



Rechtsgutachten

Zur Freiwilligkeit in der Prostitution

*Rechtsgutachten im Rahmen der Studie
zur Evaluation des Gesetzes zum Schutz von in der Prostitution
tätigen Personen (Prostituiertenschutzgesetz, nachfolgend
„ProstSchG“) vom 21. Oktober 2016*

ZUR FREIWILLIGKEIT IN DER PROSTITUTION

**Rechtsgutachten im Rahmen der Studie
zur Evaluation des Gesetzes zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen
(Prostituiertenschutzgesetz, nachfolgend „ProstSchG“)
vom 21. Oktober 2016**

Inhaltsübersicht:

A. Einleitung	3
I. Gutachtauftrag	3
II. Problemstellung	3
III. Vorgehensweise	6
B. Annäherungen an die Freiwilligkeit im Recht	6
I. Zusammenhang zur Selbstbestimmung.....	6
II. Bezug zur Menschenwürde	7
III. Postulat der Willensfreiheit	9
IV. Einzelbeispiele	12
1. Geschäftsunfähigkeit nach § 104 BGB.....	13
2. Anfechtbarkeit von Willenserklärungen nach § 123 BGB	14
3. Nötigung nach § 240 StGB	14
4. Einwilligung	16
5. Selbsttötung	20
6. Schutz in Zwangslagen	23
C. Rechtliche Bedingungen der Freiwilligkeit.....	24
I. Gestaltungsspielraum	24
1. Wahlmöglichkeit	24
2. Schutz von Gestaltungsmöglichkeiten	25
II. Willkürelement.....	26
III. Dispositionsbefugnis	26
IV. Bestimmungsfähigkeit	27
1. Grundlagen.....	27
2. Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.....	28
3. Störungen und ihre Feststellung	32
4. Reife.....	34
5. Bewusstseinsbeteiligung.....	37
V. Realitätsbezug	38
VI. Freiheit von Zwang.....	42
1. Begriff des Zwangs	42

2. Formen des Zwangs	44
3. Abgrenzungen des Zwangs	46
4. Schutz in Zwangslagen	53
VII. Zwischenfazit	57
D. Kernmerkmale der Freiwilligkeit im Rechtssinne	58
I. Konkretisierungen auf Begriffsebene	58
II. Freiheit und Wille als Basisbezüge.....	60
1. Freiheit	60
2. Wille	62
III. Rechtliche Basisprämissen	66
1. Beschränkung auf Rechtsrelevanz	66
2. Beschränkung auf Verhaltensrelevanz	66
3. Beschränkung auf Aufgabenrelevanz	67
IV. Freiwilligkeit als funktionales Konstrukt.....	68
1. Relationalität	68
2. Dimensionalität	68
3. Normativität.....	69
V. Zwischenfazit	72
E. Folgerungen für die Prostitution.....	73
I. Relevanz der Freiwilligkeit.....	74
II. Dispositionsbefugnis	75
III. Bestimmungsfähigkeit	76
IV. Realitätsbezug	83
V. Freiheit von Zwang.....	86
VI. Vereinbarkeit von Prostitution und Freiwilligkeit.....	89
F. Limitationen	90
G. Zusammenfassung.....	90
Literaturverzeichnis	93

A. EINLEITUNG

I. Gutachtauftrag

Den Rahmen für die Anfertigung dieses Gutachtens bildet die Studie zur Evaluation des Gesetzes zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (Prostituiertenschutzgesetz, nachfolgend „ProstSchG“) vom 21. Oktober 2016,¹ mit deren Durchführung das Kriminologische Forschungsinstitut Niedersachsen e.V. (KFN) vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) beauftragt wurde. Diese Evaluierung des ProstSchG soll mit dem vorliegenden Rechtsgutachten um eine juristische Untersuchung zur Freiwilligkeit in der Prostitution² erweitert und ergänzt werden.

Konkret bezieht sich der Gutachtauftrag auf die Frage, ob Prostitution mit dem rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit im Einklang steht. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre Prostitution mit dem geltenden Recht nicht vereinbar. Weil das ProstSchG hingegen von der Möglichkeit einer rechtlich zulässigen Betätigung in der Prostitution ausgeht,³ ist das Verhältnis von Prostitution und Freiwilligkeit für die Evaluation des ProstSchG von unmittelbarer Bedeutung.

II. Problemstellung

Unter Prostitution versteht der Gesetzgeber gem. § 1 des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz, nachfolgend „ProstG“) die Vornahme von „sexuelle[n] Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt“.⁴ Ob – und wenn ja: unter welchen

¹ BGBl. I S. 2372, zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 1 des Gesetzes vom 09.03.2021 (BGBl. I S. 327).

² Der Begriff „Prostitution“ wird hier gebraucht, weil auch der Gesetzgeber ihn verwendet, s. etwa § 1 ProstSchG. Zwar ist auch die Begriffswahl des Gesetzgebers von zahlreichen Vorannahmen geprägt, ein völlig werturteilsfreier Begriff steht jedoch nicht zur Verfügung und für ein Rechtsgutachten (wie hier) bietet sich eine Orientierung am Gesetz an.

