

Honigs Einwilligungslehre

Uwe Murmann

A. Einführung

Die zentralen Überlegungen zur Einwilligungslehre Honigs finden sich in seiner 1919 erschienenen Habilitationsschrift mit dem Titel „Die Einwilligung des Verletzten“.¹ Der Zeitpunkt des Erscheinens ist zum einem deshalb von besonderer Bedeutung, weil die Schrift in der Hochphase des Einflusses der neukantianischen Wertphilosophie² entstand, und zugleich das positive Recht hinsichtlich der Regelungen zur Einwilligung im Fluss war: Mit dem Kommissionsentwurf von 1913 lag ein Regelungsvorschlag vor, der – dem heutigen § 228 StGB entsprechend – eine Teilregelung der Einwilligung für die Körperverletzung dergestalt vorsah, dass ihr die Wirksamkeit zu versagen sei, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt.³ Es ist das erklärte Anliegen Honigs, einen Beitrag zur Beantwortung der Frage zu leisten, „wie das Einwilligungsproblem im zukünftigen deutschen Strafrecht am zweckmäßigsten zu lösen sei“ (S. 5).

¹ *Honig*, Die Einwilligung des Verletzten. Teil 1: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim u.a. 1919. In Klammern gesetzte Seitenzahlen im Text beziehen sich auf dieses Werk.

² Deutlich das Bekenntnis zu dieser Schule bei *Honig* (Fn. 1), S. 117.

³ *Weiglin*, Richard Martin Honig (1890–1981) – Leben und Frühwerk eines deutschen Juristen jüdischer Herkunft. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der modernen Lehre von der objektiven Zurechnung, Baden-Baden u.a. 2011, S. 62 f.

Die Schrift Honigs ist heute weniger mit Blick auf seinen Standpunkt zu Fragen der Einwilligung bekannt, als vielmehr aufgrund seiner Stellungnahme zur Rechtsgutslehre, die weiten Raum in seinen Überlegungen einnimmt. Das kann nicht überraschen. Denn die Nähe zum Rechtsgutsbegriff ist im Thema der Einwilligung angelegt: Beschreibt man Unrecht im materiellen Sinn als Rechtsgutsverletzung, so geht es bei der Einwilligung um die Frage, inwieweit das Opfer über das Rechtsgut oder zumindest dessen Schutz disponieren kann. Die Antwort hängt davon ab, wer Inhaber des Rechtsguts ist, und mehr noch davon, ob die Inhaberschaft eine originäre oder eine zugewiesene ist. Honig gibt auf diese Fragen dezidiert Antwort:

B. Die Desavouierung der Behandlung der Einwilligung auf der Grundlage der Rechtsverletzungslehre als Begriffsjurisprudenz

Honig hat den Anspruch, seine Einwilligungslehre methodisch reflektiert zu entwickeln. Auf dieser Grundlage erfolgt auch die Zurückweisung der Rechtsverletzungslehre: Verstehe man „als Angriffsobjekte der Verbrechen die subjektiven Rechte der Rechtsgenossen“ (S. 21), so sei „die Begehung einer strafbaren Handlung rein begrifflich nicht mehr möglich, wenn die Einwilligung zur Verletzung des Rechts erteilt war“ (S. 21). Diese im Begriff der Rechtsverletzung angelegte Relevanz der Einwilligung sei Ausdruck einer begriffsjuristischen Methode. Nichts Anderes gelte, wenn der Wirksamkeit der Einwilligung Grenzen gesetzt würden, da diese bereits in der „rein begrifflichen Scheidung der veräußerlichen von den unveräußerlichen“ Rechten angelegt seien (S. 21). Die Relevanz der Einwilligung und die Festlegung von Grenzen ihrer Wirksamkeit sei so lediglich ein „Spiel der Begriffe“ (S. 22).

Sachlich berechtigt wäre dieser Vorwurf nur, wenn die rechtliche Relevanz der Einwilligung und deren Grenzen auf Basis der Rechtsverletzungslehre einer materiellen Begründung entbehren würden. Allein der Umstand, dass die Relevanz der Einwilligung in der Logik eines individualistisch fundierten Unrechtsverständnisses liegt, kann aber schwerlich den Vorwurf rein begrifflicher Konstruktion begründen.⁴ Freilich sieht Honig auch das rechtsphilosophische Fundament der Verbrechenlehre, wie es insbesondere dem System Feuerbachs zugrunde lag (S. 32 ff.): „Die naturrechtliche Rechtsphilosophie war die Grundlage, die ihrem Wesen entsprechende Begriffsjurisprudenz die Methode der Theorie, welche die Wirksamkeit der Einwilligung von der Verfügbarkeit des angegriffenen Rechts abhängig machte“ (S. 37).

⁴ Ähnlich argumentiert *Honig* (Fn. 1), S. 96 f. in Fn. 41 hinsichtlich der Begründung für die Straflosigkeit der Selbstverletzung: Die Vertreter der Begriffsjurisprudenz hätten dafür etwa geltend gemacht, dass die Selbstverletzung nicht die dem Recht eigentümliche, soziale Sphäre berühre. In einer solchen Argumentation sei der „Begriff der Selbstverletzung ausschlaggebend“ (Hervorhebung dort). In Wahrheit geht es aber um materielle, die Legitimation eines (strafbewehrten) Verbots betreffende Überlegungen.

