

Schriften zum Strafrecht

---

Band 307

# Rechtsstaatliches Strafen

Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka  
zum 70. Geburtstag am 16. März 2017

Herausgegeben von

Jan C. Joerden und Kurt Schmoller



Duncker & Humblot · Berlin

JOERDEN/SCHMOLLER (Hrsg.)

Rechtsstaatliches Strafen

Schriften zum Strafrecht

Band 307

# Rechtsstaatliches Strafen

Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka  
zum 70. Geburtstag am 16. März 2017

Herausgegeben von

Jan C. Joerden und Kurt Schmoller



Duncker & Humblot · Berlin

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, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt

Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH

Printed in Germany

ISSN 0558-9126

ISBN 978-3-428-14629-1 (Print)

ISBN 978-3-428-54629-9 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84629-0 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

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

## Vorwort

Keiichi Yamanaka, der Jubilar dieser Festschrift, gehört zum engsten Kreis der einflussreichsten Repräsentanten einer rechtsvergleichenden Kooperation zwischen der Strafrechtswissenschaft in Japan und jener in Deutschland bzw. Österreich. In einer Kontinuität von über 30 Jahren hat er sich neben der Bearbeitung des japanischen Strafrechts vor allem auch der deutschsprachigen Strafrechtsdogmatik gewidmet und durch rechtsvergleichende Untersuchungen diese Strafrechtsordnungen einander nahe gebracht. Dabei liegt ein Schwerpunkt seiner Forschungen auf dem Allgemeinen Teil des Strafrechts und hier auf den Fragen der Kausalität im Rahmen des strafrechtlichen Deliktsaufbaus und der sogenannten objektiven Zurechnung. Gerade dieses Feld der strafrechtlichen Grundstrukturen hat Yamanaka schon ganz zu Beginn dieser für das Strafrecht außerordentlich wichtigen Neuausrichtung des objektiven Tatbestands einer Straftat wesentlich mit beeinflusst. Seine Veröffentlichungen waren auf diesem und weiteren Feldern der strafrechtlichen Kategorien- und Begriffsbildung für das japanische Strafrecht wohl von ähnlich wegweisender Bedeutung wie etwa die von Claus Roxin für das deutsche Strafrecht.

Dabei hat der Jubilar sich schon früh – nicht zuletzt im Rahmen von Forschungsaufenthalten, die ihm insbesondere von der Alexander von Humboldt-Stiftung ermöglicht wurden – mit deutschsprachigen Arbeiten in die strafrechtswissenschaftliche Diskussion in Deutschland eingeschaltet und die hiesige Diskussion mitbestimmt. Das kann schon deshalb als herausragende Leistung gelten, weil die deutsche Strafrechtswissenschaft eher dazu neigt, ihre Erkenntnisse zu exportieren, als sich importierte Erkenntnisse anzueignen. Eine ähnliche wechselseitige Beeinflussung des deutschen und des japanischen Strafrechts hat Yamanaka auch auf dem Gebiet des Medizinstrafrechts induziert, auf dem er vor allem in den letzten Jahren verstärkt publiziert hat, insbesondere etwa zu Grund und Grenzen der ärztlichen Aufklärungspflichten, deren Erfüllung bekanntlich für die Wirksamkeit einer Einwilligung des Patienten in einen ärztlichen Eingriff von entscheidender Bedeutung ist.

Inzwischen liegen über 50 Veröffentlichungen (darunter vier Buchpublikationen) Yamanakas zum deutschen und japanischen Strafrecht in deutscher Sprache vor, die durchweg in fachwissenschaftlich anerkannten Publikationsorganen erschienen sind, darunter eine ganze Reihe von Veröffentlichungen in Festschriften, die in der strafrechtswissenschaftlichen Diskussion in Deutschland einen besonderen Platz einnehmen (nähere Angaben zu den Veröffentlichungen im Anhang am Ende dieses Bandes). Von diesen Publikationen sind ca. 20 Beiträge in den letzten fünf Jahren erschienen. Auf die wesentlich längere Veröffentlichungsliste von Yamanaka mit Werken in japanischer Sprache kann hier nur hingewiesen werden