³ S. etwa BT-Drs. 18/8556, 33. Vgl. zur Kritik bspw. die Stellungnahmen aus Anlass der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung über ein Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen (BT-Drs. 18/8556) sowie zu weiteren Anträgen am 06.06.2016, Protokoll-Nr. 18/64.

⁴ Nach § 1 ProstSchG ist dieses Gesetz „anzuwenden auf die Ausübung der Prostitution“. Als Prostituierte bezeichnet § 2 Abs. 2 ProstSchG „Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen“, d. h. „eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt“ vollziehen oder eine sexuelle Handlung „an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt“ zulassen, s. § 2 Abs. 1 S. 1 ProstSchG.

Voraussetzungen – das Erbringen von sexuellen Dienstleistungen⁵ Raum für Freiwilligkeit belässt, wird kontrovers diskutiert.⁶

Teilweise wird die Position vertreten, dass Prostitution nie freiwillig sei. Denn wenn für eine sexuelle Handlung gezahlt werde, sei diese – etwa durch eine finanzielle Notlage – erzwungen. Die Vorstellung von einem relevanten Anteil selbstbestimmter Prostituiertes mit eigenem Konto, eigener Wohnung, Kranken-, Renten- und Sozialversicherung gehe hingegen fehl.⁷ Hauptgründe für eine Tätigkeit in der Prostitution seien strukturelle Zwänge und Notlagen.⁸ Ein Großteil der Betroffenen betätige sich im Rahmen einer „unfreiwilligen Armut- und Elendsprostitution“⁹ als Konsequenz von intersektionalen Diskriminierungen, Obdachlosigkeit, Drogenabhängigkeit und Migration.¹⁰ Zudem sei häufig eine emotionale Manipulation – beispielsweise in Gestalt der sogenannten „Loverboy-Masche“ – vorausgegangen. Dabei würden viele, die in der Prostitution tätig seien, (zunächst) ihre Opferrolle nicht erkennen oder keinen Ausweg sehen.¹¹ In der Prostitution tätigen Personen werde (trotz vermeintlicher vorheriger Zustimmung) im Akt der Prostitution die freie Verfügung über den eigenen Körper weitestgehend entzogen, sodass sich eine der elementarsten Arten personaler Erniedrigung und Demütigung ereigne.¹² Prostitution sei primär Ausdruck von Zwang und Ausbeutung und mit der Menschenwürde unvereinbar.¹³

Hinzu käme ein Zwang zur Abspaltung von Gefühlen (Dissoziation) als zentraler Mechanismus, um die belastenden Situationen im Bereich der Prostitution zu überstehen, der eine „echte Freiwilligkeit“ vereitele. Darüber hinaus hätten viele Frauen bereits vor ihrer Tätigkeit in der Prostitution Gewalt- und Missbrauchserfahrungen gemacht, die ihre Fähigkeit zu autonomen Entscheidungen erheblich

⁵ Der Begriff der „sexuellen Dienstleistung“ wird kritisch betrachtet, weil er Prostitution mit anderen Dienstleistungen bzw. beruflichen und gewerblichen Tätigkeiten nominell gleichstelle, obwohl Prostitution kein „normaler Beruf“ wie jeder andere sei, *Drobnik*, in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, 2023, S. 95 ff. Hier wird auf den Begriff zurückgegriffen, weil auch der Gesetzgeber ihn verwendet (s. etwa §§ 2 Abs. 1 u. 3 Abs. 1 ProstG).

⁶ S. dazu und zum Folgenden a. die Stellungnahmen und Protokolle zur Sitzung des Bundestagsausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend aus Anlass eines Antrags der CDU/CSU-Fraktion vom 20.12.2024 am 23.09.2024, abrufbar über folgenden Link: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2024/kw08-de-prostitution-990250> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

⁷ BT-Drs. 20/10284 (Antrag der CDU/CSU v. 20.02.2024). S. a. *Drobnik/Mack*, in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, 2023, S. 50 f.

⁸ Stellungnahme Bundesverband Nordisches Modell vom 12.09.2024.

⁹ BT-Drs. 20/10284 (Antrag der CDU/CSU v. 20.02.2024).

¹⁰ Stellungnahme Bundesverband Nordisches Modell vom 12.09.2024; Stellungnahme Neustart e. V. – Christliche Lebenshilfe vom 18.09.2024.

¹¹ Stellungnahme Alexander Dierselhuis (Polizeipräsident Duisburg) vom 19.09.2024.

¹² *Mack*, in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, 2023, S. 234 ff.