Gegen die Grundlage wendet er ein, dass sie „an den Forderungen des Lebens scheiterte“, nämlich daran, dass es nicht möglich gewesen sei, alle strafbaren Handlungen auf eine Verletzung subjektiver Rechte zurückzuführen (S. 43).

„Heute, wo wir gewohnt sind, den ethischen und politischen Gehalt des Rechtsbegriffs zu eliminieren und die subjektiven Rechte nur in den Grenzen anzuerkennen, die das positive Recht ihnen zieht, dürfte jene Theorie [also: die Rechtsverletzungslehre] endgültig überholt sein“ (S. 44).

C. Das gemeinschaftsbezogene Rechtsverständnis

Honig verwirft folglich ein individualistisches, freiheitsbasiertes Rechtsverständnis und setzt ihm einen gemeinschaftsbezogenen, gesetzessystematischen Ansatz entgegen (S. 25 f.).

Damit sind auch schon die wesentlichen Eckpunkte von Honigs Rechtsverständnis benannt. Erstens: Die Unrechtsbestimmung obliegt der Rechtsgemeinschaft, die sich hierzu – zweitens – des positiven Rechts bedient. Der dritte Eckpunkt ist in der Definitionsmacht über das Recht bereits angelegt, nämlich die Ausrichtung des Rechts und damit auch des Strafrechts auf den Schutz der Rechtsgemeinschaft: „nicht mehr die Rechte der einzelnen Individuen stehen im Mittelpunkt des Interesses, sondern das durch das Recht geregelte Gemeinschaftsleben, bzw. der Bestand des Staates selbst“ (S. 30). Es liege „im publizistischen Charakter des Strafrechts begründet, dass es ausschließlich im Dienst der Interessen der Gesamtheit steht, denen gegenüber die Interessen der einzelnen als *quantité négligeable* erscheinen“ (S. 115, auch S. 74 f.).

Damit ist natürlich nicht gesagt, dass Individualinteressen generell der rechtliche Schutz zu versagen sei.⁵ Vielmehr bestehe ein subjektives Recht, „wenn der individuelle Wille nach gesetzlicher Vorschrift innerhalb eines bestimmten Herrschaftsgebiets maßgebend ist“ (S. 45). Entscheidend ist aber, dass die Einzelnen keinen originären Anspruch auf die Einräumung subjektiver Rechte haben: „Die Gewährung des ihnen zuteil werdenden Rechtsschutzes erfolgt (...) nicht so sehr zugunsten des einzelnen Berechtigten, als vielmehr mit Rücksicht auf das Wohl der Rechtsgemeinschaft“ (S. 47).

Subjektive Rechte haben für die Gemeinschaft eine „Wertbedeutung“, da die „Abgrenzung der freien Machtsphäre der Gemeinschaftsmitglieder gegeneinander“ zu den „wichtigsten Erscheinungen des Gemeinschaftslebens“ gehöre (S. 98).

Die Betonung der Interessen der Rechtsgemeinschaft legt natürlich die Frage danach nahe, wie der Gesetzgeber diese Interessen bestimmt, woher er also den anzulegenden Maßstab nimmt. Die Antwort Honigs lautet:

⁵ Eingehend gegen die Auffassung, wonach subjektive Rechte überhaupt nicht als strafrechtlich geschützte Angriffsobjekte in Betracht kommen, Honig (Fn. 1), S. 44 ff.

„selbstverständlich aus den überkommenen Volksanschauungen, aus der im Volksbewusstsein gegründeten Kultur. Das Volksbewusstsein wird auf die menschlichen Handlungen stets mit Wert- oder Unwerturteilen reagieren. Das Unwerturteil, das sich im Bewusstsein der Gemeinschaft hinsichtlich einer Handlung durchsetzt, ist das Motiv des gesetzgeberischen Rechtsschutzes.“

An anderer Stelle spricht Honig sogar davon, dass der Gesetzgeber „die Unwertbedeutung einer neuartigen Handlung *fühlt*“ und sie deshalb bei Strafe verbietet (S. 107, Hervorhebung nur hier). Die Abgrenzung von Recht und Unrecht gerät so zu einem Bekenntnis (S. 108). Die in diesen Formulierungen implizierte inhaltliche Beliebigkeit wird nur wenig zurückgenommen durch die Annahme, dass der Inhalt der Wertvorstellungen von dem rechtsphilosophischen Standpunkt abhängt, welchen der Gesetzgeber eingenommen habe (S. 108). Es wird sogleich darauf zurückzukommen und zu zeigen sein, dass die damit in Aussicht gestellten Anforderungen an die Rationalität der gesetzgeberischen Entscheidung sehr dürftig ausfallen.

Das Bekenntnis des Gesetzgebers erhält durch das positive Recht seine Verbindlichkeit; das geschützte Rechtsgut ist, so der wohl bekannteste Satz in Honigs Werk, „der vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel“ (S. 94, auch S. 109).

