

Einwilligung

Die Einwilligung ist ein zentraler Topos jeder materiellen Strafrechtsordnung. Es stellen sich drei Fragen: Was ist der Geltungsgrund der Einwilligung (I.)? Was sind die Voraussetzungen der Einwilligung (II.)? Wie wirkt die Einwilligung (III.)?

I. Grundprinzip

Bereits den Digesten (D.47.10.1.5) ist die Passage ULPIANS zu entnehmen, dass der Vater, der seinen Sohn mit dessen Willen verkauft, zwar in eigenem, nicht aber im Namen des Sohnes klagen könne, «weil jemandem mit seinem Willen kein Unrecht widerfährt» («... *quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat*»). Daraus hat sich im Mittelalter eine Parömie entwickelt, die unterdessen als Gewohnheitsrecht gelten darf: «*volenti non fit iniuria*» (Liebs 2007). Damit ist lediglich die *Maxime* bezeichnet, dass dem Wollenden (*volenti*) kein (*non*) Unrecht (*iniuria*) geschieht (*fit*). *Weshalb* es jedoch einen Einfluss auf die Strafbarkeit des Täterverhaltens haben soll, wenn das Opfer in seine Verletzung eingewilligt hat, ist eine Frage nach dem Geltungsprinzip, das Einwilligung zugrunde liegt.

Ein erster Begründungsansatz ist, dass der Betroffene mit der Einwilligung auf den *Rechtsschutz* verzichte. Das ist deshalb nicht einleuchtend, weil unter schweizerischem Recht zahlreiche Delikte unabhängig von einem Verzicht auf Rechtsschutz verfolgt werden müssen. Nach dem Prinzip des Verfolgungszwangs (Art. 7 StPO) muss ein Dieb auch dann verfolgt und abgeurteilt werden, wenn der Bestohlene darauf verzichtet, den Diebstahl anzuzeigen. Ein zweiter Begründungsansatz erklärt die rechtfertigende Wirkung mit einer *Güterabwägung*. Die Einwilligung hebe den Verletzungswert auf. An dieser Erklärung überzeugt nicht, worin der Unwert einer konsentierten Verletzung liegen soll. Am ehesten zu erklären ist die Rechtfertigungswirkung der Einwilligung deshalb mit der *Autonomie* des Menschen. Individualrechtsgüter werden nicht um ihrer selbst willen geschützt, sondern weil sie die Voraussetzung freier Willensbetäti-

¹ David Eschle, MLaw und Caroline Ruggli, RA MLaw danke ich herzlich für die sehr sorgfältige Überarbeitung des Manuskripts und ihre luziden Änderungs- und Ergänzungsvorschläge.

gung des Menschen sind (Hurtado Pozo/Godel 2019). Dieser hat deshalb buchstäblich das Recht, für die Verfügung über seine Güter selbst (αὐτός, autós) Gesetze (νόμος νόμος) aufzustellen. Die autonome Entscheidung, ein Rechtsgut preiszugeben, führt nicht zu einer Einschränkung der Freiheit (mit Einwilligung), sondern ist gerade die Betätigung der Freiheit. Eine Verletzung, in welche eingewilligt wurde, ist keine Verletzung. Vereinfacht gesagt, liegt kein Verzicht auf den *Rechtsschutz*, sondern ein situativer Verzicht auf das *Rechtsgut* vor (Stratenwerth 2011).

II. Voraussetzungen

Das schweizerische Strafgesetzbuch enthält keine allgemeine Regelung der Einwilligung. Die Voraussetzungen der Einwilligung wurden deshalb von Lehre und Rechtsprechung entwickelt. Eine Einwilligung ist unter vier kumulativen Voraussetzungen gültig. Die Einwilligung muss erklärt werden (1.). Die betroffene Person muss einwilligungsfähig sein (2.) und die Befugnis haben, ein Gut preiszugeben (3.). Schliesslich muss die Einwilligung frei von Willensmängeln sein (4.).

