1759] So MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 38 f.

[1760] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 18.

[1761] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 5; vgl. auch STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 27; DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 262; GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable, S. 159; MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 42.

[1762] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 31.

[1763] So auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 18 Rn. 5.

Ebenso der gegenteilige Fall, wenn also eine Massnahme zwar dem mutmasslichen Willen des Berechtigten entspricht, nicht aber seinen objektiven Interessen aus der Sicht eines verständigen Dritten. Wenn die betroffene Person nicht gefragt werden kann, besteht dann zweifellos die Tendenz, ganz einfach ihren mutmasslichen Willen anhand des objektiven Interesses zu ermitteln, da der Täter gleichsam auch die Rolle des verständigen Dritten innehat. Dadurch wird aber die ordnungsgemässe Erforschung des mutmasslichen Willens und damit gleichsam die Verringerung des Risikos, dass ein falscher Wille bestimmt wird, gefährdet. Der Täter muss daher vielmehr alles ihm Mögliche tun, um die Gefahr zu verringern, dass die Tat nicht dem wirklichen Willen des Berechtigten entspricht.[1764] Er muss bei der Feststellung des mutmasslichen Willens mit grosser Sorgfalt vorgehen, darf sich nicht mit vagen Spekulationen begnügen, „sondern muss sich der tragfähigen Gründe vergewissern, die dem Schluss auf den mutmasslichen Willen des Rechtsgutsinhabers das erforderliche Mass an Richtigkeitswahrscheinlichkeit verleihen."[1765] Er muss sich insbesondere davor hüten, allein aus dem Erfahrungswert, dass das objektive Interesse typischerweise mit dem mutmasslichen Willen übereinstimmt, die Erforschung des mutmasslichen Willens immer auf das objektive Interesse auszurichten.

Wenn der Täter im mutmasslichen Willen des Berechtigten handelt, ist er auch dann gerechtfertigt, wenn das dem objektiven, aus der Sicht verständiger Dritter definierten Interesse des Berechtigten nicht entspricht.[1766] Ein klassisches Beispiel ist der bewusstlose Patient, von dem hinlänglich bekannt ist, dass er aus Glaubensüberzeu-

---

[1764] Zum Ganzen MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 42; vgl. zur umstrittenen Reichweite der Erforschungspflicht zum einen LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 94 (ablehnende) und zum anderen S/S-Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 56: Die rechtfertigende Wirkung der mutmasslichen Einwilligung folgt aus der Übereinstimmung der Täterhandlung mit dem auf welchen Gründen auch immer beruhenden mutmasslichen Willen des Betroffenen, „wie er auf Grund einer objektiv-sorgfältigen Prüfung aller Umstände zu vermuten ist."

[1765] So richtig MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 41; vgl. auch JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, S. 388.

[1766] Vgl. DONATSCH/TAG, Strafrecht I, S. 262; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 27; TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 146; differenzierend BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 19 f.

gung Bluttransfusionen kategorisch ablehnt. Eine Bluttransfusion nach einem Unfall läge zwar in seinem objektiven Interesse, nicht aber in seinem mutmasslichen Willen. Auch in einem solchen Fall der mutmasslichen Einwilligung muss, wie bei der erklärten Einwilligung, die persönliche Präferenz des Rechtsgutsinhabers das entscheidende Kriterium sein und nicht etwa ein paternalistisch gefärbtes wohlverstandenes Interesse des Rechtsgutsinhabers aus der Sicht eines Dritten.[1767] Ein Eingriff, der gegen den ausdrücklich erklärten Willen des einwilligungsfähigen Berechtigten nicht erlaubt wäre, kann nicht allein deshalb zulässig werden, weil der Berechtigte ohne Bewusstsein ist.[1768] Wenn man also bei pflichtgemässer Erforschung des mutmasslichen Willens hinreichend zuverlässige Informationen über die persönliche Einstellung des Rechtsgutsinhabers erlangen kann, gilt, dass der gemutmasste Wille dem objektiven Interesse vorgeht, eine Berufung darauf ausschliesst[1769] und nicht mittels einer objektiven Interessenbewertung unterlaufen werden darf.[1770] Erst wenn diese Erforschung – etwa aus Zeitgründen oder weil die Vorstellungen und Präferenzen der eingriffsbedürftigen Person schlicht unbekannt sind – nicht gelingt, kann davon ausgegangen werden, dass der Berechtigte eine Entscheidung getroffen hätte, die seinem objektiv verstandenen Interesse entspricht.[1771] Keinerlei Raum für eine mutmassliche Einwilligung bleibt freilich dann, wenn der an sich einwilligungsfähige Berechtigte die tatsächliche Einwilligung verweigert hat – etwa auch in Form eines in einer Patientenverfügung niedergeleg-

---

[1767] Vgl. MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 42.

[1768] So treffend STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 27; vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 18; vgl. auch MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 42: „Kollidieren erklärter wirklicher – bzw. gemutmasster wirklicher – Wille und objektiv verstandenes Interesse, richtet sich die Möglichkeit einer gerechtfertigten Tatbegehung ausschliesslich nach dem Willen."

[1769] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 18; vgl. auch schon REHBERG, Arzt und Strafrecht, S. 309.

[1770] MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 42.

[1771] Vgl. MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 43.

ten Behandlungsvetos – mag diese Verweigerung auch bei objektiver Betrachtung noch so unvernünftig erscheinen.[1772]

Nach Seelmann handelt es sich beim objektiven Interesse daneben um ein Korrektiv bei der Ermittlung des mutmasslichen Willens. Keine Anwendung soll das Korrektiv dann finden, wenn nach dem mutmasslichen Willen angenommen werden kann, dass der Berechtigte einen Eingriff ablehnt. Das Korrektiv soll aber immer dann den ermittelten mutmasslichen Willen überwiegen können, wenn die mutmassliche Einwilligung die Zustimmung zu einem Eingriff darstellt.[1773] Denn hier sei das Missbrauchsrisiko hinsichtlich einer Fremdbestimmung des Willens zu gross.[1774] Diese Argumentation ist freilich nicht zwingend. Denn derjenige der sich diesbezüglich missbräuchlich verhält, macht sich strafbar. Eine Rechtfertigung durch eine mutmassliche Einwilligung scheitert nämlich daran, dass in diesen Fällen der Patient eben nicht mutmasslich eingewilligt hätte, sondern der Arzt ihm diese Behandlung „fremdbestimmt" aufzwingt. Insoweit besteht kein Anreiz zu missbräuchlichen Verhaltensweisen. Ebenso wenig führt dies zu einer ausufernden Strafhaftung; denn alle Fälle, in denen sich der Arzt über den mutmasslichen Willen des Patienten irrt, lassen sich mit dem Erlaubnistatumstandsirrtum lösen, welcher die Strafbarkeit wegen eines Vorsatzdelikts ausschliesst.[1775]

5. Fazit und Überleitung

Bei der mutmasslichen Einwilligung handelt es sich um ein normatives Konstrukt mit nicht zu unterschätzender praktischer Bedeutung. Sie ist eine Auffangrechtsfigur für Fälle, in denen das Einholen der tatsächlichen Einwilligung nicht (mehr)

[1772] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 18; S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 57; vgl. aber anders NOLL, Tatbestand und Rechtswidrigkeit, S. 27, der eine Bluttransfusion sogar gegen den ausdrücklich erklärten Willen eines einwilligungsfähigen Zeugen Jehovas als nicht rechtswidrig bezeichnet.

[1773] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 19; vgl. auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 186.

[1774] BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 19.

[1775] So auch FRISCH, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, S. 69 f.

möglich ist; sie kann dementsprechend nicht weitergehen als die Einwilligung selbst.[1776] Ihr tatsächlicher Anwendungsbereich ist im Vergleich zur Einwilligung sogar viel enger, da beinahe alle denkbaren Fälle solche sind, bei denen der Eingriff mit der Einwilligung des Berechtigten ohnehin völlig im Rahmen des sozial Üblichen liegt.[1777] Während die wirkliche Einwilligung kein Rechtfertigungsgrund ist, sondern stets bereits die objektive Tatbestandsmässigkeit ausschliesst, steht ausser Frage, dass die mutmassliche Einwilligung niemals tatbestandsausschliessende Wirkung haben kann, sondern ein Rechtfertigungsgrund ist.[1778]

Als problematisch können sich dann aber Fälle der originären Einwilligungsunfähigkeit erweisen, da hier für die mutmassliche Einwilligung nicht auf den Einwilligungsunfähigen abzustellen ist, sondern vielmehr auf die (gesetzlichen) Stellvertreter. Denn wer schon dem Grunde nach nicht in der Lage ist, einen Willen darüber zu bilden, ob und wie er behandelt werden soll (etwa ein zweijähriges Kind), dessen *mutmasslicher* Wille kann schon nach der Natur der Sache nicht ermittelt werden. Wenn bei der Entscheidung bezüglich eines Eingriffs der gesetzliche Vertreter des bewusstlosen Kleinkinds hinreichend schnell befragt werden kann, soll es auf dessen stellvertretende Einwilligung ankommen und nicht etwa auf die mutmassliche Einwilligung des Kindes. Und sogar wenn der gesetzliche Vertreter nicht befragt werden kann, soll es nicht auf die mutmassliche Einwilligung des Kindes ankommen, sondern auf die mutmassliche stellvertretende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.[1779]

Das ist freilich nicht unumstritten. Man könnte auch davon ausgehen, dass es nicht auf den Willen des gesetzlichen Vertreters ankommen kann, jedenfalls wenn es sich – wie in vielen Fällen ärztlicher Behandlung – um ein höchstpersönliches Recht handelt, sodass jeweils nur der mutmassliche Wille des Kindes – wenn es also denn

---

[1776] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 29; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 22.

[1777] STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 29.

[1778] MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 38.

[1779] Vgl. MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung, S. 40.

in Lage wäre, einen Willen zu bilden – ankommt.[1780] Inwiefern handelt es sich hierbei aber tatsächlich um einen überzeugenden Gedankengang? Schliesslich kann das urteilsunfähige Kind eben keinen Willen bilden. Dementsprechend ist jede Mutmassung darüber, was das Kind wollen würde, wenn es denn urteilen könnte, vergeblich. Es ist schliesslich nicht in der Lage etwas in einem rechtlich verbindlichen Sinne zu wollen. Muss daher die Feststellung des „mutmasslichen Willens" des Kindes ausschliesslich auf das objektive Interesse abstellen? Ob dies in der Regel dem (mutmasslichen) Willen des gesetzlichen Vertreters entspricht, ist aber nicht ohne weiteres klar. Zwar ist der Vertreter verpflichtet, das Wohl des Vertretenen zu fördern: Pflicht und Willen stimmen aber nicht immer überein, so dass ein Schutz des Einwilligungsunfähigen nicht ohne weiteres gewährleistet werden kann. Dieser Problembereich soll im folgenden Kapitel mit Schwerpunkt auf der besonders kontroversen Frage der Stellvertretung bei der passiven Sterbehilfe an originär Einwilligungsunfähigen thematisiert werden.

V. Stellvertretende Einwilligung

1. Einleitung

Durch die wirksame Einwilligung des urteilsfähigen Rechtsgutsträgers entfällt die Tatbestandsmässigkeit des Eingriffs Dritter in dessen Güter oder Interessen, da das negativ gefasste Tatbestandselement „ohne Willen des Berechtigten" dann nicht erfüllt ist. Fehlt dem Einwilligenden aber die nötige Einwilligungsfähigkeit, ist sein ausdrücklich oder konkludent erklärter Wille unbeachtlich;[1781] es liegt gar kein Wille im rechtlichen Sinn vor, der einen Rechtsgutseingriff erlauben könnte.[1782] Die Einwilligungsbefugnis geht dann in der Regel auf die vertretungsberechtigte Person

---

[1780] Vgl. bereits ROXIN, Über die mutmassliche Einwilligung, S. 469.

[1781] KINDHÄUSER, LPK-StGB, Vor § 13 Rn. 170.

[1782] Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 10 Rn. 20 f.

über.[1783] Das ist im Prinzip wenig problematisch, da der begünstigte Rechtsgutsinhaber nicht zwingend auch der Verfügungsbefugte sein muss.[1784] So ist beispielweise bei einem pädiatrischen chirurgischen Eingriff zwar eindeutig das Kleinkind der begünstigte Inhaber des Rechtsguts „körperliche Integrität" – der strafrechtliche Schutz gilt seinem Körper –, verfügungsbefugt sind aber nach den Regeln der Stellvertretung jeweils andere, die Eltern nach Art. 296 ZGB oder der gesetzliche Vormund nach Art. 327a ff. ZGB. Dieses Auseinanderfallen von Verfügungsbefugnis und Rechtsgutsträgerschaft muss aber die Ausnahme sein. Damit die Zuschreibung von Rechtsgutsträgerschaft überhaupt sinnvoll erscheint, muss sie nämlich grundsätzlich auch mit der für den Rechtsgutsträger in aller Regel entscheidenden und wertvollen Verfügungsfreiheit verbunden sein.[1785] Bei fehlender Einwilligungsfähigkeit des Betroffenen kann die Einwilligung aber in dem durch das Recht und die Pflicht zur Vermögens- bzw. Personensorge gesteckten Rahmen von seinem gesetzlichen Vertreter erteilt werden.[1786] Im Folgenden sollen zunächst die Grundzüge der Stellvertretung dargelegt und auch das Verhältnis zu den anderen Einwilligungssurrogaten nachgezeichnet werden.

2. Grundzüge und Verhältnis zu anderen Einwilligungssurrogaten

Wenn die betroffene Person nicht in der Lage ist einzuwilligen, kann die Einwilligung unter Umständen durch einen Vertreter vorgenommen werden. Ein solcher Ansatz ist eng mit dem Zivilrecht verknüpft, das seit jeher das Einwilligungssurrogat der Stellvertretung bei Willenserklärungen kennt.[1787] Freilich handelt es sich bei der strafrechtlichen Einwilligung nicht um eine Willenserklärung im zivilrechtli-

---

[1783] Vgl. GETH, Passive Sterbehilfe, S. 61; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 14 Rn. 17; LK-Rönnau, Vor § 32 Rn. 195.

[1784] Vgl. hierzu JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2/11.

[1785] Vgl. WEIGEND, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, S. 51 und Fn. 32.

[1786] So S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 41; vgl. auch BSK-STGB I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 17.

[1787] Vgl. GETH, Passive Sterbehilfe, S. 61.

chen Sinne; denn hier geht es nicht um eine zivilrechtliche Bindung, sondern vielmehr um die Zustimmung zum Eingriff in möglicherweise höchstpersönliche Rechte.[1788] Relevant werden im Strafrecht Stellvertretungsregeln deswegen meist nur in Fällen einer Urteilsunfähigkeit von zumindest einer gewissen Dauer. Dies ist zum einen der Fall bei jungen Kindern, d.h. also bei der Vertretung von Urteilsunfähigen im Rahmen der elterlichen Sorge im Sinne von Art. 296 ff. ZGB. Bei solchen originär oder habituell urteilsunfähigen Personen orientiert sich der Eingriff grundsätzlich an den objektiven Interessen der urteilsunfähigen Person.[1789] Vertreter sind zwar befugt, stellvertretend für die betroffene Person zu entscheiden und insbesondere auch in medizinische Massnahmen einzuwilligen, müssen sich dabei aber nach dem Wohl und dem Interesse des Vertretenen richten.[1790] Darauf werde ich im folgenden Abschnitt vertieft eingehen. Zum anderen sind Stellvertretungsregeln aber auch bei urteilsunfähigen Erwachsenen bedeutsam: Art. 378 ZGB erlaubt es den in Abs. 1 dieser Vorschrift genannten Vertretern, die urteilsunfähige Person zu vertreten und an ihrer Stelle ambulanten oder stationären medizinischen Massnahmen zuzustimmen oder diese abzulehnen. Wenn also weder eine aktuelle Willensäusserung noch eine Patientenverfügung vorhanden sind, liegt die entsprechende Einwilligungskompetenz beim gesetzlichen Vertreter des betroffenen Patienten.[1791] Dies wird im neuen Erwachsenenschutzrecht in Art. 377 ZGB in ein partizipatorisches Entscheidungsmodell[1792] eingebettet, bei dem der Arzt zwar die Verantwortung für die Angemessenheit der vorgesehenen medizinischen Therapie trägt, der konkrete Behandlungsplan aber unter Beizug der zur Vertretung bei medizinischen Mass-

---

[1788] Vgl. NEBENDAHL, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen, S. 197 ff.

[1789] PK-Trechsel/Geth, Art. 14 Rn. 12a.

[1790] Vgl. WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, S. 99 f.

[1791] LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132.

[1792] Vgl. zu den verwandten Begriffen wie „relationale Autonomie“ oder „*shared decision making*“ und der damit verbundenen Gefahr eines fürsorgerischen Paternalismus zumindest ansatzweise kritisch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Autonomie und Beziehung, S. 22 und S. 53.

nahmen berechtigten Person beschlossen wird.[1793] Bei einer nur kurzzeitigen Unfähigkeit selbst einzuwilligen, also bei bloss vorrübergehender oder kasueller Urteilsunfähigkeit etwa aufgrund von Alkoholisierung oder Bewusstlosigkeit, greifen die Regeln der gesetzlichen Vertretung meistens nicht ein; der Betroffene wird auch keinen Vertreter eingesetzt haben. In diesen Konstellationen wird dementsprechend typischerweise der mutmassliche Wille des Betroffenen festzustellen sein und die mutmassliche Einwilligung einschlägiges Einwilligungssurrogat sein.[1794]

Bei der Stellvertretung muss zwischen der Einwilligung des gesetzlichen sowie des gewillkürten Vertreters unterschieden werden. Denn während der gesetzliche Vertreter, etwa der alleinerziehende Vater des Kleinkindes, in jeglicher Situation per Gesetz entscheidungsbefugt ist, ist der gewillkürte Vertreter dazu eingesetzt, in bestimmten Situationen zu entscheiden. Die Regeln hierzu im Zivilgesetzbuch sind 2013 überarbeitet und umgestellt worden.[1795] Im Fokus stand dabei – wie bereits bei der Patientenverfügung[1796] gezeigt wurde – insbesondere eine Stärkung der Selbstbestimmungsrechte des Patienten.[1797] Er soll in möglichst grossem Umfang dazu in der Lage sein, selbständig über sein körperliches Wohl zu entscheiden. Nur wenn er dazu nicht in der Lage ist, soll er vertreten werden.

Gesetzliche Vertreter von Kindern sind im Regelfall die Eltern als Inhaber der die Vertretung umfassenden elterlichen Sorge.[1798] Für Kinder ohne elterliche Sorgeberechtigte ernennt die Kindesschutzbehörde gemäss Art. 327a ZGB einen Vormund.

[1793] Vgl. LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132.

[1794] Vgl. PK-Trechsel/Geth, Art. 14 Rn. 12a; vgl. auch WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, S. 100 ff.

[1795] Vgl. dazu ANDERER, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz, S. 34.

[1796] Die Subsidiarität der Vertretung gegenüber der Patientenverfügung ergibt sich implizit aus Art. 370 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 377 Abs. 1 ZGB und Art. 378 Abs. 1 Nr. 1 ZGB; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 118.

[1797] ANDERER, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz, S. 34.

[1798] Vgl. HK-Privatrecht I-Breitschmid, Art. 296 Rn. 2; vgl. auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 5 f.; S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 41a.

Bei volljährigen Urteilsunfähigen kann nach Art. 390 ZGB eine Beistandschaft errichtet werden.[1799] Zwar sind die zivilrechtlichen Regelungen über die Stellvertretung nicht unmittelbar auf das Strafrecht anwendbar. Für das Strafrecht ist die Fiktion, dass die Willenserklärung des Vertreters an die Stelle der Erklärung des Vertretenen tritt, nämlich unüblich.[1800] Dennoch sind die Vorschriften im Bereich der Einwilligung jedenfalls in dem Umfang zu berücksichtigen, als inhaltliche Parallelen zwischen den strafrechtlichen und zivilrechtlichen Konstellationen bestehen. Wichtig ist dabei freilich, dass nur im Fall der Urteilsunfähigkeit – und damit der Einwilligungsunfähigkeit – eine Vertretung in Betracht kommt. Denn sobald die Person selbst einwilligen kann, ist ihre Einwilligung oder Verweigerung der Einwilligung vorrangig. Kann die Person aber nicht einwilligen, ist auf die zivilrechtlichen Vertretungsregeln zurückzugreifen.

Alternativ zur gesetzlichen Vertretung können Einwilligungsfähige auch gewillkürte Vertreter einsetzen, die für den Fall vertretungsbefugt sind, dass Einwilligungsunfähigkeit eintritt. Hierzu ist ein sogenannter Vorsorgeauftrag nach den Art. 360 ff. ZGB einzurichten, welcher sich auch ausschliesslich auf die Personensorge beschränken kann. Dabei gelten angesichts der erheblichen Bedeutung des Rechtsakts strenge Formerfordernisse: Entweder muss er gemäss Art. 361 Abs. 1 ZGB öffentlich beurkundet werden oder aber die Einsetzung muss vollständig eigenhändig erfolgen. Wenn der Betroffene einen gewillkürten Vertreter wirksam eingesetzt hat, kann dieser gemäss Art. 360 Abs. 1 ZGB i.V.m. Art. 378 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB vorrangig tätig werden. Hierin liegt auch ein Ausdruck der mit der Gesetzesreform von 2013 angestrebten Förderung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten. Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde ist gemäss Art. 363 Abs. 2 ZGB jeweils von der eingetretenen Urteilsunfähigkeit der betreffenden Person zu benachrichtigen und überprüft sodann den Vorsorgeauftrag und den eingesetzten Vertreter. Im weiteren Verlauf nimmt die beauftragte Person den Vorsorgeauftrag eigenständig wahr,

---

[1799] Vgl. HK-Privatrecht I-Fountoulakis, Art. 390 Rn. 1 ff; vgl. auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 5 ff.

[1800] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 17; vgl. auch JENAL, Indirekte Sterbehilfe, S. 123 f.

sodass das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person möglichst gut geschützt wird. Nur in Extremfällen greift die Erwachsenenschutzbehörde ein,[1801] nämlich dann wenn die Interessen der Auftrag gebenden Person im Sinne von Art. 368 Abs. 1 ZGB gefährdet sind.

Während nach der hier vertretenen Auflassung die Einwilligung des Berechtigten tatbestandsausschliessend wirkt, stellt sich die Frage, inwiefern auch die stellvertretende Einwilligung tatbestandsausschliessend sein kann. Willigt eine urteilsfähige Person in einen medizinischen Eingriff ein, so ist es richtig, die tatbestandliche Qualität der Körperverletzung zu verneinen, da der Inhaber des betroffenen höchstpersönlichen Rechts den Eingriff erlaubt hat. Bei der stellvertretenden Einwilligung handelt es sich jedoch um eine Fiktion.[1802] Der Rechtsgutsinhaber willigt gerade nicht ein, sondern jemand anderes für ihn. Es ist kein Akt der Selbstbestimmung des Rechtsgutsinhabers, der auf das Autonomieprinzip zurückgeführt werden könnte, sondern ein Ersatz dafür.[1803] Sie ermöglicht zwar die Kontrolle des ärztlichen Handelns durch den gesetzlichen Vertreter und muss daher auch berücksichtigt werden.[1804] Es ist aber zu pauschalisierend, wenn man sagt, sie habe eine „präferenzvertretende Funktion“,[1805] sei gleichsam eine Stellvertretung der Autonomie und verkörpere bzw. symbolisiere den autonomen Entscheid des einwilligungsunfähigen Patienten. Denn es ist klar, dass konstitutionell Einwilligungsunfähige überhaupt keine Autonomie haben, die man schützen oder stellvertreten könnte, womit die stellvertretende Einwilligung hier besonders deutlich ein Akt der Fremdbestimmung ist.[1806] Die Gefahr darf also nicht unterschätzt werden, dass mittels stellvertretender Einwilligung der vertretenen Person – wie bei der mutmasslichen Einwilligung –

[1801] Vgl. ANDERER, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz, S. 35.

[1802] So treffend SEELMANN, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, S. 572;

[1803] Vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 62.

[1804] JENAL, Indirekte Sterbehilfe, S. 124; vgl. auch BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene, S. 151.

[1805] Vgl. aber ENGLÄNDER, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, S. 24 f.

[1806] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 62; vgl. auch JENAL, Indirekte Sterbehilfe, S. 124.

letztlich eine bestimmte innere Einstellung unterstellt wird, die Erklärung des Vertreters gleichsam als eine solche des Vertretenen angesehen und die stellvertretende Einwilligung damit zu sehr in die Nähe der tatsächlichen Einwilligung gerückt wird.[1807] Eine tatbestandliche Körperverletzung bei einer stellvertretenden Einwilligung – beispielsweise in einen chirurgischen Eingriff – zu verneinen, würde in diesem Lichte bedeuten, dass ein fremdbestimmter Eingriff in den Körper als strafrechtlich neutral und unbeachtlich taxiert würde, was selbstredend die Grundstrukturen unserer Strafrechtsordnung in Frage stellt. Ein solcher Akt der Fremdbestimmung kann daher jedenfalls nicht die Tatbestandsmässigkeit des Eingriffs ausschliessen.[1808] Die stellvertretende Einwilligung ist also – anders als die Einwilligung – ein Rechtfertigungsgrund.

Im Prinzip ist man sich sodann darüber einig, dass eine stellvertretende Einwilligung nur bei relativ höchstpersönlichen Rechten in Betracht kommen kann, nicht aber bei absolut höchstpersönlichen Rechten.[1809] Denn in diese muss die betroffene Person selbst einwilligen. Kann sie dies – etwa aufgrund ihrer Urteilsunfähigkeit – nicht, so soll eine stellvertretende Einwilligung ausgeschlossen sein.[1810] In diesen Fällen kommt dann möglicherweise die Rechtfertigung durch eine mutmassliche Einwilligung bzw. eine Entscheidung nach den objektiven Interessen des Berechtigten in Betracht. Allerdings erweist sich die genaue Abgrenzung relativer und absoluter höchstpersönlicher Rechte als nicht einfach; sie erfolgt namentlich bei medizinischen Eingriffen kasuistisch: So geht etwa Roxin davon aus, dass es im Hinblick auf das höchstpersönliche Recht der körperlichen Integrität zulässig sein muss, dass die Eltern als gesetzliche Vertreter an der Stelle ihres minderjährigen, einwilligungsunfähigen Kindes in eine notwendige Operation einwilligen dürfen. Wenn jedoch der Minderjährige selbst die erforderliche Einsichtsfähigkeit besitzt, geht

---

[1807] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 62; vgl. kritisch auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 118 f.

[1808] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 62.

[1809] Vgl. WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, S. 50; vgl. auch HK-Privatrecht I-Breitschmid, Art. 19c Rn. 5.

[1810] Vgl. WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung, S. 52.

seine Entscheidung vor. Das gilt in dem Sinne auch dann noch, wenn der an sich einsichtsfähige Minderjährige im konkreten Fall urteilsunfähig ist – etwa weil er bewusstlos ist –, da der Arzt dann so zu handeln hat, „wie der Minderjährige mutmasslich entscheiden würde […], nicht wie der gesetzliche Vertreter das will."[1811] Hier zeigt sich im Übrigen auch wieder, dass die stellvertretende Einwilligung zwar Vorrang hat vor der mutmasslichen Einwilligung,[1812] aber eben nur, wenn der Stellvertreter nicht nach seinem eigenen Willen oder nach rein objektiven Interessen entscheidet, die dem eruierbaren mutmasslichen Willen entgegenstehen, sondern grundsätzlich nach dem mutmasslichen Willen des Vertretenen.[1813]

Ausgeschlossen ist die so richtig verstandene Stellvertretung dann nur dort, „wo es um unvertretbare Entscheidungen existentieller Art geht, wie bei einer Organspende".[1814] Bei einer Blutspende beispielsweise wird man jedoch auf den Vertreter und seine Bestimmung des mutmasslichen Willens des Vertretenen zurückgreifen können, da diese noch nicht als ein so existentieller Akt angesehen werden kann.[1815] Zwischen Situationen, in denen der Einwilligungsunfähige vertreten wird, und Situationen, in denen eine Rechtfertigung durch mutmassliche Einwilligung oder durch Abwägung der objektiven Interessen greift, können also erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen. Vertreter können aber auf jeden Fall – gerade auch im Bereich ärztlicher Behandlungen – nicht einfach frei entscheiden und für den Ver-

---

[1811] Zum Ganzen ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 92.

[1812] Vgl. GETH, Passive Sterbehilfe, S. 132: „Die Rechtfertigungsgründe des Arztes – mutmassliche Einwilligung und rechtfertigender Notstand – sind wegen des Vorrangs der stellvertretenden Einwilligung grundsätzlich gesperrt mit der Folge, dass sich der Arzt strafbar macht, wenn er die stellvertretende Einwilligung nicht einholt." Vgl. auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 125 ff.

[1813] Vgl. auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132: Die vertretungsberechtigte Person muss „nach dem subjektiv-mutmasslichen Willen des einwilligungsunfähigen Patienten entscheiden".

[1814] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 93.

[1815] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Rn. 93 m.w.H.; vgl. auch schon HIRSCH/HIERSCHE, Sterilisation geistig Behinderter, S. 135 ff.

tretenen einwilligen bzw. die Einwilligung verweigern.[1816] Vielmehr muss sich der Vertreter, vor allem bei Eingriffen in höchstpersönliche Rechtsgüter, immer am mutmasslichen Willen oder den Interessen der vertretenen Person orientieren und darf nicht etwa seine Wertpräferenzen durchsetzen.[1817] Die Bedeutung der Vertretungspersonen ist also eingeschränkt und äussert sich im Wesentlichen darin, dass sie aus den das Wohl des Einwilligungsunfähigen fördernden Massnahmen eine Massnahme auswählen können, sofern diese Massnahme auch vom eruierbaren mutmasslichen Willen des Berechtigten erfasst ist. So kann der Vertreter des einwilligungsunfähigen Prostatakrebskranken, der gemäss seines mutmasslichen Willens eine medizinische Behandlung bejahen würde, wenn er einwilligungsfähig wäre, nach Aufklärung durch den Arzt festlegen, ob der aggressive Tumor per Prostatektomie oder mit einer ebenfalls medizinisch indizierten regulären Operation entfernt wird. Er kann aber nicht entscheiden, dass keine Behandlung erfolgen soll, und er kann auch nicht entscheiden, dass eine medizinisch nicht indizierte Behandlung durchgeführt werden soll.

Ähnliches gilt grundsätzlich für den Fall, dass die vertretene Person ein minderjähriges und einwilligungsunfähiges Kind ist. In Verhaltensweisen Dritter, die nicht bloss minimal in die körperliche Integrität des Kindes eingreifen, nicht medizinisch indiziert sind und nicht seinem Wohl dienen, kann der Vertreter überhaupt nicht

---

[1816] Vgl. BSK-Strafrecht I-Seelmann, Vor Art. 14 Rn. 17; vgl. aber NEBENDAHL, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen, S. 198 f., der der Auffassung ist, dass der Sorgeberechtigte bei jedem Minderjährigen die primäre Entscheidungsbefugnis hat; dem urteilsfähigen Minderjährigen sei daneben nur ein Mitbestimmungsrecht einzuräumen. Auf Grenzen der Entscheidungsbefugnis geht Nebendahl dabei nicht ein, sondern scheint davon auszugehen, dass Eltern selbstverständlich nach dem Kindeswohl entscheiden.

[1817] Vgl. SEELMANN, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, S. 584: „Stellvertreter in Gesundheitsangelegenheiten sind an den unmittelbaren Nutzen des Vertretenen gebunden." Vgl. auch BAEROE, Patient Autonomy, S. 90 ff., die betont, dass die Gefahr, dass Vertreter nach eigenen Präferenzen und moralischen Vorstellungen entscheiden und dass vor allem auch älteren Menschen willkürlich die Urteilsfähigkeit abgesprochen wird, nicht auf die leichte Schulter genommen werden darf. Der von ihr vorgeschlagene Lösungsansatz, eine qualifizierte Form der Feststellung des mutmasslichen Interesses des Betroffenen mittels aufwändiger Kollektiventscheidung, erweist sich zwar als theoretisch fundiert und originell, gleichzeitig aber auch als faktisch nicht durchführbar.

einwilligen. So etwa auf dem einen Ende der Skala in die Entnahme eines Organs für eine Lebendorganspende[1818] und am anderen Ende der Skala in eine Tätowierung, wobei es hier wohl auch auf Grösse und Ort der Tätowierung ankommen kann.[1819] Die Grenze der erlaubten Eingriffsschwere dürfte im Bereich von sozial üblichen Verhaltensweisen wie beispielsweise das Stechen von Löchern für Ohrringe liegen. Sonstige Eingriffe in höchstpersönliche Güter müssen grundsätzlich medizinisch indiziert sein und dem Wohl des einwilligungsunfähigen Vertretenen dienen. Insoweit zeigt sich ein erheblicher Graubereich zwischen noch zulässigen und nicht mehr zulässigen Vertretereinwilligungen. Im Folgenden möchte ich versuchen, diesen Graubereich etwas auszuleuchten und zwar anhand der kontroversen Frage, ob und inwiefern eine stellvertretende Einwilligung auch im Hinblick auf Sterbehilfe bei originär einwilligungsunfähigen Kindern zulässig sein soll. Dabei möchte ich vor allem auch auf das Spannungsfeld eingehen, das sich zwischen der Gesetzeslage, den einschlägigen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) und dem praktischen Alltag auftut.

3. Stellvertretende Einwilligung in die Sterbehilfe bei originär Urteilsunfähigen?

a) Einleitung

Wie und unter welchen Bedingungen darf der Rechtsgutsträger seine Einwilligung in den eigenen Tod geben und einen Dritten ermächtigen, in sein Rechtsgut Leben einzugreifen? Wann darf das Prinzip des Fremdtötungsverbotes im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Rechtsgutsträgers über die bekannten Fälle der Rechtfertigung – man denke etwa an die Notwehr – hinaus eingeschränkt werden? Die Beantwortung dieser Frage stellt den Kernpunkt der seit längerer Zeit kontrovers

---

[1818] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 93.

[1819] Vgl. aber S/S-Lenckner/Sternberg-Lieben, Vor §§ 32 ff. Rn. 41d, wo als Voraussetzung für die Einschränkung des verfassungsrechtlichen Vorrangs des elterlichen Erziehungsrechts eine viel zu weitgehende und in der Regel fehlende nachhaltige und schwerwiegende Gefährdung für Leib oder Leben des Kindes gefordert wird.

geführten Debatte um die Sterbehilfe dar; eine Debatte, in der man nicht zuletzt aufgrund der in der Öffentlichkeit vorherrschenden Thematisierung des menschenwürdigen Sterbens im Alter ganz überwiegend von *erwachsenen* Sterbewilligen ausgeht. Die Komplexität verschärft sich jedoch unweigerlich, wenn es um Sterbehilfe bei Kindern geht. Die Missbrauchsgefahr, die auch bei der Sterbehilfe an Erwachsenen nicht von der Hand zu weisen ist, nimmt durch den Aspekt des Kindseins zu.[1820] Die Sterbehilfe bei originär Einwilligungsunfähigen und die Frage, ob Einwilligungssurrogate hier überhaupt zur Anwendung kommen können, ist ein Sonderproblem sowohl der Einwilligungslehre als auch der Sterbehilfe, das sich in mancher Hinsicht einer klaren Anwendung anerkannter medizinethischer Prinzipien[1821] entzieht.[1822] Ebenso wie bei der allgemeinen Sterbehilfe gilt im Prinzip auch für die spezifische Sterbehilfe bei Einwilligungsunfähigen, dass die indirekte aktive und die passive Sterbehilfe zulässig sind, obschon sie nicht positivrechtlich im Gesetz, sondern nur in standesethischen Richtlinien geregelt sind.[1823] Überaus umstritten ist hier aber die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen und mit welcher Begründung die indirekte aktive und die passive Sterbehilfe zulässig sind. Der zentrale Aspekt ist hierbei die Reichweite der stellvertretenden Einwilligung.[1824]

Hierzu sind vor allem die Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) für die Betreuung von Patientinnen und Patienten

---

[1820] Zum Ganzen MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, S. 288 f.

