

# **DIE EINWILLIGUNG DES VERLETZTEN IN IHRER STRAFRECHTLICHEN BEDEUTUNG**

Published @ 2017 Trieste Publishing Pty Ltd

ISBN 9780649769551

Die Einwilligung des Verletzten in Ihrer Strafrechtlichen Bedeutung by R. Kessler

Except for use in any review, the reproduction or utilisation of this work in whole or in part in any form by any electronic, mechanical or other means, now known or hereafter invented, including xerography, photocopying and recording, or in any information storage or retrieval system, is forbidden without the permission of the publisher, Trieste Publishing Pty Ltd, PO Box 1576 Collingwood, Victoria 3066 Australia.

All rights reserved.

Edited by Trieste Publishing Pty Ltd.  
Cover @ 2017

This book is sold subject to the condition that it shall not, by way of trade or otherwise, be lent, re-sold, hired out, or otherwise circulated without the publisher's prior consent in any form or binding or cover other than that in which it is published and without a similar condition including this condition being imposed on the subsequent purchaser.

[www.triestepublishing.com](http://www.triestepublishing.com)

**R. KESSLER**

**DIE EINWILLIGUNG DES  
VERLETZTEN IN IHRER  
STRAFRECHTLICHEN  
BEDEUTUNG**



Die  
\* **Einwilligung des Verletzten** c

in ihrer strafrechtlichen Bedeutung.

Von

**R. Aehler,**  
Landrichter in Elneburg.

Wort:

„Qui bene distinguit, bene iudicat“.

**Berlin und Leipzig.**  
Verlag von J. Guttentag  
(D. Golln).  
1884.

+

GER  
781  
KES

## Inhaltsübersicht.

	Seite
Einleitung . . . . .	1
§ 1. Kritische Betrachtung der herrschenden Lehre . . . . .	8
§ 2. Begriff der Einwilligung . . . . .	17
§ 3. Wirkungsgrund der Einwilligung . . . . .	27
§ 4. Excurs über den Strafzweck . . . . .	32
§ 5. Der Verletzte und das Interesse . . . . .	48
§ 6. Anwendungsfälle . . . . .	65
a) Sachbeschädigung . . . . .	66
b) Falsche Anschuldigung . . . . .	71
c) Vorsätzliche Körperverletzung . . . . .	72
d) Vorsätzliche Tödtung . . . . .	79
e) Zweikampf . . . . .	87
f) Fahrlässigkeitsvergehen . . . . .	96
§ 7. Die einzelnen Erfordernisse der Einwilligung . . . . .	99

## Einleitung.

„Nulla injuria est, quae in volentem fiat“, sagt Ulpian (L. 1 § 5 Dig. de inj. 47, 10), und bezeichnet damit treffend, was die deutschen Juristen sehr viel weniger präcis durch den Satz auszudrücken pflegen: die Einwilligung des Verletzten schließt die Strafbarkeit der Handlung aus. „Es liegt keine Rechtsverletzung vor, wenn die That gegen einen Einwilligenden verübt ist“, würde eine bessere und, mit Rücksicht auf den weiten Begriff der römischen Injurie, nicht allzu freie Uebersetzung sein. So verneint auch die Rechtsparodie, in welche man Ulpian's Ausspruch umgeformt hat: „volenti non fit injuria“, die Möglichkeit einer Rechtsverletzung gegen den Einwilligenden. Ich möchte fast glauben, daß die Ungenauigkeit des üblichen deutschen Ausdrucks nicht ganz ohne Nachtheile für die Erörterungen unserer Juristen über Bedeutung und Tragweite des Ulpianischen Satzes geblieben sei. Es ist diesem Sage das Einleuchtende, ja beinahe Selbstverständliche genommen worden, was ihm in seinem lateinischen Gewande eigen ist. Spricht man von einer Einwilligung des Verletzten, so schleicht sich damit die Vorstellung ein, als ob trotz der Einwilligung doch allemal eine Verletzung im Sinne des Rechts vorliege, die nur kraft eines Ausnahmefalles kein Verbrechen<sup>1)</sup>, d. h. nicht strafbar sei. Und da verlangt man, einen weiteren Grund für diese Ausnahme zu wissen. Die Einwilligung schließt aber, soweit ihre Wirkung reicht, die Rechtsverletzung aus, und nur von einem physisch Verletzten oder, wenn die Handlung nicht gegen den menschlichen Körper gerichtet ist, von einem scheinbar in seinem