1. Erklärung der Einwilligung

Die Einwilligung muss gegenüber dem Täter erklärt werden. Sie ist eine einseitige Willensäußerung. Mit ihr bringt der Betroffene zum Ausdruck, dass er seine Rechtsgüter preisgeben will (z.B. ist der Brillenträger einverstanden, dass Augengewebe mittels Laser abgetragen wird, um seine Kurzsichtigkeit zu korrigieren) resp. das zumindest in Kauf nimmt (z.B. der Eigentümerin wäre es egal, wenn jemand ihr altes Fahrrad mitnimmt). Die Einwilligung ist keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die den Erklärenden bindet und dem Täter eine Eingriffsbefugnis einräumt. Vielmehr kann der Erklärende seine Einwilligung jederzeit frei widerrufen (Art. 5 III Biomedizin-Konvention), auch wenn er bereits im Vorzimmer des Operationsaals liegt.

Grundsätzlich ist die Einwilligung an keine besondere *Form* gebunden. Gewisse Eingriffe bedürfen einer schriftlichen Einwilligung (Art. 16 I Humanforschungsgesetz), im Übrigen reicht Mündlichkeit. Die Einwilligung kann auch konkludent erfolgen, etwa in dem sich der Stammkunde wortlos auf den Stuhl seines Friseurs setzt und dieser ihm den üblichen Haarschnitt verpasst. Umstritten ist, ob die Einwilligung in irgendeiner Form erkennbar (explizit oder konkludent) gegen aussen geäußert werden muss oder ob es reicht, dass der Betroffene

den Eingriff im Zeitpunkt seiner Vornahme innerlich billigt. Nach überzeugender Ansicht reicht die innere Billigung im Tatzeitpunkt (Frister 2018). Liegt diese vor, fehlt es an einer Rechtsgutverletzung. Die gegenteilige Ansicht verwechselt die fehlende Rechtsgutsverletzung mit der fehlenden Beweisbarkeit. Hofft die Eigentümerin, dass jemand ihr altes Fahrrad mitnimmt, so dass sie es nicht mehr entsorgen muss, dann wird sie nicht Opfer eines Diebstahls, wenn tatsächlich jemand das Fahrrad mitnimmt. Ob die stillschweigende Einwilligung für denjenigen erkennbar war, der das Fahrrad mitgenommen hat – etwa, weil es längere Zeit unbewacht und ungesichert war –, ist lediglich eine Frage des Beweises. Hat die Eigentümerin ihr Fahrrad derelinquiert, können die objektiven Tatbestandselemente des Diebstahls nicht mehr erfüllt werden. War die Einwilligung für den Täter jedoch nicht erkennbar, begeht er einen versuchten Diebstahl (III.3.).

Unabhängig davon, ob die Einwilligung explizit geäußert wurde oder stillschweigend erfolgte, muss sie in jedem Fall spätestens zum Zeitpunkt der Tat vorliegen. Eine nachträgliche Billigung des Eingriffs hat keine rechtfertigende Wirkung. Wollte die Eigentümerin das abgestellte Fahrrad noch weiter benutzen, billigt dann aber im Nachhinein die Wegnahme, weil sie merkt, dass sie mit der Entschädigung der Versicherung ein neues Fahrrad kaufen kann, ändert dies nichts daran, dass im Moment der Wegnahme keine Einwilligung vorlag. Der Täter begeht nicht nur einen versuchten, sondern einen vollendeten Diebstahl.

2. Fähigkeit zur Einwilligung

Eine gültige Einwilligung setzt Einwilligungsfähigkeit voraus. Einwilligungsfähig ist, wer urteilsfähig ist. Urteilsfähig ist gemäss Art. 16 ZGB jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln. Gültig einwilligen kann somit, wer in der Lage ist, Umfang und Konsequenzen des bevorstehenden Eingriffs zu verstehen und sich dazu eine eigene Meinung zu bilden. Wichtig hervorzuheben ist, dass es nur um vernunftgemässes, nicht um vernünftiges Handeln geht. Die Entscheidung muss somit unter Einsatz der eigenen Vernunft getroffen werden, nicht aber unter objektiven Gesichtspunkten vernünftig erscheinen. Wem klar ist, dass eine Tätowierung dauerhaft sichtbar bleiben wird, der darf sich auch den Namen seiner Jugendliebe auf die Stirn stechen lassen.