[1821] Vgl. dazu BEAUCHAMP/CHILDRESS, Principles of biomedical ethics, S. 101 ff., im Wesentlichen die vier Prinzipien Autonomie, Non-Malefizenz, Benefizenz und Gerechtigkeit.

[1822] Vgl. CUTTINI et al., Should euthanasia be legal?, S. 23; KUNZ, Sterbehilfe, S. 629; ROXIN, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, S. 110; vgl. auch ZERMATTEN, Die Stellung des Kindes bei einer medizinischen Behandlung, S. 1 f.

[1823] Vgl. GETH, Passive Sterbehilfe, S. 12, S. 13 f. und S. 133 f.; vgl. auch MARTI, Sterbehilfe in der Schweiz, S. 570 f., zur unzulässigen direkten aktiven Sterbehilfe; vgl. auch oben S. 264 ff.

[1824] Zum Ganzen MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, S. 301 ff.

am Lebensende,[1825] für die Behandlung und Betreuung von zerebral schwerstgeschädigten Langzeitpatienten[1826] und für intensivmedizinische Massnahmen einschlägig.[1827] Bei den Richtlinien der SAMW, die als privatrechtliche Stiftung organisiert ist, handelt es sich um von der Ärzteschaft selbst festgelegte standesethische Empfehlungen für Massstäbe der Sorgfalt ärztlichen Handelns.[1828] Als solche sind sie an sich rechtlich nicht bindend und ziehen auch nicht unmittelbar rechtliche Sanktionen nach sich.[1829] Sie sind aber insofern mittelbar rechtlich relevant, als sie den Gerichten und den kantonalen Gesetzgebern als Referenz oder Orientierung für Entscheidung bezüglich ärztlichen Handelns dienen.[1830] Aus dem Bundesamt für Justiz war auch schon zu vernehmen, dass mit den SAMW Richtlinien das Rechtsgebiet der Sterbehilfe „geregelt" sei.[1831] Obschon die Akademie keine formelle Gesetzgebungskompetenz hat, spricht auch die in der Praxis weitgehend unbestrittene Anerkennung der Richtlinien dafür, dass diese *de facto* eine sehr wichtige Rolle bei der rechtlichen Anleitung des ärztlichen Verhaltens spielen.[1832] Neben grundsätzlichen Fragen, die sich bezüglich der gesetzesähnlichen Autorität solcher standesethischer Richtlinien ergeben, ergeben sich in den Richtlinien einige konkrete inhaltliche Unklarheiten und Unzulänglichkeiten im Zusammenhang mit der stellvertretenden Einwilligung für originär Urteilsunfähige, die hier nachgezeichnet werden sollen.

1825 Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende.

1826 Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten.

1827 Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen.

1828 Vgl. BGE 142 I 195, 198 f. und 202 f.; vgl. auch KUNZ, Sterbehilfe, S. 616.

1829 KUNZ, Sterbehilfe, S. 616; vgl. auch schon KEHL, Für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe, S. 1309.

1830 KUNZ, Sterbehilfe, S. 616.

1831 Vgl. KEHL, Für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe, S. 1308.

1832 Vgl. BGE 142 I 195, 199; vgl. auch SEELMANN, Sterbehilfe, S. 142.

b) Stellvertretende Einwilligung und Wohl des Vertretenen

aa) Einleitung

Gemäss den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW für die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende gelten die dargelegten Grundsätze prinzipiell auch bei Neugeborenen, Kindern und Jugendlichen,[1833] sofern es sich um Patienten „am Lebensende" handelt, d.h. Kranke, bei denen ein Prozess begonnen hat, der erfahrungsgemäss innerhalb von Tagen oder wenigen Wochen zum Tod führt.[1834] Da der Eintritt des Sterbeprozesses auch im Zusammenhang mit einem Behandlungsabbruch oder Behandlungsverzicht stehen kann, ist die Abgrenzung insbesondere zu zerebral schwerstgeschädigten Langzeitpatienten, aber auch allgemein zu Patienten im Bereich der Intensivmedizin, mit gewissen Unschärfen verbunden.[1835] Während auch Minderjährige bezüglich der Einwilligung urteilsfähig sein können oder sich ab einem gewissen Alter aus ihrem Leben Ansatzpunkte für die Bestimmung des mutmasslichen Willens ergeben und so eine ärztliche Behandlung gegen deren (mutmasslichen) Willen unzulässig ist,[1836] handelt es sich bei Neugeborenen, Säuglingen oder Kleinkindern stets um Personen, die nicht urteilsfähig sind und auch zu keinem früheren Zeitpunkt urteilsfähig waren (*originäre* Urteilsunfähigkeit); auch in einem präsumtiv gesunden Zustand kann ein solches Kind keinen rechtlich bindenden Willen äussern.[1837]

[1833] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 6 und S. 8.

[1834] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 6; vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II. 1.2.

[1835] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 10; vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II. 1.2.

[1836] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 6; vgl. auch SGK-BV-Schweizer, Art. 10 Rn. 28.

[1837] Vgl. SEELMANN, Sterbehilfe, S. 142.

Als besonders heikel gilt der Bereich der passiven Sterbehilfe und spezifischer die Voraussetzungen für die passive Sterbehilfe bei originär urteilsunfähigen Patienten.[1838] Da eine Orientierungsmöglichkeit am mutmasslichen Willen entfällt, soll der Einsatz belastender Massnahmen zur Aufrechterhaltung von Vitalfunktionen gemäss der SAWM vor allem mittels einer Abwägung zwischen der Belastung durch die Therapie in Form von Schmerzen, Unwohlsein und Einschränkung und den durch sie voraussichtlich ermöglichten Gewinn an Wohlbefinden, Beziehungsmöglichkeiten und Erlebnisfähigkeit bestimmt werden.[1839] Das Problem kreist letztlich um die Frage, wer aufgrund welcher Kriterien über einen Behandlungsverzicht entscheiden darf, wenn der Patient dies selber nicht kann.[1840] Kann der Entscheid hinsichtlich einer passiven Sterbehilfe in solchen Fällen überhaupt Gegenstand einer Vertretung sein?[1841] Bei der Entscheidfindung tut sich offensichtlich ein Spannungsfeld auf, da zwei Positionen zu berücksichtigen sind, die gegensätzlich sein können: Zum einen das wohlverstandene Interesse des Kindes, d.h. eine Entscheidung aus objektiv-medizinischer Sicht, denen ein hypothetischer vernünftiger Patient in der entsprechenden Situation voraussichtlich zustimmen würde,[1842] und zum anderen die stellvertretende Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.[1843] Vom Grundsatz her gilt eigentlich, dass objektive Interessen eine grössere Rolle spielen sollen, wenn der Wille oder der mutmassliche Wille nicht oder jedenfalls nicht hinreichend sicher bekannt sind.[1844] Wie ist nun aber konkret im Konfliktfall zu entscheiden? Die Antwort, die sich den SAMW Richtlinien entnehmen lässt, ist in

---

[1838] Vgl. SEELMANN, Sterbehilfe, S. 139.

[1839] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8.

[1840] EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 19, hier bestehe gesetzlicher Handlungsspielraum.

[1841] Vgl. bereits ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, S. 45, die diese Frage jedoch offen gelassen hat.

[1842] So SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 11.

[1843] Vgl. SEELMANN, Sterbehilfe, S. 139.

[1844] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 133.

zweifacher Hinsicht unbefriedigend: Sie ist erstens viel umstrittener als sie zunächst erscheint und entsprechend unzureichend begründet und zweitens ist sie uneinheitlich und widersprüchlich.

bb) Ambivalenz der Richtlinien

Zunächst wird postuliert, dass das Betreuungsteam unter Einbezug der vertretungsberechtigten Person einen Behandlungsplan erstellt, wenn sich der Patient in Bezug auf die in Frage stehenden medizinischen Massnahmen nicht geäussert hat. Der Arzt informiert dabei die vertretungsberechtigte Person über alle Umstände, die im Hinblick auf die vorgesehenen medizinischen Massnahmen wesentlich sind.[1845] Der Entscheid über den Behandlungsvorschlag wird gemäss der SAMW Richtlinien für die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende „letztlich von der Vertretungsperson getroffen."[1846] Bei einem originär einwilligungsunfähigen minderjährigen Patienten, sind die Inhaber der elterlichen Sorge bei Entscheidungen über medizinische Eingriffe vertretungsberechtigt.[1847] Gleichzeitig sollte „oberstes Ziel sein, bezüglich Behandlungsvorschlag einen von allen Seiten getragenen Konsens zu erzielen."[1848] Diese Umschreibung beschönigt und kaschiert aber nur, dass der Entscheid der Vertretungsperson, d.h. die stellvertretende Einwilligung, letztlich nur in einer konfliktfreien Idealsituation berücksichtigt wird, in der sich ohnehin alle Beteiligten einig werden. In einem Konfliktfall soll der Entscheid laut SAMW Richtlinien nämlich entgegen dem, was bisher gesagt wurde, gerade *nicht* von der Vertretungsperson getroffen werden. Damit soll freilich nicht gesagt werden, es sei in der Sache nicht richtig, dass die Vertretungsperson im Konfliktfall nicht entscheidet.

[1845] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 6.

[1846] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 7.

[1847] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 6 Fn. 5; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 114; vgl. Art. 296 ZGB.

[1848] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 7.

Wenn wir genauer fragen, inwiefern tatsächlich der Entscheid der gesetzlichen Vertretungsperson gilt, finden wir beispielsweise in der früheren Version der SAMW Richtlinien über die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende die Aussage, dass Eltern „in den Entscheidungsprozess soweit miteinbezogen werden, wie das von ihnen gewünscht wird."[1849] In den Richtlinien über intensivmedizinische Massnahmen wird ähnlich formuliert: Angehörige eines intensivmedizinisch betreuten Patienten „sollten soweit wie möglich in den Prozess der Entscheidungsfindung einbezogen werden."[1850] Und in den Richtlinien für die Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten wird betont, dass die getroffenen Entscheide „von allen beteiligten Personen akzeptiert und möglichst mitverantwortet werden" sollten.[1851] Diese Formulierungen zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass sie ungenau, in sich uneinheitlich und dadurch unfassbar und nebulös sind. Terminologische Ungenauigkeiten zeigen sich insbesondere bei der Bestimmung der Personen, die im Entscheidungsfindungsprozess überhaupt zu berücksichtigen sind: So ist in den Richtlinien zur Behandlung und Betreuung von zerebral schwerstgeschädigten Langzeitpatienten nicht nur von „allen beteiligten Personen" die Rede, es soll auch die Erfahrung und Sicht der „nächsten Bezugspersonen des Patienten" in die Entscheidfindung miteinbezogen werden,[1852] während eigentlich bei der Vertretung nur von „gesetzlichen Vertretern" resp. von „Eltern" ausgegangen wird.[1853] Bei „nächsten Bezugspersonen" kann es sich aber je nach Konstellation ohne Weiteres um die Kindergärtnerin, den Patenonkel oder das Au-

---

[1849] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, 1. Aufl., S. 4, II. 2.2.2.

[1850] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 31.

[1851] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II. 3.

[1852] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II. 3.

[1853] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II. 2.3.

Pair-Mädchen handeln, die natürlich weit davon entfernt sind, die gesetzlichen Vertreter des Kindes zu sein.

Es liegt auf der Hand, dass mit solchen Formulierungen in der Praxis keine Konfliktfälle gelöst werden können, sondern im Wesentlich nur umschrieben wird, was in einer Idealsituation, in der sich ein Konsens zwischen „allen Beteiligten" sogar unter Berücksichtigung aller „nächsten Bezugspersonen" einstellt, geschehen soll. Die Aussage, dass der Entscheid über den Behandlungsvorschlag letztlich von der Vertretungsperson getroffen wird, erweist sich jedoch als leere und irreführende Formel. Selbst in den Richtlinien wird zuletzt nämlich immer das Gegenteil betont: Konflikte – und nur die Regelung solcher ist hier von Interesse – werden tatsächlich ganz anders gelöst, nämlich indem die letzte Entscheidung jeweils „beim direkt verantwortlichen Arzt" bleibt.[1854] Etwas umständlicher wird das in den Richtlinien über intensivmedizinische Massnahmen ausformuliert. Es wird gesagt, dass in Konfliktsituationen mit den Angehörigen eines Patienten „wiederholte Gespräche sinnvoll" sind. Klar ist dabei aber, dass „kein Anspruch auf die Durchführung von medizinisch nicht indizierten, weil wirkungslosen oder aussichtslosen Therapien besteht". Wenn die vertretungsberechtigten Personen nicht von der Entscheidung des Arztes – die mithin ausschlaggebend sein soll – überzeugt werden können, dass die geforderte intensivmedizinische Massnahme das Ziel der Rückkehr in ein angemessenes Lebensumfeld nicht erreichen kann, „soll ihnen Zeit gelassen werden". Der Entscheid des Arztes soll „in wiederholten Gesprächen begründet werden".[1855] Dies beschreibt durchaus sehr einfühlsam und konstruktiv ein zugleich zielführendes und respektvolles Vorgehen. Es soll auch keineswegs bestritten werden, dass sich in der Regel eine Strategie der gemeinsamen Entscheidungsfindung am besten be-

---

[1854] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II. 3.; so auch schon SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Grenzfragen der Intensivmedizin, II. 1.2.a.: „Die letzte Entscheidung liegt bei dem für die Intensivbehandlung verantwortlichen Arzt."

[1855] Zum Ganzen SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 37.

währt.[1856] Aus rechtlicher Perspektive sind aber nicht die (vielen) Fälle bedeutsam, in denen sich diese Strategie tatsächlich bewährt, sondern die (wenigen) Fälle, in denen sie scheitert, in denen also möglicherweise trotz aller Anstrengung und nach noch so viel „Zeit lassen" der Entscheid des Arztes von der Vertretungsperson nicht akzeptiert wird. Bezüglich der dann alles entscheidenden Frage, welche Bedeutung in einem Konfliktfall der Vertretungsperson zukommt und welche Rolle die stellvertretende Einwilligung spielt, lassen auch diese Richtlinien letztlich nur eine Auslegung zu: Sie ist unbeachtlich. Ob die Vertretungsperson von der Entscheidung des Arztes letztlich überzeugt werden konnte, ist also irrelevant. Es wäre wünschenswert, wenn nicht sogar zu fordern, dass dies in solchen Richtlinien viel deutlicher gesagt wird. Es ist – ähnlich wie bei der ambivalenten und widersprüchlichen Normierung der Patientenverfügung –[1857] niemandem gedient, wenn vordergründig ein beschönigendes und harmonisierend auf eine Idealsituation bezogenes Bild gezeichnet wird, wenn im Hintergrund eine ganz andere Sprache gesprochen wird.

Die Richtlinien für intensivmedizinische Massnahmen weisen dann darauf hin, dass die Schutzbehörde beizuziehen ist, wenn im Sinne von Art. 381 Abs. 2 Ziff. 3 ZGB, „die Interessen des Patienten gefährdet oder nicht mehr gewahrt sind". Die Behörde errichtet dann eine Vertretungsbeistandschaft, kann über eine medizinische Massnahme aber nicht selber entscheiden.[1858] Bei Massnahmen zum Kindesschutz ist das Kindeswohl gleichzeitig Auslöser einer Intervention und ihr oberstes Gebot. Dessen Gefährdung bildet nicht nur eine unumgängliche Voraussetzung, sondern die zu ergreifende Massnahme muss selbstverständlich auch im Dienst des Kindeswohls stehen.[1859] Das entspricht auch der Biomedizinkonvention, in der in Art. 6 Abs. 2 bzw. Abs. 3 festgelegt ist, dass ein medizinischer Eingriff bei einwilligungsunfähigen Personen lediglich mit der Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters bzw. einer von der Rechtsordnung dafür vorgesehenen Behörde, Person oder Stelle erfolgen

---

[1856] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 32.

[1857] Vgl. dazu oben S. 421 ff.

[1858] HK-Privatrecht I-Fankhauser, Art. 381 Rn. 1 und Rn. 4.

[1859] So richtig HK-Privatrecht I-Biderbost, Art. 307 Rn. 16.

darf. Ein solcher Eingriff darf gemäss Art. 6 Abs. 1 der Biomedizinkonvention aber auch nur zum unmittelbaren Nutzen der einwilligungsunfähigen Person erfolgen.[1860] Wenn bezüglich eines Vorgehens, das aus ärztlicher Sicht unbedingt im Interesse des einwilligungsunfähigen Patienten ist, keine Einigung zustande kommt, muss der Arzt die Erwachsenenschutzbehörde informieren, da dann eben die Interessen des einwilligungsunfähigen Patienten gefährdet sind. Auch auf diesem Weg muss der Entscheid am Ende nach den objektiven, medizinisch definierten Interessen des originär Einwilligungsunfähigen ausfallen. Wenn man auch nicht sagen kann, der Arzt entscheide unmittelbar, wird es in der Praxis jedoch entsprechend so sein, dass der Entscheid von der medizinischen Bestimmung der objektiven Interessen des originär urteilsunfähigen Patienten abhängig ist. In dringlichen Fällen darf der Arzt gemäss Art. 379 ZGB ohnehin gegen den Entscheid des gesetzlichen Vertreters handeln, wenn dieser gegen das Wohl des originär einwilligungsunfähigen Patienten verstösst; er muss auch die Behörde nicht anrufen, muss sich aber an den objektiven Interessen und der medizinischen Indikation orientieren.[1861] Dringlichkeit im Sinn von Art. 379 ZGB liegt dabei nicht bloss in eigentlichen Notfallsituationen vor, sondern bereits dann, wenn eine gebotene medizinische Massnahme zum Wohl des einwilligungsunfähigen Patienten nicht aufgeschoben werden sollte, bis die Erwachsenenschutzbehörde entschieden hat.[1862]

Nicht ganz klar ist hingegen, warum die Interessen des Patienten gemäss Richtlinien schon dann gefährdet oder nicht mehr gewahrt sein sollen, „wenn die vertretungsberechtigte Person ihre eigenen Interessen vertritt und den [recte: mutmasslichen]

[1860] Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997, AS 2008, S. 5137 ff. (S. 5139).

[1861] Vgl. zum Ganzen auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 135 f.; vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 62; VERREL, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, C. 89.

[1862] Vgl. Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personen- und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006, S. 7001 ff. (S. 7037).

Willen des urteilsunfähigen Patienten nicht beachtet."[1863] Problematisch ist das nur, wenn die Vertretungsperson dadurch in relevanter Weise das medizinische Vorgehen faktisch erschwert oder verunmöglicht. Dies löst den Verfahrensschritt zur Schutzbehörde aus. Das Vertreten eigener Interessen und das Nichtbeachten des mutmasslichen Willens des urteilsunfähigen Patienten bewirkt hingegen im Hinblick auf die Vertretungsperson ganz einfach, dass sie bei der Entscheidung keine rechtlich tragfähige Stimme hat. Besonders unzweideutig wird das gerade in den SAMW Richtlinien für die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende betont, in denen im Hauptteil die euphemistische Richtlinie postuliert wird, dass der Entscheid über den Behandlungsvorschlag „letztlich von der Vertretungsperson getroffen" wird.[1864] Denn im erläuternden Kommentarteil wird ohne Umschweife gesagt, dass ein Konsens zu suchen sei, „obwohl Angehörige *kein* Entscheidungsrecht haben."[1865] Die gesetzlichen Vertretungspersonen, in der Regel die Eltern, haben also nach der SAMW letztlich kein Entscheidungsrecht. Dieses Recht hat vielmehr der Arzt – wenn auch vermittelt über die Schutzbehörde.

Das ist in der Konstellation der passiven Sterbehilfe bei originär Urteilsunfähigen auch richtig so. Nur wird in den Richtlinien nicht richtig begründet, warum das so sein soll. Als Begründung für die Zuordnung der Entscheidungsbefugnis an den Arzt wird nämlich im Wesentlichen auf das Wohl der Eltern abgestellt: Würde man den Abbruch einer Behandlung von der Zustimmung der Eltern abhängig machen, sei die Gefahr zu gross, „damit die Situation unnötig zu verhärten, die Gefühle des

---

1863 SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 37.

1864 SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 7.

1865 SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 11 (Hervorhebung hinzugefügt); die genau gleiche Formulierung findet sich auch in der früheren Version der Richtlinien, vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, 1. Aufl., S. 8, III. 2.2.3.; vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 10: Als Angehörige im Sinne dieser Richtlinien gelten die dem Patienten nahe stehenden Personen, insbesondere auch Eltern.

Unbehagens und der Schuld zu verstärken und den Eltern eine Verantwortung aufzubürden, die wohl ihre Fähigkeiten und ihre Kräfte übersteigt."[1866] Den Eltern wird gleichsam zu ihrem eigenen Schutz die Möglichkeit genommen, durch eine Verweigerung der Zustimmung den Behandlungsabbruch zu verhindern, mit dem Vorwand, es sei zu ihrem Besten, nicht für ihr Kind zuständig zu sein. In den Richtlinien der SAMW wird betont, dass „eine hohe Verantwortung" auf der in der Regel „emotional stark involvierten" gesetzlichen Vertretungsperson laste. Dies sei gerade deshalb so, weil „der Entscheid über den Behandlungsvorschlag von der Vertretungsperson getroffen" werde. Aus diesem Grund müsse es auch oberstes Ziel sein, bezüglich des Behandlungsvorschlags einen von allen Seiten getragenen Konsens zu erzielen.[1867] Mit dieser Überlegung werden die Dinge aber auf den Kopf gestellt: Die Konsensfindung muss der Ausgangspunkt sein, nicht die Folge einer (vermeintlichen) Zuteilung des Entscheidungsrechts an die Vertretungsperson und auch nicht eine Massnahme zur Entschärfung der dadurch unnötig gesteigerten Verantwortung. Wenn der Vertretungsperson von Anfang an klar gesagt wird, dass es keinesfalls darum geht, dass der Entscheid über den Behandlungsvorschlag letztlich von ihr getroffen wird, muss sie auch nicht von einer so grossen Verantwortungslast ausgehen. Ganz besonders für Fälle der passiven Sterbehilfe wird hervorgehoben, dass aussichtslose Therapien eine erhebliche Belastung nicht nur für den Patienten und das Behandlungsteam darstellen, sondern vor allem auch für die Angehörigen. Ihnen fällt es in der Regel auch am schwersten, im blossen Überleben des von ihnen vertretenen Kindes unter anhaltender Intensivtherapie kein erstrebenswertes Ziel zu sehen, was sie eher dazu veranlassen kann, aussichtslose Therapien zu fordern, die jedoch nicht eingefordert werden können.[1868] Es trifft sicher zu, dass Angehörige in solchen Situationen unter einer grossen Belastung stehen und häufig überfordert

---

[1866] So ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Anhang B, S. 52.

[1867] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 7.

[1868] Vgl. zum Ganzen SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 16.

sind.[1869] Zu Recht wurde auch darauf hingewiesen, dass Eltern gerade im Falle von extrem unreifen Frühgeborenen oft Angst vor dem winzigen Wesen empfinden.[1870]

cc) Entscheidungsbefugnis des Arztes

Diese Aspekte reichen aber für eine Begründung der Entscheidungsbefugnis des Arztes nicht aus: Wenn in der Tat gleichsam das Wohl der Eltern im Vordergrund stehen würde, könnte man ohne weiteres eine einfache Regelung einführen, die es den Eltern erlaubt, die Entscheidung zu delegieren. Da aber eben nicht das Wohl der Eltern, sondern das Wohl des urteilsunfähigen Kindes im Vordergrund stehen muss, wird man sich zu Recht nicht auf eine solche Lösung einlassen. Wenn man sich für die Begründung der ärztlichen Entscheidungsbefugnis zu Recht auf das Wohl des Kindes stützt, dürfte es gesamthaft einfacher sein, der Vertretungsperson überzeugend darzulegen, warum Konsensfindung das im Ausgangspunkt anzustrebende Ideal ist. Es dürfte für sie auch einfacher zu verstehen sein, warum die Vertrauensperson zwar von der Verantwortungslast der Entscheidung befreit wird, da letztlich der Arzt entscheidet, dies aber eben gleichzeitig auch bedeutet, dass sie im Konfliktfall auch dann nicht entscheiden dürfte, wenn sie das wollte.

Wie verhält sich aber die hier konstatierte Sachlage mit der Meinung, wonach die Vertretungspersonen einen Behandlungsabbruch wohl verweigern, nicht aber verlangen können?[1871] Es interessiert nicht die Frage, ob sich schlüssig begründen liesse, dass sie auch einen Abbruch verlangen können,[1872] sondern ob sie tatsächlich einen Abbruch und damit die passive Sterbehilfe verweigern können. Sollen die Vertretungspersonen also auch einen lebenserhaltenden Eingriff verlangen können,

---

[1869] Vgl. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, S. 31.

[1870] Vgl. KIND, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen, S. 746.

[1871] Vgl. ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, S. 50; vgl. auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132.

[1872] Vgl. dazu GUILLOD/MEIER, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, S. 325 ff.

der medizinisch nicht (mehr) indiziert ist, um so das passive Sterbenlassen des Kindes zu verhindern? Diese Meinung kann zunächst dahingehend interpretiert werden, dass es sicher nicht zulässig sei, eine Behandlung abzubrechen, ohne die Eltern, soweit es zumutbar erscheint, „darüber aufzuklären." Mit wiederholten Gesprächen gelänge es auch „in aller Regel", die getroffene Entscheidung, d.h. den Abbruch der Behandlung, so zu vermitteln, dass die Eltern diese akzeptieren und mittragen könnten; es werde „fast immer" Einigkeit erreicht.[1873] Wenn der Bereich der Sterbehilfe bei originär Einwilligungsfähigen nicht nur in aller Regel, sondern ausschliesslich aus solchen Fällen, in denen Einigkeit erzielt wird, bestehen würde, bräuchte man aber auch keinerlei standesethische Richtlinien oder andere Regelungen, sondern nur einen allgemeinen Aufruf zu Aufklärung und Dialog.

Dass die Sachlage eine andere ist, in der es darum gehen muss, die Fälle rechtlich zu klären, in denen *keine* Einigkeit erreicht wird, wird auch im Bericht der Arbeitsgruppe Sterbehilfe festgehalten: Darin gelangt die Arbeitsgruppe zum Schluss, dass bei einem originär einwilligungsunfähigen Kind die SAMW-Richtlinien einen durch den Arzt gegen die Vertretungsperson entschiedenen Abbruch oder Verzicht der Behandlung im Sinne der passiven Sterbehilfe erlauben; der Arzt könne sich in einer solchen Situation auf die Unzumutbarkeit der Heilbehandlung berufen, wenn diese weder eine Verbesserung der Gesundheit noch eine Linderung von Leiden bewirke.[1874] In der Sache richtig ist daran, dass im Konfliktfall faktisch der Arzt und nicht die Vertretungsperson entscheiden darf. Die hierfür gegebene Begründung ist jedoch missverständlich oder verkürzt. Die Frage, inwiefern es für den Arzt oder den „Klinikbetrieb" unzumutbar ist, das Leben zu erhalten, darf nämlich keine

---

[1873] Zum Ganzen KIND, Ethische Probleme in der Neonatologie, S. 252. Vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8: „Entscheidungen über Behandlung und Betreuung sollen, wenn immer möglich, vom Betreuungsteam und von den Angehörigen des Patienten mitgetragen werden." Vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II.3.

[1874] ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, S. 14;

Rolle spielen.[1875] Obschon es in einem etwas schöneren Gewand daherkommt, darf es ebenso wenig darauf ankommen, dass die Respektierung des Patientenwillens immer dann an ihre Grenzen stösst, wenn der Patient Massnahmen verlangt, die mit der persönlichen Gewissenshaltung des Arztes nicht vereinbar sind.[1876] Ein solcher aus der allgemeinen Dogmatik der Unterlassungsdelikte entlehnter Vorbehalt der Zumutbarkeit des Handelns für den Arzt,[1877] muss im Kontext von lebenserhaltenden Massnahmen abgelehnt werden.

Er basiert auf der moralphilosophisch fragwürdigen Annahme, dass die Verletzung von Handlungspflichten in der Regel nicht so schwer wiegt wie die Verletzung eines Handlungsverbots, so dass ein Unterlassungsdelikt deshalb weniger strafwürdig sei als ein Begehungsdelikt.[1878] Die bloss phänomenologische Tatsache, dass eine Handlungspflicht mehr verlangt als eine Duldungspflicht – eben zu handeln und nicht nur zu dulden –,[1879] ist an sich kein relevantes Kriterium. Der Grund, warum wir bei Unterlassungsdelikten im Vergleich zu Begehungsdelikten gewisse Einschränkungen kennen – namentlich die Voraussetzung der Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt –, rührt nicht daher, dass etwa die Tötung durch Unterlassung weniger verwerflich sei oder ein kleineres Unrecht darstelle als eine Tötung durch Handeln. Nicht selten ist es sogar umgekehrt. Der hauptsächliche Grund ist vielmehr, dass wir aus pragmatischen Gründen nicht für alles Unrecht, das wir potentiell hätten verhindern können, auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können, sondern eben nur für das Unrecht in jenen Fällen, in denen wir eine gesteigert Pflicht haben, es zu verhindern. Daher ist die passive Sterbehilfe auch

---

1875 So aber REHBERG, Arzt und Strafrecht, S. 319: Medizinische Massnahmen brauchen nur noch insoweit getroffen oder aufrechterhalten werden, als sie „nicht mit einem übermässigen Aufwand verbunden und für den Arzt sowie den Klinikbetrieb zumutbar sind."

1876 So aber ausdrücklich SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8.

1877 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 14 Rn. 51; vgl. auch BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 11 Rn. 60 f.

1878 Vgl. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 14 Rn. 51.

1879 BSK-Strafrecht I-Seelmann, Art. 11 Rn. 61.

nicht deshalb zulässig und die aktive direkte Strebehilfe hingegen nicht zulässig, weil das eine etwa ein kleineres Unrecht darstellt als das andere. Der Hauptgrund ist, dass jeglicher medizinische Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten mit dem Zweck, ihn zu heilen oder am Leben zu erhalten, grundsätzlich nur mit Einwilligung des Patienten vorgenommen werden darf. Wenn der Patient also selbstbestimmt die Einwilligung verweigert, macht sich der Arzt strafbar, wenn er den Eingriff vornimmt. Er kann dann aber nicht auch bestraft werden, wenn er den Eingriff unterlässt und der Patient stirbt, da der Arzt sonst in solchen Fällen einer Strafbarkeit gar nicht ausweichen könnte.[1880] Das Unterlassen des Eingriffs geht dann aber vor, weil dieser überhaupt nur zulässig ist, wenn darin eingewilligt wurde. Insofern hier die Handlung, die das Leben erhalten soll, also rechtlich unzulässig ist, kann sie auch unzumutbar sein. Andersrum würde man hingegen eine *petitio principii* begehen:[1881] Der Zirkelschluss besteht dann nämlich darin, dass man aus einer angeblichen Unzumutbarkeit der Handlung auf deren rechtliche Unzulässigkeit schliesst, wobei die Unzulässigkeit eben gerade der Beweisgrund ist und die Unzumutbarkeit das, was bewiesen werden soll. Man behauptet dann gleichsam einfach, dass eine bestimmte Handlung unzumutbar sei, und sie sei deshalb unzulässig, weil sie unzumutbar sei.

Ein Arzt wiederum, der im Rahmen einer eindringlich erlebten Gewissensentscheidung zum Schluss kommt, er könne dem Wunsch des sterbewilligen Patienten nach passiver Sterbehilfe nicht entsprechen und ihn daher ohne dessen Einwilligung mit medizinischen Eingriffen am Leben erhält, macht sich also in aller Regel strafbar. Kann aber festgestellt werden, dass er aufgrund des Gewissens eine höhere Norm des Lebensschutzes anerkennt, diese als absolut verpflichtend erlebt und zur Ansicht gelangt, gegen das Gesetz handeln zu müssen, kann das im Rahmen von Art. 18 Abs. 1 StGB dazu führen, dass seine Strafe zwingend gemildert wird. Damit wird berücksichtigt, dass man von einem Gewissenstäter das normkonforme und gesellschaftlich angepasste Verhalten im geringeren Masse verlangen kann und dass

---

[1880] Vgl. dazu auch oben S. 424 ff.

[1881] Vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 60.

er sich eindeutig abhebt von einem gewöhnlichen Täter, der ohne Gewissensdruck in Güter und Interessen Dritter eingreift.[1882]

Der Grund dafür, dass bei einem originär einwilligungsunfähigen Kind der Arzt einseitig den Abbruch oder den Verzicht der Behandlung im Sinne der passiven Sterbehilfe erlauben darf, liegt also weder darin, dass damit die Vertretungspersonen entlastet werden, noch dass eine solche Behandlung, die weder eine Verbesserung der Gesundheit noch eine Linderung von Leiden bringt, etwa *für den Arzt* unzumutbar ist. Die Unzumutbarkeit der Lebenserhaltung für den Arzt ist auch nicht etwa Derivat einer Unzumutbarkeit für den Patienten; die einzig wirklich tragfähige Begründung einer Behandlungseinstellung ist vielmehr ausschliesslich beim Patienten zu finden.[1883] Richtig ist also, dass die Vertretungspersonen, d.h. in aller Regel die Eltern, einen Behandlungsabbruch nicht verweigern dürfen, so lange er medizinisch indiziert und im wohlverstandenen Interesse des Kindes ist. Daran ändert auch der Hinweis nichts, dass diese Situation des einseitigen Entscheids des Arztes „nicht leichthin anzunehmen" sei.[1884] Diesbezüglich mindestens das Kriterium der Offenheit und Klarheit erfüllen hingegen die nunmehr zurückgezogenen Grundsätze der SAMW über das Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung. Hier wird ohne Rekurs auf verwirrende euphemistische Formulierungen gesagt, dass der gesetzliche Vertreter, dessen Einwilligung als Surrogat für die fehlende Einwilligung des originär urteilsunfähigen Patienten einzuholen ist, bei seiner Entscheidung an die wohlverstandenen Interessen des vertretenen Patienten gebunden ist und keine aus medizinischer Sicht notwendige Behandlung und Betreuung verweigern darf.[1885] In den Richtlinien für die Betreuung von Patientinnen und Patienten am

---

[1882] Vgl. zum Ganzen MONA, Der Gewissenstäter im Strafrecht, S. 490 ff.

[1883] So richtig GETH, Passive Sterbehilfe, S. 60.

[1884] ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, S. 14.

[1885] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 3. Vgl. auch BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others, S. 94: „The best interest principle states that a surrogate is to choose what will best serve the patient's interest, in other words, that which will maximally promote the patient's good."

Lebensende wird immerhin betont, dass der Entscheid, der „letztlich von der Vertretungsperson getroffen wird“ unter dem Vorbehalt steht, dass die Vertretungsperson „nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen des Patienten entscheiden [muss].“[1886] Da der gesetzliche Vertreter bei der Bestimmung des mutmasslichen Willens an das medizinisch definierte Wohl des vertretenen Kindes gebunden ist,[1887] kann gefolgert werden, dass die Vertretungsperson in medizinischen Angelegenheiten nur in indizierte Eingriffe einwilligen und keine indizierten Eingriffe verweigern darf bzw. nicht indizierte Eingriffe nicht verlangen darf.[1888] Aus der Tatsache also, dass sich das wohlverstandene Interesse des originär Einwilligungsunfähigen aus der medizinischen Indikation ergibt, der Arzt diese Indikation bestimmt und jede Entscheidung auch nach Anrufung der Schutzbehörde im wohlverstandenen Interesse des originär Einwilligungsunfähigen nach objektiven Kriterien getroffen werden muss, folgt, dass im Konfliktfall letztlich der Arzt entscheiden kann.