Damit ist das Rechtsgut nicht nur das Gut, dessen Verletzung vermieden werden soll, sondern die Rechtsgüter sollen die Gemeinschaftswerte gerade in der Beziehung umschreiben, in denen sie durch die tatbestandsmäßigen Handlungen verletzt werden können (S. 95). So sei nicht das Leben an sich das Rechtsgut des § 212 StGB, sondern nur, soweit es vor Angriffen tatbestandlich geschützt ist. Der deliktische Erfolg sei folglich nicht nur die Verletzung des Lebens, sondern die Tatbestandsverwirklichung in ihrer Gesamtheit (S. 100 ff.). Diese Erweiterung des Rechtsguts- und Erfolgsbegriffs ist für Honig gerade bezogen auf das Leben von Bedeutung, weil er so den Unterschied zwischen strafloser Selbstverletzung und der Strafbarkeit bewilligter Fremdverletzung im Sinne einer rechtspolitisch motivierten Entscheidung plausibel machen will (S. 95 f.). Das Leben ist danach nicht als solches ein rechtlich geschützter Gemeinschaftswert, sondern nur in Hinblick auf Übergriffe anderer.⁶ Die Frage nach legitimen Grenzen der Selbstverfügungsfreiheit und den sachlichen Gründen für die unterschiedliche Behandlung wird im Keim erstickt, weil kurzerhand auf eine im Gemeinschaftsleben vorfindliche und vom Gesetzgeber übernommene Differenzierung hingewiesen wird. Die unausgesprochene Konsequenz dieser Argumentation wird man darin erblicken müssen, dass Honig keine Bedenken dagegen tragen würde, wenn der Gesetzgeber unter Hinweis auf die Anschauungen des Volkes auch die Selbstverletzung unter Strafe stellen würde.⁷

⁶ Eine Einsicht, die sich aus dem Wortlaut von § 212 StGB (auch in der damaligen Fassung) allerdings nicht ohne weiteres ergibt, da dort lediglich vorausgesetzt ist, dass der Täter „einen Menschen“ tötet.

⁷ Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin/Heidelberg 2005, S. 111.

Zu dieser strikt positivistischen Interpretation des Rechtsgutsbegriffs steht es in einem Spannungsverhältnis, wenn Honig das Rechtsgut im Anschluss an v. Liszt als „Grenzbegriff“ begreift, der auf eine andere Wissenschaft verweise. Denn damit wird der Rechtsgutsbegriff partiell der Definitionsmacht des Gesetzgebers entzogen.⁸ Dabei hatte v. Liszt als Bezugsbegriff die Rechtspolitik im Blick, Honig hingegen die Rechtsphilosophie, „mit deren Hilfe allein er [der Rechtsgutsbegriff] zur Ausprägung gelangen kann“ (S. 113, auch S. 108).⁹ Die damit geweckte Erwartung einer zusätzlichen Fundierung seines Rechtsverständnisses wird rasch zunichte gemacht, wenn Honig meint, darin liege kein Gegensatz zur Auffassung Franz v. Liszts, denn

„Rechtspolitik ist nur ein Teilgebiet der Rechtsphilosophie, wie rechtspolitische Betrachtungsweise zugleich rechtsphilosophische Betrachtungsweise der Rechtssätze ist, wenn auch unter dem ausschließlichen Gesichtspunkt der ihnen immanenten Zweckmäßigkeit“ (S. 113).

Die Überraschung darüber, dass Honig dem Gesetzgeber rechtsphilosophische Reflexion zutraut, wird durch die Anforderungen an deren Niveau gemildert: Das rechtsphilosophische Konzept, das die erforderliche Orientierung biete, ist für Honig nämlich die soziologische Rechtsschule, deren „Grundidee“ sei, dass das Recht der „Wahrung und Förderung des Gemeinschaftslebens“ diene (S. 116 f.).¹⁰ Dabei verlangt Honig nicht etwa empirische Untersuchungen dazu, welche Werte für die Gemeinschaft tatsächlich von Belang sind.¹¹ Maßgeblich ist vielmehr das Verständnis des Gesetzgebers davon, was dem Gemeinschaftsleben dient. Die Bindung an das vorpositive Substrat der zu Kulturnormen verfestigten Volksanschauungen bleibt damit denkbar schwach.¹²

Zusammenfassend: Die vom Gesetzgeber für strafbar erklärten Handlungen geben Auskunft darüber,

„welche dem Gemeinschaftsleben förderlichen Güter, welche in der Gemeinschaft lebenden Interessen und Gefühle, welche dem Gemeinwohl entsprechenden Zustände und welche vom Recht der Gemeinschaft anerkannten subjektiven Rechte oder von ihm statuierten Pflichten sie verletzen oder gefährden“ (S. 117).

⁸ Weiglin (Fn. 3), S. 109.

⁹ An der zitierten Stelle spricht Honig zwar vom Schutzobjekt. Er gebraucht diesen Begriff aber synonym zu dem des Rechtsguts, Honig (Fn. 1), S. 29.

¹⁰ Freilich stellt sich die Frage, wie sich Honigs Festlegung auf die soziologische Rechtsschule zur Entscheidungskompetenz des Gesetzgebers verhält. Während nämlich Honig (Fn. 1), S. 108 noch für maßgeblich hält, welchen rechtsphilosophischen Standpunkt der Gesetzgeber (tatsächlich) eingenommen hat, scheint nunmehr eine Festlegung auf einen wissenschaftlich für sachgerecht gehaltenen Ansatz vorgenommen zu werden, den sich der Gesetzgeber aber nicht zwingend zu eigen machen muss.