Weil die Einwilligung wie erwähnt keine bindende rechtsgeschäftliche Erklärung ist, hängt sie auch nicht von der zivilrechtlichen Handlungsfähigkeit (Art. 13 ZGB «Die Handlungsfähigkeit besitzt, wer volljährig und urteilsfähig ist.») des Betroffenen ab. Die Fähigkeit zur Einwilligung ist somit an keine fixe

Altersgrenze gebunden. Eine 16-Jährige, die die Dimensionen ihrer Entscheidung überblickt, kann deshalb gültig einem Schwangerschaftsabbruch zustimmen.

Ist eine Person nicht einwilligungsfähig, so entscheiden ihre gesetzlichen Vertreter. Bei urteilsunfähigen Kindern sind das in aller Regel die Eltern. Diese haben ihre Entscheidung nach dem Wohl ihres Kindes zu richten (Art. 296 I und 304 I ZGB). Sind die Eltern Zeugen Jehovas können sie zwar für sich lebensrettende Bluttransfusionen verweigern, nicht aber für ihr Kind. Bei urteilsunfähigen Erwachsenen (z.B. Demenzkranken) gilt eine Kaskadenordnung: In erster Linie sind die vom Betroffenen in einer Patientenverfügung bezeichneten Vertreter zuständig, sodann Beistände, Ehegatten und weitere nahestehende Personen (Art. 378 ZGB). Alle diese Vertreter haben sich bei ihrer Entscheidung in erster Linie an den Wünschen zu orientieren, welche die betroffene Person im Zustand der Urteilsfähigkeit in Patientenverfügungen oder auch nur informell gegenüber Dritten formuliert hat. (Art. 9 Biomedizin-Konvention). Nur wenn diese Wünsche nicht bekannt sind oder die Person z.B. aufgrund einer seit Geburt bestehenden schweren geistigen Behinderung nie in der Lage war, Behandlungswünsche zu formulieren, ist nach ihrem objektiven Interesse zu entscheiden (Thommen 2004).

3. Schranken der Einwilligung

Als Grundsatz gilt, dass jede urteilsfähige Person frei über Rechtsgüter verfügen kann. Dieser Grundsatz ist jedoch in dreifacher Hinsicht eingeschränkt. Erstens kann man nur über *eigene* Güter disponieren. Eine Dispositionsbefugnis fehlt bei Gütern der Allgemeinheit. So kann eine Bäuerin zwar grundsätzlich frei über ihr Land verfügen, sie kann jedoch nicht gültig darin einwilligen, dass Sondermüll auf ihrem Acker deponiert wird, weil damit umwelt- und wasserschutzrechtliche Interessen der Allgemeinheit tangiert werden.

Zweitens stehen auch von den eigenen Rechtsgütern nicht alle zur freien Disposition. Schranken der Einwilligung bestehen etwa in Bezug auf den Körper. Nach herrschender Auffassung kann nur in einfache Körperverletzungen uneingeschränkt eingewilligt werden. Bei schweren Körperverletzungen wirke die Einwilligung nur rechtfertigend, «*wenn sie im Blick auf das wohlverstandene Interesse des Betroffenen als sinnvoll oder wenigstens vertretbar*» erscheine (Stratenwerth 2011). Als sinnvoll angesehen wird etwa die Entnahme einer Niere zum Zwecke der Spende unter Lebenden. Hier kann gültig eingewilligt werden (Art. 12 Transplantationsgesetz). Die weibliche Genitalverstümmelung (Art. 124 StGB) hingegen gilt prinzipiell als sinnloser Eingriff, in den nicht gültig einge-