Bei kasueller Urteilsunfähigkeit des Patienten ist grundsätzlich der mutmassliche Patientenwille entscheidend, der unter Umständen vom gewillkürten oder gesetzlichen Stellvertreter zu eruieren ist. Ist dieser nicht eindeutig feststellbar, muss im Wege einer objektiven Interessenermittlung das Risiko einer Fehlinterpretation des mutmasslichen Willens gegen die Grösse des erwartenden Schadens abgewogen werden.[1889] Bei einem originär urteilsunfähigen Patienten kann jedoch mangels jemals vorhandener Willensbildungsfähigkeit und mangels einschlägiger Informatio-

---

[1886] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 7.

[1887] SEELMANN, Umgang mit urteilsunfähigen Patientinnen und Patienten, S. 101: „Der gesetzliche Vertreter ist in jedem Fall an das objektive, d.h. medizinisch definierte Wohl des Vertretenen gebunden.“ Vgl. LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132; vgl. WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes, Rz. 816: Die Bestimmung des Kindeswohls im Rahmen einer Heilbehandlung liegt nicht im Ermessen der gesetzlichen Vertreter bzw. der Eltern; vgl. auch WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes, Rz. 885.

[1888] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, S. 8; vgl. auch LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Rz. 132.

[1889] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 134.

nen wie früherer Äusserungen, die für eine Orientierung an seinen Präferenzen notwendig sind,[1890] naturgemäss keinerlei subjektiver Wille gemutmasst werden. Deshalb sind hier stets die objektiven Interessen zu bestimmen und heranzuziehen.[1891] Die eigentliche Rechtfertigung des Sterbenlassens von originär Einwilligungsunfähigen im Sinne der passiven Sterbehilfe wird entsprechend in einer medizinisch informierten notstandsähnlichen Abwägung von Interessen und nicht im Gedanken einer stellvertretenden Einwilligung gesehen.[1892] Es gilt das Wohl und die Perspektive des Kindes, nicht das Wohl der Eltern oder der Ärzte.[1893] Da die Entscheidungsbefugnis aber durchaus zu Recht beim verantwortlichen Arzt liegt, muss mindestens darauf bestanden werden, dass diese Fremdbestimmung mit präziseren Verfahrensvorschriften versehen wird. Die bestehenden Formulierungen in den Richtlinien sind hingegen so rudimentär und verschleiert, dass von einem Entscheidungsverfahren, das rechtsstaatlichen Prinzipien genügt, nicht die Rede sein kann.[1894] Problematisch ist nicht zuletzt auch die Tatsache, dass die entsprechende Entscheidungsbefugnis des Arztes nach Gesichtspunkten der Dogmatik zwar richtig ist, die entsprechende Stellungnahme in den Richtlinien aber demokratisch schwach legitimiert und relativ unstrukturiert ist.[1895]

c) Einwilligung, Sterbehilfe und Pragmatik

Nicht selten wird gegen die Legalisierung der Sterbehilfe aufgrund einer vorliegenden Einwilligung mit dem Hinweis argumentiert, diese Legalisierung führe unweigerlich auf einem so genannten *slippery-slope* zur Zulässigkeit auch der Sterbehilfe

---

[1890] Vgl. ERB, Das Verhältnis zwischen mutmasslicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, S. 338.

[1891] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 133; vgl. auch BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene, S. 65; MERKEL Reinhard, Früheuthanasie, S. 324 f.; SEELMANN, Sterbehilfe, S. 142.

[1892] Vgl. SEELMANN, Sterbehilfe, S. 143.

[1893] Vgl. auch WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes, Rz. 885.

[1894] Vgl. auch schon KEHL, Für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe, S. 1310.

[1895] Vgl. auch ARZT, Bürokratisierung der Hilfe beim Sterben und beim Suizid, S. 584, der die Richtlinien als Quasigesetzgebung bezeichnet, die von demokratisch nicht legitimierten Gremien verfasst werden.

ohne Einwilligung des Patienten.[1896] Die Sachlage in der Schweiz stellt sich aber so dar, dass bereits heute die Sterbehilfe ohne Einwilligung (*non-voluntary-euthanasia*) anerkannt und zulässig ist. Nicht anders kann nämlich die eben beschriebene Zulässigkeit der passiven Sterbehilfe an originär Urteilsunfähigen ohne Ermittlung des entsprechenden mutmasslichen Willens oder ohne eine stellvertretende Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter verstanden werden.[1897] Wie lässt sich dies aber rechtlich einordnen?

Genauer unter die Lupe nehmen müssen wir hierzu den eigentlichen Abwägungsmechanismus, der zur Bestimmung des wohlverstandenen Interesses des originär Urteilsunfähigen zur Anwendung kommt. Die weitverbreitete und substantielle Ambivalenz und Zurückhaltung im Umgang mit dieser Abwägungsthematik zeigt sich eindrücklich im Vorentwurf des EJPD über Sterbehilfe und Palliativmedizin.[1898] Hier wird zunächst postuliert, dass das grundlegende Tötungsverbot absolut zu beachten sei und im Zentrum aller Überlegungen stehe. Sogleich wird dann aber ausgeführt, dass jede Relativierung dieses Grundsatzes nicht nur heikel sei – man denke an die Senkung der Hemmschwelle –, sondern einer besonders sorgfältigen Abklärung und Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen bedürfe. Man fragt sich dann unweigerlich, warum nicht einfach gesagt werden kann, dass das Tötungsverbot nicht absolut gilt und relativiert werden kann, die betroffenen Schutzinteressen aber sorgfältig abgewogen werden müssen.

Die „notstandsähnliche" Abwägung der Interessen bzw. der Vor- und Nachteile für den Patienten bewegt sich im Sinne der Regelung der SAWM grundsätzlich zwischen den Extremen des „therapeutischen Übereifers" und des „therapeutischen Nihilismus".[1899] Es ist ein Mittelweg zu finden zwischen dem Ideal der „Heiligkeit

---

[1896] Vgl. nur AMARASEKARA/BAGARIC, Moving from Voluntary Euthanasia to Non-Voluntary Euthanasia, S. 398 ff.

[1897] Vgl. auch KIND, Ethische Probleme in der Neonatologie, S. 243.

[1898] EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Sterbehilfe und Palliativmedizin, S. 2.

[1899] SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, III. 4.1.

des Lebens“ und der entsprechenden Lebenserhaltung mit allen Mitteln ohne Rücksicht auf die Schmerzen, die diese Mittel beim Kind verursachen, und der Auffassung, dass nur eine allgemein akzeptable Lebensqualität überhaupt lebenserhaltende Massnahmen rechtfertigen kann, wobei die Aussicht auf uneingeschränkte Lebensqualität eine grössere Belastung durch die Behandlungen legitimiert.[1900] Die konkrete Situation stellt sich als Kollision von Gütern bzw. Interessen bei ein und derselben Person dar,[1901] in der letztlich eine Interessenabwägung bezogen auf die konkrete Situation des originär urteilsunfähigen Patienten ausschlaggebend ist.[1902] Der Grund dafür, warum auch in dieser Konstellation der Sterbehilfe im Sinne einer notstandsähnlichen Interessensabwägung zu entscheiden ist, liegt aber nicht daran, dass hier etwa auch Interessen der Allgemeinheit ins Spiel kommen.[1903] Es sind allein die Interessen und das Wohl des Patienten relevant. Der Grund ist vielmehr, dass für eine einwilligungsähnliche Entscheidung der Anknüpfungspunkt an einen Willen oder ein Willenssurrogat fehlt.

Die Abwägung wird auf entscheidende Art und Weise eingeschränkt: Es soll nicht allgemein abgewogen werden zwischen den Schmerzen oder der Aussicht auf Lebensqualität einerseits und dem grundsätzlichen Lebensinteresse andererseits. Der Einsatz belastender Massnahmen zur Aufrechterhaltung von Vitalfunktionen soll vielmehr vor allem von der Prognose abhängig gemacht werden, bei der zwischen dem potentiellen Gewinn an Wohlbefinden, Beziehungsmöglichkeit und Erlebnisfähigkeit als Resultat der Therapie, d.h. die Erfolgsaussichten der Behandlung, und dem Zuwachs an Schmerzen, Unwohlsein und Einschränkungen durch ebendiese Behandlung abgewogen wird.[1904] Wenn die Massnahme im Verhältnis zum dadurch

---

1900 KIND, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen, S. 746.

1901 SEELMANN, Sterbehilfe, S. 140.

1902 Vgl. KUNZ, Sterbehilfe, S. 621; vgl. auch ROXIN, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, S. 110.

1903 Vgl. aber ERB, Das Verhältnis zwischen mutmasslicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, S. 346 ff.

1904 SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, S. 8; vgl. auch SCHWEIZERISCHE AKADE-

erzielbaren Gewinn für den Patienten viel zu belastend erscheint, „kann und soll der aus ihrer Unterlassung resultierende Tod akzeptiert werden."[1905] Es soll mit anderen Worten zur Lebenserhaltung nicht jedes nur verfügbare Mittel eingesetzt werden müssen.[1906] Zugleich soll aber auch der Zustand geschaffen werden können, in dem man gleichsam die Entscheidung über Leben und Tod in einem etwas archaischen aber durchaus verständlichen Sinn „der Natur überlässt", wobei so – anders als bei einer direkten aktiven Sterbehilfe – auch die nie ganz auszuschliessende Möglichkeit berücksichtigt wird, dass das Kind entgegen allen Erwartungen trotz Therapieabbruch weiterlebt.[1907] Es wird also – ganz im Sinne der allgemeinen Grundsätze der passiven Sterbehilfe – gefragt, ob der therapeutische Eingriff oder die lebenserhaltende Massnahme gerechtfertigt ist und nicht, ob die enormen Schmerzen das Interesse am Weiterleben überwiegen. Letzteres würde unweigerlich die Türe für eine Begründung der direkten aktiven Sterbehilfe öffnen. Wie nahe sich diese beiden Formen der Sterbehilfe hier stehen und wie subtil die Unterschiede sind, zeigt die Feststellung, dass die Motivation für den Therapieverzicht das Bestreben ist, dem Kind unverhältnismässig grosses Leid oder Schaden zu ersparen, das „durch die Therapie" verursacht wird.[1908] Würde man den letzten Nebensatz weglassen, so dass das Bestreben allgemein wäre, unverhältnismässig grosses Leid zu ersparen, wäre dies *prima facie* eine hinreichende Motivation für eine direkte aktive Sterbehilfe.

MIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, II.1.1.3.; vgl. auch KIND, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen, S. 747.

1905 KIND, Ethische Probleme in der Neonatologie, S. 244.

1906 Vgl. KIND, Ethische Probleme in der Neonatologie, S. 244.

1907 KIND, Ethische Probleme in der Neonatologie, S. 245.

1908 So die Formulierung in KIND, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen, S. 747; vgl. auch ARBEITSGRUPPE DER SCHWEIZERISCHEN GESELLSCHAFT FÜR NEONATOLOGIE, Empfehlungen zur Betreuung von Frühgeborenen an der Grenze der Lebensfähigkeit, S. 1591, mit der Einschränkung auf das mögliche Leiden während der Therapie.

Auf dieser Basis baut im Wesentlichen auch das umstrittene *Groningen Protocol* auf, das das Ziel verfolgt, die direkte aktive Sterbehilfe bei schwerstbehinderten Neugeborenen in den Niederlanden zu regeln.[1909] Die beiden Autoren dieses Protokolls gehen der Frage nach, ob auch für Neugeborene und Säuglinge, die ihren Willen nicht formulieren können und wo auch kein mutmasslicher Wille eruiert werden kann, sogenannte „*deliberate life-ending procedures*" zulässig sein sollen, oder ob diese Kinder trotz unerträglichen Schmerzen, die nicht wirksam gelindert werden können, am Leben erhalten werden müssen.[1910] Obschon das einzuhaltende Verfahren auf einen Entscheid gemünzt ist, das Leben eines Neugeborenen „aktiv" zu beenden,[1911] erweisen sich die vom Protokoll in drei Gruppen erfassten Fälle als solche, die nach schweizerischer Regelung unter die grundsätzlich auch für dauerhaft einwilligungsunfähige Personen zulässige passive oder indirekte aktive Sterbehilfe subsumiert werden können.[1912] Es handelt sich mit anderen Worten nur um Fälle, bei denen die Sterbehilfe entweder durch Unterlassung der lebenserhaltenden Massnahmen oder durch Schmerzlinderung mit nicht unmittelbar intendierter lebensverkürzender Wirkung geleistet werden kann.[1913] Der hier zentrale Fall betrifft die dritte Gruppe von Neugeborenen, denen eine „hoffnungslose Prognose" gestellt wird und „die unerträglich leiden".[1914] Als Beispiel werden Neugeborene mit der schlimmsten Form von *spina bifida* oder mit Trisomie 13 genannt.

Die Tatsache, dass das Protokoll „unerträgliche Schmerzen" voraussetzt, die nicht gelindert werden können, lässt die Zulässigkeit einer indirekten aktiven Sterbehilfe

---

1909 VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol.

1910 VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 959.

1911 VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 959: „to actively end the life of a newborn."

1912 Vgl. JENAL, Indirekte Sterbehilfe, S. 123: vgl. auch BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene, S. 145 und S. 151; MERKEL Reinhard, Früheuthanasie, S. 165.

1913 VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 959: Die erste und zweite Gruppe erfasst Konstellationen, die als klassische Fälle der passiven Sterbehilfe gelten; die dritte Gruppe umfasst Fälle der indirekten aktiven Sterbehilfe.

1914 VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 959 f.: „hopeless prognosis" und „unbearable suffering" bzw. „sustained suffering"; vgl. auch die Tabelle in VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 961.

naheliegend erscheinen – ein tatsächlicher Bedarf nach einer direkten aktiven Sterbehilfe ergibt sich unter den vorausgesetzten Kriterien des Protokolls nicht. Die hier in Frage stehenden Konstellationen des Groningen-Protokolls werden also gleichsam „entschärft", weil sich die entsprechende Ausführung der Sterbehilfe unter den gegebenen Umständen stets als Anwendung der zulässigen indirekten aktiven Sterbehilfe erweisen kann. Dies ergibt sich auch aus der Anweisung, dass bei solchen Kindern alle medizinisch notwendigen Massnahmen getroffen werden müssen, um die unerträglichen Schmerzen zu vermindern, auch wenn diese Massnahmen eine Lebensverkürzung bewirken können.[1915] Die entsprechende Regelung in den Richtlinien der SAMW erfüllt damit aber nicht nur die Voraussetzungen für die im Groningen-Protokoll propagierte Sterbehilfe.[1916] Sie erweist sich gar als weniger restriktiv, wenn man berücksichtigt, dass das Protokoll voraussetzt, dass über die Ausführung der Sterbehilfe letztlich nicht nur die Ärzte bzw. die Erwachsenschutzbehörde entscheiden können, sondern notwendigerweise die Einwilligung beider Eltern nach ausführlicher Aufklärung vorliegen muss.[1917] Diese Voraussetzung wird im Protokoll in keiner Weise relativiert: Weder ist von einer Erwachsenenschutzbehörde noch von einer Bindung des Willens der Vertreter an das wohlverstanden Interesse des Kindes oder an medizinische Indikationen die Rede. Aus Sicht der schweizerischen Richtlinien erweist sich das Groningen-Protokolls mithin als „viel Lärm um nichts" und man fragt sich, warum in der Sterbehilfedebatte auf diese Art und Weise Konfrontationen gesucht werden und nicht auf pragmatische Lösungen gesetzt wird. Ein analytischer Blick auf dieses Protokoll schärft aber nicht zuletzt auch das Bewusstsein, welch weitreichende Regelung in der Schweiz vorhanden ist.

[1915] VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 960; so auch SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Palliative Care, S. 17; vgl. auch KUNZ, Sterbehilfe, S. 619.

[1916] Gemeint sind hier die Voraussetzungen im engeren Sinn; vgl. die Tabelle in VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 961: „Requirements that must be fulfilled." Das Protokoll beschreibt darüber hinaus auch ein präzises Informationsverfahren und insbesondere eine Rapportierungspflicht gegenüber den Justizbehörden.

[1917] VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol, S. 960.

4. Fazit

Die heutige Rechtslage zur stellvertretenden Einwilligung ist wenig übersichtlich und von einigen Unklarheiten oder Meinungsverschiedenheiten geprägt. Die vorherrschende Ambivalenz zeigt sich sehr deutlich, wenn der Versuch unternommen wird, die These zu verteidigen, dass an der stellvertretenden Einwilligung des Vertreters als formelle Voraussetzung festgehalten werden muss, obwohl die Erteilung der Entscheidungsbefugnisse an den Arzt in den SAMW Richtlinien ihr eigentlich widerspricht und der Vertreterwillen an die medizinisch indizierten Interessen des Urteilsunfähigen gebunden ist.[1918] Der latente Konflikt zwischen der Verpflichtung, stets zum Wohl des originär urteilsunfähigen Patienten zu handeln,[1919] und dem Gebot, den Willen des gesetzlichen Vertreters zu achten,[1920] wird letztlich zu Gunsten des Wohls des originär urteilsunfähigen Patienten gelöst. Dabei zeigt sich deutlich, wie Christopher Geth richtig sagt, dass auch ein auf die Achtung der Patientenautonomie ausgerichtetes Sterbehilferecht nicht ohne die Berücksichtigung objektiver Wertungen auskommt,[1921] und zwar vor allem immer dann, wenn bei originär urteilsunfähigen Personen ohnehin nur eine Fremdbestimmung in Frage kommt, die auf keinerlei subjektive Elemente des Patientenwillens Bezug nehmen kann. Gerade auch weil sich dann nicht sagen lässt, ob das Vorgehen dem Patientenwillen noch entspricht, muss die Entscheidung alleine aus der Berücksichtigung des Kindeswohls bzw. der medizinisch indizierten objektiven Interessen hervorgehen.[1922] Der vermeintliche und nur vordergründige „terminologische Mittelweg“ in den Richtlinien über ein „Rücksprachenehmen“ oder ein „Einbeziehen der Eltern in den Entscheidungsprozess“ schafft die nötige Sicherheit nicht, ist weder kohärent noch

---

[1918] Vgl. auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 118 f. und S. 125 ff.

[1919] Vgl. nur Art. 6 Abs. 1 Biomedizin-Konvention; vgl. in Bezug auf notwendige Eingriffe auch THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, S. 30.

[1920] Vgl. nur Art. 6 Abs. 2 Biomedizin-Konvention.

[1921] GETH, Passive Sterbehilfe, S. 134.

[1922] Vgl. GETH, Passive Sterbehilfe, S. 134.

schlüssig und erweist sich deshalb auch als nicht geeigneter Ansatz für die Gesetzgebung.[1923] Er signalisiert eher ein Unwohlsein mit der an sich richtigen Lösung und ist wohl auch das Resultat einer bisher noch wenig gefestigten, kohärenten und prinzipiellen Einwilligungsdoktrin. Letztlich dürfte es auch ein Versuch sein, mittels Betonung auf konsensorientierte Empfehlungen, die eigentlich scharfen Kanten zu Ungunsten der Vertretungspersonen, d.h. in der Regel die Eltern, zumindest atmosphärisch etwas abzuschwächen. Obschon die schweizerischen Richtlinien substantiell in der Sache mindestens so weit gehen wie das Groningen-Protokoll, sind sie in diesem Sinn auch ein Gegenprojekt dazu.

VI. Hypothetische Einwilligung

1. Einleitung

Mit der sogenannten hypothetischen Einwilligung ist in einem gewissen Sinn das radikalste Surrogat gemeint: Hier soll es im Zeitpunkt der Tat überhaupt auf keine Einwilligung des Berechtigten ankommen, weder auf eine aktuell geäusserte, noch auf eine vorab erklärte, noch auf eine stellvertretende und auch nicht auf eine mutmassliche Einwilligung. Die bloss rückblickend hypothetische Einwilligung des Berechtigten in den kunstgerechten Eingriff soll auch zulässig sein, obschon keinerlei Notsituation oder Gefahrenlage bestand und der Eingriff im Zeitpunkt der Tathandlung entsprechend nach einer Abwägung der kontrastierenden objektiven Interessen des Berechtigten vorgenommen wurde. Diese radikale Lösung wird wesentlich vorgeschlagen, um ärztliche Aufklärungsmängel, die zu einer unwirksamen Einwilligung des Patienten führen, zu neutralisieren. Die strafrechtliche Haftung soll in Fällen, in denen der Arzt den Patienten zwar über den kunstgerechten Heileingriff als solchen, aber nicht genügend über die mit diesem verbundenen Risiken

---

[1923] Vgl. ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Anhang B, S. 52.

aufgeklärt hat, ausgeschlossen werden.[1924] Die tatsächliche Einwilligung oder ein Einwilligungssurrogat der einwilligungsfähigen Person soll nämlich nach zivilrechtlichen Grundsätzen immer dann entbehrlich sein, wenn diese Person bei einer korrekten und gehörigen Aufklärung hypothetisch eingewilligt hätte.

Ob sich der Arzt allenfalls alternativ auf eine solche hypothetische Einwilligung berufen kann, wenn keine wirksame Einwilligung vorliegt, hat das Bundesgericht für den Bereich des Strafrechts noch nicht beantwortet.[1925] In Urteilen der strafrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts wurde zwar auch schon der Begriff „hypothetische Einwilligung" verwendet.[1926] Das Gericht meint dabei in der Sache aber nicht die aus dem Zivilrecht bekannte Thematik des Umgangs mit Aufklärungsmängeln, sondern die Bestimmung des mutmasslichen Willens bei der mutmasslichen Einwilligung.[1927] Die Begriffe „mutmasslich" und „hypothetisch" werden hier, wie zum Teil auch im Schrifttum,[1928] also synonym verwendet.

Von der zivilrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts wird die „hypothetische Einwilligung" hingegen vor allem auch im Kontext des Entlastungsbeweises des rechtmässigen Alternativverhaltens sehr wohl anerkannt.[1929] Der Arzt muss den Beweis führen, dass der Patient auch bei ordnungsgemässer Aufklärung, d.h. dem rechtmässigen Verhalten des Arztes, in die Operation eingewilligt hätte. Dann entgeht er der Haftung für den Schaden, der trotz kunstgerecht ausgeführtem Ein-

---

1924 EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 239.

1925 Vgl. auch EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 238.

1926 Vgl. BGer 6B_375/2013 vom 13. Januar 2014, E. 4.3.3.

1927 Vgl. die Anmerkung zu diesem Urteil in MAUSBACH, Bundesgericht Strafrechtliche Abteilung, S. 126.

1928 Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 144, wo im Abschnitt „Die mutmassliche Einwilligung des Verletzten" vereinzelt vom „hypothetischen Willen des Betroffenen" die Rede ist; ähnlich auch SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 189.

1929 Vgl. grundlegend BGE 117 Ib 197, 206 ff.; BGE 133 III 121, 129 f.

griff als Folge eines der Operation immanenten Risikos eingetreten ist.[1930]Grundsätzlich darf laut bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Zivilrecht aber „nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgegangen werden, wenn Art und Schwere des Risikos eine erhöhte Informationspflicht geboten hätten, welcher der Arzt nicht nachgekommen ist." Der Grund dafür ist, dass es in einem solchen Fall in der Tat denkbar sei, „dass sich der Patient, hätte er die umfassende Information erhalten, in Bezug auf die zu treffende Entscheidung in einem echten Konflikt befunden und beispielsweise eine Überlegungszeit verlangt hätte."[1931] Um bestimmen zu können, was der Patient hypothetisch gemacht hätte, soll dabei gemäss Bundesgericht nicht auf einen vernünftigen Dritten bzw. auf ein abstraktes Modell eines vernünftigen Patienten abgestellt werden, „sondern auf die persönliche und konkrete Situation des Patienten, um den es geht."[1932] Es ist erst dann nach einem objektiven Massstab auf die Frage abzustellen, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus verständlich wäre, wenn „der Patient keine persönlichen Gründe geltend macht, die ihn zur Ablehnung der vorgeschlagenen Operation geführt hätten".[1933]

Bei der Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung ist nicht nur umstritten, wie sie strafrechtsdogmatisch einzuordnen ist, sondern auch, ob sie überhaupt strafrechtliche Relevanz haben sollte. Es geht jeweils um die eng umrissene Fallgruppe, dass ein Arzt einen Patienten unzureichend aufklärt, woraufhin dieser unwirksam in die Behandlung einwilligt, welche sodann auch erfolgt. Dabei gibt es verschiedene Stadien: Der Arzt behandelt, obwohl er bewusst oder unbewusst nicht (hinreichend) über Risiken aufgeklärt hat. Das Risiko, über das nicht aufgeklärt wurde, hat sich verwirklicht, es hat sich ein anderes Risiko (über das aufgeklärt wurde) verwirklicht oder der Eingriff verläuft ohne Komplikationen. Der Patient äussert sich nachträg-

---

[1930] KRAUSKOPF, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Art. 144 Rn. 122

[1931] BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015, E. 5.2.1.

[1932] BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015, E. 5.2.1.

[1933] BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015, E. 5.2.1; vgl. auch BGE 133 III 121, 129 ff.; BGE 117 Ib 197, 208 f.

lich ausdrücklich dahingehend, dass er der Behandlung auch bei vollständiger Aufklärung zugestimmt hätte oder nicht, oder er äussert sich dazu überhaupt nicht.

In der schweizerischen Strafrechtswissenschaft hat die Debatte um die hypothetische Einwilligung bislang eher wenig Anklang gefunden.[1934] Aus den wenigen Stimmen, die sich dazu geäussert haben, lässt sich noch kein klares Meinungsbild erkennen: Zum einen wird die Figur der hypothetischen Einwilligung in der bisher wohl substantiellsten Untersuchung der Thematik für das schweizerische Strafrecht abgelehnt; stattdessen seien allfällig überbordende Aufklärungspflichten direkt zu limitieren.[1935] Nach einer anderen Ansicht soll die hypothetische Einwilligung zugelassen werden, „wenn sichere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Patient dem Eingriff und den damit verbundenen Risiken auch bei ordnungsgemässer Aufklärung zugestimmt hätte."[1936] Oder die hypothetische Einwilligung wird in Form der Frage, ob der Patient auch bei hinreichender Aufklärung eingewilligt hätte, im Bereich des rechtmässigen Alternativerhaltens situiert, wobei die Berufung darauf nicht dazu führen dürfe, „das Selbstbestimmungsrecht des Patienten auszuhöhlen."[1937] In der Lehrbuchliteratur und in den Kommentaren findet sich soweit er-

---

[1934] Vgl. dazu EICKER/FISCH, Die hypothetische Einwilligung im Medizinrecht, S. 2 ff., die den Diskurs im deutschen Schrifttum für die schweizerische Strafrechtswissenschaft nachzeichnen. Dabei beziehen sie aber nicht klar Stellung, sondern beschränken sich auf eine Wiedergabe der wesentlichen Auffassungen; vgl. zum Stand der Debatte im deutschen Schrifttum auch TAG, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 523.

[1935] JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht, S. 162 ff. vor allem S. 178 f.

[1936] EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 243, erstaunlicherweise im Ergebnis jedoch nur für den „fahrlässigen Heileingriff", denn „wenn dem Arzt aber vor oder während dem Eingriff die mangelhafte Aufklärung trotz angenommener Einwilligungsbereitschaft bewusst wäre, könnte er diese Einwilligung auch tatsächlich einholen, so dass es des Konstrukts der hypothetischen Einwilligung gar nicht bedürfte. In einer solchen Situation, in der der Arzt vorsätzlich ohne die eigentlich einholbare Einwilligung agiert, besteht mithin kein Grund, sein Handeln nachträglich über eine hypothetische Einwilligung zu rechtfertigen." (S. 240).

[1937] TAG, Strafrecht im Arztalltag, S. 715 f.; vgl. wenn auch nicht auf das Strafrecht bezogen GÄCHTER/VOKINGER, HIV-Test und Informed Consent, Rz. 343: „Auf die hypothetische Einwilligung kann sich ein Arzt, der einen Eingriff trotz ungenügender oder gar unterlassener Aufklärung vorgenommen hat, als Rechtfertigung berufen, wenn der Patient mit grosser Wahrscheinlichkeit der medizinischen Massnahme zugestimmt hät-

sichtlich keine einzige Stellungnahme. Und während sich Stratenwerth in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Teil des deutschen Strafgesetzbuches mit Lothar Kuhlen ausdrücklich für die hypothetische Einwilligung ausgesprochen hat,[1938] geht er in seinem schweizerischen Lehrbuch gar nicht auf das Thema ein. Im schweizerischen Zivilrecht zeigt sich jedoch ein anderes Bild: In verschiedenen arzthaftungsrechtlichen Entscheidungen hat das Bundesgericht die Figur der hypothetischen Einwilligung bzw. des *consentement hypothétique*, nicht selten unter Verweis auf die deutsche Rechtsprechung und Lehre zur hypothetischen Einwilligung, bestätigt.[1939] Dementsprechend dürfte es nur eine Frage der Zeit sein, bis auch strafrechtliche Urteile sich mit dieser Thematik beschäftigen.

Auch im englischsprachigen Raum gibt es eine Debatte über den sogenannten *hypothetical consent*. Was ganz ähnlich klingt wie die hypothetische Einwilligung, hat jedoch nur in begrenztem Umfang damit zu tun. Zwar ist man sich auch hier einig: „*unless you choose, you haven't chosen*".[1940] Der Begriff des *hypothetical consent* wird im englischsprachigen Diskurs aber viel weiter ausgelegt: Er umfasst primär die sogenannte mutmassliche Einwilligung[1941] sowie die *ideal contract theory* im Sinne von John Rawls, d.h. die Bestimmung eines Gesellschaftsvertrags aus einem hypothetischen Urzustand.[1942] Auch Fragen der Vertragsauslegung (*default rules*)[1943] und der konkludenten Willenserklärung werden mit dem *hypothetical*

---

te, sofern er vorgängig rechtmässig aufgeklärt worden wäre. […] Die hypothetische Einwilligung schützt jedoch das Selbstbestimmungsrecht nicht im gleichen Umfang wie die vorgängige Einwilligung, weshalb für deren Nachweis erhöhte Voraussetzungen erforderlich sind."

1938 STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 9 Rn. 8.

1939 Vgl. 117 Ib 197, 206 ff.; vgl. auch schon BGE 108 II 59, 63 f.; vgl. auch BGE 133 III 121, 129 ff.; vgl. dazu auch WIEGAND/ABEGGLEN, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, S. 199.

1940 BRUDNEY, Hypothetical Consent and Moral Force, S. 239.

1941 Vgl. KUFLIK, Hypothetical Consent, S. 132; vgl. auch WESTEN, The Logic of Consent, S. 284 ff., als Form des „imputed consent" also der „zugeschriebenen Einwilligung".

1942 Vgl. KUFLIK, Hypothetical Consent, S. 133; vgl. auch BRUDNEY, Hypothetical Consent and Moral Force, S. 235 ff.

1943 Vgl. BARNETT, Rational Bargaining Theory and Contract, S. 784 f.

consent beantwortet: Auch wenn eine Vertragspartei nicht ausdrücklich ihren Willen äussert, so könne er doch hypothetisch von ihrer Verhaltensweise abgeleitet werden.[1944] Ganz vereinzelt findet man auch den Hinweis auf Fälle der hypothetischen Einwilligung im oben dargestellten Sinne; dies aber weniger im Zusammenhang mit einem Arzt, der trotz einer wegen fehlerhafter Aufklärung unwirksamer Einwilligung einen Patienten behandelt, sondern im Zusammenhang mit wissenschaftlichen Studien. Denn auch hier stellt sich die Frage, ob die Einwilligung des Teilnehmers, an der Studie teilzunehmen, wirksam ist, wenn der Leiter der Studie den Teilnehmer nicht umfänglich über die Risiken und die Bedeutung der Studie aufgeklärt hat. Es handelt sich also auch um eine Situation, in der es durchaus möglich gewesen wäre, eine wirksame Einwilligung (*informed consent*) einzuholen, worauf aber verzichtet wurde. Allerdings ist man sich einig, dass die Einwilligung durch den *hypothetical consent* nur in den Fällen ersetzt werden kann, in denen keinerlei Risiken für den Teilnehmer bestehen.[1945] Sobald Risiken bestehen, hat das Selbstbestimmungsrecht des Teilnehmers Vorrang.

2. Entstehung der hypothetischen Einwilligung im Zivilrecht

Die Diskussion über die hypothetische Einwilligung lässt sich ohne einen Blick auf dessen Wurzeln im zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht kaum nachvollziehen. Die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung hat in Deutschland richterrechtlichen Ursprung und stammt in ihrer konkreten Ausgestaltung von dem für das Arzthaftungsrecht zuständigen Senat des Bundesgerichtshofs.[1946] Das Bedürfnis für die Rechtsfigur ergab sich nicht zuletzt aus der Konstellation, dass Patienten, die ihrem Arzt keinen Behandlungsfehler nachweisen konnten, mit dem Hinweis über die unzureichende Aufklärung versuchten, einen Schadensersatzanspruch gegen diesen

---

[1944] Vgl. BRUDNEY, Hypothetical Consent and Moral Force, S. 264 f.

[1945] WENDLER/GRADY, What Should Research Participants Understand, S. 207.

[1946] Zu ersten Ansätzen und Argumenten vgl. HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 7 ff.; wichtige Entscheidungen sind etwa BGHZ 29, 176 = BGH NJW 1959, 814; BGH NJW 1984, 1397; BGH NJW 1992, 2351.

zu erlangen.[1947] Durch die Lehre der hypothetischen Einwilligung werden die ärztlichen Aufklärungspflichten begrenzt, indem Ärzte nunmehr nicht mehr für Aufklärungspflichtverletzungen haftbar gemacht werden können, wenn der Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung eingewilligt hätte. Insoweit liege nämlich gleichsam ein Fall des rechtmässigen Alternativverhaltens vor:[1948] Der Patient hätte auch dann noch eingewilligt und der Eingriff wäre durchgeführt worden, wenn sich der Arzt rechtmässig verhalten und ordnungsgemäss aufgeklärt hätte. Das rechtmässige Verhalten wird dabei also nicht etwa darin gesehen, dass der Arzt eben nur mit der tatsächlich wirksamen Einwilligung des Patienten hätte handeln bzw. ohne tatsächlich wirksame Einwilligung den Eingriff hätte unterlassen sollen, sondern allein in der hypothetisch ordnungsgemässen anstatt der tatsächlich unzureichenden Aufklärung.[1949] Dabei hat der Bundesgerichtshof ein austariertes Beweislastsystem entwickelt, das der Gesetzgeber nunmehr auch in § 630h Abs. 2 Zweiter Satz BGB-Deutschland kodifiziert hat.[1950] Diese Norm ist zwar dem Grunde nach eine vertragsrechtliche Regelung. Allerdings hat der BGH dieses Beweislastsystem auch im Deliktsrecht angewendet: Angesichts des von der Rechtsprechung beabsichtigten Gleichlaufs von vertraglicher und deliktischer Haftung strahle § 630h Abs. 2 Zweiter Satz BGB-Deutschland nämlich „gewissermassen auf das Deliktsrecht zurück."[1951]

Prinzipiell muss der Kläger den haftungsbegründenden sowie den haftungsausfüllenden Tatbestand darlegen und beweisen. Im Zusammenhang mit einer Einwilligung in eine ärztliche Behandlung wird diese Beweislast umgekehrt. Obwohl der Patient die Klage auf Schadensersatz erhebt, muss zunächst der Arzt beweisen, dass er hinreichend aufgeklärt hat und dass eine Einwilligung vorliegt.[1952] Hierbei spie-

---

[1947] ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 697.

[1948] Vgl. nur BÖCKER, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, S. 926.

[1949] Vgl. dazu ausführlich unten S. 504 ff.

[1950] Ich verdanke diese Hinweise Kristin Boosfeld.

[1951] SPICKHOFF-MEDIZINRECHT-Spickhoff, § 630h Rn. 3.

