

Schriften zum Strafrecht

Band 353

Die Grundlage der Einwilligung im Strafrecht

Von

I-Ning Liao



Duncker & Humblot · Berlin

I-NING LIAO

Die Grundlage der Einwilligung im Strafrecht

Schriften zum Strafrecht

Band 353

Die Grundlage der Einwilligung im Strafrecht

Von

I-Ning Liao



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg hat diese Arbeit
im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0558-9126
ISBN 978-3-428-15959-8 (Print)
ISBN 978-3-428-55959-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2019/2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen.

Die Anfertigung der Arbeit wurde von Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Michael Pawlik, LL.M. (Cantab.), betreut, dem ich für die freundliche Betreuung zu großem Dank verpflichtet bin. Mit aufgeschlossenem Interesse hat er die Arbeit durch Anregungen und konstruktive Einwände bereichert. Ebenfalls möchte ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Walter Perron für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danken.

Einen besonderen Dank schulde ich Jana Hanke. Sie hat das Entstehen der Arbeit durch zahlreiche hilfreiche Hinweise wesentlich befördert. Ein ebenso großer Dank gebührt den Bemühungen von Herrn Dr. Norbert Axel Richter, der mein deutsches Manuskript lesbarer gemacht hat. Darüber hinaus bedanke ich mich bei dem Sekretariat des Instituts für Strafrecht und Strafprozessrecht – Abteilung 1, Margot Nostadt, sowie bei meinen Studienkolleginnen Iryna Burd und Xueshuang Zhao und Studienkollegen Yuzhou Huang, Yi Jiang, Wen-Mao Peng und Matthias Schaum für ihre Unterstützung. Vor allem bedanke ich mich bei Dr. Peifeng Tang für die konstruktiven Hinweise in mehreren Diskussionen.

Von Herzen dankbar bin ich zumal Herrn Professor Jung-Chien Huang und Herrn Professor Dr. Yang-Yi Chou (National Taiwan University) für ihren Zuspruch. Auch habe ich Zuspruch erhalten von meinen Freundinnen und Freunden in Taiwan, China sowie in Deutschland, bei denen ich mich ebenfalls herzlich bedanken möchte.

Der Deutsche Akademische Austauschdienst e.V. (DAAD) hat die Entstehung der Dissertation durch ein großzügiges Doktorandenstipendium unterstützt.

Ich widme das Buch meinen Eltern und meiner Schwester, die mich bei der Erstellung der Arbeit liebevoll unterstützt haben.

Gundelfingen, im März 2020

I-Ning Liao

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
§ 1 Die Entwicklung der rechtlichen Gründe der Einwilligung	15
A. Die Erforderlichkeit der Rekonstruktion der Einwilligungsbegründung: ein Systemdenken	15
B. Die herkömmlichen Rechtsgründe der Einwilligung: ein Überblick	18
C. Die Grundlage der Einwilligung in den zwei verschiedenen Ansätzen	21
I. Zwei idealtypische Positionen: Individualismus und Kollektivismus	21
II. Frühere Lehren	24
1. Die kollektivistischen Ansätze	24
2. Frühe Mindermeinung: Ein Versuch auf der Grundlage des individualistischen Ansatzes	28
3. Fazit	30
III. Die Abwägungslehre: Spiegelung auch der kollektivistischen Züge	31
1. Einwilligung als eigenständiges Abwägungselement	31
2. Unlösbarer Wertkonflikt	33
IV. Die verfassungsrechtliche Ableitung der Hochschätzung der individuellen Handlungsfreiheit	35
1. Einwilligung als ein verfassungsrechtlich begründetes eigenständiges „Rechtsgut“	35
2. Der scheinbare individualistische Ansatz	37
V. Das Integrationsmodell der Einwilligung und der sogenannte liberale Rechtsbegriff	40
1. Die einzelnen Argumentationen	41
2. Selbstbestimmung als das einzige Rechtsgut?	47
D. Fazit	48
§ 2 Die Selbstbestimmung im Gedankengang des Rechtsgüterschutzes	49
A. Die Entstehung der Rechtsgutslehre im deutschen Strafrechtskontext	50
B. Die kollektivistische Tendenz des Rechtsgüterschutzgedankens	52
I. Die Isolierung des Rechtsguts von seinem „Träger“	52