(auch dazu mehr im Anhang). Besonders hervorgehoben sei noch der jüngst (2012) im renommierten Verlag Walter de Gruyter erschienene Band „Geschichte und Gegenwart der japanischen Strafrechtswissenschaft“ (420 S.), in dem der Jubilar einen tiefen Einblick in das japanische Strafrecht gibt, und zwar in fünf Teilen: Zur allgemeinen Dogmengeschichte der japanischen Strafrechtswissenschaft, zu aktuellen Problemen der japanischen Strafrechtsdogmatik, zur Lehre von der objektiven Zurechnung, zu Aufgaben und Tendenzen der japanischen Strafrechtswissenschaft sowie zu Kriminalitätstendenzen und der Justizreform in Japan. – Dass die Arbeiten von Yamanaka nicht nur für die deutschsprachige und japanische Strafrechtswissenschaft von herausragender Bedeutung sind, sondern auch in anderen Ländern eindrucksvollen Widerhall gefunden haben, wird nicht zuletzt durch die beiden Ehrendoktorwürden bezeugt, die dem Jubilar in Polen (Białystok) und in Peru (Huanuco) verliehen wurden. Darüber hinaus liegen Veröffentlichungen des Jubilars in den USA, Polen, Finnland, Spanien, China und Korea vor. Kürzlich ist dem Jubilar auch noch die große Ehre einer Verleihung der Ehrendoktorwürde der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen zuteil geworden.

Möglich war dies alles nur, weil Yamanaka sich gewissermaßen auf ein Leben zwischen verschiedenen Rechtskulturen, insbesondere der japanischen und der deutschen, eingelassen hat, wie sich dies in seinem Lebenslauf eindrucksvoll widerspiegelt. Daher zu diesem Lebenslauf nachfolgend eine knappe Übersicht.

Keiichi Yamanaka wurde am 16. März 1947 in Osaka geboren. Er studierte von 1966 bis 1970 Rechtswissenschaften an der Kansai Universität in Osaka. Dem folgten bis 1972 ein Forschungskurs (Magisterkurs) an der Kansai Universität sowie bis 1975 ein weiterer Forschungskurs (Doktorkurs) an der Universität Kyoto. 1975 wurde Yamanaka zum planmäßigen Dozenten an der Juristischen Fakultät der Kansai Universität ernannt. Es folgte 1978 die Ernennung zum Associate-Professor an der Juristischen Fakultät der Kansai Universität. Seinen ersten längeren Auslandsaufenthalt nahm Yamanaka von 1980 bis 1982 als Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung bei Professor Claus Roxin an der Universität in München wahr. 1985 wurde er zum ordentlichen Professor an der Juristischen Fakultät der Kansai Universität ernannt. Dem schloss sich in demselben Jahr ein viermonatiger Forschungsaufenthalt mit einem Heinrich Hertz-Stipendium an der Universität zu Köln bei Professor Hans-Joachim Hirsch an.

Von 1988 bis 1990 war Yamanaka zu einem weiteren Forschungsaufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland, und zwar mit einem Stipendium der Kansai Universität. Jeweils ein Jahr verbrachte er dabei an der Universität München und der Universität zu Köln. Von 1993 bis 1994 folgte eine Wiedereinladung seitens der Alexander von Humboldt-Stiftung, dieses Mal mit einem dreimonatigen Aufenthalt bei Professor Hans-Ludwig Günther an der Universität Tübingen. 1994 bis 2002 war Yamanaka als Prüfer im Rahmen des (alten) Staatsexamens im Fach Strafrecht in Osaka tätig und zudem von 1996 bis 1998 Dekan der Juristischen Fakultät an der Kansai Universität. Von 1997 bis 2000 war er Vorstand der strafrechtswissenschaftlichen

Gesellschaft Japans. In den Jahren 1998 bis 1999 nahm er einen dreimonatigen Forschungsaufenthalt in Belgien an der Catholic University Leuven wahr.