willigt werden kann (RK-N 2010 5669). Auf den ersten Blick erscheint ein solcher weicher – am langfristigen Interesse des Betroffenen ausgerichteter – Paternalismus vernünftig. Bei näherem Hinsehen ergeben sich jedoch deutliche Zweifel (Niggli/Göhlich 2019): So gilt die Nierenspende nur als sinnvoll solange sie unentgeltlich erfolgt (Art. 6 Transplantationsgesetz). In einer liberalen Strafrechtsordnung kann es weiter für einen operativen Eingriff in die Genitalien nicht darauf ankommen, ob dieser aus ästhetischen oder atavistischen Gründen erfolgt. Entscheidend ist nur, ob er dem Willen der betroffenen Person entspricht. Ist die vollständige Tätowierung des Gesichts (blackout tattoo) inklusive Entfernung der Ohrmuscheln ein sinnvoller oder sinnloser Eingriff, wenn sich der Betroffene damit einen Lebensraum verwirklicht?

Dass die Einwilligung bei Körperverletzungen eingeschränkt ist, lässt sich wohl damit erklären, dass die deutsche Lehre und Praxis zur Einwilligung unkritisch übernommen wurden. § 228 des deutschen Strafgesetzbuchs statuiert: «*Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.*» In der Schweiz fehlen strafgesetzliche Grundlagen für eine solche Einschränkung (Weissenberger 1996).

Drittens ist eine Tötung nach Art. 114 StGB selbst dann strafbar, wenn sie auf ernsthaftes und eindringliches Verlangen des Getöteten erfolgt ist. Wenn schon ein eindringliches Verlangen nicht reicht, dann erst recht keine bloße Einwilligung. Daraus wird teilweise vorschnell gefolgert, dass das eigene Leben nicht qua Einwilligung zur Disposition gestellt werden könne. Das ist in dreifacher Hinsicht unzutreffend. Erstens kann man durch eigene Hand über sein Leben disponieren. Der versuchte *Suizid* ist straflos. Zweitens wirkt die Einwilligung nur bei *aktiver* Tötung nicht rechtfertigend. Einer Tötung durch Unterlassen (passive Sterbehilfe) kann man wirksam zustimmen. Der Krebspatient im Endstadium, der sich gegen eine Lungenentzündung keine Antibiotika mehr verabreichen lassen will, kann seinen eigenen Tod mit befreiender Wirkung für den Arzt billigen. Der Arzt kann nicht wegen Tötung durch Unterlassen bestraft werden (Geth 2010). Das kann man einerseits damit begründen, dass der Krebspatient den Arzt aus der Fürsorgepflicht und damit der Garantenstellung (Art. 11 StGB) entlässt. Man kann es aber auch damit begründen, dass die Verabreichung von Antibiotika gegen den Willen des Patienten ihrerseits eine Straftat wäre, die zu begehen, dem Arzt nicht zumutbar ist. Drittens ist nur die Einwilligung in die *vorsätzliche* Tötung ungültig. In die fahrlässige Tötung durch einen Dritten kann mit strafbefreiender Wirkung eingewilligt werden. Der betrunkene Autolenker haftet bei einem Unfall nicht für die fahrlässige Tötung seines Beifahrers, wenn dieser sich sehenden Auges zu ihm ins Auto gesetzt hat. Dass der Beifahrer bloss in die Gefahr für das Leben und nicht den Verlust des Lebens eingewilligt hat,

ändert nichts an der Straflosigkeit des Lenkers. Beifahrer und Lenker wissen beide, dass der Tod eintreten könnte, vertrauen aber auch beide darauf, dass er nicht eintritt. Die Einwilligung in die Gefahr trägt somit das Fahrlässigkeitsunrecht (Jetzer 2015).

4. Freiheit der Einwilligung

Der Gedanke, der den Unrechtsausschluss bei der Einwilligung trägt, ist die Autonomie des Betroffenen. Weil und soweit der Betroffene etwa seine Körperintegrität preisgibt, liegt keine Verletzung eines Rechtsguts vor, vielmehr macht der Betroffene von seiner Freiheit Gebrauch, über seinen Körper zu verfügen. Von einer autonomen Entscheidung lässt sich aber nur sprechen, wenn der Einwilligende seine Entscheidung erstens informiert und zweitens ohne Zwang trifft.