¹³ *Hill/Bibbert*, Regulierung der Prostitution, S. 76; *Drobnik*, in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, S. 83 f.; s. auch BT-Drs. 14/6781 (Entschließungsantrag der CDU/CSU v. 03.07.2001), S. 8.

einschränken würden.¹⁴ Prostitution sei inhärent mit Gewalt, sexueller Ausbeutung und Menschenhandel verbunden. Sie stelle eine Form der Gewalt gegen Frauen dar, die aus ungleichen Machtverhältnissen zwischen den Geschlechtern resultiere. Vor dem Hintergrund solcher Überlegungen gehen manche davon aus, dass über 90 % aller Frauen in der Prostitution nicht freiwillig sexuelle Handlungen anbieten würden.¹⁵ Zwänge durch Hinterleute oder eine subjektiv empfundene Alternativlosigkeit würden eine Scheinfreiwilligkeit begründen.¹⁶ Der Gesetzgeber gehe zwar von der Möglichkeit aus, die Entscheidung für die Prostitution selbstbestimmt zu treffen, liefere allerdings keine empirischen und sozialwissenschaftlich belastbaren Belege als Beweis für die freie Wahl.¹⁷

Andere wiederum begreifen Prostitution als Ausdruck sexueller und wirtschaftlicher Selbstbestimmung.¹⁸ In der Prostitution tätige Personen hätten das Recht, selbstbestimmt über ihre Körper und ihre Arbeitsbedingungen zu entscheiden. Prostitution sei als legitime Arbeit zu betrachten, die von den Betroffenen in der Regel freiwillig und autonom ausgeübt werde¹⁹ und nicht grundsätzlich eine Form der Ausbeutung darstelle. Eine pauschale Gleichsetzung von Zwang und Menschenhandel mit der Prostitution sei nicht richtig, vielmehr müsse zwischen freiwilliger, legaler Prostitution und Zwangsprostitution unterschieden werden.²⁰ Sexuelle Dienstleistungen würden aus ganz verschiedenen Gründen, oft aber frei und selbstbestimmt angeboten.²¹

Diesen Diskussionsstand bestimmt nicht nur ein Dissens über das Verhältnis von Freiwilligkeit und Prostitution. Vielmehr ist auch keine einheitliche Vorstellung von dem erkennbar, was als „Freiwilligkeit“ bezeichnet wird. Das geschriebene Recht enthält dazu ebenfalls keine verbindliche Definition, und auch von anderer Seite wurden bisher keine Operationalisierungen vorgelegt, die allgemeingültige Klassifizierungen als „freiwillig“ oder „unfreiwillig“ ermöglichen.²² Das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit ist also unklar. Zugleich setzen Klärungen zum Verhältnis von Prostitution und Freiwilligkeit eine Bestimmung des Maßstabs und damit des maßgeblichen juristischen

¹⁴ Stellungnahme Frau Dr. Schmid-Hagenmeyer vom 16.09.2024. S. a. *Klaus*, Prostitution und Freiwilligkeit, <https://karlsruherappell.com/2014/01/06/prostitution-und-freiwilligkeit/> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

¹⁵ S. bspw. Artikel der Zeitschrift Emma v. 04.11.2013, <https://www.emma.de/artikel/prostitution-mythos-und-wahrheit-311989> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

¹⁶ *Sporer, Der neue Deutsche Weg*, S. 47, https://www.hss.de/download/publications/AA_93_Prostitution_Sporer.pdf (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

¹⁷ *Drobnik*, in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, 2023, S. 96 f.

¹⁸ *Hill/Bibbert*, Zur Regulierung der Prostitution, S. 107.

¹⁹ Stellungnahme Bundesverband Sexuelle Dienstleistungen vom 18.09.2024.

²⁰ Stellungnahme der Gewerkschaft für Polizei vom 16.09.2024.

²¹ Stellungnahme Bündnis Fachberatungsstellen für Sexarbeiter*innen vom 13.09.2024.

²² *Amelung*, GA 1999, 182 ff.; *Borg-Laufs*, Prax Kinderpsychol. Kinderpsychiat., 2019, 316 (317); s. a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 28 ff.

Freiwilligkeitsbegriffs voraus. Was zum Rechtsbegriff der „Freiwilligkeit“ aus der Rechtsordnung abgeleitet werden kann, bildet deshalb einen Schwerpunkt dieser Untersuchung.

III. Vorgehensweise

Annäherungen an das Konzept der Freiwilligkeit sind auf vielfältige Weise möglich. Beispielsweise bieten Philosophie oder Psychologie ebenso Zugangswege wie der juristische Diskurs. Auf ihn wird nachfolgend abgestellt, weil dieses Gutachten im Kontext der Evaluation eines Gesetzes steht (s. o.) und ein Gesetz in erster Linie mit juristischen Vorgaben zu vereinbaren sein muss. Die nachfolgenden Überlegungen beschäftigen sich daher mit dem, was zum Rechtsbegriff der Freiwilligkeit aus der Rechtsordnung abgeleitet werden kann, also mit dem rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit in Abgrenzung zu anderen (zum Beispiel philosophischen) Grundlegungen des Freiwilligkeitsbegriffs.

Auf juristischer Ebene spielt Freiwilligkeit in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen eine Rolle, etwa bei der Einwilligung in medizinische Eingriffe oder bei der Selbsttötung (s. a. Abschnitt B). In diesen Kontexten wurden Maßstäbe und Kriterien zur Feststellung der Freiwilligkeit entwickelt. Soweit die dabei erzielten Ergebnisse allgemeine Geltung beanspruchen können, sind sie (schon mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung) auch für die Tätigkeit in der Prostitution verbindlich und somit für die Evaluation des ProstSchG relevant.