Am 24. September 1999 wurde Yamanaka von der Universität Kyoto die Doktorwürde (Dr. iur.) verliehen. Von 2001 bis 2012 war er zudem als Dozent für Strafrecht und Strafverfahrensrecht an der Polizei-Akademie für die Kinki-Gebiete (d. h. Osaka, Kyoto, Hyogo, Nara, Wakayama und Shiga-Präfekturen) tätig. Von 2003 bis 2009 wurde er Geschäftsführender Vorstand der strafrechtswissenschaftlichen Gesellschaft Japans. Von 2002 bis 2004 war Yamanaka Mitglied des strafrechtlichen Fachkomitees des Beratungsausschusses zur Gesetzgebung (1. Organisierte Kriminalität, 2. Bekämpfung der hochtechnisierten Straftaten, 3. Verhinderung schwerer Straftaten und 4. Straftaten gegen die menschliche Freiheit).

Von 2004 bis 2007 war Yamanaka Dekan der neu gegründeten Law School an der Kansai Universität in Osaka und von 2006 bis 2007 auch Prüfer im neuen Staatsexamen (Strafrecht). Am 9. November 2007 wurde ihm die Ehrendoktorwürde der Universität Białystok in Polen verliehen. Von 2007 bis 2011 war er Vorstand des Law School-Vereins in Japan. Im Jahre 2008 folgte für fünf Monate ein weiterer Forschungsaufenthalt in Deutschland, und zwar an der Universität Frankfurt am Main bei Professor Ulfrid Neumann. Am 18. Juni 2009 verlieh ihm die Universität Huanuco in Peru die Ehrendoktorwürde. Auf Wiedereinladung der Alexander von Humboldt-Stiftung war Yamanaka in diesem Jahr auch für drei Monate bei Professor Gerhard Werle an der Humboldt-Universität zu Berlin. Danach war er für drei Jahre (2009 bis 2012) als Gastprofessor an der Wuhan Universität in China tätig.

Am 21. März 2014 wurde Yamanaka mit dem Reimar Lüst-Preis der Alexander von Humboldt-Stiftung ausgezeichnet. Am 5. Mai 2014 folgte die Verleihung der Ehrendoktorwürde durch die Juristische Fakultät der Universität Göttingen. Von 2014 bis 2017 hielt sich Yamanaka aus Anlass des Preises der Alexander von Humboldt-Stiftung (mit Unterbrechungen) wieder zu Forschungsaufenthalten in Deutschland auf, und zwar für insgesamt vier Monate an der Europa-Universität in Frankfurt (Oder) bei Professor Jan C. Joerden, für drei Monate an der Humboldt-Universität zu Berlin bei Professor Gerhard Werle, für drei Monate an der Universität Göttingen bei Professor Jörg-Martin Jehle und für zwei Monate an der Universität Frankfurt am Main bei Professor Ulfrid Neumann. In all den Jahren hat Keiichi Yamanaka immer wieder auch Österreich, vor allem Wien und Salzburg, besucht und dabei viel beachtete Gastvorträge gehalten.

Dem Jubilar ist zu wünschen, dass er – weiterhin bei bester Gesundheit – seine zum Teil jahrzehntelangen wissenschaftlichen Kontakte, insbesondere zu den deutschen und österreichischen Juristischen Fakultäten, weiter vertieft und mit neuen wissenschaftlichen Veröffentlichungen in deutscher Sprache zum besseren Verständnis des Japanischen Strafrechtsdenkens im deutschsprachigen Raum wie schon bisher Wesentliches beiträgt. Hier können zweifellos die Strafrechtsordnungen in Japan und Deutschland bzw. Österreich unter Vermittlung gerade auch der Arbeiten von Yamanaka erheblich voneinander lernen und dadurch in Wissenschaft und Gesetz-

gebung voneinander profitieren. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Jubilar sich in den letzten Jahrzehnten mit einer von herausragender Intensität getragenen Leidenschaft der Strafrechtsvergleichung zwischen Japan und Deutschland bzw. Österreich gewidmet hat und dass von ihm zu diesem Wirkungsgebiet noch mit vielen stimulierenden, wissenschaftlich ausgezeichneten Veröffentlichungen gerechnet werden kann. In diesem Sinne ist und bleibt Keiichi Yamanaka hoffentlich noch viele Jahre ein ungewöhnlicher Glücksfall für die deutsch-japanische Wissenschaftskooperation vor allem auf dem Gebiet des Strafrechts.