[1952] § 630h Abs. 2 Erster Satz BGB-Deutschland.

len Formblätter eine erhebliche Rolle; sie bieten abhängig von ihrem Inhalt jeweils ein Indiz dafür, ob der Patient hinreichend aufgeklärt wurde oder nicht. Hat der Arzt nicht hinreichend aufgeklärt oder misslingt ihm insoweit der Beweis, kann er dann jedoch im Rahmen der Haftungsausfüllung den Einwand der hypothetischen Einwilligung erheben: Zwar hat er den Patienten rechtswidrig verletzt. Der Patient hätte aber auch bei richtiger Aufklärung der Behandlung zugestimmt. Für diese Darlegung genügt im Rahmen des Zivilrechts ein *reasonable-person*-Standard; es reicht, wenn man zeigen kann, dass ein vernünftiger Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung zugestimmt hätte.[1953] Allerdings hat der Patient nun wiederum die Möglichkeit, plausibel darzulegen, dass er bei ordnungsgemässer Aufklärung in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre, welcher ernsthafte Zweifel an der Behauptung des Arztes weckt, dass der Patient hypothetisch eingewilligt hätte.[1954] Bewertungsparameter für die Frage, ob ein Entscheidungskonflikt vorgelegen hätte, sollen dabei die Dringlichkeit des Eingriffs, die Erfolgsprognose, der Leidensdruck des Patienten und seine Risikobereitschaft sein.[1955] Diese Formel ist zwar in § 630h Abs. 2 BGB-Deutschland nicht ausdrücklich festgehalten. Der Gesetzgeber hat der bisherigen Praxis durch die Gerichte jedoch auch nicht widersprochen, sodass zu erwarten ist, dass diese Praxis aufrechterhalten wird.[1956] Kann der Patient dies darlegen, bleibt dem Arzt dann noch die Möglichkeit, den Einwand des Patienten zu widerlegen und zu beweisen, dass der Patient gleichwohl genauso entschieden hätte, wie er entschieden hat, nämlich in den Eingriff einzuwilligen. Aber letztlich wird ihm dies regelmässig nicht gelingen, da es nunmehr auf den konkreten Patienten ankommt.[1957] Der Arzt müsste also etwa ein Dokument vorlegen können oder einen Zeugen benennen können, die ausdrücklich bestätigen, dass der Patient eingewilligt

---

[1953] Bundestag-Drucksache 17/10488, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, 15. August 2012, S. 29.

[1954] Bundestag-Drucksache 17/10488, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, 15. August 2012, S. 29.

[1955] Vgl. ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 685.

[1956] Vgl. SPICKHOFF-MEDIZINRECHT-Spickhoff, § 630h Rn. 8.

[1957] BGH NStZ 1996, 34, 35; vgl. auch PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 21.

hätte. Dies dürfte in den allermeisten Fällen nicht möglich sein. Dementsprechend ist die hypothetische Einwilligung für den Arzt in der Regel dann einschlägig, wenn der jeweilige Aufklärungsmangel keinen ernsthaften Entscheidungskonflikt hervorruft.

Die schweizerische zivilrechtliche Rechtsprechung hat nicht nur diese Figur der hypothetischen Einwilligung übernommen, sondern im Wesentlichen auch deren Voraussetzungen sowie die Beweislastverteilung.[1958] Das Bundesgericht geht davon aus, dass es grundsätzlich dem Arzt obliegt, zu beweisen, dass er den Patienten ausreichend aufgeklärt und dieser in den Eingriff eingewilligt hat. Wenn wegen eines Aufklärungsmangels keine solche Einwilligung vorliegt, kann sich der Arzt auf eine hypothetische Einwilligung berufen. Auch hierbei liegt die Beweislast beim Arzt, wobei der Patient mitwirken muss, „indem er glaubhaft macht oder wenigstens die persönlichen Gründe anführt, warum er sich der Operation widersetzt hätte, insbesondere wenn er die Risiken gekannt hätte.“ [1959] Macht der Patient keine persönlichen Gründe geltend, „die ihn zur Ablehnung der vorgeschlagenen Operation geführt hätten, ist nach objektivem Massstab auf die Frage abzustellen, ob die Ablehnung des Eingriffs vom Standpunkt eines vernünftigen Patienten aus verständlich wäre.“[1960]

[1958] Vgl. WIEGAND/ABEGGLEN, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, S. 199.

[1959] BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015, E. 5.2.1.; BGer 4A_137/2015 vom 19. August 2015, E. 8.; vgl. auch BGE 133 IV 121, 129 f.: „Le fardeau de la preuve incombe là aussi au médecin, le patient devant toutefois collaborer à cette preuve en rendant vraisemblable ou au moins en alléguant les motifs personnels qui l‘auraient incité à refuser l‘opération s‘il en avait notamment connu les risques“; vgl. zu prozessualen Fragen auch BGer 4A_343/2015 vom 21. Oktober, E. 3.

[1960] BGer 4A_160/2015 vom 13. Juli 2015, E. 5.2.1.; vgl. auch BGE 133 III 121, 129 f.; BGE 117 Ib 197, 208 f.

3. Dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht

a) Einleitung

Die deutsche strafrechtliche Rechtsprechung und Strafrechtslehre wiederum hat diese zivilrechtliche Figur der hypothetischen Einwilligung teilweise rezipiert. Dabei hat der BGH in verschiedenen Entscheidungen auf die Erwägung hingewiesen, dass der Arzt straflos bleiben müsse, weil der Patient im Falle einer ordnungsgemässen Aufklärung eingewilligt hätte.[1961] Die Rechtsprechung verwendet die Rechtsfigur in Konstellationen, in denen weder die tatsächliche noch die mutmassliche Einwilligung greift und weist in der Regel darauf hin, dass es am Nachweis der Kausalität der mangelhaften Aufklärung für das konkrete Entscheidungsergebnis des Patienten fehle und deswegen eine Strafbarkeit des jeweiligen Arztes ausscheide.[1962] In anderen Urteilen ist sodann davon die Rede, dass man davon ausgehen könne, dass die Rechtswidrigkeit im Falle des Aufklärungsmangels entfällt, wenn der Patient auch bei ordnungsgemässer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte.[1963] Die Literatur hat nun versucht, diese Umschreibungen in strafrechtliche Kategorien einzuordnen. Zwar haben sich im deutschen Schrifttum nicht wenige für die Übertragung dieser hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht ausgesprochen.[1964] Dabei hat sich aber bereits eine dogmatisch saubere Einordnung als schwierig erwiesen. Zu einem Konsens ist es nicht ansatzweise gekommen.

[1961] Vgl. BGH NStZ 1996, 34; BGH NStZ-RR 2004, 16; BGH NStZ 2004, 442.

[1962] Vgl. bereits BGHSt 13, 16; vgl. BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2, S. 3; vgl. auch PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 18 f.

[1963] BGH NStZ-RR 2007, 340, 341 m.H. auf BGH JZ 2004, 800; vgl. dazu auch GARBE, Wille und Hypothese, S. 219.

[1964] Vgl. den Überblick in TAG, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 523.

b) Rechtfertigung durch hypothetische Einwilligung als Sonderfall der Einwilligung?

Die vom BGH entwickelte hypothetische Einwilligung ist teilweise als Form einer nachträglichen Genehmigung verstanden worden,[1965] die die Behandlung ohne hinreichende Aufklärung im Sinne einer *ex post* fingierten Einwilligung rechtfertige.[1966] Überzeugend ist die dagegen geäusserte Kritik, dass die Rechtfertigungsdogmatik damit „auf den Kopf gestellt" werde.[1967] Die diesbezügliche Rechtsprechung sei zwar „gut gemeint […], aber fehlgeschlagen".[1968] Denn obwohl ohne Zweifel gar keine tatsächliche Einwilligung vorlag, müsse rückblickend *in dubio pro reo* eine solche im Sinne einer „fiktiven Kausalität" angenommen werden.[1969] Und wenn es also zulässig sein soll, trotz Aufklärungsmangel eine wirksame Einwilligung nachträglich zu fingieren,[1970] würde das ausreichen, um den Arzt *in dubio* stets freizusprechen. Denn etwas, was für die Vergangenheit fingiert werden kann, ist naturgemäss immer zweifelhaft und kann auch immer mit einem Mindestmass glaubhaft gemacht werden, sofern es nicht sehr unwahrscheinlich oder gar unmöglich ist.[1971] Eine hypothetische Einwilligung mit ordnungsgemässer Aufklärung in einen kunstgerechten Eingriff, in den tatsächlich ohne ordnungsgemässe Aufklärung eingewilligt wurde, ist aber nie sehr unwahrscheinlich oder gar unmöglich; sie kann höchstens fraglich oder eben zweifelhaft sein. Das reicht aber nach dem

---

1965 Vgl. dazu GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 206 f.

1966 Vgl. EISELE, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung, S. 171; vgl. auch EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 243: „Bei festgestelltem fehlenden Zusammenhang zwischen Aufklärungsmangel und Einwilligungsdefizit wird das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung ex post fingiert, so dass der vom Arzt durchgeführte Eingriff, der tatbestandlich eine Körperverletzung ist, gerechtfertigt werden kann."

1967 GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 206.

1968 GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 207.

1969 PUPPE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, S. 767.

1970 So EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 242

1971 Vgl. ausführlich dazu sogleich auf S. 512 ff.

Grundsatz *in dubio pro reo* nicht, um die hypothetische Einwilligung zu Ungunsten des Beschuldigten zu verneinen. Denn nach der Rechtsprechung des BGH gilt: „Verbleiben Zweifel, so ist nach dem Grundsatz ‚in dubio pro reo' zugunsten des Arztes davon auszugehen, dass die Einwilligung auch bei ordnungsgemässer Aufklärung erfolgt wäre."[1972]

Dagegen wurde eingewendet, dass der Patient nicht nachträglich genehmige, sondern lediglich darlege, dass er sich im Sinne einer (spekulativen) Bewertung *ex ante* in einem echten Entscheidungskonflikt befunden hätte, wenn er ordnungsgemäss aufgeklärt worden wäre.[1973] Dieser Einwand überzeugt jedoch nicht. Denn in *dubio pro reo* kann es auf den Entscheidungskonflikt nicht ankommen, da dieser – als Internum des Patienten – ohnehin nicht nachzuweisen ist.[1974] Ein weiteres Argument gegen die Einordnung der hypothetischen Einwilligung als Rechtfertigungsgrund liegt sodann darin, dass das Strafrecht einem nachträglich offenbar gewordenen Interesse des dispositionsbefugten Patienten an der Tatbegehung ohnehin kein rechtfertigendes Gewicht beimisst.[1975] Vor der Tat liegt keine Einwilligung vor. Deswegen kommt eine Rechtfertigung durch eine nachträgliche Einwilligung nicht mehr in Betracht.

c) Kausalität und Zurechnungszusammenhang

Einig ist man sich insoweit, dass mit dem in diesem Zusammenhang von der Rechtsprechung verwendeten Begriff „Kausalität" jedenfalls nicht der einfache Kausalzusammenhang zwischen Aufklärung und Eingriff in den Körper des Verletzten gemeint sein kann, da es vielmehr um Fragen der Adäquanz und des Schutzbereichs gehe.[1976] Es ist nicht – jedenfalls nicht unmittelbar – durch die fehlerhafte Aufklä-

---

[1972] Vgl. auch BGH JZ 2004, 800.

[1973] Vgl. ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 685, der insoweit ausdrücklich den Lehrmeinungen widerspricht, die sich für eine Bewertung *ex post* ausgesprochen haben.

[1974] Vgl. GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 197 und S. 200.

[1975] MK-StGB-Schlehofer, Vor §§ 32 ff. Rn. 174.

[1976] ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 690.

rung zu einer Körperverletzung gekommen, sondern vielmehr erst durch das Tätigwerden des Arztes. Dementsprechend geht es um die Frage, ob dem Arzt der tatsächlich eingetretene Verletzungserfolg zugerechnet werden kann, wenn zwar die wirksame Einwilligung fehlt, aber der Patient jedenfalls auch dann in die Behandlung eingewilligt hätte, wenn er umfassend aufgeklärt worden wäre.

Wichtig ist zunächst die genaue Identifizierung der Tathandlung. Diese liegt bei der verwirklichten Körperverletzung in der Behandlung selbst; nicht etwa in der fehlerhaften Aufklärung.[1977] So ist auch beim Gedankenexperiment des Hinzudenkens eines rechtmässigen Alternativverhaltens prinzipiell das unmittelbar rechtsgutsverletzende Verhalten zu ersetzen – der Heileingriff – und nicht ein dieser Tathandlung vorgelagertes Verhalten.[1978] Insoweit dürfte heute weitgehend Konsens bestehen. Die Behandlung durch den Arzt verwirklicht durch den Erfolgseintritt den Tatbestand der Körperverletzung. Ob der Eingriff im Übrigen einen Heilungserfolg zur Folge hat, ist dabei unerheblich.[1979] Er ist nicht Teil der Körperverletzung – wenngleich er dazu führen dürfte, dass der Patient zufrieden ist und im Fall eines Antragsdelikts keinen Strafantrag stellt. Es kann aber nicht darauf ankommen, ob der Patient am Ende mit der Behandlung trotz der fehlenden wirksamen Einwilligung zufrieden ist oder nicht. Er wurde über ein Risiko nicht aufgeklärt und hat damit unwirksam eingewilligt, da er hinsichtlich der Umstände nicht vollumfänglich in der Lage war, sachgemäss zu urteilen. Ein Arzt, der im Wissen um diese Umstände behandelt, macht sich strafbar.

Dass sich das Risiko letztlich nicht verwirklicht hat – der Patient also entweder durch den Eingriff geheilt wird oder aber sich ein anderes Risiko, über das aufgeklärt wurde, verwirklicht –, ändert am Einzelfall nichts. Der tatbestandliche Erfolg liegt bereits dann vor, wenn der Arzt den Patienten ohne wirksame Einwilligung behandelt. Ob sich ein Risiko verwirklicht, dessen Aufklärung Grundlage der Ein-

---

[1977] EISELE, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung, S. 173 f.

[1978] So zu Recht EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 242.

[1979] Vgl. GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 204; vgl. dazu ausführlich oben S. 407 ff.

willigung hätte sein müssen, ist dabei unerheblich. Ob der Heilungserfolg eintritt, kann kein Kriterium dafür sein, ob der Arzt bestraft wird.[1980] Denn der Arzt kann den Heilungserfolg nicht garantieren. Und über die eigene Gesundheit zu entscheiden angesichts bestehender Behandlungsrisiken ist deswegen zwingend und ausschliesslich Sache des Patienten.[1981] Der Eingriff erfüllt an sich den Tatbestand der Körperverletzung, da die Einwilligung mangels hinreichender Aufklärung unwirksam ist. Das Argument ist nun, dass kein objektiver Zurechnungszusammenhang zwischen Einwilligungsmangel und Verletzungserfolg bestehe, wenn der Patient bei umfassender Aufklärung ebenfalls eingewilligt hätte.[1982] Das Erfolgsunrecht wird deswegen mit der Begründung verneint, dass das rechtswidrige Vorgehen für den Erfolg nicht ursächlich geworden sei, weil der Erfolg auch bei rechtmässigem Verhalten eingetreten wäre.[1983] Insoweit fehle es am Pflichtwidrigkeitszusammenhang.[1984]

Prinzipiell ist die Unterstellung fiktiver Kausalverläufe zum Zweck des Ausschlusses der Zurechnung nichts Ungewöhnliches.[1985] Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass im Zusammenhang mit Reserve-Ursachen üblicherweise bekannte Elemente weggelassen werden, nicht aber – wie bei der hypothetischen Einwilligung – unbekannte Elemente hinzugefügt werden, wodurch die Argumentation wesentlich unsi-

---

1980 So aber ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 120 f., der sich aber auf solche Fälle bezieht und auf Fälle, in denen sich nur „ein Risiko realisiert, das nicht in den Schutzbereich der verletzten Aufklärungspflicht fällt."

1981 Vgl. GROPP, Hypothetische Einwilligung, S. 204; DUTTGE, Hypothetische Einwilligung, S. 179.

1982 Vgl. vor allem KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, S. 431; KUHLEN, Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung, S. 713.

1983 BGH JZ 2004, 800.

1984 Vgl. KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, S. 432 und S. 436.

1985 GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 201.

cherer wird.[1986] Ausnahmen werden daher grundsätzlich nur im Bereich der Unterlassungsdelikte und der Fahrlässigkeitsdelikte anerkannt.

Anders als bei einem Unterlassungsdelikt ist bei der hypothetischen Einwilligung aber nicht nur nach der *conditio cum qua non*-Formel zu fragen, was ein hinzugedachtes hypothetisches Handeln bezüglich des eingetretenen Deliktserfolgs bewirkt hätte.[1987] Vielmehr sind zwei Dinge zu fragen: Erstens, wie sich hypothetisches Handeln – die Fiktion der ordnungsgemässen Aufklärung – auf den mentalen Zustand des Patienten ausgewirkt hätte. Zweitens, ob dieser mentale Zustand sodann ein hypothetisches Handeln des Patienten – die Fiktion der wirksamen Einwilligung – bewirkt hätte.[1988] Obschon in den Fallkonstellationen der hypothetischen Einwilligung etwas unterlassen wurde, nämlich die ordnungsgemässe Aufklärung, stellt sie keinen Fall der Unterlassungsdelikte dar. Grund dafür ist, dass das Unterlassen im Vorfeld des ohne wirksame Einwilligung des Berechtigten ausgeführten und daher tatbestandsmässigen Heileingriffs geschieht. Das Unterlassen der ordnungsgemässen Aufklärung an sich ist aber nicht strafbar. Ein Delikt wird erst dadurch verwirklicht, dass der Heileingriff ohne wirksame Einwilligung durch aktives Tun durchgeführt wird, so dass die Strafbarkeit wegen eines Begehungsdelikts geprüft werden muss.[1989]

Es trifft sodann zwar zu, dass bei einem Fahrlässigkeitsdelikt geprüft werden kann, ob der Erfolg auch bei einem hinzugedachten, hypothetischen pflichtgemässen Verhalten eingetreten wäre;[1990] darin dürfte nicht zuletzt ein Korrektiv für die weit formulierte Fahrlässigkeitsstrafbarkeit liegen.[1991] Bei der hypothetischen Einwilligung geht es aber nicht um Fahrlässigkeitsdelikte, da die Struktur des ärztlichen Heilein-

---

[1986] GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 202.

[1987] Vgl. nur STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 14 Rn. 35.

[1988] Vgl. auch GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 201 f.

[1989] Zum Ganzen GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 202.

[1990] Vgl. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 483 ff.

[1991] GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 202 f.

griffs nicht der Struktur der Fahrlässigkeitsdelikte entspricht.[1992] Anders als zuweilen angenommen wird,[1993] setzt die hypothetische Einwilligung gerade voraus, dass der Arzt im Bewusstsein handelt, dass keine wirksame Einwilligung vorliegt;[1994] dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, wie er den Aufklärungsmangel verursacht hat. Ist ihm dies hingegen nicht bewusst und handelt er irrtümlich im Glauben, es würde eine wirksame Einwilligung vorliegen, ist der Tatbestandsirrtum nach Art. 13 StGB einschlägig. Er irrt über das Vorliegen des negativ gefassten Tatbestandsmerkmals „ohne Einwilligung", so dass sein Vorsatz bezüglich des Eingriffserfolgs der Körperverletzung entfällt.[1995] Wegen fahrlässiger Körperverletzung kann er gemäss Art. 13 Abs. 2 StGB dann bestraft werden, wenn er seinen Irrtum bezüglich des Vorliegens der Einwilligung bei pflichtgemässer Vorsicht hätte vermeiden können,[1996] wenn er also hätte realisieren müssen, dass ungenügend aufgeklärt wurde. Es besteht dann auf jeden Fall keinerlei Grund, sein Handeln nachträglich über eine hypothetische Einwilligung zu rechtfertigen. Hat er hingegen gewusst, dass seine Aufklärung ungenügend sei und mindestens in Kauf genommen, dass keine wirksame Einwilligung vorliege, entfällt der Vorsatz nicht; nur dann handelt es sich potentiell um einen Fall der hypothetischen Einwilligung. Nicht richtig ist es hingegen, das Konstrukt der hypothetischen Einwilligung gerade dann nicht anwenden zu wollen, wenn dem Arzt vor oder während des Eingriffs die mangelhafte Aufklärung und die unwirksame Einwilligung trotz angenommener Einwilligungsbereitschaft bewusst war, weil er dann die Einwilligung auch tatsächlich hätte einholen kön-

---

1992 So auch GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 203 und S. 205.

1993 Vgl. EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 240.

1994 So richtig GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 205.

1995 Vgl. auch ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 118.

1996 Vgl. nur SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 134; vgl. dazu auch den Sachverhalt im sogenannten „O-Bein-Fall" BGHR § 223 Abs. 1 Heileingriff 2: Der Irrtum des Arztes war fahrlässig, da er nicht auf die ordnungsgemässe Aufklärung durch seine Stationsärztin vertrauen durfte, da diese keine fachspezifischen Kenntnisse hatte und auch erst seit einem halben Jahr als Assistenzärztin in der Abteilung des Arztes tätig gewesen war.

nen.[1997] Hier wird augenscheinlich die hypothetische Einwilligung mit der mutmasslichen Einwilligung verwechselt; die hypothetische Einwilligung zeichnet sich im Unterschied zur mutmasslichen Einwilligung nämlich gerade dadurch aus, dass der Täter die Einwilligung tatsächlich hätte einholen können. Das Konzept der hypothetischen Einwilligung besteht also darin, dass „die Strafbarkeit des Arztes wegen vorsätzlicher Herbeiführung des Eingriffserfolgs […] nur dann zu bejahen ist, wenn die Einwilligung das Patienten bei ordnungsgemässer Aufklärung unterblieben wäre."[1998]

Wenn also gesagt wird, dass die Frage nach der hypothetischen Einwilligung im Rahmen des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs auf Rechtfertigungsebene zu verorten sei,[1999] spricht dagegen, dass hypothetische Einwilligung und Pflichtwidrigkeitszusammenhang strukturell unvereinbar sind.[2000] So hat beispielsweise Kuhlen vorgeschlagen, die hypothetische Einwilligung nicht als Rechtfertigungsgrund zu verstehen, sondern als Problem der objektiven Zurechenbarkeit im Rahmen der Rechtfertigung.[2001] Dieser Vorschlag dürfte insbesondere auf der BGH-Rechtsprechung beruhen, nach der die Strafbarkeit voraussetze, dass „bei ordnungsgemässer Aufklärung die Einwilligung unterblieben wäre".[2002] Der zuzurechnende Erfolg soll nach der Formulierung des BGH nicht in der Tathandlung, d.h. der Behandlung selbst liegen, sondern bereits in der Einwilligung, bei welcher zu überprüfen ist, ob sie auf dem Unterlassen einer ordnungsgemässen Aufklärung

---

1997 So aber EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 240.

1998 GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 205.

1999 Vgl. dazu EISELE, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung, S. 174.

2000 GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 205.

2001 KUHLEN, Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung, S. 713 ff.; vgl. auch MITSCH, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht S. 279 ff.

2002 BGH JZ 2004, 800; dazu aber treffend DUTTGE, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlussgrund, S. 183: „Das Bemühen um eine rationale Rekonstruktion und strafrechtsdogmatisch stringente Erfassung der ‚hypothetischen Einwilligung' findet in der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die hier selten über blosse Behauptung und kasuistische Ergebnisfindung hinauskommt, kaum brauchbare Hinweise."

beruht.[2003] Die Zurechnungsfrage wird also nicht zwischen Aufklärung und Eingriffserfolg, sondern innerhalb des Zusammenhangs zwischen Aufklärung und Einwilligung gestellt.[2004] Dies bringt freilich schwerwiegende systematische Probleme mit sich. Denn die Einwilligung, bzw. die Erklärung der Einwilligung, ist kein Erfolg, sondern vielmehr nur eine Voraussetzung für den Tatbestandsausschluss. Damit scheidet die Einwilligung als Erfolg aus. Ohne Erfolg gibt es aber nichts, dessen Zurechnung ausgeschlossen werden könnte.[2005]

Auf diese Art und Weise kann der Zurechnungszusammenhang also auch gar nicht im Sinne des rechtmässigen Alternativverhaltens ausgeschlossen werden. Das hinzuzudenkende rechtmässige Alternativverhalten ist nicht die ordnungsgemässe Aufklärung, die die Einwilligung in den medizinischen Eingriff wirksam gemacht hätte. Das hinzuzudenkende rechtmässige Alternativverhalten ist vielmehr das Unterlassen des Eingriffs wegen unwirksamer Einwilligung; das ist das alternative rechtmässige Verhalten, das bei Vorliegen einer unwirksamen Einwilligung vom Arzt verlangt werden kann.[2006] Auch ist gegen diesen Export des Zurechnungsgedankens auf die Rechtswidrigkeitsebene sodann eingewendet worden, dass auf diese Weise „die spezifische Eigenart der Rechtswidrigkeitsstufe in ihrer Divergenz zum Tatbestand missachtet“ würde.[2007] Das tatbestandliche Verhalten liegt also im aktiven und vorsätzlichen Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten ohne seine Einwilligung und nicht etwa in der mangelhaften oder unterlassenen Aufklärung. Da der Eingriffserfolg vorsätzlich herbeigeführt wird – der Arzt weiss, dass keine Einwilligung vorliegt und operiert dennoch –, greift aber auch die bei Fahrlässig-

---

2003 GARBE, Wille und Hypothese, S. 255 f.

2004 So GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 206.

2005 So GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 206, der freilich im Sinne der von ihm vertretenen Rechtfertigungslösung von der Einwilligung als „Rechtfertigungsgrund“ spricht.

2006 Zum Ganzen EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 242.

2007 DUTTGE, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlussgrund, S. 185; vgl. auch HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 245.

keitsdelikten denkbare Einschränkung der Zurechenbarkeit aufgrund des fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhangs nicht.[2008]

Wollte man am Konzept der hypothetischen Einwilligung als Teil der objektiven Zurechnung im Rahmen der Rechtfertigung festhalten, müsste man sodann wohl davon ausgehen, dass in den Fällen, in denen die hypothetische Einwilligung bejaht würde, durchaus eine Versuchsstrafbarkeit vorliegt.[2009] Denn durch die Annahme einer hypothetischen Einwilligung entfällt unter Umständen lediglich das Erfolgsunrecht. Der Arzt hat *ex ante* gleichwohl den Tatentschluss gefasst, den Patienten zu behandeln, obwohl er weiss, dass der Patient nicht wirksam zugestimmt hat und er daher weiss, dass er ohne wirksame Einwilligung handelt.[2010] Ein Tatentschluss soll nach Kuhlen aber nur dann bejaht werden, wenn der Arzt nicht von einer hypothetischen Einwilligung ausgeht, nicht jedoch, wenn er annimmt oder jedenfalls darauf vertraut, dass der Patient bei pflichtgemässer Information in den Eingriff eingewilligt hätte.[2011] So soll sich der Arzt wegen Versuchs beispielsweise dann strafbar machen, wenn er eine Aufklärung absichtlich unterlässt, um dem Patienten keine Möglichkeit zu geben, den Eingriff abzulehnen. Andernfalls würde die vollendete vorsätzliche Körperverletzung durch die rückwirkende Berücksichtigung der hypothetischen Einwilligung entfallen. Der Arzt würde dann aber wegen eines Versuchs strafbar bleiben. Die hypothetische Einwilligung wäre dann im Ergebnis höchstens ein fakultativer Strafmilderungsgrund analog zu Art. 22 Abs. 1 StGB. Im Folgenden soll aber gezeigt werden, dass am Konzept der hypothetischen Einwilligung ohnehin nicht festzuhalten ist.

[2008] GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 205.

[2009] Vgl. auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 130.

[2010] MITSCH, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht, S. 282.

[2011] Vgl. KUHLEN, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, S. 230.

4. Übertragung der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht?

a) Gründe für die Anwendung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht

Die Rezeption des zivilrechtlichen Konstrukts der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht ist hauptsächlich auf zwei Gründe zurückzuführen: Zum einen soll die Übernahme der Rechtsfigur der Einheit der Rechtsordnung dienen. Strafrechtler halten es für unangemessen, wenn das Strafrecht weiter geht als das Zivilrecht. Der fehlerhaft aufklärende Arzt könne sich zivilrechtlich entlasten, wenn der Patient nicht darlegen könne, dass er bei einer ordnungsgemässen Aufklärung in einen ernsthaften Entscheidungskonflikt geraten wäre. Es sei unangemessen, wenn der Arzt gleichzeitig strafrechtlich belangt werden könne, was der Fall wäre, wenn man die Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung nicht auch für das Strafrecht akzeptieren würde. Zum anderen beruft man sich auf das politische Bedürfnis, die Aufklärungspflichten für Ärzte in einem angemessenen Rahmen zu behalten[2012] und eine Stigmatisierung von Ärzten zu vermeiden.[2013] Es sei unangebracht, Ärzte bei möglicherweise nur geringfügigen Aufklärungspflichtverletzungen zu bestrafen, und zwar insbesondere, weil das Mass an Aufklärungspflichten in den vergangenen Jahrzehnten stetig gewachsen sei.

b) Gegenargumente

Dagegen kann zunächst eingewendet werden, dass eine solche Zielsetzung auf anderen Wegen erreicht werden sollte, als durch die Übernahme einer nicht ohne weiteres systemkonformen Rechtsfigur aus dem zivilrechtlichen Arzthaftungsrecht.[2014] Denn mindestens genauso schutzwürdig wie das Selbstwertgefühl und der Bedarf an strafrechtlicher Entlastung der Ärzte sind die körperliche Unversehrtheit und das

---

[2012] TAG, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 543.

[2013] VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, S. 22.

[2014] Vgl. DUTTGE, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlussgrund, S. 195, insbesondere erscheint eine Verlagerung der Lösung dieses rechtspolitischen Problems auf die Ebene der Relevanz der Aufklärungspflicht und der Wirksamkeit der Einwilligung angebracht.

Selbstbestimmungsrecht der Patienten; eine etwaige Überlastung der Ärzte durch ausufernde Aufklärungspflichten kann hier kein hinreichender Grund sein, diese Güter und Rechte zu redimensionieren. Abgesehen davon berücksichtigen die Stimmen, die eine hypothetische Einwilligung auch im Strafrecht befürworten, ganz allgemein nicht, dass zwischen Strafrecht und Zivilrecht erhebliche und grundlegende Unterschiede bestehen, welche eine Übernahme eines zivilrechtlichen Instituts in das Strafrecht erschweren oder gar ausschliessen. Dass ein rechtswidriges Verhalten zivilrechtlich nicht geahndet wird, wohl aber strafrechtlich, kommt im Übrigen durchaus vor: So etwa in sämtlichen Fällen der Versuchsstrafbarkeit. Das ist auch ganz natürlich. Denn Zivilrecht und Strafrecht haben unterschiedliche Zielsetzungen. Während es im Haftungsrecht um die Frage geht, ob eine Partei Schäden ersetzen muss, die einer anderen Person entstanden sind, geht es im Strafrecht um die Frage, ob eine Person für ihr Verhalten gegenüber Dritten bestraft werden muss.

Ein weiterer signifikanter Unterschied liegt – wie bereits angesprochen – im Prozessrecht. An die Stelle des austarierten Beweislastsystems des Zivilrechts[2015] tritt im Strafrecht der Grundsatz *in dubio pro reo* und damit die widerlegbare Unschuldsvermutung. Dementsprechend kann der Patient im strafrechtlichen Verfahren dem Einwand des Arztes, er hätte bei ordnungsgemässer Aufklärung ebenfalls (und dann: wirksam) eingewilligt – anders als im Zivilrecht – nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass er sich durch die Aufklärung in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte. Vielmehr muss *in dubio pro reo* jeweils angenommen werden, dass sich der Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung nicht in einem Entscheidungskonflikt befunden und daher wirksam eingewilligt hätte. Dafür ist schon ausreichend, dass dies entweder zweifelhaft ist oder vom Arzt in einem Mindestmass glaubhaft gemacht werden kann.[2016] Dabei handelt es sich aber nicht um ein tatsächliches Ereignis – man denke etwa an das Vorliegen eines Angriffs, einer Gefahr oder einer tatsächlichen Einwilligung –, das ohne weiteres einer empirischen

---

[2015] Vgl. auch PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 21.

[2016] Vgl. dazu ausführlich oben S. 389 ff.

Beweisführung offen stehen würde. Vielmehr handelt es sich um eine Vermutung darüber, wie ein mentaler Prozess und ein daraus entstehendes Ereignis unter anderen Umständen gewesen wären.[2017] Daher liegen hier Zweifel in der Natur der Sache. Wenn der Patient nicht zufälligerweise vor dem Eingriff bestimmte Informationen bezüglich seiner Entscheidung unter verschiedenen Vorzeichen gegeben hat, ist es für den Arzt, der kunstgerecht behandelt hat, einfach, in einem Mindestmass glaubhaft zu machen, dass der Patient auch bei ordnungsgemässer Aufklärung eingewilligt hätte. Für Heileingriffe, die noch im Rahmen der *lex artis* liegen, kann nämlich nie ausgeschlossen werden, dass der Patient auch bei ordnungsgemässer Aufklärung in sie eingewilligt hätte.[2018] Es bestehen immer Zweifel, ob der Patient nicht etwa doch hypothetisch eingewilligt hätte und es ist ein leichtes, etwas in einem Mindestmass glaubhaft zu machen, was durchaus möglich ist.

Insoweit führt die Lehre von der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht also zu einer erheblichen Strafbarkeitslücke: Denn Ärzte könnten auch bei Einwilligung ohne ordnungsgemässe Aufklärung dank dem *in dubio pro reo* Grundsatz in der Regel straflos behandeln, weil jedenfalls die Möglichkeit besteht, dass der Patient eingewilligt hätte.[2019] Auch die Einschränkung, dass nicht jede theoretische Möglichkeit einer hypothetischen Einwilligung genügt, um den Zweifelsgrundsatz zur Anwendung gelangen zu lassen, sondern dass konkrete Anhaltspunkte für diese Annahme vorliegen müssen,[2020] oder dass auch im Strafprozess „strenge Voraussetzungen an die Einwilligung“ zu stellen seien,[2021] vermögen diesen grundlegenden prozessualen Unterschied nicht aufzuheben. Dieser Unterschied spricht erheblich gegen die Anerkennung der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht. Im Übrigen steht auch die Einführung des § 630h Abs. 2 BGB-Deutschland dem nicht entgegen

---

2017 Vgl. dazu auch PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 2 Rn. 43 ff.

2018 PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 20.

2019 Vgl. treffend PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, S. 167.

2020 Vgl. VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, S. 23.

2021 BGH 1 StR 320/12 = HRRS 2013 Nr. 500, Rn. 19.

und zwingt nicht zur Anerkennung eines Rechtfertigungsgrunds der hypothetischen Einwilligung im Strafrecht. Es handelt sich hierbei vielmehr um eine Regelung der Beweislast im Zivilrecht, die nicht auf das Strafrecht übertragen werden darf.[2022]

Gegen die Ablehnung der Figur der hypothetischen Einwilligung für die Fälle, in denen das strafrechtliche *in dubio pro reo* Prinzip einschlägig ist, weil eben immer Zweifel bestehen, ob ein Patient eingewilligt hätte oder nicht,[2023] kann sodann nicht sinnvoll vorgebracht werden, zur Bemessung der Beweislast dürfe nicht der *in dubio* Grundsatz verwendet werden, sondern die Risikoerhöhungstheorie.[2024] Eine Strafbarkeit des Arztes müsste demnach bereits dann angenommen werden, wenn auch nur die konkrete Möglichkeit bestehe, dass der Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte.[2025] Oder noch deutlicher: „Erst wenn bei einer ex-post-Betrachtung eine Einwilligung auch im Fall vollständiger Aufklärung *mit Sicherheit* erteilt worden wäre, kann eine Zurechnung wegen Irrelevanz des Aufklärungsmangels unterbleiben.“[2026] Dieser Risikoerhöhungsansatz überzeugt aber für die Problematik der hypothetischen Einwilligung aus drei ganz unterschiedlichen Gründen nicht:

Die Frage, ob ein Erfolg bereits dann zuzurechnen ist, wenn durch ein rechtmässiges Alternativverhalten auch nur die konkrete Möglichkeit besteht, dass der Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte, fokussiert – erstens – auf das falsche rechtmässige Alternativverhalten, das hinzuzudenken ist. Wie wir bereits gesehen haben, ist das eben nicht die ordnungsgemässe anstatt der fehlerhaften Aufklärung, sondern das Unterlassen des unmittelbar rechtsgutsverletzenden Verhaltens, d.h. den Eingriff ohne wirksame Einwilligung; vorwerfbar ist eben nicht das vorgelagerte Verhalten der fehlerhaften Aufklärung,

---

2022 SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, S. 267.

2023 Vgl. auch PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 19 f.

2024 Vgl. dazu GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 202 f.

2025 Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 124; vgl. dazu auch GETH, Passive Sterbehilfe, S. 130.