Informiert ist die Einwilligung, wenn der Betroffene über «Zweck und Art der Intervention sowie über deren Folgen und Risiken» (Art. 5 II Biomedizin Konvention) aufgeklärt wurde. Dies erlaubt ihm, seinen Entscheid «en connaissance de cause» zu treffen. Wer die Konsequenzen seiner Entscheidung nicht überblickt, kann nicht gültig einwilligen.

Ein *Irrtum* macht die Einwilligung ungültig. Wird ein Patient unter falschen Heilsversprechen dazu gebracht, in eine Operation einzuwilligen, bleibt es nach überzeugender Ansicht bei einer strafbaren Körperverletzung (Frister 2018). Lebhaft umstritten ist, ob dies auch für die Fälle gilt, die von einem Teil der Lehre dem «Einverständnis» (dazu unten III.1.) zugeschrieben werden. Begeht auch eine Vergewaltigung, wer eine Frau unter falschen Heiratsversprechen dazu bringt, sich ihm sexuell hinzugeben? Die traditionelle Antwort auf diese Frage ist, dass die falschen Versprechen hier nichts am «natürlichen» Einverständnis der Frau ändern. Sie habe mit anderen Worten ihre sexuelle Integrität willentlich, wenn auch unter falschen Annahmen, preisgegeben. Solange die Schweiz noch keinen Tatbestand geschaffen hat, der durch Täuschung erschlichene Zustimmungen zum Sexualkontakt unter Strafe stellt, bleibt solches Verhalten straflos (Scheidegger 2018). Das Gleiche gilt nicht für den Hausfriedensbruch. Wenn sich die Polizei Zutritt zu einer Wohnung verschafft, indem sie vorgibt, einen Hausdurchsuchungsbefehl zu haben, bleibt es beim Hausfriedensbruch. Die Zustimmung der Hauseigentümerin ist mit einem Irrtum behaftet.

Erst recht macht *Zwang* eine Einwilligung ungültig. Lässt eine Frau den Beischlaf nur deshalb über sich ergehen, weil sie vom Täter unter vorgehaltener Waffe dazu gezwungen wird, fehlt es offenkundig an einer gültigen Einwilligung in den Geschlechtsverkehr. Weniger klar ist, welchen Einfluss Zwangslagen auf

die Gültigkeit von Einwilligungen haben. Was ist mit der Frau, die sich prostituiert, um ihre Kinder zu ernähren? Handelt sie freiwillig? Hier gilt, dass der blosser Umstand, dass zwischen zwei Übeln ausgewählt werden muss, die Einwilligung nicht ungültig macht. So kann sich ein Sexualstraftäter gültig für eine chemische Katration entscheiden, um damit der Verwahrung zu entgehen (BGer 6B_645/2008).

III. Wirkungen

In Bezug auf die Wirkung der Einwilligung stellen sich drei Fragen: Führt die Einwilligung «nur» zur Rechtfertigung oder schliesst sie «bereits» den Tatbestand aus (1.)? Was geschieht, wenn der Täter davon ausgeht, dass eine Einwilligung vorliegt, diese aber in Wirklichkeit fehlt (2.)? Was ist, wenn ein Täter nicht weiss, dass eingewilligt wurde (2.)?

1. Rechtfertigende Einwilligung?

Nach deutschem und schweizerischem Verständnis folgt die Prüfung der Strafbarkeit einem dreistufigen Aufbau: Tatbestandsmässigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld. Auf der Ebene des Tatbestands wird gefragt, ob Unrecht vorliegt. Wurde jemand gewaltsam getötet? Auf der Ebene der Rechtfertigung geht es darum, ob das Unrecht des Tatbestands ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Lag Notwehr vor? Auf der Ebene der Schuld wird gefragt, ob das Unrecht dem Täter vorgeworfen werden kann. Litt der Täter an einer schweren psychischen Störung?