Frankfurt (Oder) und Salzburg im Januar 2017

*Jan C. Joerden und Kurt Schmoller*

## **Tabula Gratulatoria**

### **Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017**

Kai Ambos, Göttingen	Maciej Małolepszy, Słubice
Joerg Brammsen, Bayreuth	James Maxeiner, Baltimore
José de Sousa e Brito, Lissabon	Francisco Muñoz-Conde, Sevilla
Joanna Długosz, Frankfurt (Oder)	Uwe Murmann, Göttingen
Massimo Donini, Modena	Ulfrid Neumann, Frankfurt am Main
Gunnar Duttge, Göttingen	Emil Plywaczewski, Białystok
Wolfgang Frisch, Freiburg	Rudolf Rengier, Konstanz
Karl-Heinz Gössel, München	Joachim Renzikowski, Halle
Ewa Guzik-Makaruk, Białystok	Henning Rosenau, Halle
Volker Haas, Heidelberg	Claus Roxin, München
Wolfgang Heinz, Konstanz	Imme Roxin, München
Gudrun Hochmayr, Frankfurt (Oder)	Frank Saliger, München
Eleonora Hübner, Salzburg	Kurt Schmoller, Salzburg
Günther Jakobs, Bonn	Heinz Schöch, München
Jörg-Martin Jehle, Göttingen	Ulrich Schroth, München
Jan C. Joerden, Frankfurt (Oder)	Bernd Schünemann, München
Tomasz Kaczmarek, Wrocław	Andrzej J. Szwarz, Poznań
Urs Kindhäuser, Bonn	Yener Ünver, Istanbul
Ewa Kowalewska-Borys, Białystok	Moritz Vormbaum, Berlin
Lothar Kuhlen, Mannheim	Thomas Vormbaum, Hagen
Witold Kulesza, Łódź	Gerhard Werle, Berlin
Otto Lagodny, Salzburg	Roland Wittmann, Berlin
Raimo Lahti, Helsinki	Junko Yamanaka, Nagano
Manfred Maiwald, Göttingen	Yuri Yamanaka, Osaka



# Inhaltsverzeichnis

## Zum Allgemeinen Teil des Strafrechts

<i>Joerg Brammsen</i>	
Einverständnis und Einwilligung. Der materielle Weg . . . . .	3
<i>Gunnar Duttge</i>	
Das Fahrlässigkeitsdelikt im Zeitalter moderner „Katastrophen“ . . . . .	29
<i>Wolfgang Frisch</i>	
Zur Problematik und zur Notwendigkeit einer Neufundierung der Notwehrdogmatik . . . . .	49
<i>Volker Haas</i>	
Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen fahrlässiger Tat bei Selbstgefährdungen und Selbstschädigungen des Opfers. Zugleich eine Besprechung von BGH 1 StR 518/08 vom 29.04.2009 . . . . .	71
<i>Gudrun Hochmayr</i>	
Strafsanktionen gegen Unternehmen in Europa . . . . .	91
<i>Günther Jakobs</i>	
Akzessorietät . . . . .	105
<i>Tomasz Kaczmarek</i>	
Kriterien einer objektiven Erfolgszurechnung als Kodifizierungsfrage (gegen ihre gesetzliche Regelung) . . . . .	117
<i>Raimo Lahti</i>	
Über die strafrechtliche Verantwortung der juristischen Person und die Organ- und Vertreterhaftung in Finnland . . . . .	131
<i>Manfred Maiwald</i>	
Kein Vorsatz ohne Fahrlässigkeit. Die Lehre von der objektiven Zurechnung in der italienischen Doktrin . . . . .	153
<i>Ulfrid Neumann</i>	
Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der „Pflichtenkollision“ . . . . .	171