Deshalb wird nachfolgend der Versuch unternommen, in einer bereichsübergreifenden Gesamtschau Aspekte zu identifizieren, die für das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit relevant sind. Soweit dabei Tatsachenfragen eine Rolle spielen, werden im Rahmen dieser Untersuchung keine eigenen Tatsachenfeststellungen getroffen, sondern Erkenntnisse der empirischen Wissenschaften einbezogen, die sich – etwa im Zusammenhang mit Selbsttötungen – ebenfalls mit der Freiwilligkeit beschäftigen. Methodisch orientiert sich das Vorgehen bei der Begutachtung an den gängigen juristischen Arbeitstechniken, bei streitigen Aspekten an der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Erkenntnisse der empirischen Wissenschaften werden unter Beachtung der anerkannten Maßstäbe einer Konsens- bzw. Evidenzbasierung einbezogen.

B. ANNÄHERUNGEN AN DIE FREIWILLIGKEIT IM RECHT

I. Zusammenhang zur Selbstbestimmung

Einen ersten Ansatzpunkt für Annäherungen an das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit bildet der Umstand, dass es vorliegend um Freiwilligkeit im Zusammenhang mit der Prostitution als entgeltlicher Vornahme von sexuellen Handlungen geht – und damit um ein Verhalten, das sich an Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) messen lässt. Nach diesem Artikel hat jeder „das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

Damit gewährleistet die Verfassung eine Freiheitssphäre, die auch das Recht einschließt, frei über die Teilnahme an sexuellen Handlungen zu entscheiden.²³ Dieses Recht ist bei der Ausübung der Prostitution als Erbringung von sexuellen Dienstleistungen²⁴ zu respektieren,²⁵ wobei der Gesetzgeber mit dem ProstSchG die Ausübung der Prostitution als Ausdruck des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit anerkannt hat.²⁶ Der Schutz dieses Rechts gehört zu den Kernanliegen des ProstSchG, ihm weist die Gesetzesbegründung sogar eine „Schlüsselrolle“ zu.²⁷ Im Kontext der Prostitution geht es also um Freiwilligkeit bei der Ausübung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG. Dieses Recht bildet hier den Rahmen für Feststellungen zum rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit.

Damit steht nicht fest, dass „freiwillig“ mit der freien Entfaltung der Persönlichkeit gleichzusetzen ist, vielmehr gehört dies zu den offenen Fragen, denen sich die nachfolgenden Überlegungen widmen. Auch im Übrigen ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 GG nicht, welche Bedingungen für eine „freie“ Entfaltung der Persönlichkeit erfüllt sein müssen. Insbesondere verwendet die Verfassung den Begriff der Freiwilligkeit in diesem Zusammenhang nicht. Zugleich besteht erheblicher Klärungsbedarf. Unsicher erscheint beispielsweise schon die anthropologische Prämisse, dass Menschen dazu in der Lage sind, etwas „frei“ zu tun oder zu lassen.²⁸

II. Bezug zur Menschenwürde

Weitere Vorstellungen vom Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 GG vermittelt ein Bezug zur Menschenwürde, die gem. Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG unantastbar ist und auf deren Gewährleistung niemand zulässigerweise verzichten kann.²⁹ Zur Verletzung der Menschenwürde kommt es aber, wenn die Subjektqualität einer Person infrage gestellt wird.³⁰ Dabei zeichnet ein Subjekt nach den Vorstellungen der Rechtsordnung insbesondere die Fähigkeit zum selbstbestimmten Handeln aus. Nur wer über sich und seine Verhältnisse nach eigenen,

²³ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008 – 1 BvL 10/05, NJW 2008, 3117; *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200; *Renzikowski*, in: MüKo/StGB, § 232a Rn. 1; *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 356.

²⁴ S. § 2 Abs. 2 ProstSchG.

²⁵ *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 91.

²⁶ BT-Drs. 18/8556, 33.

²⁷ BT-Drs. 18/8556, 33.

²⁸ *Bishop*, in: The Oxford Handbook of Free Will, 2. Aufl. 2011, S. 84 ff.; *Pätzold/Ulm*, ZfW, 2015, 183 (185).

²⁹ BVerwG, Urt. v. 20.05.1999 – 3 C 7/98, NJW 2000, 683 f.; s. auch schon BVerwG, Urt. v. 17.03.1989 – 2 WD 40/88, BVerwGE 86, 136 ff.