II. Verlust des sozialen Kontextes im konkreten Rechtsverhältnis	53
III. Die Zersplitterung des Strafrechtssystems	55
IV. Funktion des Objekts statt Rechtsverhältnis zwischen Subjekten	57
V. Fazit	59
C. Liberalisierung des Rechtsgutsdenkens?	60
I. Die Interessentheorie bei Liszt	61
II. Ist ein systemkritischer Rechtsgutsbegriff möglich?	62
III. Ergänzung mit der Gesellschaftsvertragstheorie?	66
1. Das liberalistische Denken ausgehend von der Lockeschen Gesellschafts- vertragstheorie	67
2. Die Verwirklichung der materiellen Freiheit kann nicht der höchste Maß- stab des Rechtsgüterschutzes sein	71
3. Der ontologische Fehler der Rechtsgutslehre und der unlösbare Konflikt zwischen den auf Empirismus beruhenden individuellen Freiheiten	73
IV. Fazit	75
D. Zwischenergebnis: Einwilligung ist keine Befugnis zur Disposition über ein be- stimmtes Rechtsgut	75
§ 3 Die Einwilligung in der Strafrechtsordnung basierend auf dem Autonomieprin- zip	78
A. Dogmatische Funktion und Struktur des Selbstbestimmungsgedankens	78
B. Einwilligung als abstrakte Selbstbestimmung	82
I. Der Rechtsbegriff Kants als Vorbild eines abstrakten Begriffs rechtlicher Selbstbestimmung	82
II. Dogmatische Ansätze zur Begründung der Einwilligung aus der abstrakten Selbstbestimmung	86
III. Die Problematik der Abstraktheit der Selbstbestimmung	90
1. Abstraktheit und Formalität des allgemeinen Rechtsprinzips	90
2. Inkonsistenz der Argumentation beim Ansatz der abstrakten Selbstbestim- mung	92
IV. Fazit	96
C. Einwilligung als konkrete Selbstbestimmung	96
I. Hegels Gedankengang als Vorbild des Ansatzes der konkreten Selbstbestim- mung	96
1. Hegels Kritik an Kants Rechtsbegriff	96
2. Die begrifflich-konkrete Bestimmtheit des Rechts bei Hegel	98
II. Die normative Bestimmung der Autonomie und ihre Verwirklichungsbedin- gungen	99

III. Konkrete Inhalte der Selbstbestimmung und die Abstufung der Anforderungen an die Einwilligungswirksamkeit	103
1. Normative Abstufung nach verschiedenen betroffenen Rechtskreisen	103
2. Die herkömmliche Unterscheidung der Einwilligungsarten als Beweis für die Abstufung	105
3. Wille des Verletzten, Handlung des Eingreifenden und konkrete Situation als eine Einheit	108
IV. Fazit	110
§ 4 Begründung der Einwilligungsgrenze	112
A. Externe und interne Begründungen der Einwilligungsgrenze	112
B. Externe Grenzbegründungen	114
I. Kollektivinteresse an Leben und körperlicher Unversehrtheit des Einzelnen	114
1. Entwicklung der Argumente	114
2. Kritik	117
II. Das Tabuargument	120
1. Tötung als Tabu: Historischer Hintergrund	120
2. Das moderne Verständnis des Tötungstabus	122
3. Legitimationsdefizit des Tabuarguments	123
III. Die Gefahr des Missbrauchs und das Dambruchargument	127
1. Der Hintergrund des Arguments	127
2. Die Gründe des Dambrucharguments	129
3. Legitimationsdefizit des Dambrucharguments	130
IV. Absolute Schutzwürdigkeit des Rechtsguts Leben?	131
1. Heiligkeit menschlichen Lebens?	132
2. Verfassungsrechtlicher Schutz des Lebens?	133
3. Die Einzigartigkeit menschlichen Lebens?	135
4. Vermeidung der Instrumentalisierung des Lebens?	138
5. Fazit	139
C. Interne Grenzbegründung	139
I. Köhlers Ansatz: Selbstverfügungsverbot aufgrund der Selbstzweckformel als Rechtspflicht gegen sich selbst	140
1. Pflicht gegen sich selbst aus Gründen der Vernunft	140
2. Keine zwingende Verbindung zwischen Selbstzweckhaftigkeit und physischer Existenz des Menschen	144
3. Der Weg zur Wirklichkeit des Freiheitsgebrauchs	146
II. Begründung aus der gesellschaftlich realen Freiheit: Antwort auf die Frage nach dem Paternalismus	147
1. Zweifel am Schutz vor sich selbst und Formen des Paternalismus	147
2. Der negative Freiheitsbegriff und der Antipaternalismus	149