<i>Joachim Renzikowski</i>	
Der Gegenstand des Unrechtsbewusstseins .....	185
<i>Kurt Schmoller</i>	
Ratenweiser Giftmord mit vorzeitigem Todeseintritt .....	197
<b>Zum Besonderen Teil des Strafrechts</b>	
<i>Kai Ambos</i>	
Besitz als Straftat und die Funktion der subjektiven Tatseite. Überlegungen aus einer vergleichenden Perspektive .....	223
<i>Joanna Długosz</i>	
Die Tendenzen zur Erweiterung der Kriminalisierung im Bereich der Tötungsdelikte am Beispiel der Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids im deutschen und polnischen Strafrecht .....	239
<i>Massimo Donini</i>	
Die Notwendigkeit unglücklicher Rechte. Die Grundrechte der Kranken und die Regelung der Sterbehilfe .....	253
<i>Lothar Kuhlen</i>	
Zur Verbindlichkeit eines religiös motivierten Behandlungsvetos des Patienten für den Arzt .....	275
<i>Uwe Murmann</i>	
Paternalismus und defizitäre Opferentscheidungen .....	289
<i>Rudolf Rengier</i>	
Zum Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte: Soll die Heimtücke nicht sterben? .....	311
<i>Henning Rosenau</i>	
Wider die Strafbarkeit des assistierten Suizids .....	325
<i>Ulrich Schroth</i>	
(Medizinisch) assistierter Suizid aus juristischer und ethischer Sicht .....	345
<i>Roland Wittmann</i>	
Die unterlassene Hilfeleistung aus rechtsvergleichender und rechtsethischer Sicht .....	363
<i>Junko Yamanaka</i>	
Zur Anwendungsgrenze des Betruges in Japan anhand der Fälle über die Boryokudan-Ausschließung .....	371

### Zu Strafrechtsphilosophie und -theorie

<i>José de Sousa e Brito</i>	
Vergeltung als relativer Strafzweck bei Plato und Aristoteles .....	391
<i>Karl Heinz Gössel</i>	
Grund-Folgeverhältnisse als Bausteine des Strafrechtssystems .....	407
<i>Jan C. Joerden</i>	
Zur Rolle des Satzes <i>ultra posse nemo obligatur</i> bei lobender und tadelnder (insbes. strafender) Zurechnung .....	425
<i>Urs Kindhäuser</i>	
Zu Gegenstand und Aufgabe der Strafrechtswissenschaft .....	443
<i>Claus Roxin</i>	
Die präventive Bestrafungsnotwendigkeit als Voraussetzung strafrechtlicher Verantwortlichkeit .....	467
<i>Frank Saliger</i>	
Institutionelle Tatsachen und pluralistische Rechtsgeltung .....	489
<i>Bernd Schünemann</i>	
Sinn und Zweck der Strafe – eine unendliche Geschichte? .....	501

### Zum Strafprozessrecht

<i>Ewa M. Guzik-Makaruk und Ewa Kowalewska-Borys</i>	
Grundprinzipien der inländischen Gerichtsbarkeit und des Strafprozessrechts in Polen .....	515
<i>Eleonora Hübner</i>	
Forensische Aussagepsychologie im Dienste eines wahren Opferschutzes oder Fachwissenschaftliche Anforderungen an aussagepsychologische Gerichtsgut- achten .....	527
<i>Otto Lagodny</i>	
Konstellationen transnationaler Strafverfolgung von Konzerngesellschaften ...	575
<i>Imme Roxin</i>	
Criminal Compliance, Internal Investigations und die strafprozessualen Be- schuldigtenrechte .....	589

*Yener Ünver*

- Ist die Teilnahme eines Staatsanwalts im Rahmen eines Strafverfahrens überflüssig? ..... 605

**Zu Strafrechtspolitik, Strafvollstreckung und Kriminologie***Wolfgang Heinz*

- Evidenzbasierte Kriminalpolitik in punitiven Zeiten? ..... 625

*Jörg-Martin Jehle*

- Kriminaljustizsysteme im europäischen Vergleich. Ansatz und Ertrag des European Sourcebook of Criminal Justice ..... 653

*Maciej Matolepszy*

- Der Rechtsstaat auf dem Prüfstand. Über die Probleme der Isolation der Verurteilten nach der Verbüßung der Freiheitsstrafe in Polen ..... 673

*Emil W. Pływaczewski*

- Die EU und ihre Tätigkeit im Bereich Bürgersicherheit ..... 681

*Heinz Schöch*

- Die strafrechtliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus im Wandel ..... 695