2026 So ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 125 (Hervorhebung hinzugefügt).

sondern der vorsätzliche Eingriff in die körperliche Integrität ohne wirksame Einwilligung. Wenn man an die Stelle dieses unrechtmässigen Eingriffs das rechtmässige Alternativverhalten denkt, ist es auch nicht mehr so, dass der Deliktserfolg „möglicherweise" verhindert worden wäre – er wäre in seiner konkreten Gestalt vielmehr absolut sicher ausgeblieben.[2027] Der Grund dafür ist, dass es sich bei den Fällen der hypothetischen Einwilligung nicht um Fahrlässigkeitsdelikte, sondern um Vorsatzdelikte handelt; der zu beurteilende Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten ohne wirksame Einwilligung ist eine vorsätzliche Tat, auch wenn der Aufklärungsmangel im Vorfeld der Tat möglicherweise nur fahrlässig begangen wurde.[2028] Diskutiert werden nämlich nur solche Fälle, in denen der Täter bewusst unzureichend aufgeklärt hat, so dass er weiss, dass keine wirksame Einwilligung vorliegt, sein Eingriff also den Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung erfüllt. Er begeht keinen fahrlässigen (Kunst-)fehler bei einem an sich zulässigen Eingriff; der Eingriff an sich ist schon nicht zulässig, da darin nicht wirksam eingewilligt wurde. Der Arzt, der weiss, dass der Patient den Eingriff in die körperliche Integrität nur deshalb zulässt, weil er ihn ungenügend aufgeklärt hat, ist vergleichbar mit dem schlauen Dieb, der weiss, dass der Eigentümer ihn eines seiner wertvollen Bilder nur deshalb nehmen lässt, weil der Täter ihm wahrheitswidrig vorgegaukelt hat, das Bild sei wertlos. Beide Täter handeln bezüglich der eigentlichen Rechtsgutsverletzung vorsätzlich. Dann erübrigt sich nach richtiger Ansicht aber auch die Frage, ob die beiden Opfer bei einer hinreichenden Aufklärung bzw. einer wahrheitsgetreuen Schilderung, die Einwilligung verweigert hätten. Die Frage, wie sich die Situation verändert hätte, wenn der Täter im Vorfeld der Tat anders gehandelt hätte, darf sich nicht auf die Strafbarkeit von Vorsatztaten auswirken. Entscheidend ist allein, dass der Täter falsch aufgeklärt und dann vorsätzlich ohne wirksame Einwilligung des Berechtigten in die körperliche Integrität eingegriffen

---

[2027] SWOBODA, Die hypothetische Einwilligung, S. 22; vgl. auch EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 242.

[2028] Vgl. auch GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 205.

hat bzw. wahrheitswidrig vorgegaukelt hat und dann vorsätzlich das Bild gestohlen hat.

Die hier skizzierte Berücksichtigung des rechtmässigen Alternativverhaltens ist aber – zweitens – auf Fahrlässigkeitsdelikte zugeschnitten; die entsprechenden Zurechnungsregeln haben für Vorsatzdelikte nur „theoretische" Gültigkeit.[2029] Das gilt auch für die Abwandlung des sogenannten „Ziegenhaar-Fall",[2030] die von Roxin aber als ein Beispiel erwähnt wird für die mögliche Gültigkeit der Risikoerhöhungstheorie auch für Vorsatzdelikte.[2031] Im Ausgangsfall hatte der Leiter einer Pinselfabrik Ziegenhaare an seine Arbeiterinnen weitergereicht, ohne diese desinfizieren zu lassen. Vier Arbeiterinnen wurden durch Milzbrandbazillen in den Ziegenhaaren getötet. Im Nachgang zeigte sich, dass die vorgeschriebene Desinfektion gegen die neuartigen Bazillen unwirksam geblieben wäre. Wenn man nun in einer Abwandlung des Falls annimmt, der Leiter der Fabrik habe die Desinfektion absichtlich unterlassen, um auf diese Weise die ihm missliebigen Arbeiterinnen zu töten, würde er gemäss Roxin, „bei nachträglicher Feststellung einer fehlenden Risikoerhöhung nur wegen eines versuchten Tötungsdelikts bestraft werden können."[2032] Das ist aber nicht zutreffend, da die Tathandlung nicht im Unterlassen der Desinfektion, sondern im Weiterreichen der Ziegenhaare besteht, im Wissen, dass diese nicht desinfiziert wurden. Der Leiter weiss oder nimmt an, dass die Ziegenhaare für die Arbeiterinnen gefährlich sein können und unterlässt die Desinfektion im Vorfeld der Tat, weil er fälschlicherweise annimmt, dadurch würde die Gefährlichkeit der Ziegenhaare neutralisiert. Dass die vorgeschriebene Desinfektion gegen die neuartigen Bazillen unwirksam geblieben wäre, ist irrelevant. Die Risikoerhöhung ergibt sich also allein aus dem Weiterreichen der verseuchten Ziegenhaare, wodurch dann auch der Erfolg eintritt. Es handelt sich also um eine ganz gewöhnliche vollendete vorsätzliche Tötung. Vorsatzdelikte, bei denen hingegen tatsächlich

---

2029 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 11 Rn. 99.

2030 Nach RGSt 63, 211.

2031 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 11 Rn. 99.

2032 ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 11 Rn. 99.

keine Risikoerhöhung vorlag, etwa weil die Ziegenhaare – anders als vom Leiter angenommen – eben gar nicht gefährlich waren, sind Fälle des untauglichen Versuchs.

Drittens hätte das Kriterium, dass die Strafbarkeit des Arztes bereits dann angenommen werden muss, wenn auch nur die konkrete Möglichkeit besteht, dass der Patient bei ordnungsgemässer Aufklärung nicht in den Eingriff eingewilligt hätte bzw. eine Zurechnung wegen Irrelevanz des Aufklärungsmangels erst dann unterbleiben kann, wenn eine Einwilligung auch im Fall vollständiger Aufklärung mit Sicherheit erteilt worden wäre,[2033] folgende Konsequenz: Der Arzt wäre immer strafbar und man könnte gleich auf die hypothetische Einwilligung verzichten. Die Aufklärungspflicht ist gemäss Roxin schon dann nicht erfüllt und der Patient über Tragweite und Risiken des Eingriffs nicht ordnungsgemäss informiert, „wenn bei sachgerechter Aufklärung auch nur eine konkrete Möglichkeit der Eingriffsverweigerung bestanden hätte."[2034] Eine solche Möglichkeit besteht aber – wie wir bereits gesehen haben – bei der hypothetischen Überlegung, welchen mentalen Zustand die ordnungsgemässe Aufklärung verursacht hätte und wie der Berechtigte dann entschieden hätte, eigentlich immer. Die Voraussetzung, dass die Einwilligung auch im Fall vollständiger Aufklärung „mit Sicherheit" erteilt worden wäre, kann auf jeden Fall nie erfüllt sein. Dass Ärzte sich letztlich nicht erfolgreich auf die hypothetische Einwilligung berufen können und vielmehr immer bestraft werden, bestätigt Roxin auch indirekt. Er schreibt nämlich, dass Puppe darin Recht habe, „dass Zweifel zu Lasten des Arztes gehen sollten; da sie keine anderen Fälle als Zweifelsfälle kennt, weicht sie also insoweit von der hier vertretenen Auffassung nicht einmal ab."[2035] Damit radikalisiert er – durchaus zu Recht – seine Skepsis gegenüber der hypothetischen Einwilligung, bei der „nur mit Hilfe der hier vorgeschlagenen Einschränkungen ihres Anwendungsbereichs einer weitgehenden praktischen Auf-

---

[2033] Vgl. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 124 f.

[2034] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 125.

[2035] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 134.

hebung der Aufklärungspflicht vorgebeugt werden kann."[2036] Gesamthaft zeigt sich auch hier, dass die Übertragung des zivilrechtlichen Konstrukts der hypothetischen Einwilligung in das Strafrecht vor allem eine Reihe von Inkonsistenzen nach sich zieht und gegensätzliche, zu Extremen tendierende Resultate verursacht.

Als Argument für die hypothetische Einwilligung wird sodann eingewendet, dass auch im Strafrecht – wie im Zivilrecht – für die Bejahung der hypothetischen Einwilligung immer festgestellt werden muss, dass beim Patienten kein Entscheidungskonflikt bestanden hätte, wenn er ordnungsgemäss aufgeklärt worden wäre; man könne daher sogar davon ausgehen, dass die hypothetische Einwilligung weniger in das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eingreife als die mutmassliche Einwilligung.[2037] Das ist nicht zutreffend. Denn selbst wenn man die Ansicht vertritt, dass der Beschuldigte eine Behauptungslast und die entsprechende Substantiierungslast im Hinblick auf den Beweis des Vorliegens einer hypothetischen Einwilligung bzw. des fehlenden Entscheidungskonflikts trägt, reicht es hierfür aus, wenn dies zweifelhaft ist oder wenn es in einem Mindestmass glaubhaft gemacht werden kann. Es ist dann an der Staatsanwaltschaft zu beweisen, dass ein Entscheidungskonflikt bestanden hätte und dass der Patient daraufhin nicht eingewilligt hätte. Der Untersuchungsgrundsatz und die Unschuldsvermutung dominieren das Verfahren nämlich auch dann, wenn nicht jede aus der Luft gegriffene Schutzbehauptung des Beschuldigten widerlegt werden muss und wenn das Gericht vom Normalfall ausgeht, dass wer tatbestandsmässig handelt, dies im Normalfall auch rechtswidrig tut.[2038]

Entsprechend hat der BGH im Rahmen von strafrechtlichen Fällen auch noch nie in dieser Form geprüft, ob festgestellt werden kann, dass beim Patienten kein Entscheidungskonflikt bestanden hätte, wenn er ordnungsgemäss aufgeklärt worden wäre, so dass man die hypothetische Einwilligung bejahen könnte. Und das hat ei-

---

[2036] ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I, § 13 Rn. 134.

[2037] ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 697.

[2038] Vgl. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil, S. 115 und S. 149.

nen guten Grund. Denn *in dubio pro reo* ist eben vielmehr davon auszugehen, dass der Patient eingewilligt hätte, und zwar sogar dann, wenn er sich in einem Entscheidungskonflikt befunden hätte.[2039] Denn warum soll es nicht zweifelhaft sein bzw. glaubhaft gemacht werden können, dass eine Einwilligung auch dann möglich gewesen wäre, wenn ohnehin nie mit Sicherheit gesagt werden kann, wie ein Mensch entschieden hätte, wenn er vor eine Situation gestellt worden wäre, vor der er tatsächlich nicht gestanden hat?[2040] Das wird auch dadurch bestätigt, dass sich diejenigen Fälle, in denen der BGH die hypothetische Einwilligung verneint hat, als Fälle erweisen, in denen es letztlich gar nicht um die Frage der hypothetischen Einwilligung ging, sondern um die Frage, ob der Eingriff überhaupt kunstgerecht war. So hat der BGH beispielsweise im „Bohrer-Fall" bei einem Arzt, der den Patienten darüber getäuscht hatte, dass eine zweite Operation nur deswegen notwendig geworden war, weil ihm bei der ersten Operation eine Bohrerspitze abgebrochen und im Knochen stecken geblieben war, die hypothetische Einwilligung abgelehnt.[2041] Der Eingriff diente nämlich offensichtlich in erster Linie dazu, die abgebrochene Bohrerspitze zu bergen. Damit der Patient keinen Verdacht schöpft, wurde nicht nur die Bohrerspitze geborgen, der Arzt nahm auch weitere operative Schritte vor, die aber nur der Rechtfertigung des Eingriffs gegenüber dem Patienten dienten und nicht einem lehrbuchmässigen Eingriff entsprachen.[2042]

Würde man sodann bei einem *lege artis* durchgeführten Heileingriff die hypothetische Einwilligung nur dann bejahen wollen, „wenn sichere Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Patient dem Eingriff und den damit verbundenen Risiken auch

---

2039 Kritisch hinsichtlich der Konsequenzen der prozessualen Unterschiede auch BÖCKER, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, S. 931 f.

2040 PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 19.

2041 Vgl. auch BGH 4 StR 549/06 = BGH NStZ-RR 2007, 340, „Liposuktions-Fall"

2042 BGH NStZ 2004, 442; vgl. ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 40 f.; vgl. dazu auch OTTO/ALBRECHT, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, S. 271; PUPPE, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 368.

bei ordnungsgemässer Aufklärung zugestimmt hätte“,[2043] müsste man den Grundsatz *in dubio pro reo* fallen lassen. Im Widerspruch zu den Regeln des *in dubio* Grundsatzes würde dann nicht mehr gelten, dass vom Beschuldigten behauptete Rechtfertigungsgründe vom Staat beweismässig zu widerlegen sind „wenn sie zweifelhaft sind bzw. vom betroffenen Beschuldigten in einem Mindestmass glaubhaft gemacht werden“.[2044] Vielmehr müsste der Beschuldigte dann das Bestehen der Rechtfertigungsründe mittels „sicherer Anhaltspunkten“ beweisen. Das Bedürfnis der Ärzte, von überbordenden Aufklärungspflichten entlastet zu werden, kann einen solchen Systembruch aber nicht legitimieren.

Dagegen kann eingewendet werden, dass der Staat gemäss der Untersuchungsmaxime nicht nur belastende, sondern auch entlastende Umstände – etwa eine hypothetische Einwilligung – mit gleicher Sorgfalt zu untersuchen hat. Der Staat müsste also bei „sicheren Anhaltspunkten“ eine hypothetische Einwilligung auf jeden Fall untersuchen (und bejahen). Das Problem ist aber eben nicht nur, dass dieser Massstab zu hoch angesetzt ist; entlastende Umstände sind bereits dann abzuklären (und gegebenenfalls vom Staat zu widerlegen), wenn sie zweifelhaft sind bzw. vom betroffenen Beschuldigten in einem Mindestmass glaubhaft gemacht werden. Das Kriterium „sichere Anhaltspunkte“ verdreht die Argumentation für die Zulässigkeit der hypothetischen Einwilligung auch in ihr Gegenteil. Denn selbst der Patient kann im Hinblick auf die Frage, ob er sich bei richtiger Aufklärung für oder gegen den Eingriff entschieden hätte, keine belastbare Aussage darüber machen. Vor allem da nicht einmal feststeht, in welcher Form ihm die Aufklärung erteilt worden wäre und wie ihn der Arzt sonst beeinflusst hätte, wenn er ihn vollständig aufgeklärt hätte.[2045] Niemand – auch nicht der Patient selber – kann hierzu „sichere Anhaltspunkte“

[2043] So EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, S. 243.

[2044] SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Rn. 220; vgl. auch RIKLIN, StPO Kommentar, Art. 10 Rn. 2.

[2045] Zum Ganzen PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 20; vgl. auch GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 200.

liefern.[2046] Dann spielen jedoch wieder die Regeln des *in dubio* Grundsatzes. Der Arzt müsste also immer freigesprochen werden, weil der Staat die Gegenbehauptung, es habe keine hypothetische Einwilligung vorgelegen, aus den genannten Gründen nicht soweit hinreichend beweisen kann, dass nicht nach den *in dubio* Regeln zu Gunsten des Beschuldigten entschieden werden muss.

Ingeborg Puppe hat die hypothetische Einwilligung im Strafrecht sodann mit dem Hinweis darauf abgelehnt, dass es sich bei der zivilrechtlichen hypothetischen Einwilligung um eine Frage der Haftungsausfüllung handle, nicht aber der haftungsbegründenden Kausalität.[2047] Dies trifft zu. Lehre und Rechtsprechung zählen den Kausalzusammenhang zwischen dem nicht wirksam konsentierten ärztlichen Eingriff und dem durch den Patienten erlittenen Gesundheitsschaden tatsächlich zur Haftungsausfüllung,[2048] sodass hier der erleichterte Beweismassstab des § 287 ZPO-Deutschland angewendet werden kann. Nach Puppe ist nun der Patient nach § 249 BGB-Deutschland aber so zu stellen, „wie er gestanden hätte, wenn der Beklagte sich richtig verhalten hätte, in unserem Fall also vollständig und richtig aufgeklärt hätte".[2049] Da in diesem Fall der Patient hypothetisch ebenso eingewilligt hätte, müsse eine Haftung mangels zurechenbaren Schadens ausscheiden. Zivilrechtlern sei in Anwendungsfällen der hypothetischen Einwilligung klar, dass eine tatbestandliche Rechtsverletzung vorliege. Die Haftung entfalle dennoch, weil der Patient in die dadurch verursachte Schädigung hypothetisch eingewilligt habe. Insoweit sei eine Übertragung der Erwägungen auf das Strafrecht nicht zwingend: Denn im Zivilrecht sei man sich durchaus einig, dass es sich um eine rechtswidrige Verletzung handle.[2050]

[2046] Vgl. PUPPE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative, S. 769; vgl. dagegen KUHLEN, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, S. 228.

[2047] PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 23.

[2048] MK-BGB-Wagner, § 823 Rn. 871; BGH NJW 2011, 375.

[2049] PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 23.

[2050] Vgl. PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, § 11 Rn. 23.

Ein weiteres Risiko, dass die Lehre der hypothetischen Einwilligung mit sich bringt, besteht ausserdem in der Ausweitung der Fiktion der hypothetischen Einwilligung auf andere Straftatbestände und damit die Aushöhlung der Selbstbestimmungsfreiheit der Opfer auch bei Vermögensdelikten, Delikten gegen die persönliche Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung.[2051] Erkennt man eine hypothetische Einwilligung in Medizinstrafrecht an, so dürfte es schwierig zu rechtfertigen sein, warum sie in anderen Bereichen abgelehnt werden muss. Warum soll der Täter, der einer Frau vorgaukelt, er sei ihr Ehemann, um mit ihr Geschlechtsverkehr zu haben, nicht auch einwenden können, es sei durchaus möglich, dass die Frau auch eingewilligt hätte, wenn sie nicht getäuscht worden wäre? Oder noch radikaler, warum nicht auch, wenn er sie durch Androhung ernstlicher Nachteile zum Geschlechtsverkehr zwingt? Müsste dann nicht auch der Einwand des Täters zulässig sein, es gäbe Hinweise darauf, dass die Frau auch ohne Drohung eingewilligt hätte?

5. Schlussbetrachtungen

Nach der Lehre der hypothetischen Einwilligung soll die Aufklärung für eine wirksame Einwilligung einer im konkreten Fall einwilligungsfähigen Person – im Wesentlichen in Bezug auf medizinische Heileingriffe – immer dann entbehrlich sein, wenn diese Person bei einer vollständigen Belehrung hypothetisch eingewilligt hätte. Ausser Acht gelassen wird dabei freilich, dass in die Güter und Interessen der betroffenen Person eingegriffen wurde, ohne dass sie wirksam eingewilligt hat, obschon sie hätte einwilligen können und insofern auch kein Surrogat notwendig gewesen wäre. Diesen Konflikt hätte derjenige, der die fehlende Einwilligung kannte und trotzdem in die Güter des Opfers eingegriffen hat, vermeiden können: Entweder durch eine hinreichende Aufklärung und damit die korrekte Einholung der Einwilligung des Berechtigten oder indem er einfach auf den Eingriff verzichtet, solange keine wirksame Einwilligung vorliegt. Eine überzeugende Erklärung dafür,

---

[2051] Vgl. TAG, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 547 f.; vgl. auch JÄGER, Die hypothetische Einwilligung, S. 356; GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, S. 70 f.

warum das Interesse des Arztes daran, nicht für einen Eingriff in die Güter des Opfers bestraft zu werden, den er hätte unterlassen können und müssen, das Interesse der betroffenen Person daran, über sein Gut, namentlich sein körperliches Wohl, zu entscheiden, überwiegen soll, bleiben die Befürworter des Konstrukts der hypothetischen Einwilligung schuldig. Angesichts der Tatsache, dass die Aufklärung und die Einholung der Einwilligung möglich gewesen wären – sonst würde nämlich ein potentieller Fall der mutmasslichen Einwilligung vorliegen –, erscheint die Lösung über eine hypothetische Einwilligung nicht nur wenig sachgerecht, sondern auch gänzlich kontraintuitiv.

Der Einwand, dass die Körperverletzungsdelikte ohnehin nicht den primären Zweck haben, die Selbstbestimmung zu schützen, und es bei der ärztlichen Behandlung primär um Zuwendung gehe,[2052] ist auch hier verfehlt.[2053] Körperverletzungsdelikte schützen die körperliche Unversehrtheit vor ungewollten Eingriffen Dritter; das Erfordernis der Einwilligung dient der Selbstbestimmung des Patienten über seinen Körper. Es liegt grundsätzlich eine Körperverletzung vor, wenn der Eingriff ohne Einwilligung erfolgt. Eine Einwilligung liegt aber nur dann vor, wenn der Berechtigte in die Massnahme wirksam einwilligt und nicht dann, wenn das Gericht davon ausgeht, dass er eingewilligt hätte, wenn er denn richtig aufgeklärt worden wäre. Hierfür besteht auch kein Bedürfnis. Dann hätte der Arzt eben aufklären müssen. Da er bewusst darauf verzichtet hat, kann er nicht nachträglich darauf verweisen, was die hypothetische Reaktion des Patienten gewesen wäre. Denn gerade dies spricht dafür, dass er befürchtete, dass der Patient bei vollständiger Aufklärung nicht zugestimmt hätte.

Wie dargelegt, ist auch die dogmatische Einordnung der hypothetischen Einwilligung alles andere als unstreitig. Der Hauptgrund dafür dürfte sein, dass eine „hypothetische Einwilligung“ eben keine Einwilligung ist, sondern ein Mechanismus, um

---

[2052] ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, S. 696; vgl. auch WIESNER, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, S. 177 ff.

[2053] So auch PUPPE, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 366 f.

die Strafbarkeit von Ärzten zu vermeiden, die Patienten behandeln, ohne diese im Voraus ordentlich aufgeklärt zu haben. Anders als bei der mutmasslichen Einwilligung wird dem Patienten eine Einwilligung *ex post* zugeschrieben, die er hätte erklären können aber nicht erklären konnte, weil er – in der Regel ganz bewusst – nicht vollumfänglich über die Risiken der Behandlung aufgeklärt wurde. Bei der Einwilligung entfällt nach der hier vertretenen Auffassung die Tatbestandsmässigkeit des Verhaltens des Arztes, weil der berechtigte Patient wirksam darin eingewilligt hat. Bei der hypothetischen Einwilligung wird hingegen erst nachträglich fingiert, dass er möglicherweise wirksam eingewilligt hätte, wenn er ordnungsgemäss aufgeklärt worden wäre. Eine Form der Einwilligung – der ausdrücklich oder konkludent erklärte Wille – liegt hierin jedenfalls nicht vor. Und auch eingebettet in andere Argumentationsmuster der objektiven Zurechenbarkeit sieht das Strafrecht eine solche Rechtsfigur nicht vor. Denn die einzelnen Fallgruppen lassen sich angemessen und dogmatisch sauber mit dem bestehenden rechtlichen Handwerkszeug lösen, ohne auf die Figur der hypothetischen Einwilligung zurückgreifen zu müssen, die letztlich unaufrichtiges Verhalten im Verhältnis von Arzt und Patient fördert.[2054]

Es ist selbstverständlich immer erforderlich, dass die Wirksamkeit der Einwilligung präzis überprüft wird; die Wirksamkeit der Einwilligung sollte man nicht vorschnell verneinen, unabhängig davon, ob man das Konstrukt der hypothetischen Einwilligung akzeptiert oder nicht. Für diese Überprüfung sollte ein strafrechtsautonomer Massstab gewählt werden, der die einwilligungsrelevanten zivilrechtlichen Verletzungen von Aufklärungspflichten eingrenzt.[2055] Es ist insbesondere nicht sachgerecht, die Reichweite der Pflicht unter Bezugnahme auf die zivilrechtlichen Regeln der hypothetischen Einwilligung zu bestimmen, indem also gesagt wird, dass ein Aufklärungsmangel eine Strafbarkeit des Arztes wegen Körperverletzung nur begründen könne, wenn der Patient bei einer den Anforderungen genügenden Aufklärung in den Eingriff nicht eingewilligt hätte, die Einwilligung also bei ordnungsge-

---

[2054] SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, S. 265.

[2055] Vgl. SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, S. 270; vgl. ausführlich dazu oben S. 343 ff.

mässer Aufklärung unterblieben wäre.[2056] Für die Unwirksamkeit der Einwilligung und damit die Strafbarkeit des Arztes genügt nicht jede Aufklärungspflichtverletzung. Vielmehr ist erforderlich, dass es sich um einen Fall der Täuschung über entscheidungserhebliche Tatsachen handelt: So ist im Bohrer-Fall, in dem der Arzt dem Patienten verschwiegen hat, dass die Zweitoperation letztlich nur erforderlich sei, weil er bei der Erstoperation ein Stück abgebrochenen Bohrers im Knochen zurückgelassen habe,[2057] die Aufklärungspflichtverletzung schwerwiegender als beispielsweise im Fall, dass der Arzt vor einer Standardnarkose vor einem notwendigen und ordnungsgemäss aufgeklärten Eingriff nicht auf alle nur denkbaren minimalen Risiken der Narkose hinweist. Die Frage, ob die Einwilligung tatsächlich unwirksam sein soll, muss jeweils auf den Einzelfall bezogen beantwortet werden. Es mag ein Bedürfnis bestehen, die potentielle Strafbarkeit von Ärzten zu reduzieren. Aber sogar wenn man ein Strafbedürfnis gegenüber Ärzten verneinen will, die ihre Patienten unzureichend aufklären, so ist es dogmatisch verfehlt, dies dadurch zu erreichen, dass man eine Zustimmung des Patienten trotz fehlerhafter Aufklärung nachträglich fingiert. Vorzugswürdig ist es, statt der systematisch nicht qualifizierbaren und weitgehend inkohärenten hypothetischen Einwilligung eine Stellschraube hinsichtlich der Aufklärungspflichten des Arztes zu platzieren und die ärztlichen Aufklärungspflichten genauer zu überprüfen und zu klassifizieren.

Dabei sollte man es aber nicht übertreiben, indem man die Aufklärungspflichten, die letztlich der Patientenautonomie dienen, zu stark einschränkt. Man sollte auch nicht vergessen, dass der Ruf nach der Anerkennung der hypothetischen Einwilligung zwar auch ein Resultat von faktisch gesteigerten Aufklärungspflichten ist, dass Klagen über solche Aufklärungspflichten aber in der Ärzteschaft beinahe zum guten Ton gehören. Es ist mithin nicht klar, wie sehr die hypothetische Einwilligung

---

[2056] Vgl. dazu GETH, Passive Sterbehilfe, S. 129 f.

[2057] BGH NStZ 2004, 442; vgl. auch den sogenannten „Bandscheiben-Fall“, BGH JZ 2004, 800: Hier hatte die operierende Oberärztin das Bandscheibenfach verwechselt und eine Etage zu tief operiert. Der Chefarzt riet ihr dann, der Patientin den Fehler zu verschweigen, einen Rückfall vorzutäuschen und ihr so die Notwendigkeit einer nochmaligen Operation zu erklären. Die Patientin willigte sodann ein, ohne zu wissen, dass die sie operierende Oberärztin, beim ersten Versuch einen groben Fehler gemacht hatte.

wirklich eine Antwort auf überbordende Aufklärungspflichten ist. Die bisher von der deutschen strafrechtlichen Rechtsprechung behandelten Fälle sprechen eigentlich eine andere Sprache: Die entsprechenden Sachverhalte lesen sich nicht als Beschreibungen von Situationen, in denen Ärzte von Aufklärungspflichten überflutet werden und dann einfach nicht anders können, als die eine oder andere Risikoinformation wegzulassen. Vielmehr geht es darum, dass sie im Unwissen darüber sind, dass ein Arzneimittel nicht zugelassen ist,[2058] sie einen Kunstfehler in einem vorangegangen Eingriff vertuschen[2059] oder ganz einfach nicht darauf hinweisen möchten, dass der Eingriff gefährlich ist und einer Aussenseitermethode entspricht,[2060] sie allein aufgrund der Lebensumstände des Patienten und des Eingriffs darauf schliessen, dass auf die an sich einholbare Einwilligung bei einer Operationserweiterung verzichtet werden kann,[2061] sie zu Unrecht meinen, eine andere Person würde die Aufklärung übernehmen[2062] oder eine andere Person habe die Aufklärungspflicht bereits erfüllt.[2063]

Essentiell ist die exakte Subsumtion und treffende Einordnung der Tathandlung. Tathandlung ist nicht die mangelhafte Aufklärung als solche, sondern erst die Behandlung trotz unzureichender Aufklärung. Durch die Behandlung wird in die körperliche Integrität des Patienten eingegriffen. Hat der Arzt dabei fahrlässig nicht vollständig belehrt, und war die Einwilligung des Patienten demensprechend (teilweise) fehlerhaft, was der Arzt aber nicht wissen konnte, handelt es sich um einen Fall des Tatbestandsirrtums. Der Arzt meinte, die Einwilligung des Patienten würde vorliegen, was jedoch aufgrund der fehlerhaften Aufklärung und der deswegen un-

---

2058 BGH 4 StR 760/94 = BGH NStZ 1996 34, „Surgibone-Dübel-Fall“; vgl. auch ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung, S. 36 f.

2059 BGH 1 StR 300/03 = BGH NStZ-RR 2004, 16 = BGH JR 2004, 251, „Bandscheiben-Fall“; BGH 1 StR 319/03 = BGH NStZ 2004, 442, „Bohrer-Fall“.

2060 BGH 1 StR 238/07 = BGH StV 2008, 464, „Turboentzugs-Fall“.

2061 BGH 4 StR 375/60, „Gebärmutter-Fall“; vgl. dagegen den richtigen Entscheid der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 2. Februar 2015, SK 2013, 186 = SJZ 2016, 106.

2062 Vgl. BGHR § 223 Abs. 1 StGB Heileingriff 2, „O-Bein-Fall“.

2063 OLG Hamm 3 Ss 742/90.

wirksamen Einwilligung nicht zutreffend war. Hat der Arzt dagegen bewusst Informationen für den Patienten zurückgehalten, insbesondere um ihn über Risiken der Behandlung zu täuschen, und ihn auf der Grundlage der nicht hinreichend informierten Einwilligung behandelt, so besteht ein Strafbedürfnis.[2064] Denn auch wenn der Arzt nachträglich darauf hinweist, dass er dem Patienten nur helfen wollte, so hat er doch gegen dessen Recht auf freie Selbstbestimmung verstossen und seine körperliche Unversehrtheit verletzt. Ärzte könnten jederzeit behandeln und dabei bewusst auf eine ordnungsgemässe Aufklärung verzichten, wenn ihnen ermöglicht würde, nachträglich auf eine hypothetische Einwilligung zu verweisen.[2065] Das ist auch deshalb nicht haltbar, weil es unbestrittenermassen die Sache des Patienten sein muss, zu entscheiden, ob er in den Eingriff einwilligen möchte.[2066]

[2064] Dies hat nun auch der BGH angedeutet in BGH 1 StR 320/12 = HRRS 2013 Nr. 500, Rn. 24; vgl. dazu VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff, S. 23 f.

[2065] Vgl. PUPPE, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, S. 367.

[2066] JÄGER, Die hypothetische Einwilligung, S. 360; vgl. auch GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, S. 204; DUTTGE, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlussgrund, S. 179.

Fazit und Ausblick

Eine Rekapitulation der Analyse und der Argumentation, die in den vorangehenden Kapiteln stattgefunden hat, kann an dieser Stelle nur eine unzulängliche Verkürzung bedeuten, die Missverständnisse und Unklarheiten fördert, anstatt sie zu verhindern. Daher soll darauf verzichtet werden. Umfangreiche Abhandlungen sollten ganz prinzipiell nicht mit ausführlichen Schlussbemerkungen oder Zusammenfassungen enden, da dies eigentlich nur zwei Effekte haben kann: Der gewissenhafte Leser, der sich die Mühe gemacht hat, das Buch zu lesen – und ich wage zu hoffen, dabei auch Freude oder intellektuelle Anregung erlebt hat –, wird dadurch bloss gelangweilt. Dem weniger gewissenhaften Leser wird es hingegen allzu einfach gemacht: Er muss das Buch gar nicht lesen, bildet sich trotzdem ein, aus der Zusammenfassung etwas erfahren oder gar gelernt zu haben und läuft auch noch Gefahr, in Missverständnissen und Unklarheiten zu landen. Ich möchte aber immerhin schematisch und ohne Begründung einige wichtige Thesen oder Erkenntnisse aufführen, die aus meiner Sicht in dieser Arbeit bewiesen wurden oder aus dieser Arbeit erlangt wurden:

- Eine sachgerechte, zielführende und kohärente Dogmatik der Einwilligung basiert auf einem liberal-individualistischen personalen Rechtsgutsmodell, das die Verfügungsfreiheit über die eigenen materiellen Güter, das Selbstbestimmungsrecht und den Willen des Berechtigten in den Tatbestand von Delikten gegen Individualrechtsgüter integriert.
- Ein liberal-individualistisches Integrationsmodell der Einwilligung ist gegenüber konservativ-kollektivistischen, moralistischen oder paternalistischen Kollisionsmodellen vorzugswürdig.
- Die Einwilligung des Berechtigten wirkt als negativ gefasstes Tatbestandsmerkmal („ohne den Willen des Berechtigten“) bei disponiblen Individualrechtsgütern tatbestandsausschliessend; sie ist nicht ein Rechtfertigungsgrund.
- Die Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis ist nur formeller Natur, hat keine substantielle Bedeutung und sollte deshalb aufgegeben werden.

- Das Prinzip der Einwilligung des Berechtigten sollte in den Regeln der Strafbarkeit im Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches normiert werden; hierfür wurde ein Gesetzesvorschlag ausformuliert.
- Unterschiedliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Einwilligung ergeben sich allein aus der Bedeutung des Rechtsgutes und den spezifischen Anforderungen einzelner Tatbestände.
- Die Einwilligung kann sich nur auf Individualrechtsgüter, nicht aber auf Rechtsgüter der Allgemeinheit beziehen; sie kann auch Einwilligung in ein Risiko sein.
- Es gibt nur eine legitime Schranke der Verfügungsfreiheit über eigene Individualrechtsgüter: Das pragmatisch begründete Verbot der Tötung auf Verlangen.
- Andere, nicht kodifizierte Schranken, wie etwa die von der herrschenden Lehre und der Rechtsprechung angenommenen Ausnahmen bei der schweren Körperverletzung, sind nicht begründet.
- Die Einwilligung ist nicht nur ein ontologisches Phänomen, sondern in erster Linie ein rechtliches Phänomen; sie kann nur dann als Tatbestandsausschlussgrund wirken, wenn sie ausdrücklich oder konkludent nach aussen wahrnehmbar erklärt wird.
- Rechtsgutsträger sind einwilligungsfähig, wenn sie kognitiv in der Lage sind, den Wert des betreffenden Rechtsguts sowie die Folgen und Risiken ihrer Entscheidung zu erfassen und in Übereinstimmung mit ihren Bedürfnissen und Wünschen zu beurteilen.
- Wir können davon ausgehen, dass der Mensch einen freien Willen hat.
- Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn keine Willensmängel vorliegen.
- Als Willensmängel kommen einerseits Zwang und andererseits Irrtum des Einwilligenden in Frage.
- Jeder Irrtum des Einwilligenden ist beachtlich; eine normative Beschränkung ist hier abzulehnen.