3. Der reale Freiheitsbegriff und die rechtliche Zulässigkeit des Paternalismus	151
4. Wohlfahrt und Freiheit	154
5. Der Schutz des Einzelnen vor Übereilung	157
a) Begründung aus dem positiven Freiheitsbegriff	157
b) Grundlage des Arguments: Konkretes Risiko der mangelnden Vollzugsreife für die freie Selbstbestimmung und die Notwendigkeit der Intervention im Sinne eines weichen Paternalismus	158
c) Gegenstand der paternalistischen Maßnahmen: Selbstentschiedene Lebensbeendigung durch einen Dritten – veränderte Zuständigkeitsverteilung	161
d) Die Freiwilligkeitsbeurteilung mit Hilfe der Rationalität des Verhaltens und die teleologische Reduktion des § 216 StGB	164
e) Fazit	166
D. Forschungsergebnis: Die Einheit der Einwilligungsgrundlage und der Begründung ihrer Grenzen	166
Zusammenfassung	168
Literaturverzeichnis	173
Stichwortverzeichnis	188

Einleitung

Das Hauptziel dieser Arbeit besteht in zwei Punkten: erstens die Lücken der bestehenden Literatur in Bezug auf die Grundlage der strafrechtlichen Einwilligung zu schließen und die Einwilligung als ein allgemeines Rechtsinstitut auf der theoretischen Ebene zu erfassen und zu begründen; zweitens aus dieser Begründung die Anwendungsgrenze der Einwilligung, das heißt die Einschränkung der Wirksamkeit der Einwilligung, herzuleiten.

Das Rechtsinstitut der Einwilligung im Strafrecht bezieht sich auf eine Zustimmung des Verletzten, mit der ein strafrechtlich verbotenes Verhalten zu einem erlaubten wird. Durch wirksame Einwilligung wird die Selbstbestimmung der freien Rechtsperson dargestellt. In der Frage nach der Grundlage der Einwilligung im Strafrecht spiegelt sich also eine tiefergehende Frage wider: Wie ist die persönliche Selbstbestimmung in einer modernen freiheitlichen Rechtsordnung zu verstehen?

Nach einem im 19. Jahrhundert vorherrschenden Kollektivismus¹ und der Krise bzw. der Vernichtung des Subjekts in der Zeit des Nationalsozialismus spiegelt sich in der heutigen deutschen Gesellschaft ein Verständnis von Autonomie wider, das eng mit der Idee der Selbstbestimmung verbunden ist. Ein Beispiel dafür ist die Stärkung der Patientenautonomie nach dem Zweiten Weltkrieg, wodurch der Wille des Patienten große Bedeutung für das ärztliche Handeln gewonnen hat.² Dieser Autonomiebegriff knüpft immer an ein bewusstes Selbstsein an, welches fähig ist, für sich selbst Entscheidung zu treffen. Das Selbst wird als das autonome Subjekt verstanden, das die äußere Welt sowie sich selbst erkennen kann und imstande ist, seine eigene Lebensführung in der Welt zu wählen.³ Die Änderung der Strafvorschriften für Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung seit dem Vierten Gesetz