*Andrzej J. Szwarc*

- Außerhalb des Strafrechts vorgesehene Repressivmittel ..... 709

*Yuri Yamanaka*

- Begutachtung der Schuldfähigkeit von Tätern mit Intelligenzminderung in Japan. Eine Fallanalyse ..... 721

**Zur Strafrechtsgeschichte***Witold Kulesza*

- Die Ermordung von Kriegsgefangenen während des 2. Weltkriegs. Ein Kriegsverbrechen oder eine Überschreitung von Berechtigungen? ..... 745

*James R. Maxeiner*

- The First Humboldtian Research Trip into the *Polis*. J. L. Tellkampf in the United States 1838–1847 ..... 771

*Francisco Muñoz-Conde*

- Strafrechtliche Aufarbeitung des Franco-Regimes in Spanien: Der Fall Garzón ..... 795

<i>Thomas Vormbaum</i>	
Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Deutschland . . . . .	819
<i>Gerhard Werle und Moritz Vormbaum</i>	
Die Herstellung der Strafrechtseinheit nach der deutschen Vereinigung . . . . .	833
Anhang: Verzeichnis der Schriften von Keiichi Yamanaka . . . . .	871
Autorenverzeichnis . . . . .	883



## **Zum Allgemeinen Teil des Strafrechts**



# **Einverständnis und Einwilligung**

## **Der materielle Weg**

Joerg Brammsen

Keiichi Yamanaka hat in seinem inzwischen weit über 40-jährigen wissenschaftlichen Œuvre ein beeindruckend umfangreiches Werk vorgelegt, das nahezu alle Problembereiche der deutschen *und* der japanischen Strafrechtslehre einer tiefeschürfenden Betrachtung unterworfen hat. Dabei hat er, ausgehend von seinem schon frühzeitig aufgegriffenen „Zentralthema“ der (täter- und/oder teilnehmerschaftlichen) objektiven Zurechnung,<sup>1</sup> eine Vielzahl von Themenstellungen ungeachtet ihrer Vieltätigkeit auf der Suche nach den maßstabsetzenden Leitaspekten immer auch unter systematischen respektive übergeordneten Zusammenhängen analysiert und erläutert. Eine solche enge, von struktureller Ordnung und Leistung geprägte Einheitsschaffende Verbundenheit kennzeichnet auch die dem verehrten Jubilar in jahrzehntelanger Freundschaft gewidmete Abhandlung, die sich mit der Charakterisierung und Beziehung zweier Rechtsinstitute befasst, deren sachliche Verknüpfung an der Schnittstelle von tatbestandlicher und unrechtsbezogener (Erfolgs-)Zurechnung trotz zahlreicher einschlägiger Vorarbeiten noch immer Gegenstand höchst kontroverser Diskussionen ist – das Verhältnis von Einverständnis und Einwilligung.<sup>2</sup> Geleitet von einer besonderen, in Abgrenzung zu allen anderen Erscheinungsformen haftungsbefreiender „Gestattungen“, materiellen Aufeinanderbezogenheit erhellt ihre nähere Betrachtung ein nachgeradezu klassisch ausgeformtes Gegensatzpaar, das von dem (grundrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht getragenen) gemeinsamen Leitkriterium des „Schutzverzichts“ des berechtigten Zuordnungssubjekts sowohl geeint als auch unterschieden wird. Zu seiner Aufdeckung in Würdigung der großen Verdienste des Jubilars um die Rechtsvergleichung *und* Fortentwicklung der Strafrechtswissenschaft beizutragen, ist – ungeachtet unseres oftmals gegensätzlichen Standpunktes – Ausdruck meines großen Dankes an Keiichi Yamanaka für vielfältige Anregungen und immerwährende großzügige Diskussionsbereitschaft. Der Verfasser ist glücklich, sich zu Deinen Freunden und Wegbegleitern zählen zu dürfen. Mögen Dir Deine Schaffenskraft, Neugier und (Welt-)Offenheit noch lange erhalten bleiben. Ad multos annos Keiichi watashi no yujin.

---

<sup>1</sup> Monographisch erstmals in: Kausalität und Zurechnung im Strafrecht, 1984 (in japanischer Sprache).