Insbesondere in der deutschen Doktrin tobt seit über einem halben Jahrhundert ein Streit darüber, welche Wirkung eine Einwilligung des Verletzten entfaltet bzw. wo die Einwilligung im dreistufigen Aufbau einzuordnen ist. Traditionell wurde im Anschluss an FRIEDRICH GEERDS (1960) unterschieden zwischen Einverständnis (assent) und Einwilligung (consent). Während das Einverständnis bereits den Tatbestand ausschliessen soll, wirke die Einwilligung erst auf der Ebene der Rechtfertigung. Ob es ein Einverständnis oder eine Einwilligung brauche, ergebe sich aus dem jeweiligen Tatbestand. Gewisse Delikte umfassten ein Handeln gegen den Willen des Betroffenen bereits im Tatbestand, so etwa der Diebstahl, der Hausfriedensbruch oder die Nötigungsdelikte. Wenn hier ein Einverständnis vorliege, könne der Tatbestand gar nicht erfüllt werden. Wer von seinem Nachbarn die Erlaubnis hat, einen Apfel von dessen Baum zu pflücken, begehe keinen Diebstahl. Es fehle bereits am Tatbestandselement der ‘Wegnahme’, wenn der Nachbar einverstanden sei, dass der Apfel genommen werde.

Auf der anderen Seite gebe es Delikte, bei denen das Handeln gegen den Willen nicht bereits tatbestandsimmanent sei. Das gelte etwa für die Körperverletzung und die Sachbeschädigung. Ein chirurgischer Eingriff erfülle den Tatbestand der Körperverletzung. Soweit der Patient jedoch explizit und informiert eingewilligt habe, sei dieser gerechtfertigt.

Relevant soll diese Unterscheidung etwa bei der erschlichenen Zustimmung sein. Weil es beim Einverständnis auf den natürlichen Willen des Opfers ankomme, mache ein Willensmangel die Zustimmung nicht ungültig. Ein erschlichesenes Einverständnis ändere nichts daran, dass der Betroffene seine Rechtsgüter preisgegeben habe und der Tatbestand damit nicht erfüllt sei. Demgegenüber mache ein Willensmangel eine Einwilligung ungültig. Weiter sei bei den Delikten, die das Handeln gegen den Willen nicht schon im Tatbestand führen, die Einwilligung an erhöhte normative Voraussetzungen geknüpft. Sie wirke nur rechtfertigend, wenn der Betroffene einwilligungsfähig war und frei von Willensmängeln zugestimmt habe.

Die *Unterscheidung* zwischen Einverständnis und Einwilligung wurde in der schweizerischen Lehre rezipiert (Wohlens 2020; Monnier 2020) und vom Bundesgericht, wenn auch nicht explizit, so doch der Sache nach übernommen. Es geht bei Körperverletzungsdelikten davon aus, dass die Einwilligung rechtfertigend wirkt (BGE 124 IV 258), während die Zustimmung des Gewahrsamsinhabers bereits den Tatbestand des Diebstahls ausschliesst (BGE 103 IV 83). Offen gelassen wurde die Frage bei der Freiheitsberaubung (BGE 6P.106/2006). Die Lehre bleibt in Bezug auf die *Wirkungen* (Rechtfertigung oder Tatbestandsabschluss) gespalten (Geth 2018).

Die Unterscheidung zwischen Einverständnis und Einwilligung ist in jüngerer Zeit zunehmend unter Druck geraten. Eingewendet wurde zunächst, dass sowohl für die Differenzierung von Einverständnis und Einwilligung als auch für die daran geknüpften Folgen (Form, Willensmängel etc.) gesetzliche Grundlagen fehlen. Folglich macht es keinen Unterschied, ob ein Arzt die Einwilligung in eine Operation durch falsche Heilversprechungen erlangt oder ob die Polizei Zutritt zu einem Haus nach Vorlage eines gefälschten Hausdurchsuchungsbefehls erhält. In beiden Fällen ist die Einwilligung ungültig (II.4).