- Nicht jeder Irrtum des Einwilligenden führt dazu, dass der Eingreifende für den nicht von einer gültigen Einwilligung gedeckten Eingriff bestraft wird, sondern nur, wenn der Irrtum dem Eingreifenden zugerechnet werden kann.
- Die Verschiebung der Einwilligung auf die Ebene des Tatbestandes wirkt sich auf die Unschuldsvermutung sowie die Beweislast im Strafverfahren aus.
- Auch medizinisch indizierte und kunstgerecht durchgeführte Heilbehandlungen sind grundsätzlich strafbare Eingriffe in die Rechtsgüter des Patienten.
- Eine Patientenverfügung ist darauf ausgerichtet, dem Patienten die Freiheit zu erhalten, über das Rechtsgut der körperlichen Integrität zu verfügen; sie sollte verbindlich gelten und nicht dem Korrektiv des mutmasslichen Willens unterstellt werden.
- Die mutmassliche Einwilligung ist ein normatives Konstrukt, das nur dann Anwendung finden darf, wenn keine hinreichend klar verfügte Willenserklärung vorhanden ist oder wenn die tatsächliche Einwilligung nicht (mehr) eingeholt werden kann; sie hat keine tatbestandsausschliessende Wirkung, sondern ist ein notstandsähnlicher Rechtfertigungsgrund.
- Bei fehlender Einwilligungsfähigkeit des Berechtigten kann die Einwilligung von einem gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter erteilt werden.
- Die stellvertretende Einwilligung hat Vorrang vor der mutmasslichen Einwilligung; der Stellvertreter darf aber nicht nach seinem eigenen Willen oder nach Interessen entscheiden, die dem eruierbaren mutmasslichen Willen des Vertretenen entgegenstehen.
- Bei originär Einwilligungsunfähigen gehen im Konfliktfall die objektiven, medizinisch definierten Interessen des originär Einwilligungsunfähigen der stellvertretenden Einwilligung vor.
- Das aus dem Zivilrecht stammende normative Konstrukt der hypothetischen Einwilligung sollte nicht übernommen werden.

Abschliessend sei nochmals betont und sogar zugegeben, dass diese Thesen und Erkenntnisse nicht als Kompromissvorschlag zu verstehen sind; damit soll es nicht allen recht gemacht werden – was in der Sache auch unmöglich ist. Vielmehr sind sie das Resultat von Überlegungen ausgehend von einem liberal-individualistischen Grundverständnis und von der Auseinandersetzung mit gegenläufigen Intuitionen, Grundtheorien, Auffassungen und Argumenten. Die Arbeit geht nicht nur von liberal-individualistischen Grundsätzen aus, sie kehrt letztlich – das mag man nachvollziehen, sogar schätzen oder vielmehr ablehnen – auch zu diesen Grundsätzen zurück. So stellt sich aus meiner Sicht auch ein reflektives Gleichgewicht ein. Das einzige reflektive Gleichgewicht, das in solchen Dingen letztlich zählt, ist aber nicht dasjenige, das mir bewusst wird, sondern dasjenige, das den Beteiligten an der Debatte innerhalb einer politischen Gemeinschaft bewusst wird. Diesbezüglich scheint mir der nur vordergründig etwas naive Gedanke von Lew Tolstoj aus einer Passage in „Anna Karenina" weiterführend zu sein, der an die Feststellung von Lewin anknüpft, dass man meistens nur deswegen so erbittert streite, weil man nicht begreifen könne, was der Gegner eigentlich beweisen wolle:

> „Lewin hatte bei Debatten zwischen sehr klugen Leuten oft die Beobachtung gemacht, dass die Streitenden nach gewaltigen Anstrengungen und einem gewaltigen Aufwand von logischen Feinheiten und von Worten schliesslich erkannten, dass das, was sie mit so viel Mühe einander klarmachen wollten, schon längst, schon bei Beginn des Streites, beiden klargewesen war, dass aber der eine etwas ganz anderes liebte als der andere, und nicht davon sprechen wollte, um es nicht Angriffen auszusetzen. Er hatte schon oft erlebt, dass man während eines Streites Verständnis für das gewinnt, was der Gegner liebt, sich plötzlich dafür erwärmt und sofort mit dem Gegner einverstanden ist, und dass dann alle Beweise als überflüssig wegfallen."[2067]

[2067] TOLSTOJ, Anna Karenina, S. 591 f. (IV, 13).

Eine Debatte muss geführt werden und zwar in der Tat mit grossem Aufwand und vor allem mit Klarheit bezüglich der eigenen Überzeugungen, die man „liebt“ und gerade deshalb auch den „Angriffen“ aussetzen muss. Denn der Gegner kann in diesen Dingen nur „während eines Streites“ Verständnis für das gewinnen und sich für das erwärmen, was man liebt. Erst dann kann er damit einverstanden sein und erst dann fallen alle Beweise als überflüssig weg. Wichtiger Gradmesser von normpropositiven Arbeiten wie der vorliegenden ist, wie sehr sie eine wissenschaftliche und politische Debatte informieren, anregen und beeinflussen und wie sehr auch Gesetzgebung und Rechtsprechung auf die Vorschläge eingehen. Die vorliegende Argumentation für ein liberales Verständnis der Einwilligung des Berechtigten soll daher durchaus als solche überzeugen, man soll Verständnis dafür gewinnen und sich dafür erwärmen können, sie soll Menschen in ihren moralischen Wertungen anleiten und rechtspolitische Prozesse auslösen – das ist die Idealvorstellung. Unabhängig davon soll diese Arbeit einen Beitrag leisten, damit wenigstens die Tragweite der Einwilligung nicht weiterhin so unbestimmt bleibt, die Funktion der Einwilligung als Limitierung der Strafbarkeit deutlicher hervorgehoben wird und die „überaus heiklen Abgrenzungsprobleme“ nicht nur als Argument gegen eine Kodifikation festgestellt, sondern gelöst werden können. Einiges ist also schon erreicht, wenn sie ein ebenfalls ambitioniertes Minimalziel erreicht, das John Locke wie folgt beschrieben hat:

> „[…] it is ambition enough to be employed as an underlabourer in clearing ground a little, and removing some of the rubbish that lies in the way of knowledge; which certainly had been very much more advanced in the world, if the endeavours of ingenious and industrious men had not been much cumbered with the learned but frivolous use of uncouth, affected, or unintelligible terms, introduced into the sciences, and there made an art of, to that degree that philosophy, which is nothing but the true knowledge of things, was thought unfit or incapable to be brought into well-bred company and polite conversation.“[2068]

[2068] LOCKE, An Essay Concerning Human Understanding, S. XXXV.

Literaturverzeichnis (Alphabetisch geordnet nach Autor und nach Titel)

AEBI-MÜLLER Regina, Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegeordnung, in: Jusletter 22. September 2014 (zit. AEBI-MÜLLER, Der urteilsunfähige Patient)

AEBI-MÜLLER Regina, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV, 149, 2013, S. 150 ff. (zit. AEBI-MÜLLER, Perpetuierte Selbstbestimmung?)

AFFOLTER Kurt, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, in: AJP, 2006, S. 1057 ff. (zit. AFFOLTER, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht)

ALEXANDER Larry, The Ontology of Consent, in: Analytic Philosophy, 55, 1, 2014, S. 102 ff. (zit. ALEXANDER, The Ontology of Consent)

ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, Berlin 2010 (zit. ALBRECHT Andreas, Die hypothetische Einwilligung)

ALBRECHT Peter, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28/BetmG), Stämpflis Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2016 (zit. ALBRECHT Peter, Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes)

AMARASEKARA Kumar/BAGARIC Mirko, Moving from Voluntary Euthanasia to Non-Voluntary Euthanasia: Equality and Compassion, in: Ratio Juris, 17, 2004, S. 398 ff. (zit. AMARASEKARA/BAGARIC, Moving from Voluntary Euthanasia to Non-Voluntary Euthanasia)

AMELUNG Knut, Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 155 ff. (zit. AMELUNG, Der Begriff des Rechtsguts)

AMELUNG Knut, Die Einwilligung des Unfreien. Das Problem der Freiwilligkeit bei der Einwilligung eingesperrter Personen, in: ZStW 95, 1983, S. 1 ff. (zit. AMELUNG, Die Einwilligung des Unfreien)

AMELUNG Knut, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin 1981 (zit. AMELUNG, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes)

AMELUNG Knut, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten, Berlin 1998 (zit. AMELUNG, Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln)

AMELUNG Knut, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit" des Verbrechens, Frankfurt a. M. 1972 (zit. AMELUNG, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft)

AMELUNG Knut, Rezension von: Thomas Rönnau, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, in: ZStW, 115, 2003, S. 710 ff. (zit. AMELUNG, Rezension Rönnau Willensmängel)

AMELUNG Knut, Statement, in: Hillenkamp/Tag (Hrsg.), Intramurale Medizin – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug, Berlin 2005, S. 81 ff. (zit. AMELUNG, Statement)

AMELUNG Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil I), in: ZStW, 104, 1992, S. 525 ff. (zit. AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit I)

AMELUNG Knut, Über die Einwilligungsfähigkeit (Teil II), in: ZStW, 104, 1992, S. 821 ff. (zit. AMELUNG, Über die Einwilligungsfähigkeit II)

AMELUNG Knut, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem, in: ZStW 109, 1997, S. 490 ff. (zit. AMELUNG, Willensmängel bei der Einwilligung als Tatzurechnungsproblem)

AMELUNG Knut/EYMANN Frieder, Die Einwilligung des Verletzten im Strafrecht, in: JuS, 41, 10, 2001, S. 937 ff. (zit. AMELUNG/EYMANN, Die Einwilligung des Verletzten)

AMELUNG Knut/LORENZ Jörn, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen, insbesondere bei der Körperverletzung, in: Dannecker et al. (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, Köln 2007, S. 527 ff. (zit. AMELUNG/LORENZ, Mensch und Person als Schutzobjekte strafrechtlicher Normen)

ANDERER Karin, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz, in: Plädoyer, 5, 2012, S. 34 ff. (zit. ANDERER, Die wichtigsten Neuerungen im Kindes- und Erwachsenenschutz)

ANDROULAKIS Nikolaos, Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das „Erschütterungsprinzip" (zu der Entscheidung BVerfGE 120, 224–273), in: Neumann/Herzog (Hrsg.), Festschrift für Winfried, Heidelberg 2010, S. 271 ff. (zit. ANDROULAKIS, Abschied vom Rechtsgut)

ARBEITSGRUPPE DER SCHWEIZERISCHEN GESELLSCHAFT FÜR NEONATOLOGIE, Empfehlungen zur Betreuung von Frühgeborenen an der Grenze der Lebensfähigkeit (Gestationsalter 22-26 SSW), in: Schweizerische Ärztezeitung, 83, 2002, S. 1589 ff. (zit. ARBEITSGRUPPE DER SCHWEIZERISCHEN GESELLSCHAFT FÜR NEONATOLOGIE, Empfehlungen zur Betreuung von Frühgeborenen an der Grenze der Lebensfähigkeit)

ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, März 1999 (zit. ARBEITSGRUPPE STERBEHILFE, Bericht der Arbeitsgruppe an das Eidg. Justiz- und Polizeidepartement)

ARZT Gunther, Bürokratisierung der Hilfe beim Sterben und beim Suizid – Zürich als Modell, in: Amelung et al. (Hrsg.), Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie – Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg 2003, S. 583 ff. (zit. ARZT, Bürokratisierung der Hilfe beim Sterben und beim Suizid)

ARZT Gunther, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht, in: Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Arzt und Recht – Berner Tage für die juristische Praxis, Bern 1985, S. 49 ff. (zit. ARZT, Die Aufklärungspflicht des Arztes aus strafrechtlicher Sicht)

ARZT Gunther, Die Delikte gegen das Leben, in: ZStW, 83, 1971, S. 1 ff. (zit. ARZT, Die Delikte gegen das Leben)

ARZT Gunther, Die deutsche Strafrechtswissenschaft zwischen Studentenberg und Publikationsflut, in: Dornseifer et al. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln 1989, S. 839 ff. (zit. ARZT, Die deutsche Strafrechtswissenschaft)

ARZT Gunther, Heileingriff aufgrund einer Blanko-Einwilligung bezüglich der Person des Arztes, in: Arzt/Baum/Brehm (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann, Bielefeld 1992, S. 201 ff. (zit. ARZT, Heileingriff aufgrund einer Blanko-Einwilligung)

ARZT Gunther, Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe, in: ZBJV, 127, 1991, S. 445 ff. (zit. ARZT, Verfolgungsverzicht und Unterlassung der Nothilfe)

ARZT Gunther, Willensmängel bei der Einwilligung, Frankfurt a. M 1971 (zit. ARZT, Willensmängel bei der Einwilligung)

BACHMANN Gregor, Review Essay – Volenti non fit iniuria – How to make a principle work, in: German Law Journal, 4, 10, 2003, S. 1033 ff. (zit. BACHMANN, Review Essay Volenti non fit iniuria)

BADER Dina, Nationalisme sexuel: le cas de l'excision et de la chirurgie esthétique génitale dans les discours d'experts en Suisse, in: Swiss Journal of Sociology, 42, 3, 2016, S. 573 ff. (zit. BADER, Nationalisme sexuel)

BAEROE Kristine, Patient Autonomy, Assessment of Competence and Surrogate Decision-Making: A Call for Reasonableness in Deciding for Others, Bioethics, 24, 2, 2010, S. 87 ff. (zit. BAEROE, Patient Autonomy)

BÄNZIGER Christian, Sterbehilfe für Neugeborene aus strafrechtlicher Sicht, Zürich 2006 (zit. BÄNZIGER, Sterbehilfe für Neugeborene)

BARNETT Randy, Rational Bargaining Theory and Contract: Default Rules, Hypothetical Consent, the Duty to Disclose, and Fraud, in: Harvard Journal of

Law and Public Policy, 15, 1992, S. 783 ff. (zit. BARNETT, Rational Bargaining Theory and Contract)

BASLER KOMMENTAR, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, Art. 1-195 StPO, hrsg. von Niggli/Heer/Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-StPO-Bearbeiter)

BASLER KOMMENTAR, Strafrecht I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, hrsg. von Niggli/Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK-Strafrecht I-Bearbeiter)

BASLER KOMMENTAR, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, hrsg. von Niggli/Wiprächtiger, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK-Strafrecht II-Bearbeiter)

BASLER KOMMENTAR, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, hrsg. von Honsell/Vogt/Geiser, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-ZGB I-Bearbeiter)

BAUER Wolfgang, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, Hamburg 2008 (zit. BAUER, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs)

BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich/MITSCH Wolfgang, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 11. Aufl., Bielefeld 2003 (zit. BAUMANN/WEBER/MITSCH, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch)

BAUMANN Max, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen, 2, 2005, S. 58 ff. (zit. BAUMANN, Vorsorgeauftrag für medizinische Massnahmen und Patientenverfügung)

BEAUCHAMP Tom/CHILDRESS James, Principles of biomedical ethics, 7. Aufl., New York 2012 (zit. BEAUCHAMP/CHILDRESS, Principles of biomedical ethics)

BECKERT Sandra, Einwilligung und Einverständnis, in: JA, 7, 2013, S. 507 ff. (zit. BECKERT, Einwilligung und Einverständnis)

BECK'SCHER ONLINE-KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, hrsg. von von Heintschel-Heinegg, 3. Aufl., 01.06.2007 (zit. BECKOK-Strafgesetzbuch-Bearbeiter)

BENN Stanley, A Theory of Freedom, Cambridge 1988 (zit. BENN, A Theory of Freedom)

BERGELSON Vera, Consent to Harm, in: Miller/Wertheimer (Hrsg.), The Ethics of Consent – Theory and Practice, Oxford 2010, S. 163 ff. (zit. BERGELSON, Consent to Harm)

BERKL Melanie, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts, Baden-Baden 2007 (zit. BERKL, Der Sportunfall im Lichte des Strafrechts)

BERLIN Isaiah, Two Concepts of Liberty, in: Isaiah Berlin (Hrsg.), Four Essays on Liberty, Oxford 1969, S. 118 ff. (zit. BERLIN, Two Concepts of Liberty)

BERLIN Isaiah/WILLIAMS Bernard, Pluralism and Liberalism. A Reply, in: Political Studies, 42, 1994, S. 306 ff. (zit. BERLIN/WILLIAMS, Pluralism and Liberalism)

BERNHARD Claudia, Das Rechtsgüter-Trilemma. Von der Legitimität staatlichen Strafens am Beispiel der Völkermordleugnung, Basel 2011 (zit. BERNHARD, Das Rechtsgüter-Trilemma)

BERNER KOMMENTAR, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsausschlusses, Art. 23-31 OR, erläutert von Bruno Schmidlin, 2. Aufl., Bern 2013 (zit. BK-Schmidlin)

BEYLEVELD Deryck/BROWNSWORD Roger, Consent in the Law, Oxford 2007 (zit. BEYLEVELD/BROWNSWORD, Consent in the Law)

BIERI Peter, Das Handwerk der Freiheit. Über die Entdeckung des eigenen Willens, München 2001 (zit. BIERI, Das Handwerk der Freiheit)

BINDING Karl, Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885 (zit. BINDING, Handbuch des Strafrechts)

BLOY René, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie? Überlegungen zur Reichweite des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB, in: ZStW,

96, 1984, S. 703 ff. (zit. BLOY, Freiheitsberaubung ohne Verletzung fremder Autonomie?)

BOCKELMANN Paul, Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968 (zit. BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes)

BOCKELMANN Paul/VOLK Klaus, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 1987 (zit. BOCKELMANN/VOLK, Strafrecht Allgemeiner Teil)

BÖCKER Philipp, Die „hypothetische Einwilligung" im Zivil- und Strafrecht, in: JZ, 60, 19, 2005, S. 925 ff. (zit. BÖCKER, Die hypothetische Einwilligung im Zivil- und Strafrecht)

BOMMER Felix, Hirnforschung und Schuldstrafrecht. Festvortrag zum dies academicus am 24. Oktober 2007, Luzerner Universitätsreden Nr. 18, Luzern 2008, S. 23 ff. (zit. BOMMER, Hirnforschung und Schuldstrafrecht)

BOOSFELD Kristin, Gewinnausgleich – Vergleichende und systematisierende Gegenüberstellung der französischen, niederländischen und englischen Tradition, Tübingen 2015 (zit. BOOSFELD, Gewinnausgleich)

BÖSE Martin, Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener, in: Heinrich et al. (Hrsg.), Strafrecht als Scientia Universalis. Festschrift für Claus Roxin, Berlin 2011, S. 523 ff. (zit. BÖSE, Zur Rechtfertigung von Zwangsbehandlungen einwilligungsunfähiger Erwachsener)

BRANDTS Ricarda/SCHLEHOFER Horst, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre, in: JZ, 1987, S. 442 ff. (zit. BRANDTS/SCHLEHOFER, Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungslehre)

BRAUER Susanne, Patientenverfügung und Demenz im neuen Erwachsenenschutzrecht aus Sicht der Ethik, in: Jusletter 29. August 2011 (zit. BRAUER, Patientenverfügung und Demenz im neuen Erwachsenenschutzrecht)

BRAUN-HÜLSMANN Katrin, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage unter Parallelisierung zur Betrugsdogmatik – mit besonderer Berücksichtigung der

Auswirkungen auf den ärztlichen Heileingriff, Frankfurt a. M. 2012 (zit. BRAUN-HÜLSMANN, Die Einwilligung als Zurechnungsfrage)

BRUDNEY Daniel, Hypothetical Consent and Moral Force, in: Law and Philosophy, 10, 1991, S. 235 ff. (zit. BRUDNEY, Hypothetical Consent and Moral Force)

BRUNHÖBER Beatrice, Sterbehilfe aus strafrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht, in: JuS, 2011, S. 401 ff. (zit. BRUNHÖBER, Sterbehilfe aus strafrechtlicher und rechtsphilosophischer Sicht)

BUCHANAN Allen/BROCK Dan, Deciding for Others – The Ethics of Surrogate Decision Making, Cambridge (Mass.) 1998 (zit. BUCHANAN/BROCK, Deciding for Others)

BUCHER Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965 (zit. BUCHER, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis)

BÜCHLER Andrea/MICHEL Margot, Medizin – Mensch – Recht. Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014 (zit. BÜCHLER/MICHEL, Medizin Mensch Recht)

BUNG Jochen, Wissen und Wollen im Strafrecht – Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands, Frankfurt a. M. 2009 (zit. BUNG, Wissen und Wollen im Strafrecht)

BURCKHARDT Walther, Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (zit. BURCKHARDT, Methode und System des Rechts)

BUSSMANN Daniel, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen, Winterthur 1984 (zit. BUSSMANN, Die strafrechtliche Beurteilung von ärztlichen Heileingriffen)

CAMPBELL Kenneth, Offence and Defence, in: Ian Dennis (Hrsg.), Criminal Law and Justice. Essays from the W.G. Hart Workshop, London 1987, S. 73 ff. (zit. CAMPBELL, Offence and Defence)

CAPREZ Christina, Genitalverstümmelung, in: WOZ, Nr. 22, 2. Juni 2011 (zit. CAPREZ, Genitalverstümmelung)

CLARKE Peter, Neuroscience, Quantum Indeterminism and the Cartesian Soul, in: Brain and Cognition, 84, 1, 2014, S. 109 ff. (zit. CLARKE, Neuroscience, Quantum Indeterminism and the Cartesian Soul)

COHEN Gerald, Self-ownership, freedom, and equality, Cambridge 1995 (zit. COHEN, Self-ownership)

CONINX Anna, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand – Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit, Bern 2012 (zit. CONINX, Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand)

COTTERRELL Roger, The Sociology of Law, 2. Aufl., London 1997 (zit. COTTERRELL, The Sociology of Law)

CUTTINI M. et al., Should euthanasia be legal? An international survey of neonatal intensive care units staff, in: Archives of Diseases in Childhood Fetal and Neonatal Edition, 89, 2004, S. 19 ff. (zit. CUTTINI et al., Should euthanasia be legal?)

DANIELS Norman, Reflective Equilibrium and Archimedean Points, in: Canadian Journal of Philosophy, 10, 1, 1980, S. 83 ff. (zit. DANIELS, Reflective Equilibrium and Archimedean Points)

DANIELS Norman, Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics, in: Norman Daniels (Hrsg.), Justice and Justification, Cambridge (Mass.) 1996, S. 21 ff. (zit. DANIELS, Wide reflective equilibrium and theory acceptance in ethics)

DENNETT Daniel, Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting, Cambridge (Mass.) 2015 (zit. DENNETT, Elbow Room)

DLUGOSZ Joanna/JOERDEN Jan, Zur mutmasslichen Einwilligung bei medizinischen Eingriffen. Zugleich eine Besprechung des Urteils des polnischen Obersten Gerichts in Strafsachen vom 27. November 2007, in: Joerden et al. (Hrsg.), Vergleichende Strafrechtswissenschaft, Frankfurter Festschrift

für Andrzej J. Szwarc, Berlin 2009, S. 467 ff. (zit. DLUGOSZ/JOERDEN, Zur mutmasslichen Einwilligung bei medizinischen Eingriffen)

DONATSCH Andreas, Auftrag zum medizinischen Eingriff – Einwilligung oder Selbstgefährdung?, in: Donatsch/Blocher/Hubschmid Volz (Hrsg.), Strafrecht und Medizin, Bern 2007, S. 105 ff. (zit. DONATSCH, Auftrag zum medizinischen Eingriff)

DONATSCH Andreas, Garantenpflicht – Pflicht zur Notwehr- und Notstandshilfe?, in: ZStrR, 106, 1989, S. 345 ff. (zit. DONATSCH, Garantenpflicht)

DONATSCH Andreas/TAG Brigitte, Strafrecht I – Verbrechenslehre, 9. Aufl., Zürich 2013 (zit. DONATSCH/TAG, Strafrecht I)

DOUGHERTY Tom, Sex, Lies, and Consent, in: Ethics, 123, 2013, S. 717 ff. (zit. DOUGHERTY, Sex, Lies, and Consent)

DSOUZA Mark, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law, in: Law and Philosophy, 33, 2014, S. 489 ff. (zit. DSOUZA, Undermining Prima Facie Consent in the Criminal Law)

DUBBER Markus, An Introduction to the Model Penal Code, 2. Aufl., Oxford 2015 (zit. DUBBER, An Introduction to the Model Penal Code)

DUFF Antony, Answering for Crime – Responsibility and Liability in the Criminal Law, Oxford 2009 (zit. DUFF, Answering for Crime)

DUTTGE Gunnar, Die „hypothetische Einwilligung" als Strafausschlussgrund: wegweisende Innovation oder Irrweg?, in: Hoyer et al. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, S. 179 ff. (zit. DUTTGE, Die hypothetische Einwilligung als Strafausschlussgrund)

DUXBURY Neil, Do Markets Degrade?, in: The Modern Law Review, 59, 3, 1996, S. 331 ff. (zit. DUXBURY, Do Markets Degrade?)

EICKER Andreas, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung, in: forumpoenale, 4, 2014, S. 238 ff. (zit.

EICKER, Die hypothetische bzw. fingierte Einwilligung als Begrenzung der strafrechtlichen Arzthaftung)

EICKER Andreas, Einverständliche Fremdgefährdung und Einwilligung ins Risiko. Eine strafrechtsdogmatische Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung von BGE 134 IV 26, in: recht, 5, 2009, S. 143 ff. (zit. EICKER, Einverständliche Fremdgefährdung und Einwilligung ins Risiko)

EICKER Andreas/FISCH Stefanie, Die hypothetische Einwilligung im Medizinrecht – eine umstrittene und dem Schweizer Strafrecht (noch) fremde Rechtsfigur, in: Jusletter 28. April 2014 (zit. EICKER/FISCH, Die hypothetische Einwilligung im Medizinrecht)

EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe der Expertenkommission zum Allgemeinen Teil und zum Dritten Buch des Strafgesetzbuches sowie zu einem Bundesgesetz über die Jugendstrafrechtspflege, Januar 1995 (zit. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens)

EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Sterbehilfe und Palliativmedizin – Handlungsbedarf für den Bund? Vorentwurf vom 31. Januar 2006 (zit. EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTMENT, Sterbehilfe und Palliativmedizin)

EISELE Jörg, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung – Übernahme einer zivilrechtlichen Rechtsfigur in das Strafrecht?, in: Derschka/Hausmann/Löhnig (Hrsg.), Festschrift für Hans-Wolfgang Strätz, Regenstauf 2009, S. 163 ff. (zit. EISELE, Rechtfertigung kraft hypothetischer Einwilligung)

EKSTROM Laura, Free Will: A Philosophical Study, Boulder 2000 (zit. EKSTROM, Free Will)

ENGISCH Karl, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, in: ZStW, 58, 1939, S. 1 ff. (zit. ENGISCH, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung)

ENGLÄNDER Armin, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, in: GA, 2010, S. 15 ff. (zit. ENGLÄNDER, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen)

EPIKUR, Briefe, Sprüche, Werkfragmente, hrsg. von Hans-Wolfgang Krautz, Stuttgart 2005 (zit. EPIKUR, Briefe Sprüche Werkfragmente)

ERB Volker, Das Verhältnis zwischen mutmasslicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand, in: Hefendehl/Hörnle/Greco (Hrsg.), Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann, Berlin 2014, S. 337 ff. (zit. ERB, Das Verhältnis zwischen mutmasslicher Einwilligung und rechtfertigendem Notstand)

ERHARDT Jonathan/MONA Martino, Rechtsperson Roboter – Philosophische Grundlagen für den rechtlichen Umgang mit künstlicher Intelligenz, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, Baden-Baden 2016, S. 65 ff. (zit. ERHARDT/MONA, Rechtsperson Roboter)

FATEH-MOGHADAM Bijan, Die Einwilligung in die Lebendorganspende. Die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, München 2008 (zit. FATEH-MOGHADAM, Die Einwilligung in die Lebendorganspende)

FEINBERG Joel, Harm to Others – The Moral Limits of the Criminal Law, New York 1984 (zit. FEINBERG, Harm to Others)

FELLMANN Walter, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl, Zürich 2007, S. 103 ff. (zit. FELLMANN, Arzt und das Rechtsverhältnis zum Patienten)

FIOLKA Gerhard, Das Rechtsgut – Strafgesetz versus Kriminalpolitik. Dargestellt am Beispiel des Allgemeinen Teils des schweizerischen Strafgesetzbu-

ches, des Strassenverkehrsgesetzes (SVG) und des Betäubungsmittelgesetzes (BetmG), Band I, Basel 2006 (zit. FIOLKA, Das Rechtsgut)

FISCHER Gerfried, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen, in: Ahrens et al. (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch, Köln 1999, S. 545 ff. (zit. FISCHER Gerfried, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlichen Eingriffen)

FISCHER Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 61. Aufl. München 2014 (zit. FISCHER Thomas, Kommentar zum Strafgesetzbuch)

FLETCHER George, Basic Concepts of Legal Thought, Oxford 1996 (zit. FLETCHER, Basic Concepts of Legal Thought)

FLETCHER George, Justification: 1. Theory, in: Sanford Kadish (Hrsg.), Encyclopedia of Crime and Justice, Vol. 3, New York 1983, S. 941 ff. (zit. FLETCHER, Justification)

FLETCHER George, Rethinking Criminal Law, New York 2000 (zit. FLETCHER, Rethinking Criminal Law)

FLETCHER George, Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion Practices in Criminal Cases, in: Yale Law Journal, 77, 1968, S. 880 ff. (zit. FLETCHER, Two Kinds of Legal Rules)

FONTANE Theodor, Vor dem Sturm. Roman aus dem Winter 1812 auf 13, München 1994 (zit. FONTANE, Vor dem Sturm)

FRANKFURT Harry, Alternate Possibilities and Moral Responsibility, in: The Journal of Philosophy, 66, 23, 1969, S. 829 ff. (zit. FRANKFURT, Alternate Possibilities and Moral Responsibility)

FRANKFURT Harry, Freedom of the Will and the Concept of a Person, in: The Journal of Philosophy, 68, 1, 1971, S. 5 ff. (zit. FRANKFURT, Freedom of the Will and the Concept of a Person)

FREEDEN Michael, Ideology. A very short introduction, Oxford 2003 (zit. FREEDEN, Ideology)

FREUND Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre, 2. Aufl., Berlin 2009 (zit. FREUND, Strafrecht Allgemeiner Teil)

FRISCH Wolfgang, Die Einwilligung im Deutschen Strafrecht, in: Eser/Nishihara (Hrsg.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Band IV, Freiburg i. Br. 1995, S. 321 ff. (zit. FRISCH, Die Einwilligung im Deutschen Strafrecht)

FRISCH Wolfgang, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe, in: Wolfgang Frisch (Hrsg.), Gegenwartsfragen des Medizinstrafrechts. Portugiesisch-deutsches Symposium zu Ehren von Albin Eser in Coimbra, Baden-Baden 2006, S. 33 ff. (zit. FRISCH, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung in ärztliche Eingriffe)

FUCHS Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil I. Grundlagen und Lehre von der Straftat, 8. Aufl., Wien 2012 (zit. FUCHS, Strafrecht Allgemeiner Teil I)

GÄCHTER Thomas/VOKINGER Kerstin, HIV-Test und Informed Consent, in: Jusletter 26. November 2012 (zit. GÄCHTER/VOKINGER, HIV-Test und Informed Consent)

GAEDE Karsten, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, Heidelberg 2014 (zit. GAEDE, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung)

GALL Lothar, Liberalismus, in: Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band 5, Basel 2006 (zit. GALL, Liberalismus)

GALLAS Wilhelm, Beiträge zur Verbrechenslehre, Berlin 1968 (zit. GALLAS, Beiträge zur Verbrechenslehre)

GARBE Manuel, Wille und Hypothese – Zur Rechtsfigur der hypothetischen Einwilligung im Zivil- und Strafrecht, Berlin 2011 (zit. GARBE, Wille und Hypothese)

GARDNER John, Fletcher on Offences and Defences, in: John Gardner (Hrsg.), Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, S. 141 ff. (zit. GARDNER, Fletcher on Offences and Defences)

GARDNER John, In Defence of Defences, in: John Gardner (Hrsg.), Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, S. 77 ff. (zit. GARDNER, In Defence of Defences)

GARDNER John, Rationality and the Rule of Law in Offences Against the Person, in: John Gardner (Hrsg.), Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, S. 33 ff. (zit. GARDNER, Rationality and the Rule of Law)

GARDNER John/SHUTE Stephen, The Wrongness of Rape, in: John Gardner (Hrsg.), Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law, Oxford 2007, S. 1 ff. (zit. GARDNER/SHUTE, The Wrongness of Rape)

GAUS Gerald, Justificatory Liberalism. An Essay on Epistemology and Political Theory, Oxford 1996 (zit. GAUS, Justificatory Liberalism)

GEERDS Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten, Kiel 1953 (zit. GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten)

GEERDS Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, in: ZStW, 72, 1960, S. 42 ff. (zit. GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf)

GEERDS Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht, in: GA, 1954, S. 262 ff. (zit. GEERDS, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht)

GEILEN Gerd, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963 (zit. GEILEN, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht)

GERMANN Oscar, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich 1942 (zit. GERMANN, Das Verbrechen im neuen Strafrecht)

GETH Christopher, Passive Sterbehilfe, Basel 2010 (zit. GETH, Passive Sterbehilfe)

GETH Christopher/MONA Martino, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht: Verbindlichkeit, mutmass-

licher Wille oder objektive Interessen?, in: ZSR, 2009 I, S. 155 ff. (zit. GETH/MONA, Widersprüche bei der Regelung der Patientenverfügung im neuen Erwachsenenschutzrecht)

GINET Carl, In Defense of the Principle of Alternative Possibilities: Why I Don't Find Frankfurt's Argument Convincing, in: Philosophical Perspectives, 10, 1996, S. 1996 ff. (zit. GINET, In Defense of the Principle of Alternative Possibilities)

GÖBEL Alfred, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts, Frankfurt a. M. 1992 (zit. GÖBEL, Die Einwilligung im Strafrecht)

GORDON Scott, The New Contractarians, in: Journal of Political Economy, 84, 1976, S. 573 ff. (zit. GORDON, The New Contractarians)

GRAESER Andreas, Positionen der Gegenwartsphilosophie. Vom Pragmatismus bis zur Postmoderne, München 2002 (zit. GRAESER, Positionen der Gegenwartsphilosophie)

GRAUL Eva, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991 (zit. GRAUL, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht)

GRAVEN Philippe/STRÄULI Bernhard, L'infraction pénale punissable, 2. Aufl., Bern 1995 (zit. GRAVEN/STRÄULI, L'infraction pénale punissable)

GREEN Stuart, Consent and the Grammar of Theft Law, in: Cardozo Law Review, 28, 6, 2007, S. 2505 ff. (zit. GREEN, Consent and the Grammar of Theft Law)

GROPP Walter, Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff – ein Rechtfertigungsgrund. Überlegungen zum Gehalt der straftatbestandsmässigen Handlung, in: GA, 2015, S. 5 ff. (zit. GROPP, Die Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff)

GROPP Walter, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?, in: Hoyer et al. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder, Heidelberg 2006, S. 197 ff. (zit. GROPP, Hypothetische Einwilligung im Strafrecht?)