¹ Der Kollektivismus in Deutschland hat viele Wurzeln und man kann von dem Konzept in unterschiedlichen Kontexten sprechen. Siehe Art. Kollektivismus, Kollektiv im Historischen Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4 (1989), 884–886, dem zufolge das Konzept Kollektivismus Begriffe wie Kommunismus und Marxismus zusammenzufassen oder zu ersetzen vermag. Ein anderes Verständnis von kollektivistischem Denken, das sich in diversen Versuchen manifestiert, die Welt als Ganzheit zu erfassen, wurzelt in der Romantik, die im 19. Jahrhundert „das von Kant ausgehöhlte Gebäude des rationalen Naturrechts endgültig zum Einsturz“ brachte (Amelung, Rechtsgüterschutz, S. 38). Vgl. auch Larenz, Die Rechts- und Staatsphilosophie des deutschen Idealismus und ihre Gegenwartsbedeutung, S. 130 f.; Oehler, Wurzel, Wandel und Wert der strafrechtlichen Legalordnung, S. 146 f., 150 f.

² Vgl. Schöne-Seiffert, Einführung in die Medizinethik, S. 15 ff.; Kubiciel, JA 2011, 89.

³ Vgl. Zaczyk, Selbstsein und Recht, S. 50 ff.

zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) zeigt diese Tendenz ebenfalls deutlich.⁴ Diese Hochschätzung der Selbstbestimmung spiegelt sich auch in der umfassenden Zulässigkeit der Einwilligung im Strafrecht.

Liest man heute Kommentare oder Lehrbücher zu dieser Thematik, lässt sich nur noch selten eine ausführliche Erörterung der Legitimierungsgründe der Einwilligung finden. Zwar gibt es verschiedene Modelle,⁵ etwa die Rechtsschutzverzichtstheorie, das Abwägungsmodell oder die Tatbestandslösung; dass die Einwilligung – nach jetzt wohl noch h.M. – als Rechtfertigungsgrund in der strafrechtlichen Dogmatik umfassend anerkannt ist, erscheint jedoch als selbstverständlich und nicht mehr zu bestreiten. Auch im neueren Schrifttum finden sich kaum Diskussionen zur Frage der Begründung der Einwilligung, sondern zumeist nur zu konkreteren und feineren Einzelfragen wie der mutmaßlichen Einwilligung und hypothetischen Einwilligung im Medizinstrafrecht und der daraus folgenden Frage des Irrtums bei der Einwilligung. Allerdings kann man die Begründungsfrage niemals gänzlich beiseitelegen, wenn man auf einzelne Lösungen für konkrete Fälle eingehen will, vor allem solche Fälle, in denen es um die Schranken der Einwilligung, nämlich um die Unterscheidung zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechtsgütern geht, wie z.B. in § 216 StGB. In abweichenden Verständnissen des Einwilligungsbegriffs zeigen sich eigentlich unterschiedliche Vorstellungen des Verhältnisses zwischen dem Einzelnen und der Allgemeinheit sowie unterschiedliche Verständnisse von Autonomie. Fehlt es an einer systematischen Untersuchung der Stellungnahme, die sich in den dogmatischen Lösungen einzelner Fälle jeweils manifestiert bzw. dieser Lösung zugrunde liegt, führt dies gegebenenfalls entweder zu theoretischer Inkonsistenz oder zu einem Auslegungsansatz, der mit dem individualistisch begründeten modernen Strafrechtssystem nicht vereinbar ist.

Methodisch wird in dieser Dissertation eine politisch-ideologische Analyse vollzogen, um die herkömmliche Argumentation für die Einwilligungsgrundlage und ihre Grenze zu untersuchen. Bei den Darlegungen der Grundlage der Einwilligung stehen sich zwei idealtypische Positionen gegenüber: die individualistische Position und die kollektivistische Position. Geht man von der ersten aus, sind viele Wirkungsgründe der Einwilligung und fast alle Begründungsmuster für ihre Schranken begründungsbedürftig. Nimmt man dagegen die letzte als Ausgangspunkt, wird die Selbstbestimmungsfreiheit zu einem allgemeinen Belang von vielen reduziert, welcher nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses abwogen werden kann. In § 1 wird die Autorin die herkömmlichen Ansätze für die Gründe der Einwilligung analysieren und darauf hinzuweisen versuchen, welche weltanschaulichen Positionen hinter diesen Gründen stehen könnten. Dabei ist insbesondere die Frage zu beantworten, ob die hinter den Ansätzen stehenden Stellungnahmen wirklich von

⁴ Vgl. MK-StGB-Renzikowski, Vor §§ 174 ff., Rn. 6; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron, StGB, Vor dem §§ 174 ff., Rn. 1; Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, S. 13.