Wenn man – wie hier – an beide Formen der Zustimmung (Einwilligung und Einverständnis) die gleichen Gültigkeitsvoraussetzungen knüpft, bleibt nur die Frage, welche Wirkungen die Einwilligung hat. Rechtfertigt die Einwilligung eine Verletzung oder liegt schon gar kein Unrecht vor? Gemäss einer überzeugenden Ansicht liegt der bloss rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung ein fehlgeleitetes Rechtsgüterverständnis zugrunde. Ebenso wenig wie sich die Einladung zu einer Party als Hausfriedensbruch mit Billigung deuten lässt, kann ein

Haarschnitt als Tätlichkeit mit Einwilligung gewertet werden. Weder das Hausrecht (als Teil der Privatsphäre) noch die körperliche Integrität würden um ihrer selbst willen geschützt. Rechtsgutsobjekte, wie der menschliche Körper oder ein Haus und eine Wohnung, würden nicht unabhängig von den daran bestehenden Rechtsgutsinteressen (Körperintegrität, Hausrecht) geschützt. Vielmehr mache die mit dem Eingriff einverständene Person von ihrer Freiheit Gebrauch, über ihren Körper oder ihre Privatsphäre zu bestimmen. Folglich bestehe von Anfang an kein Unrecht. Die Einwilligung wirke somit tatbestandsschliessend. (Roxin/Greco 2020).

Diese Schlussfolgerung sollte nicht überbewertet werden. Bei der Unterscheidung zwischen Einwilligung und Einverständnis handelt es sich nur noch um einen rein dogmatischen Streit darüber, ob man konsentierete Verletzungen als Unrecht bezeichnen möchte, das einer Rechtfertigung bedarf oder ob bereits begrifflich kein Unrecht vorliegt. Praktisch hat die Kontroverse um die Einordnung (*Labelling*) keinerlei Auswirkungen. Liegt eine gültige Einwilligung vor, hat ein Freispruch zu ergehen. Mangels einer tatbestandsmässigen und/oder rechtswidrigen Tat entfallen auch alle akzessorischen Strafbarkeitsfolgen wie etwa Anstiftung, Beihilfe oder Einziehung.

2. Putative Einwilligung

Welche Folgen treten ein, wenn ein Täter meint, eine Einwilligung liege vor, in Wirklichkeit hat sie der Betroffene aber widerrufen? Hier geht es um den subjektiven Tatbestand der Einwilligung. Der Gärtner, die den Auftrag bekommen hat, eine grosse Tanne im Garten zu fällen, versäumt es am Morgen vor der Ausführung des Auftrags nochmal ihre Mails zu kontrollieren. Sie bekommt deshalb nicht mit, dass die Hauseigentümerin den Auftrag widerrufen hat. Sie fällt die Tanne in der fälschlichen Meinung, mit Einwilligung der Eigentümerin zu handeln. Die irrtümliche Annahme einer in Wirklichkeit nicht vorliegenden Einwilligung beurteilt sich nach den Regeln über den Erlaubnistatbestandsirrtum (Putativrechtfertigung). Der Täter ist nach dem zu beurteilen, was er sich vorgestellt hat (Art. 13 I StGB). Er hat sich vorgestellt, die Einwilligung der Eigentümerin liege vor, also bleibt er grundsätzlich straflos. Hätte der Täter den Irrtum bei pflichtgemässer Vorsicht aber vermeiden können, so ist er wegen Fahrlässigkeit strafbar, wenn die fahrlässige Begehung der Tat mit Strafe bedroht ist (Art. 13 II StGB). Zwar hätte der Gärtner seine Mails nochmals kontrollieren sollen (Fahrlässigkeit), da die Sachbeschädigung (Fällen der Tanne) nach Art. 144 StGB aber nur vorsätzlich begangen werden kann, bleibt er definitiv straflos.