<sup>2</sup> Ausführlich zum Meinungsstreit LK-StGB/Rönnau Vor § 32 Rn. 151 ff.

## I. Einleitung

Im Anschluss an die grundlegende Untersuchung von *Geerds*<sup>3</sup> werden seit nunmehr über 60 Jahren zur dogmatischen Einordnung und Ausgestaltung von Einwilligung und Einverständnis (abgesehen von vereinzelt weitergehenden Aufteilungen)<sup>4</sup> zwei divergente Konzepte vorgeschlagen:<sup>5</sup> Ein dualistischer Ansatz, der das Einverständnis der Tatbestands-, die Einwilligung hingegen der Rechtswidrigkeitsebene zuweist<sup>6</sup> und ein monistischer Ansatz, der beide Rechtsinstitute gleichermaßen dem Tatbestand zuordnet, ihnen jedoch verschiedene Wirksamkeitsvoraussetzungen abverlangt.<sup>7</sup>

Beide Konzeptionen sind zunächst in ihren wesentlichen Grundgedanken, sodann beide Zustimmungformen mit ihren jeweiligen Entstehungsvoraussetzungen vorzustellen (II.). Anschließend sind jene Hindernisse aufzudecken, die seit jeher der Erstellung einer ebenso praktikablen wie sachgerechten Zuordnung entgegenstehen (III.). Ihrem materiellen Leitkriterium ist nachzugehen und zu erhellen, dass beide Rechtsinstitute – Einwilligung wie Einverständnis – lediglich Ausprägungen eines gemeinsamen Grundgedankens diesbezüglicher Zugriffsgestattungen sind (IV.). Dessen auch für weitere interne Ausdifferenzierungen offene Ordnungs- und Gestaltungskraft bestätigt eine ergänzende Exemplifikation der Einverständnisdelikte (V.). Eine Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse beschließt den Beitrag (VI.).

## II. Die klassischen Zuordnungsansätze

Ausgangspunkt der unterschiedlichen tatbestands- und unrechtsbezogenen Einordnung von Einwilligung und Einverständnis ist weniger der Streit um die Rückführung der haftungsfreistellenden Wirkung auf das Verzicht- oder Vorrangprinzip,<sup>8</sup> ist

<sup>3</sup> *Geerds*, Einwilligung; s. auch *ders.*, GA 1954, 262 ff.; ZStW 72 (1960), 42 ff.

<sup>4</sup> Zusätzliche Unterteilungen bzw. Zuordnungen betreffen vornehmlich die weitere Ausdifferenzierung der Einwilligung in eine tatbestands- und eine unrechtsausschließende Variante; so etwa *Jakobs*, AT 7/109 ff.

<sup>5</sup> Komprimierte Darstellung des Streitstands u. a. bei *Heinrich*, AT, Rn. 440 ff.; *Kindhäuser* § 12 Rn. 2 ff.; *Kühl* § 9 Rn. 20 ff.; MK-StGB/*Schlehofer* Vor §§ 32 ff. Rn. 124; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 29 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 361 ff.

<sup>6</sup> So u. a. *Fischer* Vor § 32 Rn. 3b; *Gropp* § 5 Rn. 108, 113; *Heinrich*, AT, Rn. 442 f.; *Kühl* § 9 Rn. 25; *Lesch*, in: FS Wessing, 2015, S. 223, 224; *Murmann* § 25 Rn. 119, 123; *Otto*, AT, § 8 Rn. 123, 127; *Rengier* § 23 Rn. 1 ff.; *Satzger/Schmitt/Widmaier/Rosenau* Vor §§ 32 ff. Rn. 34; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 29 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 7 ff., 11; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 366, 370.

<sup>7</sup> *Jäger*, AT, Rn. 135; *Kindhäuser* § 6 Rn. 5; LK-StGB/*Rönnau* Vor § 32 Rn. 156 ff.; MK-StGB/*Schlehofer* Vor §§ 32 ff. Rn. 124 ff.; *Roxin*, AT I, § 13 Rn. 12 ff.