¹¹ Siehe auch Weiglin (Fn. 3), S. 71 f.

¹² Vgl. Murmann (Fn. 7), S. 108.

D. Die Begründung eines Rechts zur Einwilligung

Aus dem skizzierten Rechtsverständnis wird deutlich, dass die Willensbetätigungsfreiheit des Einzelnen bei Honig eine schwache Position innehat. Das gilt in zweierlei Hinsicht:

Erstens liegt die Kompetenz für die Definition von Individualrechtsgütern bei der Rechtsgemeinschaft. Ebenso wie das Individualrecht ist damit auch die diesbezügliche Verfügungsbefugnis nicht originär in der Person begründet. Der Einzelne hat folglich gegenüber dem Staat keinen Anspruch auf Respektierung seiner Willensbetätigungsfreiheit im Hinblick auf die ihm zugewiesenen Rechtsgüter.¹³

Zweitens liegen mit der Definitionsmacht auch die Maßstäbe für eine Anerkennung von Willensbetätigungsfreiheit und deren Begrenzung bei der Rechtsgemeinschaft. Dem Opfer wird also eine Verfügungsbefugnis nur dort eingeräumt, wo dies mit den Interessen der Rechtsgemeinschaft zumindest kompatibel ist. Die Sicherung individueller Freiheit stellt keine verbindliche Aufgabe von Recht dar. Honig schreibt:

„Auch da, wo der Rechtsschutz zunächst nur dem Einzelnen zugute kommt, ist doch nicht sein Wille, sondern grundsätzlich nur der im Gesetz zum Ausdruck kommende Gemeinschaftswille für die Rechtsschutzbedürftigkeit der angegriffenen Interessen maßgebend“ (S. 74 f.).

Zusammenfassend: Die Begründung der Einwilligung ist äußerst fragil. Die Person kann Verfügungsfreiheit nicht aus ihrer eigenen Position im Recht heraus reklamieren und die Sicherung ihrer Freiheit ist keine verbindliche Aufgabe der Rechtsgemeinschaft. Das Vertrauen darauf, dass sich die für die Rechtsentwicklung maßgeblichen Volksanschauungen auf einer gewissen kulturellen Höhe bewegen, lässt sich wohl nur daraus erklären, dass die Arbeit noch nicht von den Erfahrungen des Nationalsozialismus geprägt war.

E. Die Reichweite des Einwilligungsrechts

Das gemeinschaftsbezogene Rechtsverständnis, in dem Individualrechte gewissermaßen einer Sonderzuweisung bedürfen, hat Konsequenzen für die Verteilung der Begründungslasten: Nicht die Begrenzung eines Selbstverfügungsrechts des Einzelnen bedarf der Legitimation, sondern der Verzicht auf den Schutz eines Rechtsgutes, das der Staat grundsätzlich für schutzbedürftig hält.

Werden dem Einzelnen subjektive Rechte vom Gesetzgeber je nach Gemeinschaftsinteresse zugewiesen, und hängt auch die Verfügungsbefugnis von der diesbezüglichen Einschätzung des Gesetzgebers ab, so lässt sich eine einheitliche, für alle Individualrechte gleichermaßen gültige Einwilligungslehre nicht begründen.

¹³ Dazu schon *Murmann* (Fn. 7), S. 108 f.

Dementsprechend will Honig zur Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang eine Einwilligung hinsichtlich der einzelnen Tatbestände das Strafunrecht aufhebt, das positive Recht auf Hinweise durchsuchen (S. 19, 31, 118 f.). „Zu fordern ist, dass das Gesetz selbst Auskunft gibt“ (S. 119). Aus dem Postulat der Einheit der Rechtsordnung (S. 97) entwickelt Honig den Gedanken, dass

„die Frage nach den Grenzen der Einwilligung und ihren Erfordernissen bei den einzelnen Delikten nur unter Berücksichtigung aller Rechtssätze entschieden werden kann, die das menschliche Verhalten gegenüber denjenigen Gemeinschaftswerten regeln, die als das Substrat der Schutzobjekte der in Rede stehenden Delikte zu erachten sind“ (S. 98).

Anhaltspunkte im Gesetz liegen zunächst dort vor, wo „gerade auf der Nichtachtung des Willens des Verletzten die Unwertbedeutung der deliktischen Handlung beruht“ (S. 119), also beim Einverständnis, das Honig als Fall einer (mitunter tatbestandsausschließenden) Einwilligung interpretiert.¹⁴ Neben dem hier zu verortenden Diebstahl und der Freiheitsberaubung (S. 132 f.) nennt Honig auch Unterschlagung und Sachbeschädigung¹⁵ unter Hinweis auf das dort jeweils genannte Erfordernis der Rechtswidrigkeit (S. 120). Aus diesem Begriff ergibt sich freilich nicht ohne weiteres, dass auch die Einwilligung das Unrecht ausschließt. Honig argumentiert damit, dass die genannten Delikte „auf eine rechtswidrige Veränderung der privatrechtlichen Rechtslage gerichtet sind“ (S. 120), zieht hier also auch die Zivilrechtsordnung zur Begründung seines Ergebnisses heran.