GROPP Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Berlin 2015 (zit. GROPP, Strafrecht Allgemeiner Teil)

GROTSCH André, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung unter besonderer Berücksichtigung der Unmündigen, Basel 1973 (zit. GROTSCH, Heilbehandlung und eigenmächtige Heilbehandlung)

GUILLOD Olivier/MEIER Philippe, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux, in: Gauch et al. (Hrsg.), Famille et droit: mélanges offerts par la Faculté de droit de l'Université de Fribourg à Bernhard Schnyder à l'occasion de son 65e anniversaire, Freiburg 1995, S. 325 ff. (zit. GUILLOD/MEIER, Représentation privée, mesures tutélaires et soins médicaux)

GÜNTHER Klaus, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff, in: Kritische Justiz, 2, 2006, S. 116 ff. (zit. GÜNTHER, Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff)

GUTMANN Thomas, Recht als Kultur? Über die Grenzen des Kulturbegriffs als normatives Argument, Baden-Baden 2015 (zit. GUTMANN, Recht als Kultur?)

GUTMANN Thomas, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik, in: Gethmann/Huster (Hrsg.), Recht und Ethik in der Präimplantationsdiagnostik, München 2005, S. 131 ff. (zit. GUTMANN, Rechtliche und rechtsphilosophische Fragen der Präimplantationsdiagnostik)

GUTMANN Thomas, Short cuts to happiness. Zu den rechtlichen Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin, in: Johann Ach (Hrsg.),Grenzen der Selbstbestimmung in der Medizin, Münster 2013, S. 138 ff. (zit. GUTMANN, Short cuts to happiness)

GUTMANN Thomas/SCHROTH Ulrich, Organlebendspende in Europa. Rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin 2002 (zit. GUTMANN/SCHROTH, Organlebendspende in Europa)

GUTWALD Rebecca, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus – Probleme des weichen Paternalismus im Rechtfertigungsmodell der Bounded Rationality, in: Fateh-Moghadam/Sellmaier/Vossenkuhl (Hrsg.), Grenzen des Paternalismus, Stuttgart 2009, S. 73 ff. (zit. GUTWALD, Autonomie, Rationalität und Perfektionismus)

HABERMAS Jürgen, Faktizität und Geltung, Frankfurt a. M. 1992 (zit. HABERMAS, Faktizität und Geltung)

HABERMAS Jürgen, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: Jürgen Habermas (Hrsg.), Postnationale Konstellation, Frankfurt a. M 1998, S.170 ff. (zit. HABERMAS, Zur Legitimation durch Menschenrechte)

HAFTER Ernst, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946 (zit. HAFTER, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allgemeiner Teil)

HANDKOMMENTAR ZUM SCHWEIZER PRIVATRECHT, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, Band I, hrsg. von Breitschmid/Rumo-Jungo, 2. Aufl., Zürich 2012 (zit. HK-Privatrecht I-Bearbeiter)

HARDIN Russel, The Utilitarian Logic of Liberalism, in: Ethics, 97, 1, 1986, S. 47 ff. (zit. HARDIN, The Utilitarian Logic of Liberalism)

HARE Richard, Rawls' theory of justice, in: The Philosophical Quarterly, 23, 1973, S. 144 ff. und S. 241 ff. (zit. HARE, Rawls' theory of justice)

HARRINGER Wilfried/HOBY Gottfried, Patientenverfügungen in der hausärztlichen Praxis, in: Primary Care – Schweizerische Zeitschrift für Hausarztmedizin, 3, 2009, S. 56 ff. (zit. HARRINGER/HOBY, Patientenverfügungen in der hausärztlichen Praxis)

HARRIS John, Euthanasia and the Value of Life, in: John Keown (Hrsg.), Euthanasia Examined: Ethical, Clinical and Legal Perspectives, Cambridge 1997, S. 6 ff. (zit. HARRIS, Euthanasia and the Value of Life)

HASSEMER Winfried, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in: Philipps/Scholler (Hrsg.), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1989, S. 85 ff. (zit. HASSEMER, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre)

HASSEMER Winfried, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, Frankfurt a. M. 1973 (zit. HASSEMER, Theorie und Soziologie des Verbrechens)

HEFENDEHL Roland, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Baden-Baden 2003, S. 119 ff. (zit. HEFENDEHL, Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm)

HEFENDEHL Roland, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln 2002 (zit. HEFENDEHL, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht)

HEINE Günter, Der kommende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches, in: ius.full – Forum für juristische Bildung, 3/4, 2004, S. 110 ff. (zit. HEINE, Der kommende Allgemeine Teil des Strafgesetzbuches)

HEINRICH Manfred, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, München 2002 (zit. HEINRICH, Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft)

HENGSTENBERG Nike, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht: Zu den „Risiken und Nebenwirkungen“ eines Transfers der Rechtsfigur aus dem Zivil- in das Strafrecht, Berlin 2013 (zit. HENGSTENBERG, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht)

HERRMANN Beate, Der menschliche Körper zwischen Vermarktung und Unverfügbarkeit. Grundlinien einer Ethik der Selbstverfügung, Freiburg i.Br. 2011

(zit. HERRMANN, Der menschliche Körper zwischen Vermarktung und Unverfügbarkeit)

HERZBERG Rolf, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?, in: NJW, 1996, S. 3043 ff. (zit. HERZBERG, Sterbehilfe als gerechtfertigte Tötung im Notstand?)

HILGENDORF Eric, Wozu brauchen wir die „objektive Zurechnung"? Skeptische Überlegungen am Beispiel der strafrechtlichen Produkthaftung, in: Heinrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Weber, Bielefeld 2004, S. 33 ff. (zit. HILGENDORF, Wozu brauchen wir die objektive Zurechnung?)

HILLENKAMP Thomas, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Neuwied 2001 (zit. HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil)

HILLENKAMP Thomas, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht – Versuch einer Zwischenbilanz, in: ZStW, 127, 1, 2015, S. 10 ff. (zit. HILLENKAMP, Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht)

HINDERLING Hans, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Basel 1963 (zit. HINDERLING, Die ärztliche Aufklärungspflicht)

HINTERHOFER Hubert, Die Einwilligung im Strafrecht, Wien 1998 (zit. HINTERHOFER, Die Einwilligung im Strafrecht)

HIRSCH Hans Joachim, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen: Der Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund, Bonn 1960 (zit. HIRSCH, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen)

HIRSCH Hans Joachim, Einwilligung und Selbstbestimmung, in: Stratenwerth et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel, Berlin 1974, S. 775 ff. (zit. HIRSCH, Einwilligung und Selbstbestimmung)

HIRSCH Hans Joachim, Zur Frage eines Strafbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Gössel/Triffterer (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 353 ff. (zit. HIRSCH, Zur Frage eines Strafbestandes der eigenmächtigen Heilbehandlung)

HIRSCH Günter/HIERSCHE Hans-Dieter, Sterilisation geistig Behinderter, in: MedR, 1987, S. 135 ff. (zit. HIRSCH/HIERSCHE, Sterilisation geistig Behinderter)

HOBBES Thomas, Leviathan, hrsg. von Noel Malcolm, Band 2, Oxford 2012 (zit. HOBBES, Leviathan)

HOFER Sibylle, Freiheit ohne Grenzen? Privatrechtstheorietische Diskussionen im 19. Jahrhundert, Tübingen 2001 (zit. HOFER, Freiheit ohne Grenzen?)

HOLLERBACH Alexander, Selbstbestimmung im Recht aus der Sicht der Rechtsphilosophie, in: Dieter Leipold (Hrsg.), Selbstbestimmung in der modernen Gesellschaft aus deutscher und japanischer Sicht, Heidelberg 1997, S. 35 ff. (zit. HOLLERBACH, Selbstbestimmung im Recht aus der Sicht der Rechtsphilosophie)

HONIG Richard, Die Einwilligung des Verletzten. Teil I – Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim 1919 (zit. HONIG, Die Einwilligung des Verletzten)

HONSELL Heinrich, Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 4 ff. (zit. HONSELL, Entwicklungstendenzen in der Arzthaftung)

HÖRNLE Tatjana, Grob anstössiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, Frankfurt a. M. 2005 (zit. HÖRNLE, Grob anstössiges Verhalten)

HÖRNLE Tatjana, Sexuelle Selbstbestimmung. Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, in: ZStW, 127, 4, 2015, S. 851 ff. (zit. HÖRNLE, Sexuelle Selbstbestimmung)

HOYER Andreas, Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe, in: ARSP-Beiheft 104, 2005, S. 99 ff. (zit. HOYER, Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe)

HUME David, An Enquiry Concerning Human Understanding and Concerning the Principles of Morals, Oxford 1975 (zit. HUME, An Enquiry Concerning Human Understanding)

HUME David, A Treatise of Human Nature, London 1985 (zit. HUME, A Treatise of Human Nature)

HUME David, Of the Original Contract, in: Knud Haakonssen (Hrsg.), Hume Political Essays, Cambridge 1994, S. 186 ff. (zit. HUME, Of the Original Contract)

HURD Heidi, The Moral Magic of Consent, in: Legal Theory, 2, 1996, S. 121 ff. (zit. HURD, The Moral Magic of Consent)

HURTADO POZO José, Droit pénal. Partie générale, Nouvelle édition, Genève 2008 (zit. HURTADO POZO, Droit pénal partie générale)

HURTADO POZO José, Droit pénal. Partie spéciale, Nouvelle édition, Genève 2009 (zit. HURTADO POZO, Droit pénal partie spéciale)

HUSAK Doug, The Philosophy of Criminal Law: Extending the Debates, in: Criminal Law and Philosophy, 7, 2013, S. 351 ff. (zit. HUSAK, The Philosophy of Criminal Law)

HYAMS Keith, When Consent Doesn't Work. A Rights-Based Case for Limits to Consent's Capacity to Legitimise, in: Journal of Moral Philosophy, 8, 1, 2011, S. 110 ff. (zit. HYAMS, When Consent Doesn't Work)

IACOBUCCI Frank, Judicial Review by the Supreme Court of Canada under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten Years, in: David Beatty (Hrsg.), Human Rights and Judicial Review. A Comparative Perspective, Dordrecht 1994, S. 93 ff. (zit. IACOBUCCI, Judicial Review by the Supreme Court of Canada)

INGELFINGER Ralph, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots. Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, Köln 2004 (zit. INGELFINGER, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots)

JAKOBS Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991 (zit. JAKOBS, Strafrecht Allgemeiner Teil)

JÄGER Christian, Die hypothetische Einwilligung – ein Fall der rückwirkenden juristischen Heilung in der Medizin, in: Dietz et al. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung, Baden-Baden 2007, S. 345 ff. (zit. JÄGER, Die hypothetische Einwilligung)

JÄGER Christian, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, Heidelberg 2006 (zit. JÄGER, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien)

JENAL Florian, Indirekte Sterbehilfe, in: ZStrR, 134, 2016, S. 100 ff. (zit. JENAL, Indirekte Sterbehilfe)

JENNY Guido, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998, in: ZBJV, 124, 11, 1999, S. 617 ff. (zit. JENNY, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1998)

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996 (zit. JESCHECK/WEIGEND, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil)

JETZER Laura, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht – Zugleich ein Beitrag zu Mitwirkung an Selbstgefährdung, Zürich 2015 (zit. JETZER, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht)

JOHNSDOTTER Sara, The FGM Legislation Implemented: Experiences from Sweden [http://www.lcis.com.tw/paper_store/paper_store/Johnsdotter-2015226205122765.pdf] (zit. JOHNSDOTTER, The FGM Legislation Implemented)

JOHNSTON David, A History of Consent in Western Thought, in: Miller/Wertheimer (Hrsg.), The Ethics of Consent – Theory and Practice, Oxford 2010, S. 25 ff. (zit. JOHNSTON, A History of Consent in Western Thought)

JOSITSCH Daniel/MURER MIKOLÁSEK Angelika, Der Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung, in: AJP, 10, 2011, S. 1281 ff. (zit. JOSITSCH/MURER MIKOLÁSEK, Der Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung)

JOSSEN Rochus, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht des Patienten beim Medizinischen Heileingriff, Bern 2009 (zit. JOSSEN, Ausgewählte Fragen zum Selbstbestimmungsrecht)

KADISH Sanford/SCHULHOFER Stephen/STEIKER Carol/BARKOW Rachel, Criminal Law and its Processes – Cases and Materials, 9. Aufl., New York 2012 (zit. KADISH/SCHULHOFER/STEIKER/BARKOW, Criminal Law and its Processes)

KAFKA Franz, Der Hungerkünstler, in: Max Brod (Hrsg.), Gesammelte Werke, Band 4 – Erzählungen, Frankfurt a. M., S. 191 ff. (zit. KAFKA, Ein Hungerkünstler)

KANT Immanuel, Metaphysik der Sitten. Erster Teil – Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, hrsg. von Bernd Ludwig, Hamburg 1998 (zit. KANT, Metaphysik der Sitten)

KANT Immanuel, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: Hermann Klenner (Hrsg.), Immanuel Kant – Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie, Berlin 1988, S. 241 ff. (zit. KANT, Über den Gemeinspruch)

KARGL Walter, Körperverletzung durch Heilbehandlung, in: GA, 2001, S. 538 ff. (zit. KARGL, Körperverletzung durch Heilbehandlung)

KAUFMANN Arthur, Schuld und Strafe. Studien zur Strafrechtsdogmatik, 2. Aufl., Köln 1983 (zit. KAUFMANN, Schuld und Strafe)

KEHL Robert, Für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe, in: AJP, 10, 1995, S. 1307 ff. (zit. KEHL, Für eine gesetzliche Regelung der Sterbehilfe)

KESSLER R., Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin 1884 (zit. KESSLER, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung)

KIENTZY Dieter, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers, Tübingen 1970 (zit. KIENTZY, Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers)

KIMEL Dori, Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract, in: Oxford Journal of Legal Studies, 21, 3, 2001, S. 473 ff. (zit. KIMEL, Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract)

KIND Christian, Ethische Probleme in der Neonatologie, in: Bondolfi/Müller (Hrsg.), Medizinische Ethik im ärztlichen Alltag, Basel 1999, S. 237 ff. (zit. KIND, Ethische Probleme in der Neonatologie)

KIND Christian, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen, in: Der Gynäkologe, 34, 2001, S. 744 ff. (zit. KIND, Ethische Überlegungen als besondere Herausforderung für den Geburtshelfer und den Neonatologen)

KINDHÄUSER Urs, Lehr- und Praxiskommentar Strafgesetzbuch, 5. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. KINDHÄUSER, LPK-StGB)

KINDHÄUSER Urs, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht, in: GA, 2010, S. 490 ff. (zit. KINDHÄUSER, Normtheoretische Überlegungen zur Einwilligung im Strafrecht)

KINDHÄUSER Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. KINDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil)

KINDHÄUSER Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. KINDHÄUSER, Strafrecht Besonderer Teil I)

KINDHÄUSER Urs, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte im Wirtschaftsstrafrecht, in: Schünemann/Gonzalez (Hrsg.), Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts – Madrid Symposium für Klaus Tiede-

mann, Köln 1994, S. 125 ff. (zit. KINDHÄUSER, Zur Legitimität der abstrakten Gefährdungsdelikte)

KINDHÄUSER Urs, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung, in: Rogall et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, Neuwied 2004, S. 135 ff. (zit. KINDHÄUSER, Zur Unterscheidung von Einverständnis und Einwilligung)

KIRSTE Stephan, Harter und Weicher Rechtspaternalismus unter besonderer Berücksichtigung der Medizinethik, in: JZ 2011, S. 805 ff. (zit. KIRSTE, Harter und Weicher Rechtspaternalismus)

KLEY Roland, Vertragstheorien der Gerechtigkeit. Eine philosophische Kritik der Theorien von John Rawls, Robert Nozick und James Buchanan, Bern 1989 (zit. KLEY, Vertragstheorien der Gerechtigkeit)

KNAUER Christoph, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung - Überzogene Anforderungen an den Arzt?, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht – Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, Stuttgart 2000, S. 9 ff. (zit. KNAUER, Ärztlicher Heileingriff, Einwilligung und Aufklärung)

KÖHLER Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin 1997 (zit. KÖHLER, Strafrecht Allgemeiner Teil)

KRÄHNKE Uwe, Selbstbestimmung. Zur gesellschaftlichen Konstruktion einer normativen Leitidee, Weilerswist 2007 (zit. KRÄHNKE, Selbstbestimmung)

KRAUSE Felix, Sozial verantwortete Selbstbestimmung in der Medizin – Ein anerkennungstheoretischer Ansatz selbstbestimmten Handelns, Frankfurt a.M. 2016 (zit. KRAUSE, Sozial verantwortete Selbstbestimmung in der Medizin)

KRAUSKOPF Frédéric, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht. Obligationenrecht. Die Solidarität: Art. 143-150 OR, Zürich 2016 (zit. KRAUSKOPF, Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht)

KRAUSS Detlef, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Kaufmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann, München 1979, S. 557 ff. (zit. KRAUSS, Zur strafrechtlichen Problematik der eigenmächtigen Heilbehandlung)

KRESS Ken, Coherence, in: Dennis Patterson (Hrsg.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, 2. Aufl., Oxford 2010 (zit. KRESS, Coherence)

KRETSCHMER Joachim, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, in: NStZ, 4, 2012, S. 177 ff. (zit. KRETSCHMER, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung)

KUBICIEL Michael, Gott, Vernunft, Paternalismus – Die Grundlagen des Sterbehilfeverbots, in: JA, 2011, S. 86 ff. (zit. KUBICIEL, Gott, Vernunft, Paternalismus)

KUFLIK Arthur, Hypothetical Consent, in: Miller/Wertheimer (Hrsg.), The Ethics of Consent – Theory and Practice, Oxford 2010, S. 131 ff. (zit. KUFLIK, Hypothetical Consent)

KUHLEN Lothar, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen, in: JR, 2004, S. 227 ff. (zit. KUHLEN, Ausschluss der objektiven Erfolgszurechnung bei hypothetischer Einwilligung des Betroffenen)

KUHLEN Lothar, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung, in: Britz et al. (Hrsg.) Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München 2001, S. 431 ff. (zit. KUHLEN, Ausschluss der objektiven Zurechnung bei Mängeln der wirklichen und der mutmasslichen Einwilligung)

KUHLEN Lothar, Hypothetische Einwilligung und „Erfolgsrechtfertigung“, in: JZ, 14, 2005, S. 713 ff. (zit. KUHLEN, Hypothetische Einwilligung und Erfolgsrechtfertigung)

KUNZ Karl-Ludwig, Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht, in: ZStrR, 107, 1990 S. 39 ff. (zit. KUNZ, Aids und Strafrecht)

KUNZ Karl-Ludwig, Die strafrechtliche Beurteilung heimlicher HIV-Tests, in: ZStrR 1990, S. 259 ff. (zit. KUNZ, Die strafrechtliche Beurteilung heimlicher HIV-Tests)

KUNZ Karl-Ludwig, Sterbehilfe: Der rechtliche Rahmen und seine begrenzte Dehnbarkeit, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 613 ff. (zit. KUNZ, Sterbehilfe)

KUNZ Karl-Ludwig/MONA Martino, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie – Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Bern 2015 (zit. KUNZ/MONA, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie)

KÜHL Kristian, Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung, in: Jura, 2010, S. 81 ff. (zit. KÜHL, Beteiligung an Selbsttötung und verlangte Fremdtötung)

KÜHL Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München 2012 (zit. KÜHL, Strafrecht Allgemeiner Teil)

KUKATHAS Chandran, The Liberal Archipelago. A Theory of Diversity and Freedom, Oxford 2003 (zit. KUKATHAS, The Liberal Archipelago)

KÜPER Wilfried, ‚Autonomie', Irrtum und Zwang bei mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, in: JZ 1986, S. 219 ff. (zit. KÜPER, Autonomie, Irrtum und Zwang)

KÜPER Wilfried, Täuschung über Personalien und erschlichener Verzicht Auf Anwesenheit bei der Unfallflucht (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB), in: JZ, 1990, S. 510 ff. (zit. KÜPER, Täuschung über Personalien)

LACKNER Karl/KÜHL Kristian/HEGER Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014 (zit. LACKNER/KÜHL/HEGER, Strafgesetzbuch Kommentar)

LAFAVE Wayne/SCOTT Austin, Substantive Criminal Law, Band 1, St. Paul, 1986 (zit. LAFAVE/SCOTT, Substantive Criminal Law)

LEIPZIGER KOMMENTAR, Grosskommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Jähnke/Laufhütte/Odersky, 11. Aufl., Berlin 1992 ff. (zit. LK[11]-Bearbeiter)

LEIPZIGER KOMMENTAR, Grosskommentar zum Strafgesetzbuch, hrsg. von Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, 12. Aufl., Berlin 2006 ff. (zit. LK-Bearbeiter)

LEYE Els et al., An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe, in: Crime, Law and Social Change, 47, 2007, S. 1 ff. (zit. LEYE et al., An analysis of the implementation of laws with regard to female genital mutilation in Europe)

VARGAS LLOSA Mario, Warum ich Liberaler bin, in: Cicero, 30. März 2005 (zit. VARGAS LLOSA, Warum ich Liberaler bin)

LOCKE John, An Essay Concerning Human Understanding, Vol. I, London 1971 (zit. LOCKE, An Essay Concerning Human Understanding)

LOCKE John, Two Treatises of Government, Cambridge 1967 (zit. LOCKE, Two Treatises of Government)

LOGOZ Paul/SANDOZ Yves, Commentaire du code pénal suisse. Partie générale (Art. 1 à 110), 2. Aufl., Neuchâtel 1976 (LOGOZ/SANDOZ, Commentaire partie générale)

LÜCK Monika/STRÜBER Daniel/ROTH Gerhard, Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht, in: Senn/Puskás (Hrsg.), Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung, Stuttgart 2006, S. 105 ff. (zit. LÜCK/STRÜBER/ROTH, Gehirn, Willensfreiheit und Strafrecht)

LÜTHI Aline, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext. Behandlungsbegrenzung und Leidenslinderung – ein strafrechtlicher Regelungsvorschlag, Zürich 2014 (zit. LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext)

MACCORMICK Neil, Reconstruction after Deconstruction: A Response to CLS, in: Oxford Journal of Legal Studies, 10, 1990, S. 539 ff. (zit. MACCORMICK, Reconstruction after Deconstruction)

MACCORMICK Neil, The Relative Heteronomy of Law, in: European Journal of Philosophy, 3, 1995, S. 69 ff. (zit. MACCORMICK, The Relative Heteronomy of Law)

MADDEN DEMPSEY Michelle/HERRING Jonathan, Why Sexual Penetration Requires Justification, in: Oxford Journal of Legal Studies, 27, 3, 2007, S. 467 ff. (zit. MADDEN DEMPSEY/HERRING, Why Sexual Penetration Requires Justification)

MAEHLE Andreas-Holger, Assault and Battery, or Legitimate Treatment? German Legal Debates on the Status of Medical Interventions without Consent, c. 1890-1914, in: Gesnerus – Swiss Journal of the history of medicine and science, 57, 2000, S. 206 ff. (zit. MAEHLE, Assault and Battery, or Legitimate Treatment?)

MAIWALD Manfred, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, Heidelberg 1970 (zit. MAIWALD, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte)

MAGNUS Dorothea, Patientenautonomie im Strafrecht, Tübingen 2015 (zit. MAGNUS, Patientenautonomie im Strafrecht)

MARTI Mario, Sterbehilfe in der Schweiz, in: Schweizerische Ärztezeitung, 83, 2003, S. 570 ff. (zit. MARTI, Sterbehilfe in der Schweiz)

MARX Michael, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“: Prolegomena einer materialen Verbrechenslehre, Köln 1972 (zit. MARX, Zur Definition des Begriffs Rechtsgut)

MAURACH Reinhart/ZIPF Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Heidelberg 1992 (zit. MAURACH/ZIPF, Strafrecht Allgemeiner Teil I)

MAUSBACH Julian, Bundesgericht, Strafrechtliche Abteilung, vom 13. Januar 2014 (6B_375/2013 Urteil), in: Pflegerecht, 2015, S. 125 f. (zit. MAUSBACH, Bundesgericht Strafrechtliche Abteilung)

MCKENNA Michael/COATES D. Justin, Compatibilism, in: Edward Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016 [http://plato.stanford.edu/entries/compatibilism] (zit. MCKENNA/COATES, Compatibilism)

MENRATH Marc, Die Einwilligung in ein Risiko, Berlin 2013 (zit. MENRATH, Die Einwilligung in ein Risiko)

MERKEL Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889 (zit. MERKEL Adolf, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)

MERKEL Reinhard, Früheuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod in der Neonatalmedizin, Baden-Baden 2001 (zit. MERKEL Reinhard, Früheuthanasie)

MERKEL Reinhard, Mind Doping?, in: Knoepffler/Savulescu (Hrsg.), Der neue Mensch? Enhancement und Genetik, Freiburg i. Br. 2009, S. 177 ff. (zit. MERKEL Reinhard, Mind Doping?)

MEYER Maria-Katharina, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum – Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung, Köln 1984 (zit. MEYER, Ausschluss der Autonomie durch Irrtum)

MEYER Maria-Katharina, Buchbesprechung: Rönnau Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht (2001), in: GA 2003, S. 714 ff. (zit. MEYER, Buchbesprechung Rönnau Willensmängel)

MEZGER Edmund, Die subjektiven Unrechtselemente, in: Der Gerichtssaal, 89, 1924, S. 207 ff. (zit. MEZGER, Die subjektiven Unrechtselemente)

MEZGER Edmund, Strafrecht: Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin 1949 (zit. MEZGER, Strafrecht Lehrbuch)

MIKHAIL John, Rawls' Concept of Reflective Equilibrium and its original function in A Theory of Justice, in: Washington University Jurisprudence Review, 3, 2014, S. 1 ff. (zit. MIKHAIL, Rawls' Concept of Reflective Equilibrium)

MILL John Stuart: On Liberty, in: Alan Ryan (Hrsg.), Mill – Texts and Commentaries, London 1997, S. 41 ff. (zit. MILL, On Liberty)

MILL John Stuart, The Subjection of Women, in: J. M. Robson (Hrsg.), Collected Works of John Stuart Mill, Toronto 1963, Band 21, S. 261 ff. (zit. MILL, The Subjection of Women)

MITSCH, Die „hypothetische Einwilligung" im Arztstrafrecht, in: JZ, 6, 2005, S. 279 ff. (zit. MITSCH, Die hypothetische Einwilligung im Arztstrafrecht)

MITSCH Wolfgang, Die mutmassliche Einwilligung, in: ZJS, 1, 2012, S. 38 ff. (zit. MITSCH, Die mutmassliche Einwilligung)

MITSCH Wolfgang, Rechtfertigung und Opferverhalten, Hamburg 2004 (zit. MITSCH, Rechtfertigung und Opferverhalten)

MONA Martino, Das Recht auf Immigration – Rechtsphilosophische Begründung eines originären Rechts auf Einwanderung im liberalen Staat, Basel 2007 (zit. MONA, Das Recht auf Immigration)

MONA Martino, Der Gewissenstäter im Strafrecht, in: Kunz et al. (Hrsg.), Berner Gedanken zum Recht. Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014, Bern 2014, S. 471 ff. (zit. MONA, Der Gewissenstäter im Strafrecht)

MONA Martino, Einwilligung und Unfreiheit – Patientenautonomie im Strafvollzug zwischen Selbstbestimmung und Zwangsbehandlung, in: Riklin/Mez (Hrsg.), Gefängnismedizin und Strafjustiz – Eine unheilvolle Verbindung?, Bern 2012, S. 25 ff. (zit. MONA, Einwilligung und Unfreiheit)

MONA Martino, Optionen als Zwang? Autonomie und gesellschaftlicher Druck im Kontext von Human Enhancement, in: Brudermüller/Seelmann (Hrsg.), Erzwungene Selbstverbesserung?, Würzburg 2017, S. 53 ff. (zit. MONA, Optionen als Zwang?)

MONA Martino, Rechtsphilosophische Analyse der Entgeltlichkeit und Vertragsfreiheit in der Nierenspende – Verwerflicher Organhandel oder legitimes Anreizinstrument?, in: ARSP, 90, 3, 2004, S. 355 ff. (zit. MONA, Rechtsphilosophische Analyse der Entgeltlichkeit und Vertragsfreiheit in der Nierenspende)

MONA Martino, Rezension zu: Friederike Goltsche, Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch), Berlin 2010, in: Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 33, 1/2, 2011, S. 131 ff. (zit. MONA, Rezension zu Goltsche Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von 1922)

MONA Martino, Zum neuen Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien (VwG), in: Hausammann/Kälin (Hrsg.), Geschlechtergleichstellung im Migrationskontext: Bevormundung oder Emanzipation?, Bern 2014, S. 115 ff. (zit. MONA, Zum neuen Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien)

MONA Martino, Zur Einschränkung der Strafbarkeit des eventualvorsätzlichen Versuchs, in: Arnold/Lorenz (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Hannes Unberath, München 2015, S. 315 ff. (zit. MONA, Zur Einschränkung der Strafbarkeit des eventualvorsätzlichen Versuchs)

MONA Martino/RINGELMANN Christoph, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?, in: Sprecher/Sutter (Hrsg.), Das behinderte Kind im schweizerischen Recht, Zürich 2006, S. 287 ff. (zit. MONA/RINGELMANN, Sterbehilfe bei behinderten Kindern?)

MONTESQUIEU Charles-Louis de, Lettres Persanes, Paris 2003 (zit. MONTESQUIEU, Lettres Persanes)

MOREILLON Laurent, Omission de porter secours, in: ZStrR, 112, 1994, S. 233 ff. (zit. MOREILLON, Omission de porter secours)

MÜLLER Jörg Paul, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39 (zit. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten)

MÜLLER Jörg Paul, Demokratische Gerechtigkeit. Eine Studie zur Legitimität rechtlicher und politischer Ordnung, München 1993 (zit. MÜLLER, Demokratische Gerechtigkeit)

MÜLLER Jörg Paul, Die demokratische Verfassung, Zürich 2002 (zit. MÜLLER, Die demokratische Verfassung)

MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, Grundrechte in der Schweiz: Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008 (zit. MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz)

MÜLLER Markus/JENNI Christoph, Hungerstreik und Zwangsernährung, in: Schweizerische Ärztezeitung, 92, 2011, S. 284 ff. (zit. MÜLLER/JENNI, Hungerstreik und Zwangsernährung)

MÜNCHENER KOMMENTAR, Bürgerliches Gesetzbuch, hrsg. von Säcker et al., München 2012 ff. (zit. MK-BGB-Bearbeiter)

MÜNCHENER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, hrsg. von Joecks/Miebach, München 2012 ff. (zit. MK-StGB-Bearbeiter)

MURMANN Uwe, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin 2005 (zit. MURMANN, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht)

MURMANN Uwe, Kritik des funktionalen Strafrechts, in: Koriath et al. (Hrsg.), Grundfragen des Strafrecht – Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenbildung, Göttingen 2010, S. 189 ff. (zit. MURMANN, Kritik des funktionalen Strafrechts)

MURMANN Uwe, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, in: Paeffgen et al. (Hrsg.), Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion – Festschrift für Ingeborg Puppe, Berlin 2011, S. 767 ff. (zit. MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung)

NAGEL Thomas, The View from Nowhere, New York 1986 (zit. NAGEL, The View from Nowhere)

NEBENDAHL Mathias, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen, in: MedR, 2009, S. 197 ff. (zit. NEBENDAHL, Selbstbestimmungsrecht und rechtfertigende Einwilligung des Minderjährigen)

NEUBACHER Frank, Materieller Verbrechensbegriff und Rechtsgutsverletzung – Die Rechtsgüterlehre J. M. F. Birnbaums (1797-1877) und die moderne Strafrechtsschule, in: Jura, 2000, S. 514 ff. (zit. NEUBACHER, Materieller Verbrechensbegriff und Rechtsgutsverletzung)

NEUMANN Ulfrid, „Alternativen: keine“ – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, Frankfurt a. M. 2007, S. 85 ff. (zit. NEUMANN, Alternativen)

NIEDERMAIR Harald, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten. Zum Funktionsverlust einer Generalklausel, München 1999 (zit. NIEDERMAIR, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten)

NIGGLI Marcel, BGer Urteil 6S.329/1994, vom 18. Oktober 1994. Sachbeschädigung, in: AJP, 4, 1995, S. 373 f. (zit. NIGGLI, Sachbeschädigung)

NOLL Peter, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung, in: ZStrR, 80, 1964, S. 160 ff. (zit. NOLL, Die Rechtfertigungsgründe im Gesetz und in der Rechtsprechung)

NOLL Peter, Tatbestand und Rechtswidrigkeit: Die Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, in: ZStW, 76, 1965, S. 1 ff. (zit. NOLL, Tatbestand und Rechtswidrigkeit)

NOLL Peter, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955 (zit. NOLL, Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe)

NOMOS KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, hrsg. von Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 4. Aufl., Baden-Baden 2013 (zit. NK-Bearbeiter)

ODENWALD Steffen, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht unter besonderer Hervorhebung ärztlichen Handelns, Frankfurt a. M. 2004 (zit. ODENWALD, Die Einwilligungsfähigkeit im Strafrecht)

OHLY Ansgar, Einwilligung und „Einheit der Rechtsordnung", in: Pawlik/Zaczyk (Hrsg.), Festschrift für Günter Jakobs, Köln 2007, S. 451 ff. (zit. OHLY, Einwilligung und Einheit der Rechtsordnung)

OHLY Ansgar, „Volenti non fit iniuria" – die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002 (zit. OHLY, Volenti non fit iniuria)

OPPENHEIM Lassa, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden, Basel 1892 (zit. OPPENHEIM, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden)

OPPENHEIM Lassa, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, in: ZStrR, 6, 1893, S. 332 ff. (zit. OPPENHEIM, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe)

OTTO Harro, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung, in: Ellen Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds, Lübeck 1995, S. 603 ff. (zit. OTTO, Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung)

OTTO Harro, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004 (zit. OTTO, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre)

OTTO Harro, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, in: NJW, 2006, S. 2217 ff. (zit. OTTO, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung)

OTTO Harro, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand, in: Heinz Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Köln 1971, S. 1 ff. (zit. OTTO, Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand)

OTTO Harro/ALBRECHT Andreas, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff, in: Jura, 4, 2010, S. 264 ff. (zit. OTTO/ALBRECHT, Die Bedeutung der hypothetischen Einwilligung für den ärztlichen Heileingriff)

OWENS David, Shaping the Normative Landscape, Oxford 2012 (zit. OWENS, Shaping the Normative Landscape)

PÄRLI Kurt, Zwangsmassnahmen in der Pflege, in: AJP, 3, 2011, S. 360 ff. (zit. PÄRLI, Zwangsmassnahmen in der Pflege)

PAUEN Michael/WELZER Harald, Autonomie – eine Verteidigung, Frankfurt a. M. 2015 (zit. PAUEN/WELZER, Autonomie)

PETERMANN Frank, Urteilsfähigkeit. Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich 2008 (zit. PETERMANN, Urteilsfähigkeit)

PIQUEREZ Gérard, Les principes généraux de la procédure pénale selon le Code de procédure pénale suisse (art. 3 –11 CPP): la consécration législative de la constitutionnalisation du procès pénal, in: Gauch/Werro/Pichonnaz (Hrsg.), Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Zürich 2008, S. 61 ff. (zit. PIQUEREZ, Les principes généraux de la procédure pénale)

PIQUEREZ Gérard, Traité de procédure pénale suisse, 2. Aufl., Genève 2006 (zit. PIQUEREZ, Traité de procédure pénale suisse)

PIQUEREZ Gérard/MACALUSO Alain, Procédure pénale suisse – manuel, 3. Aufl., Genève 2011 (zit. PIQUEREZ/MACALUSO, Procédure Pénale Suisse)

POPP Andreas, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung, in: ZStW, 118, 2006, S. 639 ff. (zit. POPP, Patientenverfügung, mutmassliche Einwilligung und prozedurale Rechtfertigung)

POUND Roscoe, Interpretations of legal history, New York 1923 (zit. POUND, Interpretations of legal history)

POUND Roscoe, Jurisprudence I, St. Paul 1959 (zit. POUND, Jurisprudence I)

PRAXISKOMMENTAR, Schweizerisches Strafgesetzbuch, hrsg. von Trechsel/Pieth, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. PK-Trechsel/Bearbeiter)

PRINZ Wolfgang, Willensfreiheit als soziale Institution, in: Thomas Hillenkamp (Hrsg.), Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?, Baden-Baden 2006, S. 51 ff. (zit. PRINZ, Willensfreiheit als soziale Institution)

PUNDIK Amit, Coercion and Deception in Sexual Relations, in: Canadian Journal of Law and Jurisprudence, 1, 2015, S. 97 ff. (zit. PUNDIK, Coercion and Deception in Sexual Relations)

PUPPE Ingeborg, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in: ZIS, 6, 2016, S. 366 ff. (zit. PUPPE, Die hypothetische Einwilligung und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten)

PUPPE Ingeborg, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative – Zugleich Besprechung von BGH Urteile vom 3.3.1994 und 29.6.1995, in: GA 2003, S. 764 ff. (zit. PUPPE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei mangelnder Aufklärung über eine Behandlungsalternative)

PUPPE Ingeborg, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit. PUPPE, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung)

QUELOZ Nicolas, Une ‚diversité culturelle' appelée à disparaître? Le viol d'une personne de sexe féminin (art. 190 CPS) comme lex specialis de la contrainte sexuelle (art. 189 CPS), in: Queloz/Niggli/Riedo (Hrsg.), Droit pénal et diversités culturelles. Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo, Genf 2012, S. 441 ff. (zit. QUELOZ, Une ‚diversité culturelle' appelée à disparaître?)