³⁰ Das Bundesverfassungsgericht konkretisiert den Begriff der Menschenwürde anhand der „Objektsformel“, wonach eine Missachtung der Menschenwürde vorliegt, „wenn der konkrete Mensch zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“. Vgl. hierzu BVerfG Urt. v. 23.01.2024 – 2 BvB 1/19, NJW 2024, 645 (657 f.); *Herdegen*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 1 Abs. 1 Rn. 36.

selbstgesetzten Maßstäben bestimmen kann, wird unter Wahrung seines Wert- und Achtungsanspruchs als selbstverantwortliches Subjekt anerkannt.³¹

Die Menschenwürde kommt also in eigenverantwortlichen Entscheidungen zum Ausdruck, sodass Selbstbestimmung – als Basis der Subjektqualität – mit der Menschenwürde untrennbar verknüpft ist.³² Das Grundgesetz, so das Bundesverfassungsgericht (BVerfG),³³ geht „von der Würde der freien, *sich selbst bestimmenden* menschlichen Persönlichkeit als höchstem Rechtswert“ aus;³⁴ zum Wesen des Menschen gehöre, „in Freiheit sich selbst zu bestimmen“.³⁵ Dabei setze die selbstbestimmte Wahrung der eigenen Persönlichkeit voraus, dass der Mensch über sich „nach eigenen Maßstäben“ verfügen könne.³⁶

In Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG wird daher aus Art. 2 Abs. 1 GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht abgeleitet, dessen Leitbild die Selbstgestaltung durch Selbstbestimmung ist.³⁷ Dies spiegelt sich auch in dem aus dem Griechischen stammenden Begriff „Autonomie“ wider, der Selbstgesetzgebung oder Selbstbestimmung bedeutet.³⁸ Der Begriff wird häufig als Synonym für „Selbstbestimmung“ verwendet und ist im (rechts-)philosophischen Diskurs weit verbreitet, wohl auch durch die Übersetzung von „autonomy“ aus dem angloamerikanischen Sprachraum.³⁹ Das Bundesverfassungsgericht hingegen bevorzugt bei der Ableitung spezifischer Rechte aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit den Begriff „Selbstbestimmung“ (z. B. „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“ oder „Recht auf selbstbestimmtes Sterben“). Diese Begriffswahl wird auch in der verfassungsrechtlichen Literatur aufgegriffen.⁴⁰

³¹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (906 f.).

³² BVerfG, Beschl. v. 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14, BVerfGE 140, 317 = NJW 2016, 1149 (1153); *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth/GG*, Art. 1 Rn. 6; BVerfG Urt. v. 23.01.2024 – 2 BvB 1/19, NJW 2024, 645 (655, 657 f.); *Enders*, in: *Höfling/Augsberg/Rixen GG*, Art. 1 Rn. 1 ff., 31.; *Schmidt*, KJ 2015, 159 (164); *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz GG*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 84.

³³ *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz, GG*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 204; *Amelung*, ZStW 104 (1992), 821 (829).

³⁴ BVerfG, Urt. v. 13.04.1978 – 2 BvF 1, 2, 4, 5/77, BVerfGE 48, 127 (163 – Hervorh. eingefügt) = NJW 1978, 1245 (1246); ferner BVerfG, Beschl. vom 06.12.2005 – 1 BvL 3/03, BVerfGE 49, 286 (298): „Hierzu gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“; s. a. *Herdegen*, in: *Dürig/Herzog/Scholz, GG*, Art. 1 Abs. 1 Rn. 4, 25.

³⁵ BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05, BVerfGE 115, S. 118 (145) = NJW 2006, 751 (757); BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 = NJW 2020, 905 (906).

³⁶ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (906 f.) m.w.N.

³⁷ U. a. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (906), (915); *Di Fabio*, in: *Dürig/Herzog/Scholz GG*, Art. 2 Abs. 1 Rn. 147.

³⁸ Abgeleitet ist der Begriff von „autos“ = selbst und „nomos“ = das Gesetz, die Gesetzlichkeit; s. a. *Mele*, in: *The Oxford Handbook of Free Will*, 1. Aufl. 2005, S. 529; *Rönnau*, Willensmängel, S. 205 f.

³⁹ *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (854); *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 30; *Amelung*, GA 1999, 182 (183); *Neuner*, AcP, 2018, 1 (4).

⁴⁰ *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 30.

Autonom bzw. selbstbestimmt handelt, wer sich an selbstgesetzten Normen bzw. Werten orientiert. Autonomes Handeln kann damit als ein Verhalten gelten, das in Übereinstimmung mit den eigenen Werten steht und bestehende Freiräume nach den eigenen Vorstellungen ausgestaltet.⁴¹ Funktionell ist dies von hoher sozialer Bedeutung. Nicht zuletzt beruhen als Folge eines Individualisierungsprozesses wichtige Systeme und Verhältnisse in modernen Gesellschaften auf individuellen Entscheidungen.⁴² Sie müssen von autonomen Individuen getroffen werden, denen, soweit es geht, die geschützte Möglichkeit zur Selbstbestimmung eingeräumt wird. Dies folgt auch daraus, dass der Einzelne grundsätzlich selbst mit der höchsten Erfolgswahrscheinlichkeit imstande ist, sein individuell Bestes zu bestimmen.⁴³