Ein weiteres gesetzliches Indiz für die Relevanz des Opferwillens erblickt Honig im Strafantragserfordernis (S. 123). So liege es bei § 185 StGB (S. 123) und auch der leichten und der fahrlässigen Körperverletzung (S. 123 ff.). Beide Tatbestände waren zum damaligen Zeitpunkt noch als absolute Antragsdelikte ausgestaltet.¹⁶ Damit werde zum Ausdruck gebracht, dass das „Gesetz dem Willen des Verletzten Rechnung trägt“ (S. 125). Trotz der unterschiedlichen Funktionen von Einwilligung und Strafantragsrecht beruhten beide auf den gleichen rechtspolitischen Gründen (S. 126 f.).

¹⁴ Ein wesentlicher Grund für die Einordnung des Einverständnisses als Fall der Einwilligung dürfte in dem Bestreben liegen, Grund und Grenzen der Einwilligung aus dem Gesetz abzuleiten, das gerade hier besonders aussagekräftig ist: Es sei „schon mit Rücksicht auf die Frage nach den Erfordernissen der Einwilligung methodisch unrichtig, diese Fälle [nämlich die des Einverständnisses] aus der Betrachtung auszuscheiden“ (Honig [Fn. 1], S. 162). Und: „Die Frage nach der juristischen Natur der Einwilligung“ werde durch die Betrachtung der Delikte, die ein Handeln gegen den Opferwillen schon tatbestandlich voraussetzen, gefördert (Honig [Fn. 1], S. 162).

¹⁵ Bei der die Einwilligung aber nicht bereits den Tatbestand, sondern erst die Rechtswidrigkeit ausschließe, Honig (Fn. 1), S. 138.

¹⁶ Die Umgestaltung als relatives Antragsdelikt erfolgte erst 1940. Aus heutiger Sicht dürfte es so liegen, dass Honig den Schluss vom Antragserfordernis auf die Verfügbarkeit nicht ziehen würde, wenn die Antragsbefugnis nicht allein dem Verletzten zusteht (wobei die Ausführungen bei Honig den Fall betreffen, dass die Antragsbefugnis einem anderen Privaten zusteht, Honig [Fn. 1], S. 127).

Honig fasst seine bis zu diesem Punkt angestellten Überlegungen in einem Formulierungsvorschlag für eine gesetzliche Regelung zusammen:

„Die Einwilligung des Verletzten schließt die Strafbarkeit derjenigen Handlungen aus, bei denen ein als ‚rechtswidrig‘ bezeichnetes Verhalten oder ein Handeln ‚gegen‘ oder ‚ohne den Willen‘ des Verletzten zum Tatbestand gehört, oder deren Verfolgung nur auf Antrag des unmittelbar Verletzten eintritt“ (S. 129).

Honig sieht hier Regelungsbedarf, denn während er aus den von ihm herausgearbeiteten Indizien auf die Wirksamkeit einer Einwilligung in den Ehebruch und die Beleidigung schließt, wurden die durch diese Tatbestände geschützten Rechtsgüter in der Literatur zum Teil für unverfügbar und deshalb die Einwilligung für unwirksam gehalten. Nicht ohne weiteres nachvollziehbar erscheint es aber, wenn sich die gesetzliche Regelung auch auf die Tatbestände erstrecken sollte, in denen ein Handeln „ohne“ oder „gegen den Willen“ des Verletzten ausdrücklich vorausgesetzt war. Denn wo die Zustimmung tatbestandsausschließend wirkt folgt ihre Relevanz aus dem Tatbestand des Besonderen Teils und eine Regelung im Allgemeinen Teil erweist sich als überflüssig.

Orientiert sich der Gesetzgeber bei der Auswahl der Rechtsgüter (einschließlich der diese verletzenden Verhaltensweisen) an den Volksanschauungen, so ist die Grenze zwischen sozialschädlichem und bloß moralwidrigem Verhalten de facto preisgegeben.¹⁷ Der gemeinschaftsbezogene Ansatz erlaubt es demnach, auch bei grundsätzlich der Einwilligung zugänglichen Tatbeständen deren Wirksamkeit dort Grenzen zu setzen, wo die bewilligte Handlung „dem sittlichen Bewusstsein widerspricht“ (S. 136). Er verdeutlicht das am Beispiel des Friseurs, der sich zur schmerzlosen Beibringung von Gesichtsnarben erbietet, die den Eindruck von Mensurverletzungen vermitteln. Als Begründung für die Strafbarkeit des Friseurs macht er geltend, dass die Einwilligung des anderen¹⁸ – ebenso wie das Verhalten des Friseurs – dem sittlichen Bewusstsein widerstreite (S. 136) und deshalb – so wird man ergänzen müssen – ein von den Interessen des Verletzten entkoppeltes Strafbedürfnis der Allgemeinheit bestehe.¹⁹ Die – damals im Entwurfsstadium befindliche – Sittenwidrigkeitsklausel, wie sie heute in § 228 StGB geregelt ist, hält Honig folglich für richtig, kritisiert aber deren Reichweite: Nichts anderes könne nämlich für die

¹⁷ Dazu *Amelung*, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchung zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtsprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der „Sozialschädlichkeit“ des Verbrechens, Frankfurt am Main 1972, S. 156; *Murmann* (Fn. 7), S. 110.