<sup>1)</sup> Ich werde den Ausdruck Verbrechen durchgehends nicht in dem engen Sinne des Strafgesetzbuchs, sondern zur Bezeichnung der mit Strafe bedrohten Handlung schlechthin gebrauchen.

Rechte Verletzten kann angesichts der Einwilligung noch geredet werden. Einwilligung des Berechtigten würde ein viel passenderer Kunstausdruck sein. Gleichwohl habe ich im Titel den nun einmal üblichen beibehalten, und werde in der Abhandlung das Nämliche thun. Der Titel einer Schrift soll ihr Thema möglichst jedem von vornherein deutlich anzeigen; und im Laufe der Untersuchung statt des altgewohnten Ausdrucks sorgsam stets den neuen zu gebrauchen, würde Pedanterie sein und dem Leser überflüssige Unbequemlichkeit verursachen. Es genügt, auf die Ungenauigkeit der herkömmlichen Terminologie hingewiesen zu haben.

Mag nun auch die Uebersetzung der *injuria* in der Ulpianischen Stelle mit Rechtsverletzung dem Sage eine weitere Bedeutung geben, als Ulpian im Auge hatte; als feststehend darf nach den Ausführungen Wächter's (Ver. S. XX S. 1 ff., cf. auch Zimmermann in Goldb. N. XXIX S. 435 ff.) angenommen werden, daß diese weitere Bedeutung dem römischen Rechte entsprach, und daß dieses Recht insoweit unverändert in Deutschland recipirt worden ist. Danach schloß die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der Handlung aus, soweit letztere irgend als Eingriff in ein individuelles Recht angesehen werden konnte, insbesondere auch bei Tödtung und Körperverletzung. Wenn auch Doctrin und Praxis unter dem Einflusse entgegengesetzter Bestimmungen des canonischen Rechts hieran nicht unverbrüchlich festgehalten haben, so scheint man doch nach den Zusammenstellungen bei Zimmermann (a. a. O.) und Hälshner (Eggt. I S. 234) in der Einschränkung des „*volenti non fit injuria*“ nicht weiter gegangen zu sein, als daß man die Tödtung eines Einwilligenden, aber nicht als Mord, sondern arbiträr und gelinde bestrafte.

Erst zu Anfang dieses Jahrhunderts gewann in Deutschland eine entschieden abweichende Lehre Boden und sogar Aufnahme in die Gesetzbücher (das österreichische von 1803 und das bayerische von 1813). Anknüpfend an die Unterscheidung älterer italienischer Praktiker zwischen veräußerlichen und unveräußerlichen Rechten, behauptete man, nur bei ersteren sei die Einwilligung des Verletzten von Bedeutung, bei letzteren, zu welchen man vor allem die Rechte auf Leben und Körperintegrität rechnete, sei sie absolut wirkungslos, so daß auch nicht einmal eine gelindere als die Normalstrafe eintreten habe.

Die Gerichte fingen denn wirklich an, für Tödtung eines Ein-



willigenden die Todesstrafe zu verhängen. Bei der Seltenheit solcher Fälle ging das eine Weile; aber auf die Dauer läßt sich das Rechtsgefühl solche Schläge in's Gesicht nicht gefallen. Auch die Theorie, — abgesehen von einigen Fanatikern vom Schlage Abegg's, der noch im Jahre 1865 (Goldb. N. XIII S. 387) nicht begreifen kann, weshalb man einen Menschen, der einen Leidenden auf dessen Wunsch durch den Tod von weiteren Qualen befreit hat, nicht wie einen Mörder köpfen wolle, — wurde stutzig über ihre eigenen Resultate. Sie bequeme sich zu einem von Abegg scharf getadelten Mittelwege, und concedirte die mildere Bestrafung der an dem Einwilligenden verübten Tödtung; und eine Reihe deutscher Particulargesetzgebungen, worunter nicht die preußische, folgte ihr ausdrücklich in diesem Punkte.