⁵ Vorstellung dieser Modelle siehe unten § 1 A.II.

der freien Selbstbestimmung des Einzelnen ausgehen oder eigentlich auf der kollektivistischen Überlegung beruhen.

In § 2 wird die Erörterung noch näher auf den bestimmten Kontext der deutschen Strafrechtswissenschaft konzentriert, und zwar den Kontext des Rechtsgutsdenkens. Nach herrschender Meinung wird die Einwilligung im Gedankengang des Rechtsgüterschutzes als eine Dispositionsbefugnis verstanden, und zwar als die Befugnis des Einwilligenden, ein bestimmtes Rechtsgut oder den entsprechenden Rechtsschutz zu beliebigen Zwecken preiszugeben.⁶ Bei der Feststellung der Zulässigkeit der Einwilligung geht es vor diesem Hintergrund daher stets um die Disponibilität des betroffenen Rechtsguts. Dass, solange die Einwilligung als Dispositionsbefugnis eines bestimmten Rechtsguts ausgeprägt ist, die einzelne Person nur über ein *bestimmtes* Gut verfügen kann, das nicht über ihren inhärenten Dispositionsbereich hinausgeht, ist logisch selbstverständlich. Die rechtliche Wirksamkeit der Einwilligung setzt somit die Verfügbarkeit des Rechtsguts voraus. Als Beispiel des Mangels an solcher Voraussetzung werden oft die Fälle herausgestellt, in denen der Betroffene gar nicht Inhaber des Rechtsgutes ist, wie etwa §§ 153 ff., 169, 172, 306a, 339.⁷ Obwohl bei solchen Delikten auch ein individuell Betroffener vorhanden sein mag, sind sie wesentlich Delikte gegen Gemeinschaftswerte, über die der Einzelne keine Dispositionsbefugnis hat. Die frei verfügbaren bzw. zu disponierenden Rechtsgüter beschränken sich also auf Individualrechtsgüter, über die der Rechtsgutsinhaber exklusive Rechtsgutsinhaberschaft habe,⁸ und zwar als alleiniger Träger der Befugnis.⁹ Eine Ausnahme bilden Rechtsgüter, die zwar (strafrechtlich systematisch) Individualrechtsgüter sind, der Dispositionsbefugnis ihres Inhabers jedoch nicht unterliegen; typisches Beispiel ist das Rechtsgut Leben. Ob diese Abgrenzung der Einwilligung als Dispositionsbefugnis vertretbar ist, bedarf aber weiterer Untersuchung. In diesem Kapitel werden daher Entstehung und Grundlage der Rechtsgutslehre, vor allem der modernen liberalen Rechtsgutslehre, die theoretisch oft auf der Vertragstheorie beruht, untersucht, um zu klären, ob das Rechtsgutsdenken wirklich ein liberal und individualistisch begründetes Einwilligungsinstitut unterstützen kann.

Neben dem Ansatz des Rechtsgüterschutzes gibt es andere Ansätze, denen zufolge die Einwilligung direkt als Selbstbestimmung bzw. Autonomie aufzufassen ist. Untersucht man den Autonomiebegriff im Zusammenhang seiner beiden Elemente, *autós* und *nomos*, gelangt man zu einer bestimmten Interpretation der Autonomie in Verbindung mit der Vorstellung des aus der europäischen Aufklärung, nämlich aus Kant, hervorgegangenen selbstständigen Subjekts: Autonomie ist Selbstgesetzgebung.¹⁰ Dahinter steht noch der vertiefende Grundgedanke der modernen politischen

⁶ Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, S. 29.

⁷ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 36.

⁸ Lenckner/Sternberg-Lieben, in: Sch/Sch StGB, Vor §§ 32 ff. Rn. 36.

⁹ Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht AT, § 11 Rn. 553.

¹⁰ Vgl. Zaczyk, Selbstsein und Recht, S. 37 ff.