RADBRUCH Gustav, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: August Hegler (Hrsg.), Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, Tübingen 1930, S. 158 ff. (zit. RADBRUCH, Zur Systematik der Verbrechenslehre)

RAWLS John, A Theory of Justice, Cambridge (Mass.) 1971 (zit. RAWLS, A Theory of Justice)

RAWLS John, Justice as Fairness: A Restatement, Cambridge (Mass.) 2001 (zit. RAWLS, Justice as Fairness)

RAWLS John, Kantian Constructivism in Moral Theory, in: Samuel Freeman (Hrsg.), John Rawls – Collected Papers, Cambridge (Mass.) 1999, S. 303 ff. (zit. RAWLS, Kantian Constructivism in Moral Theory)

RAWLS John, The Independence of Moral Theory, in: Samuel Freeman (Hrsg.), John Rawls – Collected Papers, Cambridge (Mass.) 1999, S. 286 ff. (zit. RAWLS, The Independence of Moral Theory)

RAZ Joseph, Practical Reason and Norms, Princeton 1990 (zit. RAZ, Practical Reason and Norms)

REEMTSMA Jan Philipp, Das Scheinproblem der „Willensfreiheit", in: Merkur – Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken, 60, 3, 2006, S. 193 ff. (zit. REEMTSMA, Das Scheinproblem der Willensfreiheit)

REHBERG Jörg, Arzt und Strafrecht, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 303 ff. (zit. REHBERG, Arzt und Strafrecht)

REICH Johannes, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Evolution und Dogmatik von Art. 94 Abs. 1 und 4 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, Zürich 2011 (zit. REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit)

REUSSER Kathrin, Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Zürich 1994 (zit. REUSSER, Patientenwille und Sterbebeistand)

RIKLIN Franz, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1. Verbrechenslehre, 3. Aufl., Zürich 2007 (zit. RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil 1)

RIKLIN Franz, StPO Kommentar. Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (RIKLIN, StPO Kommentar)

RIKLIN Franz, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge (Verweigerung der Behandlung, Hungerstreik), in: Queloz et al. (Hrsg.), Medizin und Freiheitsentzug, Bern 2002, S. 45 ff. (zit. RIKLIN, Zwangsmassnahmen im Bereich der Gesundheitsfürsorge)

ROBERTS Paul, Consent and the Criminal Law: Philosophical Foundations, Appendix C, in: The Law Commission (Hrsg.), Consent in the Criminal Law, Consultation Paper No 139, London 1995, S. 245 ff. (zit. ROBERTS, Consent and the Criminal Law)

ROGGO Antoine, Aufklärung des Patienten – eine ärztliche Informationspflicht, Bern 2002 (zit. ROGGO, Aufklärung des Patienten)

RÖNNAU Thomas, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung – zum Grundgedanken und Wirkgrund der Einwilligung im Strafrecht, in: Jura, 9, 2002, S. 595 ff. (zit. RÖNNAU, Die Einwilligung als Instrument der Freiheitsbetätigung)

RÖNNAU Thomas, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung im Strafrecht, in: Jura, 10, 2002, S. 665 ff. (zit. RÖNNAU, Voraussetzung und Grenzen der Einwilligung)

RÖNNAU Thomas, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001 (zit. RÖNNAU, Willensmängel bei der Einwilligung)

ROSENAU Henning, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, in: Bloy et al. (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht – Festschrift für Manfred Maiwald, Berlin 2010, S. 683 ff. (zit. ROSENAU, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht)

ROTH Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, in: JZ, 2004, S. 494 ff. (zit. ROTH Andreas, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts)

ROTH Gerhard, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit, in: Roth/Grün (Hrsg.), Das Gehirn und seine Freiheit – Beiträge zur neurowissenschaftlichen Grundlegung der Philosophie, 3. Aufl., Göttingen 2009, S. 9 ff. (zit. ROTH Gerhard, Willensfreiheit und Schuldfähigkeit)

ROTH Gerhard/LÜCK Monika/STRÜBER Daniel, „Freier Wille" und Schuld von Gewaltstraftätern aus Sicht der Hirnforschung und Neuropsychologie, in: Neue Kriminalpolitik, 18, 2, 2006, S. 55 ff. (zit. ROTH/LÜCK/STRÜBER, Freier Wille und Schuld von Gewaltstraftätern)

ROXIN Claus, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung im Strafrecht, in: Hauser/Rehberg/Stratenwerth (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Peter Noll, Zürich 1984, S. 275 ff. (zit. ROXIN, Die durch Täuschung herbeigeführte Einwilligung)

ROXIN Claus, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung, Berlin 2009, S. 269 ff. (zit. ROXIN, Einwilligung, Persönlichkeitsautonomie und tatbestandliches Rechtsgut)

ROXIN Claus, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale, 2. Aufl., 1970 Berlin (zit. ROXIN, Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale)

ROXIN Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006 (zit. ROXIN, Strafrecht Allgemeiner Teil I)

ROXIN Claus, Über die Einwilligung im Strafrecht, Coimbra 1984 (zit. ROXIN, Über die Einwilligung im Strafrecht)

ROXIN Claus, Über die mutmassliche Einwilligung, in: Stratenwerth et al. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel, Berlin 1974, S. 447 ff. (zit. ROXIN, Über die mutmassliche Einwilligung)

ROXIN Claus, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Medizinstrafrecht – Im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Strafrecht, Stuttgart 2000, S. 87 ff. (zit. ROXIN, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Sterbehilfe)

RUDOLPHI Hans-Joachim, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs, in: Festschrift für Richard Honig, Göttingen 1970, S. 151 ff. (zit. RUDOLPHI, Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs)

RUDOLPHI Hans-Joachim, Rezension zu: Arzt „Willensmängel bei der Einwilligung", in: ZStW, 86, 1974, S. 82 ff. (zit. RUDOLPHI, Rezension Arzt Willensmängel bei der Einwilligung)

RUNKEL Thomas, Enhancement und Identität. Die Idee einer biomedizinischen Verbesserung des Menschen als normative Herausforderung, Tübingen 2010 (zit. RUNKEL, Enhancement und Identität)

RUSSELL Bertrand, Philosophy and Politics, in: Bertrand Russell (Hrsg.), Unpopular Essays, London 1950, S. 9 ff. (zit. RUSSELL, Philosophy and Politics)

SALIGER Frank, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht, in: Fahl et al. (Hrsg.), Ein menschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe – Festschrift für Werner Beulke, Heidelberg 2015, S. 257 ff. (zit. SALIGER, Alternativen zur hypothetischen Einwilligung im Strafrecht)

SANDEL Michael, The case against perfection. Ethics in the age of genetic engineering, Cambridge (Mass.) 2007 (zit. SANDEL, The case against perfection)

SANGERO Boaz, Self-Defence in Criminal Law, Oxford 2006 (zit. SANGERO, Self-Defence in Criminal Law)

SCHACHTSCHNEIDER Karl/SIEBOLD Dagmar, Die „erweiterte Zustimmungslösung" des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, in: Die

Öffentliche Verwaltung – Zeitschrift für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 129 ff.

SCHEIDEGGER Nora, Die Einwilligung in sexuelle Handlungen, noch unveröffentlichtes Manuskript (zit. SCHEIDEGGER, Die Einwilligung in sexuelle Handlungen)

SCHEIDEGGER Nora, Vernehmlassungsantwort im Rahmen der Vernehmlassung zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention), vom 29. Januar 2016, S. 175 ff. https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/gewaltschutz/stgn-organisationen.pdf (zit. SCHEIDEGGER, Vernehmlassungsantwort)

SCHEPER-HUGHES Nancy/WACQUANT Loïc (Hrsg.), Commodifying Bodies, London 2002 (zit. SCHEPER-HUGHES/WACQUANT, Commodifying Bodies)

SCHLICK Moritz, Wann ist der Mensch verantwortlich?, in: Ulrich Pothast (Hrsg.), Seminar: Freies Handeln und Determinismus, 2. Aufl., Frankfurt a. M. 1988, S. 157 ff. (zit. SCHLICK, Wann ist der Mensch verantwortlich?)

SCHMID Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil I – Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl., Göttingen 1964 (zit. SCHMID Eberhard, Lehrkommentar zur Strafprozessordnung)

SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. SCHMID Niklaus, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts)

SCHMIDHÄUSER Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 2. Aufl., Tübingen 1975 (zit. SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch)

SCHMIDHÄUSER Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch, 2. Aufl., Tübingen 1984 (zit. SCHMIDHÄUSER, Strafrecht Allgemeiner Teil: Studienbuch)

SCHÖLLHAMMER Lutz, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments. Eine Untersuchung aus zivilrechtlicher Sicht, Berlin 1993 (zit. SCHÖLLHAMMER, Die Rechtsverbindlichkeit des Patiententestaments)

SCHOPPE Christoph, Der Strafgrund der Tötung auf Verlangen (§ 216 StGB), in: Bucerius Law Journal, 2012, 107 ff. (zit. SCHOPPE, Der Strafgrund der Tötung auf Verlangen)

SCHÖNE-SEIFERT Bettina/ACH Johann, „Relationale Autonomie" – Eine kritische Analyse, in: Wiesemann/Simon (Hrsg.), Patientenautonomie. Theoretische Grundlagen – Praktische Anwendungen, Münster 2013, S. 42 ff. (zit. SCHÖNE-SEIFERT/ACH, Relationale Autonomie)

SCHÖNING Rolf, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation unter besonderer Berücksichtigung des Strafrechts, Zürich 1996 (zit. SCHÖNING, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation)

SCHÖNKE Adolf/SCHRÖDER Horst, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage 2014 (zit. S/S-Bearbeiter)

SCHROEDER Friedrich-Christian, Begriff und Rechtsgut der Körperverletzung, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin 1999, S. 725 ff. (zit. SCHROEDER, Begriff und Rechtsgut der Körperverletzung)

SCHROTH Ulrich, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Massstab. Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., Stuttgart 2010, S. 21 ff. (zit. SCHROTH, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Massstab)

SCHROTH Ulrich, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte und seine Verletzung, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre" und „Opferorientierung im Strafrecht, Frankfurt a. M. 2007, S. 113 ff. (zit. SCHROTH, Das Rechtsgut der Körperverletzungsdelikte)

SCHUBARTH Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 1. Band, Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111-136 StGB, Bern 1982 (zit. SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 1)

SCHUBARTH Martin, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 3. Band, Delikte gegen die Ehre, den Geheim- oder Privatbereich und gegen die Freiheit, Art. 172-186 StGB, Bern 1984 (zit. SCHUBARTH, Kommentar Strafrecht Besonderer Teil 3)

SCHUBARTH Martin, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten, in: AJP, 2007, S. 1089 ff. (zit. SCHUBARTH, Therapiefreiheit des Arztes und Selbstbestimmungsrecht des Patienten)

SCHULTZ Hans, Aktuelle Probleme des Arztrechts, in: Schweizerische Ärztezeitung, 65, 1984, S. 1014 ff. (zit. SCHULTZ, Aktuelle Probleme des Arztrechts)

SCHULTZ Hans, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Strafgesetzbuches, März 1985 (zit. SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zu Revision des Allgemeinen Teils)

SCHULTZ Hans, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Dritten Buches „Einführung und Anwendung des Gesetzes“, Dezember 1985 (zit. SCHULTZ, Bericht und Vorentwurf zur Revision des Dritten Buches)

SCHULTZ Hans, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts. Die allgemeinen Voraussetzungen der kriminalrechtlichen Sanktionen, 4. Aufl., Bern 1982 (zit. SCHULTZ, Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts)

SCHULTZ Hans, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung, in: Jescheck/Kaiser (Hrsg.), Die Vergleichung als Methode der Strafrechtswissenschaft und der Kriminologie, Berlin 1980, S. 7 ff. (zit. SCHULTZ, Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung)

SCHÜNEMANN Bernd, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars, 1. Teil: Tatbestands- und Unrechtslehre, in: GA 1985, S.

341 ff. (zit. SCHÜNEMANN, Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft)

SCHWANDER Vital, Das schweizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2. Aufl., Zürich 1964 (zit. SCHWANDER, Das schweizerische Strafgesetzbuch)

SCHWEIZER Rainer, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 691 ff. (zit. SCHWEIZER, Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitsschutz)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen. Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 28. November 2002 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Ausübung der ärztlichen Tätigkeit bei inhaftierten Personen)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Autonomie und Beziehung – Selbstbestimmung braucht das Gegenüber. Bericht zur Tagung vom 7. Juli 2016 des Veranstaltungszyklus „Autonomie in der Medizin“, Bern 2016 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Autonomie und Beziehung)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten. Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW vom 27. November 2003 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, Medizin-ethische Richtlinien vom 25. November 2004, 6. Aufl., Basel 2014 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Grenzfragen der Intensivmedizin, Medizinisch-ethische Richtlinien vom 3. Juni 1999 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Grenzfragen der Intensivmedizin)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen, Medizin-ethische Richtlinien und Empfehlungen der SAMW vom 28. Mai 2013, 2. Aufl., Basel 2016 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Intensivmedizinische Massnahmen)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Palliative Care, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen vom 24. November 2005 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Palliative Care)

SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze der SAMW vom 24. November 2005 (zit. SCHWEIZERISCHE AKADEMIE DER MEDIZINISCHEN WISSENSCHAFTEN, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung)

SEELMANN Kurt, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich 2002, S. 569 ff. (zit. SEELMANN, Drittnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen)

SEELMANN Kurt, Organtransplantation – die strafrechtlichen Grundlagenprobleme, in: Brudermüller/Seelmann (Hrsg.), Organtransplantation, Würzburg 2000, S. 29 ff. (zit. SEELMANN, Organtransplantation)

SEELMANN Kurt, Selbstwiderspruch als Grund für Rechtszwang, in: Hilmer/Lohmann/Wesche (Hrsg.), Anfang und Grenzen des Sinns, Weilerswist 2006, S. 250 ff. (zit. SEELMANN, Selbstwiderspruch als Grund für Rechtszwang)

SEELMANN Kurt, Sterbehilfe: Die Rechtslage in der Schweiz, in: Brudermüller/Marx/Schüttauf (Hrsg.), Suizid und Sterbehilfe, Würzburg 2003, S. 135 ff. (zit. SEELMANN, Sterbehilfe)

SEELMANN Kurt, Umgang mit urteilsunfähigen Patientinnen und Patienten, in: Schweizerische Ärztezeitung, 87, 2006, S. 101 f. (zit. SEELMANN, Umgang mit urteilsunfähigen Patientinnen und Patienten)

SEELMANN Kurt/DEMKO Daniela, Rechtsphilosophie, 6. Aufl., München 2014 (zit. SEELMANN/DEMKO, Rechtsphilosophie)

SEELMANN Kurt/GETH Christopher, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016 (zit. SEELMANN/GETH, Strafrecht Allgemeiner Teil)

SHKLAR Judith, Legalism – Law, Morals, and Political Trials, Cambridge (Mass.) 1964 (zit. SHKLAR, Legalism)

SHKLAR Judith, The Liberalism of Fear, in: Nancy Rosenblum (Hrsg.), Liberalism and the Moral Life, Cambridge (Mass.) 1989, S. 21 ff. (zit. SHKLAR, The Liberalism of Fear)

SIMESTER Andrew, Wrongs and Reasons. Review Article, in: The Modern Law Review, 72, 4, 2009, S. 648 ff. (zit. SIMESTER, Wrongs and Reasons)

SINGER Peter, Sidgwick and reflective equilibrium, in: The Monist, 58, 1974, S. 490 ff. (zit. SINGER Peter, Sidgwick and reflective equilibrium)

SINGER Wolf, Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, 52, 2, 2004, S. 235 ff. (zit. SINGER Wolf, Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung)

SINGER Wolf, Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Willensfreiheit zu sprechen, in: Christian Geyer (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente, Frankfurt a. M. 2004, S. 30 ff. (zit. SINGER Wolf, Verschaltungen legen uns fest)

SOLAND Tanja, Suizidverhinderung als Straftat?, Basel 2011 (zit. SOLAND, Suizidverhinderung als Straftat?)

SPICKHOFF, Kommentar Medizinrecht, hrsg. von Andreas Spickhoff, 2. Aufl, München 2014 (zit. SPICKHOFF-Medizinrecht-Bearbeiter)

STERNBERG-LIEBEN Detlev, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht – juristischer statt ärztlicher Paternalismus, in: Arnold et al. (Hrsg.), Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser, München 2005, S. 1185 ff. (zit. STERNBERG-LIEBEN, Begrenzung lebensverlängernder Massnahmen aus strafrechtlicher Sicht)

STERNBERG-LIEBEN Detlev, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997 (zit. STERNBERG-LIEBEN, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht)

ST. GALLER KOMMENTAR, Die schweizerische Bundesverfassung, hrsg. von Ehrenzeller et al., 3. Aufl., St. Gallen 2014 (zit. SGK-BV-Bearbeiter)

STOOSS Carl, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung. Eine strafrechtliche Studie, Berlin 1898 (zit. STOOSS, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung)

STÖSSEL Jasmine, Die Einschränkung der Einwilligung in den Tatbestand des Menschenhandels. Eingriff in die persönliche Freiheit oder legitimer Schutz besonders verletzbarer Personen?, in: Andorno/Thier (Hrsg.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, Zürich 2014, S. 151 ff. (zit. STÖSSEL, Die Einschränkung der Einwilligung)

STRATENWERTH Günter, Freiheit und Gleichheit: Ein Kapitel Rechtsphilosophie, Bern 2007 (zit. STRATENWERTH, Freiheit und Gleichheit)

STRATENWERTH Günter, „Grösstmögliche Freiheit“?, in: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher (Hrsg.), Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für Werner Maihofer, Frankfurt a.M. 1988, S. 571 ff. (zit. STRATENWERTH, Grösstmögliche Freiheit?)

STRATENWERTH Günter, Prinzipien der Rechtfertigung, in: ZStW, 68, 1956, S. 41 ff. (zit. STRATENWERTH, Prinzipien der Rechtfertigung)

STRATENWERTH Günter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011 (zit. STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I)

STRATENWERTH Günter, Sterbehilfe, in: ZStrR, 95, 1978, S. 60 ff. (zit. STRATENWERTH, Sterbehilfe)

STRATENWERTH Günter, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen, in: Böse/Sternberg-Lieben (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung, Berlin 2009, S. 355 ff. (zit. STRATENWERTH, Tötung und Körperverletzung mit Einwilligung des Betroffenen)

STRATENWERTH Günter, Zum Begriff des „Rechtsguts", in: Eser/Schittenhelm/Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, S. 377 ff. (zit. STRATENWERTH, Zum Begriff des Rechtsguts)

STRATENWERTH Günter/JENNY Guido/BOMMER Felix, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Aufl., Bern 2010 (zit. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil I)

STRATENWERTH Günter/KUHLEN Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Köln 2004 (zit. STRATENWERTH/KUHLEN, Strafrecht Allgemeiner Teil)

STRATENWERTH Günter/WOHLERS Wolfgang, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013 (zit. STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch Handkommentar)

STUCKENBERG Carl-Friedrich, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, in: GA 2011, 653 ff. (zit. STUCKENBERG, Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre)

SUHR Christian, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt, in: JA, 1990, S. 303 ff. (zit. SUHR, Zur Begriffsbestimmung von Rechtsgut und Tatobjekt)

SUNDBY Scott, The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence, in: Hastings Law Journal, 40, 1988, S. 457 ff. (zit. SUNDBY, The Reasonable Doubt Rule and the Meaning of Innocence)

SWOBODA Sabine, Die hypothetische Einwilligung – Prototyp einer neuen Zurechnungslehre im Bereich der Rechtfertigung?, in: ZIS, 2, 2013, S. 18 ff. (zit. SWOBODA, Die hypothetische Einwilligung)

SYSTEMATISCHER KOMMENTAR, Strafgesetzbuch, hrsg. von Rudolphi et al., Köln 2012 ff. (zit. SK-Bearbeiter)

SZABÓ László, Is Quantum Mechanics Compatible with a Deterministic Universe? Two Interpretations of Quantum Probabilities, in: Foundations of Physics Letters, 8, 5, 1995, S. 417 ff. (zit. SZABÓ, Is Quantum Mechanics Compatible with a Deterministic Universe?)

TADROS Victor, Criminal Responsibility, Oxford 2005 (zit. TADROS, Criminal Responsibility)

TADROS Victor, The Ends of Harm – The Moral Foundations of Criminal Law, Oxford 2011 (zit. TADROS, The Ends of Harm)

TAG Brigitte, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin 2000 (zit. TAG, Der Körperverletzungstatbestand)

TAG Brigitte, Intramurale Medizin in der Schweiz – Überblick über den rechtlichen Rahmen, in: Tag/Hillenkamp (Hrsg.), Intramurale Medizin im internationalen Vergleich – Gesundheitsfürsorge zwischen Heilauftrag und Strafvollzug im Schweizerischen und internationalen Diskurs, Berlin 2008, S. 1 ff. (zit. TAG, Intramurale Medizin in der Schweiz)

TAG Brigitte, Richterliche Rechtsfortbildung im Allgemeinen Teil am Beispiel der hypothetischen Einwilligung, in: ZStW, 127, 2015, S. 523 ff. (zit. TAG, Richterliche Rechtsfortbildung)

TAG Brigitte, Strafrecht im Arztalltag, in: Kuhn/Poledna (Hrsg.), Arztrecht in der Praxis, 2. Aufl., Zürich 2007, S. 669 ff. (zit. TAG, Strafrecht im Arztalltag)

TAUPITZ Jochen, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung – insbesondere vor dem Hintergrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des BGH, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 4, München 2000, S. 497 ff. (zit. TAUPITZ, Die mutmassliche Einwilligung bei ärztlicher Heilbehandlung)

TENTHOFF Christian, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips, Berlin 2008 (zit. TENTHOFF, Die Strafbarkeit der Tötung auf Verlangen im Lichte des Autonomieprinzips)

THOMAS VON AQUIN, Über die Herrschaft der Fürsten, Stuttgart 1999 (zit. THOMAS VON AQUIN, Über die Herrschaft der Fürsten)

THOMMEN Marc, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter. Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Basel 2004 (zit. THOMMEN, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter)

THÜRER Daniel, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz: Ein Versuch, Orientierung zu gewinnen, in: ZSR, I, 2015, S. 347 ff. (zit. THÜRER, Rechtswissenschaft und Jurisprudenz)

TIEDEMANN Klaus, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts, Tübingen 1969 (zit. TIEDEMANN, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht)

TOLMEIN Oliver, Die drohende Zunahme von Demenz-Erkrankungen als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen durch fremdnützige Forschung?, in: KritV, 1998, S. 52 ff. (zit. TOLMEIN, Die drohende Zunahme von Demenz-Erkrankungen als Rechtfertigungsgrund für Körperverletzungen durch fremdnützige Forschung?)

TOLSTOJ Lew, Anna Karenina, Frankfurt a. M. 2003 (zit. TOLSTOJ, Anna Karenina)

TRAEGER Ludwig, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschliessungsgründe im zukünftigen Strafgesetz, in: Der Gerichtssaal, 94, 1927, S. 112 ff. (zit. TRAEGER, Die Einwilligung des Verletzten und andere Unrechtsausschliessungsgründe)

TRECHSEL Stefan, Human rights in criminal proceedings, Oxford 2005 (zit. TRECHSEL, Human rights in criminal proceedings)

TRECHSEL Stefan/NOLL Peter, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil. Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit, 6. Aufl., Zürich 2004 (zit. TRECHSEL/NOLL, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil)

TROXLER Tizian, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen im Verhältnis von Straf- und Zivilrecht, Basel 2014 (zit. TROXLER, Die Universalität von Rechtfertigungsgründen)

TUGENDHAT Ernst, Comments on some Methodological Aspects of Rawls' Theory of Justice, in: Analyse und Kritik, 1, 1979, S. 77 ff. (zit. TUGENDHAT, Comments on some Methodological Aspects)

UNBERATH Hannes, Die Vertragsverletzung, Tübingen 2007 (zit. UNBERATH, Die Vertragsverletzung)

VAIDMAN Lev, Many-Worlds Interpretation of Quantum Mechanics, in: Edward Zalta (Hrsg.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2016, [https://plato.stanford.edu/archives/fall2016/entries/qm-manyworlds] (zit. VAIDMAN, Many-Worlds Interpretation of Quantum Mechanics)

VALERIUS Brian, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff. Anmerkung zu BGH 1 StR 320/12 (Urteil vom 20.2.2013) = HRRS 2013 Nr. 500, in: HRRS, 1, 2014, S. 22 ff. (zit. VALERIUS, Die hypothetische Einwilligung in den ärztlichen Heileingriff)

VAN DEN DAELE Wolfgang, Biopolitik, Biomacht und soziologische Analyse, in: Leviathan, 37, 2009, S. 52 ff. (zit. VAN DEN DAELE, Biopolitik, Biomacht und soziologische Analyse)

VAN INWAGEN Peter, An Argument for Incompatibilism, in: Gary Watson (Hrsg.), Free Will, 2. Aufl., Oxford 2003, S. 38 ff. (zit. VAN INWAGEN, An Argument for Incompatibilism)

VAN INWAGEN Peter, Free Will Remains a Mystery, in: Robert Kane (Hrsg.), Handbook of Free Will, Oxford 2002, S. 158 ff. (zit. VAN INWAGEN, Free Will Remains a Mystery)

VAN INWAGEN Peter, The Incompatibility of Free Will and Determinism, in: Philosophical Studies, 27, 3, 1975, S. 185 ff. (zit. VAN INWAGEN, The Incompatibility of Free Will and Determinism)

VAN SPYK Benedikt, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung. Zugleich eine Untersuchung der Grundlagen und Grenzen des ‚informed consent' im Handlungsbereich der Forschung am Menschen, Baden-Baden 2011 (zit. VAN SPYK, Recht auf Selbstbestimmung in der Humanforschung)

VERHAGEN Edouard/SAUER Pieter, The Groningen Protocol – Euthanasia in Severely Ill Newborns, New England Journal of Medicine, 352, 2005, S. 959 ff. (zit. VERHAGEN/SAUER, The Groningen Protocol)

VERREL Torsten, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, Gutachten C für den 66. Deutschen Juristentag, Bd. I, München 2006 (zit. VERREL, Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung)

VERREL Torsten, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz, in: JZ 1996, S. 224 ff. (zit. VERREL, Selbstbestimmungsrecht contra Lebensschutz)

VISCHER Markus, „Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR, in: AJP, S. 1485 ff. (zit. VISCHER, „Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit)

VON DEWITZ Clivia, NS-Gedankengut und Strafrecht. Die §§ 86, 86a StGB und § 130 StGB zwischen der Abwehr neonazistischer Gefahren und symbolischem Strafrecht, Freiburg i. Br. 2006 (zit. VON DEWITZ, NS-Gedankengut und Strafrecht)

VON HIRSCH Andreas/NEUMANN Ulfrid/SEELMANN Kurt (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Baden-Baden 2013 (zit. VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN, Solidarität im Strafrecht

VON HUMBOLDT Wilhelm, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Stuttgart 2002 (zit. VON HUMBOLDT, Ideen zu einem Versuch)

VON SAVIGNY Friedrich Carl, System des heutigen Römischen Rechts, Band 1, Berlin 1840 (zit. VON SAVIGNY, System des heutigen Römischen Rechts)

WAGNER Christine, Die Schönheitsoperation im Strafrecht. Eine Untersuchung zu den normativen Grenzen chirurgischer Eingriffe bei fehlender medizinischer Indikation, Berlin 2015 (zit. WAGNER, Die Schönheitsoperation im Strafrecht)

WAIBLINGER Max, Rechtfertigungsgründe, in: SJK, 1958 (zit. WAIBLINGER, Rechtfertigungsgründe)

WALTER Tonio, Die Lehre von der „einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen – eine Verteidigung der Rechtsprechung, in: NStZ, 2013, 673 ff. (zit. WALTER, Die Lehre von der einverständlichen Fremdgefährdung und ihre Schwächen)

WEHLING Peter, Selbstbestimmung oder sozialer Optimierungsdruck? Perspektiven einer kritischen Soziologie der Biopolitik, in: Leviathan, 36, 2008, S. 249 ff. (zit. WEHLING, Selbstbestimmung oder sozialer Optimierungsdruck?)

WEIGEND Thomas, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen, in: ZStW, 98, 1986, S. 44 ff. (zit. WEIGEND, Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen)

WEINREB Lloyd, Natural Law and Justice, Cambridge (Mass.) 1987 (zit. WEINREB, Natural Law and Justice)

WEISSENBERGER Philippe, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Bern 1996 (zit. WEISSENBERGER, Die Einwilligung des Verletzten)

WELZEL Hans, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 11. Aufl., Berlin 1969 (zit. WELZEL, Das deutsche Strafrecht)

WELZEL Hans, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht als legislatorisches Problem, in: ZStW, 67, 1955, S. 196 ff. (zit. WELZEL, Die Regelung von Vorsatz und Irrtum im Strafrecht)

WENDLER David/GRADY Christine, What Should Research Participants Understand to Understand They Are Participants in Research?, in: Bioethics, 22, 4, 2008, S. 203 ff. (zit. WENDLER/GRADY, What Should Research Participants Understand)

WERLEN Mirjam, Persönlichkeitsschutz des Kindes, höchstpersönliche Rechte und Grenzen elterlicher Sorge im Rahmen medizinischer Praxis Das Beispiel von Varianten der Geschlechtsentwicklung und DSD, Bern 2014 (zit. WERLEN, Persönlichkeitsschutz des Kindes)

WERNSTEDT Thela, Sterbehilfe in Europa, Frankfurt a.M. 2004 (zit. WERNSTEDT, Sterbehilfe in Europa)

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau, 45. Aufl., Heidelberg 2015 (zit. WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht Allgemeiner Teil)

WESSELS Johannes/HETTINGER Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1. Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 36. Aufl., Heidelberg 2012 (zit. WESSELS/HETTINGER, Strafrecht Besonderer Teil 1)

WEST Robin, Authority, Autonomy, and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner, in Harvard Law Review, 99, 1985, S. 384 ff. (zit. WEST, Authority, Autonomy, and Choice)

WESTEN Peter, Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism, in: Buffalo Criminal Law Review, 8, 2005, S. 101 ff. (zit. WESTEN, Getting the Fly out of the Bottle)

WESTEN Peter, The Logic of Consent – The Diversity and Deceptiveness of Consent as a Defense to Criminal Conduct, Aldershot 2004 (zit. WESTEN, The Logic of Consent)

WIDMER BLUM Carmen, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Zürich 2010 (zit. WIDMER BLUM, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung)

WIEGAND Wolfgang, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994, S. 119 ff. (zit. WIEGAND, Die Aufklärungspflicht und die Folgen ihrer Verletzung)

WIEGAND Wolfgang/ABEGGLEN Sandro, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung, in: recht, 6, 1993, S. 189 ff. (zit. WIEGAND/ABEGGLEN, Die Aufklärung bei medizinischer Behandlung)

WIESNER Sandra, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht, Baden-Baden 2010 (zit. WIESNER, Die hypothetische Einwilligung im Medizinstrafrecht)

WIPRÄCHTIGER Hans, Revision des Allgemeinen Teils des StGB. Änderungen im Schatten des Sanktionenrechts. Überblick über diverse kleinere Neuerungen (Art. 1-33, 52-55a, 97-101 und 103-110 nStGB), in: ZStrR, 123, 2005, S. 403 ff. (zit. WIPRÄCHTIGER, Revision des Allgemeinen Teils)

WITMER-RICH Jonathan, It's Good to be Autonomous: Prospective Consent, Retrospective Consent, and the Foundation of Consent in the Criminal Law, in: Criminal Law and Philosophy, 5, 2011, S. 377 ff. (zit. WITMER-RICH, It's Good to be Autonomous)

WITTGENSTEIN Ludwig, Lectures on Freedom of the Will, in: Klagge/Nordmann (Hrsg.), Philosophical Occasions 1915-1951, Indianapolis 1993, S. 427 ff. (zit. WITTGENSTEIN, Lectures on Freedom of the Will)

WOHLERS Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, Berlin 2000 (zit. WOHLERS, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts)

WOHLERS Wolfgang/GODENZI Gunhild, Die Knabenbeschneidung – ein Problem des Strafrechts?, Zürich 2014 (zit. WOHLERS/GODENZI, Die Knabenbeschneidung)

ZABEL Benno, Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung – Haftungsbegrenzungen und Opferschutz in der aktuellen Rechtfertigungsdogmatik, in: GA, 162, 4, 2015, S. 219 ff. (zit. ZABEL, Die Einwilligung als Bezugspunkt wechselseitiger Risikoverantwortung)

ZIPF Heinz, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht, Neuwied 1970 (zit. ZIPF, Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht)

ZITELMANN Ernst, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, in: AcP, 99, 1906, S. 1 ff. (zit. ZITELMANN, Ausschluss der Widerrechtlichkeit)

ZERMATTEN Jean, Die Stellung des Kindes bei einer medizinischen Behandlung: Einwilligung, Verweigerung, Recht auf Anhörung, Kindeswohl, SKMR-Newsletter 2014, Nr. 16 (zit. ZERMATTEN, Die Stellung des Kindes bei einer medizinischen Behandlung)

ZÜRCHER Emil, Code pénal suisse: exposé des motifs de l'avant-projet d'avril 1908 – rédigé par mission du Département fédéral de Justice et Police par E. Zürcher, traduit par mission du Département par Alfred Gautier, Bern 1914 (zit. ZÜRCHER Emil, Code pénal suisse)

ZÜRCHER Emil, Die neuen Horizonte im Strafrecht, in: ZStrR, 5, 1892, S. 1 ff. (zit. ZÜRCHER Emil, Die neuen Horizonte im Strafrecht)

ZÜRCHER Emil, Die wichtigsten Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts, in: ZStrR, 11, 1892, S. 504 ff. (zit. ZÜRCHER Emil, Die wichtigsten Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts)

ZÜRCHER KOMMENTAR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, 2. Aufl., Zürich 1930 (zit. ZK-ZGB-Bearbeiter)

ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe, Tübingen 2014 (zit. ZÜRCHER Tobias, Legitimation von Strafe)