¹⁸ Die Frage, ob die Sittenwidrigkeit der Einwilligung oder die des bewilligten Verhaltens maßgeblich ist, wird von Honig nicht klar beantwortet. Trotz des eindeutigen Wortlauts des Entwurfs (demzufolge es auf die Sittenwidrigkeit der bewilligten Handlung ankommt), erwähnt Honig an der zitierten Stelle beide Anknüpfungspunkte. In anderem Kontext scheint er allein die Sittenwidrigkeit der Einwilligung für maßgeblich zu halten (*Honig* [Fn. 1], S. 137 unten).

¹⁹ *Murmann* (Fn. 7), S. 110.

Freiheitsberaubung gelten: Erkläre sich etwa ein Bestohler bereit, auf eine Strafanzeige zu verzichten, wenn der Dieb damit einverstanden ist, sich einen Tag lang in den Keller sperren zu lassen, so sei die Einwilligung unwirksam (S. 136). Hier dürfte sich allerdings wohl eher die Frage stellen, ob eine solche Zustimmung freiwillig erklärt wurde.

Solange die Sittenwidrigkeitsklausel noch nicht im Gesetz verankert ist, ist Honig von seinem positivistischen Grundverständnis her freilich dazu gezwungen, nach einem anderen gesetzlichen Anknüpfungspunkt für seine Auffassung Ausschau zu halten. Diesen findet er bei § 239 StGB im – noch bis 1998 im Gesetz verankerten – Erfordernis der Widerrechtlichkeit. Damit werde zum Ausdruck gebracht, „dass die Handlung, soll sie rechtlich irrelevant sein, nicht nur nicht dem Willen des Verletzten zuwiderlaufen, sondern auch gegen keinen objektiven Rechtsgrundsatz verstoßen darf“ (S. 137).

Da es freilich keine gesetzliche Regelung gibt, die etwa den genannten Beispielfall erfasst, werden auf diese Weise kurzerhand die für Honig maßgeblichen Volksanschauungen zur Konkretisierung der Widerrechtlichkeit herangezogen. Die Berechtigung hierfür dürfte Honig in dem Bemühen sehen, den Bedürfnissen des Gemeinschaftslebens Rechnung zu tragen. Bei § 223 StGB übergeht Honig das Fehlen eines gesetzlichen Anknüpfungspunkts mit Stillschweigen. Insoweit wird das sonst betonte Erfordernis einer positivrechtlichen Anbindung mit Blick auf das sittliche Empfinden kurzerhand preisgegeben. Freilich plädiert Honig (S. 138) für eine gesetzliche Regelung, die aber nach den vorangegangenen Ausführungen eher klarstellenden Charakter aufweisen würde – was freilich dem gesetzpositivistischen Ansatz Honigs widerspricht.

F. Zur Einwilligungserklärung

Schließlich befasst sich Honig mit allerlei Fragen, die mit der Einwilligungserklärung zusammenhängen (S. 139 ff.). Ausgangspunkt sei insoweit der *Begriff* der Einwilligung im grammatisch-sprachlichen Sinne. „Hiernach ist die Einwilligung der Ausdruck des Einverständnisses mit einem bevorstehenden Verhalten eines anderen, das der sein Einverständnis Erklärende verhindern kann“ (S. 139).

Das Erfordernis, dass der Einwilligende das bewilligte Verhalten verhindern können muss, ist zumindest missverständlich. Honig formuliert zum einen, dass „die *Duldung* des Verhaltens, zu dem die Einwilligung erteilt ist ... im Belieben des Einwilligenden stehen“ müsse (S. 140, Hervorhebung nur hier). Er hält dies offenbar für gleichbedeutend mit der Aussage, „dass die *Abgabe* der Einwilligungserklärung im Belieben des Einwilligenden stehen muss“ (S. 140 mit Fn. 3). Mit der letztgenannten Formulierung ist offenbar das Erfordernis der Freiwilligkeit der Einwilligung angesprochen. Die erstgenannte Formulierung konkretisiert Honig mit dem Satz: „Es hat keinen Sinn, von einer Einwilligung zu sprechen, wenn man nicht das Verhalten eines anderen, in das man einwilligt, verhindern kann“ (S. 140).

Obwohl es sprachlich naheliegt, kann damit wohl kaum gemeint sein, dass der Erklärende physisch in der Lage sein muss, die Verletzungshandlung abzuwehren, wenn sie gegen seinen Willen vorgenommen werden soll. Gemeint sein dürfte, dass der Erklärungsempfänger sein Verhalten von der Bewilligung abhängig macht. In diesem Sinne könnte der Einwilligende das Verhalten auch verhindern, indem er sich nämlich nicht damit einverstanden erklärt.