Seit dem Erlasse des Reichsstrafgesetzbuchs ist die principielle Stellung des positiven deutschen Rechts zu dem „*volenti non fit injuria*“ nicht auf den ersten Blick zu erkennen. In dem ganzen Gesetze ist von der Einwilligung des Verletzten nirgends die Rede auch nicht im § 216, welchen man gewöhnlich als die Strafbestimmung für die Tödtung des Einwilligenden bezeichnet. Der Paragraph lautet vielmehr: „Ist Jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getödteten zur Tödtung bestimmt worden, so ist auf Gefängniß nicht unter drei Jahren zu erkennen.“

Die Theorie hat also den freiesten Spielraum behalten, und sie hat ihn benützt, um an der Hand der Lehre von der Unveräußerlichkeit oder Unverzichtbarkeit gewisser Rechte dem alten Rechtsprüche worte soviel Boden zu entziehen, daß man ihr zu Folge jetzt eher sagen könnte: „*etiam volenti fit injuria*“. Wenn auch weder in den Gründen noch in allen Ergebnissen völlig einig, so kam man doch im wesentlichen zu dem gemeinsamen Resultate, daß mit Ausnahme der Delicte gegen Ehre, Vermögen und allenfalls noch persönliche Freiheit, die Einwilligung des Verletzten überall keine, oder doch nur, wie bei der Tödtung, eine strafmindernde Bedeutung habe.

Im letzten Grunde beruhte dieser radicale Umschwung der Doctrin auf der gleichzeitigen völligen Aenderung der Anschauungen vom Wesen des Rechts und Staats überhaupt. Hatte man früher gar zu rationalistisch in beiden nur Veranstaltungen menschlicher Willfür zu gewissen Nützlichkeitszwecken erblickt, so versiel man seit dem Beginne dieses Jahrhunderts in das entgegengesetzte Extrem. Nicht um der Menschen willen sind Recht und Staat vorhanden, Gott be-

wahre: sie sind „Selbstzwecke“, und die unbedeutenden menschlichen Individuen eigentlich nur dazu da, damit an ihnen und durch sie die Herrlichkeit jener erhabenen Wesen offenbar werde. Da kann es denn freilich nicht darauf ankommen, was der Einzelne mit seinen Gütern anfangen will; er ist ja nur ein „Werkzeug des Sittengesetzes“, wie Fichte gesagt hat; Staat und Recht sind es allein, die über Alles zu verfügen haben. Nur soweit die Thatsache, daß das positive Recht anderer Meinung sei, sich schlechterdings nicht verkennen ließ, mußte man nothgedrungen die sogenannten veräußerlichen Rechte dem Belieben des Berechtigten preisgeben. Man suchte diese Concession mit dem Principe dadurch in Einklang zu setzen, daß man nur die unveräußerlichen, nicht die veräußerlichen Rechte für „Wesensbestimmtheiten der sittlichen Persönlichkeit“ erklärte. Als ob die sittliche Persönlichkeit mehr dadurch einbüßte, wenn sie auf den Besitz eines Zahnes, als wenn sie auf den ihres Vermögens verzichtet.