<sup>8</sup> Näher dazu *Albrecht*, S. 106 f.; LK-StGB/*Rönnau* Vor § 32 Rn. 151 ff.; *Otto*, in: FS Geerds, 1995, S. 603, 608 ff.; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 33; *Stratenwerth/Kuhlen* § 9 Rn. 3 ff.

ersteres doch lediglich die konsequent strikt subjektiv ausgerichtete Ausformung des (auch vom Selbstbestimmungsrecht mitgeprägten) allgemeinen Rechtfertigungsprinzips der überwiegenden bzw. höheren (= vorrangigen) Interessen.<sup>9</sup> Ausgangspunkt des Zuordnungsstreits ist vielmehr das divergierende Leitkriterium der jeweils präferierten zwei- oder einstufigen Zuordnung: Ein strikt gesetzessystematisch-formeller Tatbestandsansatz (ersterenfalls) oder ein individualistisch-dispositionsorientiert gehaltenes Rechtsgutsverständnis (letzterenfalls). Beide determinieren die jeweilige Einordnung und sind deshalb kurz „gegenständlich“ (1.) und in ihren Voraussetzungen (2.) zu skizzieren.

## 1. Die herkömmliche Konturierung von Einwilligung und Einverständnis

### a) Das Einverständnis

Bekanntlich gilt das Einverständnis als Besonderheit derjenigen Straftatbestände, die am besten als (formale) „Willensbruchdelikte“<sup>10</sup> bezeichnet werden. Die Eigenart dieser Strafvorschriften – gemeinhin werden etwa die §§ 123, 177, 201 ff., 235 ff. (a.F.), 239 f., 242 genannt<sup>11</sup> – besteht in der Art des Rechtsgüterschutzes: Grundsätzlich schützen sie das jeweilige Angriffsobjekt nicht global, sondern nur gegen Verhaltensweisen, die (bereits begrifflich) eine Überwindung des tatsächlichen Willens voraussetzen, wie zB Eindringen, Nötigen oder Wegnehmen.<sup>12</sup> Immer muss ein real entgegenstehender Wille gebrochen werden, der allerdings weder ausdrücklich erklärt noch konkludent zum Ausdruck gebracht worden sein muss.<sup>13</sup>

Ein solcher Wille wird von dem Gesetzgeber in den einschlägigen Straftatbeständen als Regelfall und keines positiven Nachweises bedürftig angesehen, weil sein Dasein im sozialen Alltagsleben ein selbstverständliches, allgemein gebräuchliches und alltagsübliches Verhalten darstellt. Sein faktisches Fehlen reicht aus, um die Realisierung des tatbestandlichen Erfolges für den Täter unmöglich zu machen. Ist nun aber das willensbildende Subjekt, welches mit dem Opfer nicht zwingend identisch sein muss, mit der konkreten fremdnützigen Verletzung des Angriffsobjekts in dem Tatzeitpunkt einverstanden, so fehlt es an dem tatbestandlichen Erfordernis des real entgegenstehenden Willens. Ohne entgegenstehenden Willen besteht kein in con-

---

<sup>9</sup> Im Ergebnis wie hier *Otto*, AT, § 8 Rn. 127.

<sup>10</sup> Vgl. *Otto*, in: FS Geerds, 1995, S. 603, 606.

<sup>11</sup> Näher und m. w. Beispielen *Otto*, in: FS Geerds, 1995, S. 603, 606 f.; Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 31; Wessels/Beulke/Satzger, Rn. 366.

<sup>12</sup> Grundlegend i.d.S. *Geerds*, GA 1954, 262, 264 f.; vgl. auch *Fischer* Vor § 32 Rn. 3b; *Kindhäuser* § 12 Rn. 33; *Kühl* § 9 Rn. 25; *Murmann* § 25 Rn. 118 f.; *Sternberg-Lieben*, Einwilligung, S. 202 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, Rn. 366. Speziell zu § 201 *Lenckner*, in: FS Baumann, 1992, S. 135, 146 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dazu *Geerds*, GA 1954, 262, 266; *Murmann* § 25 Rn. 120; *Otto*, in: FS Geerds, 1995, S. 603, 606; differenzierend *Kindhäuser* § 12 Rn. 56 ff.