Aus dem Begriff wird dann das Erfordernis abgeleitet, dass der Berechtigte seinem Einverständnis Ausdruck verleihen müsse; die bloße Willensrichtung genüge schon rein sprachlich nicht (S. 139). Die sachliche Begründung geht dahin, dass sich das „Recht als Regelung des Gemeinschaftslebens ... nur an den in der Außenwelt verwirklichten Willen der Gemeinschaftsmitglieder halten“ könne (S. 139). Der Sache nach wird dieses Postulat unterlaufen, weil eine konkludente Einwilligung auch in der untätigen Kenntnisnahme des Täterhandelns zu erblicken sei (S. 146 f., was Honig freilich nicht aus dem Wortlaut, sondern in Abhängigkeit vom Gesetzeszweck entwickelt). Bezogen auf die Eigentumsdelikte wird der Gedanke näher ausformuliert: Hier liege nicht lediglich eine „bloße Willensrichtung“ des Eigentümers vor, sondern in dem Verhalten sei „die Aufgabe der tatsächlichen Gewalt über die Sache zu erblicken“ (S. 147; bezogen auf das Aneignungsrecht und das Hausrecht S. 148).

Ebenfalls aus dem Begriff will Honig folgern, dass die Einwilligung ex ante erfolgen (S. 140) und sich auf ein bestimmtes Verhalten eines anderen beziehen muss (S. 140).

Hinsichtlich der weiteren Anforderungen an die Einwilligungserklärung wendet sich Honig erneut dagegen, „das begriffliche Gesetz des Ineinandergreifens der juristischen Natur des Verbrechens einerseits und der Einwilligung andererseits“ zum Ausgangspunkt für die Bestimmung der Einwilligungsvoraussetzungen zu nehmen. Maßgeblich sei vielmehr – vor dem Hintergrund des Bekenntnisses zur Interessenjurisprudenz – „das praktische Gesetz des mit der Einwilligung bei den einzelnen Delikten verfolgten Zwecks“ (S. 145). Hieraus folgert Honig die Erfordernisse der Ernsthaftigkeit und Freiwilligkeit (S. 145), die bereits erwähnte Möglichkeit konkludenter Einwilligung (S. 145 ff.) und deren Widerruflichkeit (S. 148 ff.).

Auch die Frage, ob die Einwilligung zur Kenntnis des Täters gelangt sein muss (S. 153 ff.), will Honig mit Blick auf die unterschiedliche rechtliche Behandlung der geschützten Güter differenziert beantworten und hierbei auf Anhaltspunkte aus der gesamten Rechtsordnung zurückgreifen (S. 158). Seien etwa Eigentumsrechte betroffen, so hänge das Erfordernis der Kenntnisnahme von den zivilrechtlichen Vorschriften über Rechtsgeschäfte ab. Bei einer Sachbeschädigung sei folglich zwar der Zugang, nicht aber die Kenntnisnahme der Einwilligungserklärung zu fordern (S. 156 f.). Der Einwilligung komme aber längst nicht immer rechtsgeschäftlicher Charakter zu (S. 158 ff.). So entstehe etwa durch die Bewilligung einer Körperverletzung mit dieser Erklärung noch kein Recht zur Vornahme der bewilligten Handlung. Vielmehr sei die nicht-rechtsgeschäftliche Einwilligung „an sich ohne jede

Rechtswirkung“ (S. 164, 165). Die „Umwandlung des rechtswidrigen Charakters einer gesetzlich umschriebenen Handlung in einen nicht rechtswidrigen“ trete „erst mit dem Vollzug dieser Handlung ein“ (S. 165). Die Rechtswirkung der nicht-rechtsgeschäftlichen Einwilligung trete „in der rechtlichen Bedeutsamkeit einer Handlung in Erscheinung, die von einem anderen als dem Einwilligenden vorgenommen worden ist“ (S. 165).

Die Vorstellung, dass die Einwilligung einer Handlung zwar die Rechtswidrigkeit nehme, aber nicht die rechtlichen Beziehungen von Täter und Opfer modifiziere (deutlich auch S. 160), lässt sich wohl nur vor dem Hintergrund von Honigs gemeinschaftsbezogenem Rechtsverständnis nachvollziehen: Der Einzelne vermag jenseits des ihm zugewiesenen privatrechtlichen Bereichs seine Rechtsverhältnisse nicht zu gestalten, aber der Staat kann seine Einwilligung bei der rechtlichen Beurteilung der bewilligten Handlung berücksichtigen. Die Einwilligung modifiziert so gesehen das staatliche Interesse an dem geschützten Rechtsgut; der Täter profitiert lediglich davon, dass der Staat sein Rechtswidrigkeitsurteil in Abhängigkeit vom Opferwillen bildet. Die Kehrseite dieser Auffassung liegt darin, dass die nicht bewilligte Tat primär Gemeinschaftsinteressen verletzt.

Hinsichtlich der Anforderungen an das Alter des Einwilligenden entnimmt Honig den für die Sexualdelikte geltenden Altersgrenzen für die Relevanz des Opferwillens ebenso Anhaltspunkte wie den Strafmündigkeitsgrenzen (S. 167 f.). Im Ergebnis will er eine fixe Untergrenze bei der absoluten Strafunmündigkeit (14 Jahre) ziehen, bis zu der eine Einwilligung nicht möglich sei, und eine fixe Grenze bei der absoluten Strafmündigkeit (18 Jahre), jenseits derer eine Einwilligung stets möglich sei. Dazwischen soll die „Einsicht des Einwilligenden in die Tragweite der verletzenden Handlung“ maßgeblich sein (S. 168). Man kann freilich bezweifeln, ob der Strafmündigkeitsgrenze tatsächlich das von Honig behauptete Gewicht zukommt (*Honig*, S. 177, hält die Übertragung der Altersuntergrenze auf die Einwilligung offenbar für zwingend). Denn die Strafmündigkeit hat mit der Einwilligungsfähigkeit nur sehr eingeschränkt etwas zu tun. Honigs eigenes Argument, dass nämlich der Bewilligung sexueller Handlungen bei einer über 14-Jährigen unrechtsausschließende Relevanz zukomme, obwohl dem betroffenen Rechtsgut ein deutlich höherer Wert zukomme als etwa dem Eigentum (S. 167 f.), dürfte auch dafür sprechen, eine Einwilligung unterhalb der Altersgrenze von 14 Jahren nicht per se auszuschließen.