Im vorliegenden Betrachtungszusammenhang steht Freiwilligkeit damit im Kontext der Ausübung des Rechts auf (sexuelle) Selbstbestimmung. Um Freiwilligkeit geht es hier im Zusammenhang mit der Frage, ob die Teilnahme an der Prostitution selbstbestimmter Ausdruck der Freiheit sein kann, bestehende Freiräume im Sinne einer selbstdefinierten Wahrung der eigenen Persönlichkeit nach den eigenen Präferenzen auszugestalten. Dies setzt eine frei gebildete Entscheidung voraus,⁴⁴ da eine Person nur dann selbstbestimmt entscheiden kann, wenn sie dabei frei, also in ihrer Entscheidungsfreiheit unbeeinträchtigt ist.⁴⁵ Diesem Bereich der – noch näher zu beschreibenden – freien Entscheidungsbildung⁴⁶ (und in diesem Sinne „freien“ Entscheidung) ist vorliegend auch die Freiwilligkeit zuzuordnen. Das Verständnis von der „Autonomie“ bzw. Selbstbestimmung des Menschen und von seiner Subjektqualität beinhaltet die Annahme einer Entscheidungsfreiheit, auf die sich das Konzept der Freiwilligkeit bezieht.

III. Postulat der Willensfreiheit

Damit hat die Rechtsordnung auch Stellung zum „Determinismus“-Problem bezogen, das zu den Ewigkeitsfragen der Menschheit gehört.⁴⁷ Nach wie vor ist unklar, ob menschliches Verhalten von (z. B. physiologischen) Faktoren so bestimmt ist, dass freie individuelle Entscheidungen gar nicht

⁴¹ Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 5; Rönnau, Willensmängel, S. 205; Amelung, GA 1999, 182 (193), (203) – Ursprünglich bezeichnete der Begriff der Autonomie eine Eigenschaft politischer Körperschaften, bevor er von Kant auf das Individuum übertragen wurde, s. Amelung, GA 1999, 182 (193).

⁴² Raz, The Morality of Freedom, S. 394; Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 10 f.

⁴³ Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 11.

⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (909 f.); BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, BVerfGE 142, 313 (344) = NJW 2017, 53 (56 f.).

⁴⁵ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, BVerfGE 142, 313 (344) = NJW 2017, 53 (56), welches klarstellt, dass Freiheit Ausdruck der persönlichen Autonomie eines Menschen ist, diese durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützt wird und daher im konkreten Fall medizinische Zwangsbehandlungen gegen den freien Willen ausgeschlossen sind.

⁴⁶ Siehe dazu Abschnitte C und D

⁴⁷ S. Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 353 ff.; vgl. auch Reinelt, NJW 2004, 2792 (2793).

möglich sind (so der Determinismus), oder ob es stattdessen Raum für einen freien Willen (und damit für „Indeterminismus“) gibt. Letzteres postulieren zum Beispiel als Kompatibilismus oder Libertarismus bezeichnete Meinungsgruppen.⁴⁸

Für die Ausarbeitung des rechtlichen Konzepts der Freiwilligkeit können Einzelheiten dazu allerdings dahinstehen. Denn die Rechtsordnung geht ebenso wie die Rechtsprechung davon aus, dass erwachsene Menschen grundsätzlich frei über ihren Willen verfügen und die Verantwortung für ihr eigenes Handeln übernehmen können.⁴⁹ Das BVerfG etwa betont, dass Menschen ihr Handeln selbst bestimmen und sich kraft ihrer Willensfreiheit zwischen verschiedenen Verhaltensoptionen entscheiden können.⁵⁰ Auch der Bundesgerichtshof leitet aus den Vorgaben der Rechtsordnung ab, dass der Mensch „auf freie, verantwortliche, sittliche Selbstbestimmung angelegt“ und daher befähigt ist, freie Entscheidungen zu treffen.⁵¹ Das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit gilt als eine unumstößliche Realität des sozialen Miteinanders und wird auf reife sowie psychisch gesunde Menschen bezogen.⁵²

Nicht zuletzt prägt das Postulat des freien Willens die verfassungsrechtliche Leitidee der Menschenwürde im Sinne von Art. 1 Abs. 1 GG (s. o.). Ihr liegt nach dem BVerfG „die Vorstellung vom Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten“.⁵³ In diesem Sinne bringt die Verfassung die Grundvorstellung zum Ausdruck, dass der Mensch zur Selbstbestimmung und Selbstentfaltung fähig ist.⁵⁴

Bei Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte geht der deutsche Gesetz- bzw. Verfassungsgeber damit grundsätzlich davon aus, dass erwachsene Menschen die Fähigkeit zur freien Entscheidung haben. Indem § 104 Nr. 2 BGB beispielsweise die Geschäftsunfähigkeit⁵⁵ als einen „die freie Willensbildung ausschließenden Zustand“ bestimmt, erkennt er die – in der Regel vorhandene – Möglichkeit der „freie[n] Willensbildung“ an. Im Einklang damit setzt zum Beispiel die Bestellung eines Betreuers von

⁴⁸ S. etwa *Nedopil*, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 353 ff.

⁴⁹ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27). Die höchstrichterliche Rechtsprechung in Zivilsachen etwa hat sich (im Umgang mit dem Rechtsbegriff der Geschäftsfähigkeit) schon früh von der Debatte um die menschliche Willensfreiheit gelöst und pragmatisch definiert, dass unter „Freiheit der Willensbestimmung“ im Sinne des BGB die „normale Bestimmbarkeit einer Person durch vernünftige Erwägungen“ zu verstehen ist, RG, Urt. v. 19.01.1922 – Rep.VI. 585/21, RGZ 103, 399; BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918 (919).