3. Unbekannte Einwilligung

Was gilt im umgekehrten Fall, wenn der Täter meint, ohne die Zustimmung zu handeln, die Betroffenen in Wirklichkeit aber eingewilligt haben? Der Täter erschleicht sich an einem Filmfestival Zutritt zu einer vermeintlichen VIP-Party. In Wirklichkeit handelt es sich um einen Publikumsevent, zu dem alle Zutritt haben. Objektiv liegt hier kein Unrecht vor. Das Hausrecht des Veranstalters wurde nicht verletzt. Subjektiv war dem Täter die Einwilligung aber nicht bekannt. Er hat deshalb mit Verletzungsvorsatz gehandelt. Nach überwiegender Meinung soll sich der 'Party-Crasher' deshalb des versuchten Hausfriedensbruchs schuldig gemacht haben.

Literaturverzeichnis

- Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Beck/München 2018, 15. Kapitel – Einverständnis, Einwilligung und mutmassliche Einwilligung.
- Geerds, Friedrich, Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafgesetzentwurf, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Vol. 72 (1960), Issue 1-2, p. 42-92.
- Geth, Christopher, Art. 14 – Gesetzlich erlaubte Handlungen, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar, 3. Auflage, Zürich/Dike 2018, pp. 94 ff.
- Geth, Christopher, Passive Sterbehilfe, Dissertation Universität Basel 2009, Basel/Helbing Lichtenhahn 2010.
- Hurtado Pozo, José/Godel, Thierry, Droit pénal général, 3^e édition, Genf/Zürich/Basel – Schulthess 2019, Chapitre 15, § 3, 1. Consentement.
- Jetzer, Laura, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht - zugleich ein Beitrag zur Mitwirkung an Selbstgefährdung, Zürich/Schulthess 2015.
- Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N), Parlamentarische Initiative Verbot von sexuellen Verstümmelungen, Bericht vom 30. April 2010, [BBl 2010 5651 ff.](#)
- Liebs, Detlef, Lateinische Rechtsregeln und Rechtsprichwörter, München 7. Aufl. 2007, Buchstabe V, Nr. 36, S. 245.
- Mona, Martino, [Die Einwilligung im Strafrecht](#), Bern 2017.
- Monnier, Gilles, Art. 14 CP, in: Laurent Moreillon/Alain Macaluso/Nicolas Queloz/Nathalie Dongois (Editeurs), Commentaire romand Code pénal I, Art. 1-110 CP, 2e édition, Bâle/Helbing Lichtenhahn Verlag 2020, pp. 267 ff.
- Niggli, Marcel Alexander/Göhlich, Carola, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 4. Auflage, Basel/Helbing Lichtenhahn 2019, Vor Art. 14, II. Einwilligung.
- Perrier Depeursinge, Camille/Pittet, Marie, Le consentement du lésé en droit pénal suisse, AJP/PJA 2021, 801-811.
- Roxin, Claus/Greco, Luis, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Auflage, Beck/München 2020, § 13 – Die Einwilligung.
- Scheidegger, Nora, Das Sexualstrafrecht der Schweiz – Grundlagen und Reformbedarf, Dissertation Universität Bern 2018, Stämpfli/Bern 2018.

- Stratenwerth, Günter, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, 4. Auflage, Bern/Stämpfli 2011, § 10 – Die Rechtswidrigkeit.
- Stratenwerth, Günter, Prinzipien der Rechtfertigung, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Vol. 68 (1956), Issue 1, p. 41-70.
- [Thommen, Marc, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter – eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Basel/Helbing & Lichtenhahn, 2004.](#)
- Weissenberger, Philippe, Die Einwilligung des Verletzten bei den Delikten gegen Leib und Leben, Dissertation Universität Basel 1996, Bern Stämpfli 1996.
- Wohlers, Wolfgang, Vorbemerkungen zu den Art. 14 ff., in: Wolfgang Wohlers/Gunhild Godenzi/Stephan Schlegel, Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar, 4. Auflage, Bern Stämpfli 2020, p. 52 ff.