Hinsichtlich der Frage nach dem Bezugspunkt der Einwilligung positioniert sich Honig dahingehend, dass sich die Einwilligung (bei Erfolgsdelikten) auch auf den Erfolg beziehen müsse. Die Begründung entnimmt Honig dem positiven Recht, „denn Handlung und Erfolg zusammen erfüllen hier erst den Tatbestand“ (S. 173). Dieser Ausgangspunkt droht freilich der Einwilligung bei der Fahrlässigkeit die Relevanz zu nehmen. Dies sucht Honig durch eine differenzierende Betrachtung zu vermeiden. So sei zwar eine Einwilligung in einen tödlichen Treffer zu verneinen, wenn der Kunstschütze auf einen Apfel auf dem Kopf des Gehilfen zielt. Er findet aber „nichts Auffälliges“ in der Vorstellung, dass der Gehilfe bei einem Schuss auf

eine am ausgestreckten Arm gehaltene Spielkarte in die Verletzung seiner Hand einwilligt. Das ist weder psychologisch noch rechtlich überzeugend! Psychologisch nicht, weil der Gehilfe auch dann, wenn „nur“ seine Hand auf dem Spiel steht, auf die Schießkünste des Schützen vertrauen wird, also mit einer Verletzung gerade nicht einverstanden ist. Rechtlich überzeugt es nicht, weil so die Strafbarkeit des Schützen davon abhinge, ob sein die Gefahr überblickender Gehilfe eine mehr oder weniger fatalistische Einstellung hinsichtlich der als möglich erkannten Folgen aufweist.

Da diese Einstellung für den Täter nicht erkennbar ist, bleibt auch dunkel, wie Honigs Auffassung mit dem Erfordernis kompatibel sein soll, dass die Einwilligung erklärt sein müsse. Eine solche (konkludente) Erklärung liegt ersichtlich bezogen auf die Vornahme der gefährlichen Handlung vor. Verlangt man aber eine Einwilligung in den Erfolg, so muss auch diese konsequenterweise zumindest konkludent erklärt sein. Aus der Bewilligung der Handlung lässt sich aber ganz sicher nicht auf die Einwilligung in die Verletzung schließen. Kurz: Honig versucht den Konsequenzen seiner Auffassung, wonach sich die Einwilligung auch auf den Erfolg beziehen müsse, durch das Verbiegen der einschlägigen Fälle zu entgehen.

G. Fazit

Honig schließt seine Untersuchung mit einem seine Überlegungen zusammenfassenden Vorschlag an den Gesetzgeber. Darin werden zunächst die Kriterien zusammengefasst, an denen ersichtlich sein soll, ob ein Tatbestand überhaupt einer Einwilligung zugänglich ist (Rechtswidrigkeitserfordernis oder Handeln gegen den Opferwillen auf Tatbestandsebene, Strafantragserfordernis; s. schon oben V.). Die Sittenwidrigkeitsregel sei über die Körperverletzung hinaus auf die Freiheitsberaubung zu erstrecken. Und schließlich seien Altersgrenzen für eine absolute Unwirksamkeit (unter 14 Jahren) bzw. grundsätzliche Wirksamkeit (ab 18 Jahren) festzulegen, während in dem verbleibenden Bereich der Jugendlichen eine Einzelfallbetrachtung anzustellen sei.

Gefolgschaft hat der Vorschlag nicht gefunden. Aus heutiger Sicht: zum Glück! Der Rechtssicherheit wäre der Text zwar dienlich gewesen – aber die engen und teilweise moralisierenden Grenzen der Entscheidungsfreiheit hätten die weitere Entwicklung gehemmt. Insgesamt steht die Auffassung Honigs ganz in ihrer Zeit. Die im Tagungstitel angelegte Frage nach der Bedeutung Honigs für die heutige Diskussion liegt sicher nicht in seinen Positionen zur Einwilligung. Seine Leistung dürfte eher in der methodenreflektierten Weise liegen, in der er eine dogmatische Frage behandelt. Honig fühlte sich damals auf der Höhe der Zeit. Sein Antiindividualismus konnte noch nicht die Schrecken ahnen, zu denen das gemeinschaftsbezogene Denken bald führen würde. Aber sein Betrag liest sich aus heutiger Sicht als

Bestätigung der Kontinuitätsthese, also der Auffassung, die das nationalsozialistische Rechtsverständnis als Radikalisierung vorfindlicher Ansätze interpretiert.²⁰

²⁰ Dazu jüngst *Ambos*, Nationalsozialistisches Strafrecht. Kontinuität und Radikalisierung, Baden-Baden u.a. 2019, S. 17 ff. m.w.N.