⁵⁰ BVerfG, Urt. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2155/11, 2 BvR 2883/10, BVerfG NJW 2013, 1058 (1059); 2016, 1149 (1153).

⁵¹ BGH, Beschl. vom 18.03.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194 (200).

⁵² *Verrel/Linke/Koranyi*, in: LK/StGB, § 20 Rn. 15. S. a. *Nedopil/Stübner*: Kapitel 99 Forensische Psychiatrie, in: Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 2983 ff.

⁵³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE 123, 267 (Lissabon) = NJW 2009, 2267 (2289); BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 (Lebenslange Freiheitsstrafe) = NJW 1977, 1525 (1526).

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (915).

⁵⁵ S. dazu Abschnitt B.IV.1.

Amts voraus, dass die betreute Person ihren Willen nicht frei bilden und bestimmen kann.⁵⁶ Auf der Freiheit der Willensbildung und -bestimmung beruht nicht zuletzt das Prinzip der Privatautonomie, von dem das deutsche Privatrecht geprägt wird.⁵⁷

Allgemein gilt das Postulat des freien Willens als Grundlage für die rechtliche Verantwortung, weil ein funktionierendes Rechtssystem davon abhängig gesehen wird, dass Menschen für ihre Handlungen verantwortlich gemacht werden können.⁵⁸ Damit korrespondiert insbesondere die Aufgabe der Rechtsordnung, soziale Ordnung zu gewährleisten. Die Rechtsordnung setzt deshalb auf die Annahme eines freien Willens und einer individuellen Verantwortung, was hier eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Determinismusstreit überflüssig macht.

Zu ergänzen ist allerdings, dass die von der Rechtsordnung postulierte Willensfreiheit nicht bedeutet, der Einzelne sei bei seiner Entscheidung in vollkommener Weise frei von äußeren Einflüssen. Menschliche Entscheidungen sind vielmehr regelmäßig von verschiedenen (z. B. situativen oder kulturellen) Faktoren beeinflusst. Selbstbestimmung ist immer relational verfasst,⁵⁹ nicht zuletzt das individuelle Präferenz- und Wertesystem notwendig (z. B. gesellschaftlich) geprägt.⁶⁰ Ein Wille wird nicht frei von allen äußeren Bedingungen gebildet.⁶¹ Wäre dies – im Sinn einer unbedingten Willensfreiheit – anders, könnte der menschliche Wille auch nicht Ausdruck der Persönlichkeit sein. Denn bei völliger Voraussetzungslosigkeit würden Wünsche, Motive oder andere intrinsische Faktoren ebenfalls nicht in den Willen eingehen, vielmehr unterläge das (vermeintlich) Gewollte dem Zufall. Deshalb trägt die Vorstellung von einer bedingten Willensfreiheit einerseits dem Umstand Rechnung, dass es keinen absolut – von jeder Beeinflussung – freien Willen geben kann. Andererseits wird berücksichtigt, dass bewusste Denkvorgänge Entscheidungen bzw. Handlungen wesentlich

⁵⁶ BayObLG, Beschl. vom 13.12.2000 – 3Z BR 353/00, NJW-FER 2001, 151.

⁵⁷ Auch im Strafrecht kommt die Annahme der Verantwortlichkeit und Freiheit des Handelns deutlich zum Ausdruck. So wird erwachsenen Menschen Schuldfähigkeit und die Verantwortlichkeit für ihr Verhalten unterstellt, weil sie sich frei für oder gegen eine bestimmte Handlung entscheiden könnten. Dies korrespondiert mit dem Schuldprinzip, wonach eine Person nur dann bestraft werden kann, wenn sie die Möglichkeit hatte, sich anders zu verhalten, s. *Nedopil*, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 353 ff.

⁵⁸ Im Übrigen steht der Begriff der Willensfreiheit auch für die forensische Psychiatrie nicht im Mittelpunkt, vielmehr geht es um unterschiedliche Grade sozialer Kompetenz in einer spezifischen Situation, s. Rasch 1986; *Nedopil/Stübner*, in: Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 2983 ff. Der philosophische Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus bleibt auch aus medizinischer bzw. psychologischer Sicht in der Regel außen vor. Abgestellt wird darauf, ob eine Person in der konkreten Situation nicht selbstbestimmt handeln und deshalb etwa kein normgerechtes Verhalten zeigen konnte.

⁵⁹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910).

⁶⁰ *Gutmann u. a.*, MedR 2004, 19 (29).