Wie tief diese seltsame Grundanschauung noch immer manchem hervorragenden Juristen im Blute steckt, zeigt recht deutlich eine Aeußerung Binding's. „Wer möchte ernsthaft die Behauptung aufrecht erhalten,“ sagt er (Normen I S. 33), „daß die Tödtung verboten werde, damit der Mörder dem Getödteten nicht unangenehm falle, und nicht vielmehr einzig und allein deshalb, damit das Leben, dieses wichtige Rechtsgut“ (d. h. Gut des Rechtes selbst) „unverlezt erhalten werde?“ Wächter hat seinerzeit diese Behauptung für das gemeine Recht doch ganz ernsthaft aufrecht erhalten; nur würde er gegen die, — Binding möge den Ausdruck verzeihen —, sophistische Redewendung von dem „nicht unangenehm Fallen“ protestirt haben. Wenn wir statt dessen sagen: „damit der bedrohte Einzelne nicht das zu erdulden habe, was dem irdischen Menschen als das Schrecklichste aller Dinge erscheint, den gewaltjamen Tod“, so werden die Bedenken gegen einen solchen Zweck des Tödtungsverbotes nicht allzu groß sein. Ja, es könnte Leute geben, die nur hierin den Zweck des Verbotes sehn möchten, und nicht in dem Schutze der gegen Todesqual und Angst unempfindlichen Rechtsordnung.

Indessen bis in die allerneueste Zeit hat weder Wächter's sonst doch einigermaßen respectirte Stimme, noch haben die vereinzelter Angriffe Anderer die herrschende Lehre irgend merkbar zu erschüttern vermocht. Es lag dies daran, daß ihr Widerspruch mit den Thatsachen des Rechtslebens sich nicht sofort fühlbar machte. Durch die

im Gesetze vorgesehene gelindere Bestrafung der Tödtung des Einwilligenden, wenigstens in den gewöhnlichen Fällen dieser seltenen That, war den Consequenzen der Theorie die anstößigste Spitze abgebrochen. Daß Tag für Tag in Deutschland Tausende von Körperverletzungen, und von schweren Körperverletzungen, vorkamen, die nur auf Grund der Einwilligung des Verletzten straflos blieben, wurden Praxis und Theorie bisher sowenig wie in diesem Augenblicke gewahr. Es hat eben niemand, weder die Verletzten noch die Staatsanwaltschaft, je daran gedacht, daß nach der anerkannt herrschenden Lehre alle diese Fälle strafbar seien.

Die Sache mußte schon recht sonderbar liegen, damit dem Reichsgerichte einmal Veranlassung wurde, sich über seine Stellung zur herrschenden Lehre bezüglich der Körperverletzung schlüssig zu machen. Es war die Tödtung eines Einwilligenden versucht, aber nur bis zur Körperverletzung ausgeführt worden. Das Reichsgericht entschied für die Strafbarkeit dieser That (Entsch. II S. 442). Schon dieses Urtheil blieb nicht unangefochten, wengleich zum Theil aus Gründen, die für diese Abhandlung nicht interessieren. Noch sehr viel lauter aber machte sich der Widerspruch bemerkbar, als in einem anderen Falle die praktischen Consequenzen der herrschenden Lehre zu Tage traten.

Seit dem Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs hatten die Gerichte sich mit der Frage zu befassen, ob die gewöhnliche studentische Mensur nach diesem Gesetzbuche als Zweikampf zu bestrafen sei. Zunächst drehte sich die Erörterung nur darum, ob der Studentenschläger als eine tödtliche Waffe im Sinne des Gesetzes zu gelten habe. Dann aber sahen die Gerichte sich genöthigt, auch darüber schlüssig zu werden, wie es mit einer auf der Mensur verursachten Körperverletzung oder Tödtung zu halten sei, wenn man den Schläger nicht als eine tödtliche Waffe ansehen, die Bestimmungen über den Zweikampf mithin für unanwendbar erklären wolle. Da man gelernt hatte, daß das Recht auf die Körperintegrität sowohl wie auf das Leben unverzichtbar sei, und da man überdies mit gutem Grunde bezweifeln durfte, ob in dem Einlassen in den Zweikampf überall die Erklärung eines Verzichts auf jene Rechte gefunden werden könne: so strafte man in solchem Falle wegen Körperverletzung, vielleicht auch wegen Körperverletzung mit tödtlichem Erfolge.<sup>2)</sup> So

<sup>2)</sup> Ob ein Urtheil letzteren Inhalts wirklich gefällt worden ist, vermag ich allerdings nicht anzugeben.