⁶¹ S. a. *Amelung*, GA 1999, 182 (194).

beeinflussen. Trotz dieser Beeinflussung besteht die Fähigkeit zu intrinsischer Kontrolle bzw. eigenständiger Entscheidung und damit ein Raum für Autonomie.⁶²

Die Grundvermutung der Freiheit des Willens hat zur Folge, dass nicht die Freiheit, sondern ihre Begrenzung zu begründen ist. Bestimmend ist ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, bei dem konkrete Anhaltspunkte für Freiheitsbegrenzungen in den Fokus der Betrachtung rücken. Entsprechend werden Voraussetzungen der Entscheidungsfreiheit von der Rechtsordnung nicht näher beschrieben, sondern stattdessen Beeinträchtigungen dieser Freiheit.⁶³ Weil ein freier Wille vermutet wird, finden sich vor allem Hinweise dazu, wann er nicht vorliegt. Deshalb bietet sich auch für den Begriff der Freiwilligkeit eine Annäherung aus der Richtung möglicher Ausschlusskriterien an.⁶⁴

IV. Einzelbeispiele

Explizit benutzen unterschiedliche rechtliche Vorgaben die Begriffe „freiwillig“ und „Freiwilligkeit“, ohne dass es dazu Legaldefinitionen gibt. Im Verfassungsrecht etwa werden diese Begriffe im Zusammenhang mit der Ausübung von Grundrechten genannt,⁶⁵ im Verwaltungsrecht unter anderem im Kontext von freiwilligen Maßnahmen.⁶⁶ Im Strafgesetzbuch ist beispielsweise in § 24 bestimmt, dass nicht wegen Versuchs bestraft wird, wer „freiwillig“ die weitere Ausführung der Tat aufgibt. Auch im Zivilrecht sind die Begriffe „freiwillig“ und „Freiwilligkeit“ anzutreffen, im Arbeitsrecht zum Beispiel im Zusammenhang mit Betriebsvereinbarungen.⁶⁷ Darüber hinaus spielt Freiwilligkeit im Anwendungsbereich von rechtlichen Vorgaben eine Rolle, die diesen Begriff – oder das Wort „freiwillig“ – nicht ausdrücklich verwenden.

Sämtliche Regelungszusammenhänge mit Bezug zur Freiwilligkeit abbilden zu wollen, würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, sodass sich das Folgende auf Einzelbeispiele beschränken muss. Ihre Auswahl orientiert sich an dem Ziel, über heterogene Konstellationen aus verschiedenen Regelungsbereichen ein breites Spektrum an Merkmalen des Freiwilligkeitskonzepts im Zusammenhang mit der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts zu erfassen.

⁶² Zu dieser Theorie eines bedingten freien Willens tendiert die moderne Wissenschaft auch im Übrigen, s. etwa *Hinterhuber*, *Wie frei ist der freie Wille? Neurowissenschaftliche und philosophische Aspekte von Motivation und Entscheidung*. Neuropsychiatrie 2012, 49 (53 f.).

⁶³ *Nedopil* in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), *Lehrbuch Rechtspsychologie*, S. 353 ff.; *Nedopil/Stübner*, in: Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), *Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie*, S. 2983 ff.

⁶⁴ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 28 ff.

⁶⁵ S. Art. 12a und 137 GG.

⁶⁶ § 8 Abs. 1 Nr. 3 des Jugendschutzgesetzes (JuSchG) etwa spricht von der freiwilligen Einhaltung von Jugendschutzmaßnahmen durch Veranstalter, das Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) in § 9 von der Möglichkeit, sich „freiwillig“ gesetzlich zu versichern.

⁶⁷ S. § 88 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG).

1. Geschäftsunfähigkeit nach § 104 BGB

Ein Bezug auf die „freie Willensbestimmung“ findet sich in § 104 Nr. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Diese Norm spricht Personen die Geschäftsfähigkeit ab, die sich in einem – nicht nur vorübergehenden – „Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit“ befinden, der die „freie Willensbestimmung“ ausschließt. Die Geschäftsfähigkeit wiederum ist Voraussetzung dafür, Willenserklärungen rechtsgültig abgeben oder entgegennehmen zu können. Sie ist damit ein zentraler Begriff des deutschen Zivilrechts und eine Basisanforderung für die Teilnahme am rechtsgeschäftlichen Verkehr.⁶⁸ Von der Geschäftsfähigkeit – mit ihren Unterformen der Testier-, Prozess- und Deliktsfähigkeit⁶⁹ – hängt die Frage ab, wann die Rechtsordnung dem (erklärten) Willen eines Rechtssubjekts rechtliche Wirkungen beilegen kann.⁷⁰ Die Idee der Privatautonomie beruht auf der Möglichkeit der freiwilligen (vertraglichen) Selbstbindung gegenüber anderen Personen,⁷¹ sodass die Freiheit der Willensbestimmung die Voraussetzung für zivilrechtliche Verantwortlichkeit ist.⁷²

In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung die „freie Willensbestimmung“ im Sinne des BGB als „normale Bestimmbarkeit einer Person durch vernünftige Erwägungen“ definiert.⁷³ Sie soll ausgeschlossen sein, wenn der*die Betroffene nicht imstande ist, „seinen Willen frei und unbeeinflusst [von der vorliegenden Geistesstörung] zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln“.⁷⁴ Daraus wird das Erfordernis der Fähigkeit abgeleitet, Entscheidungen auf der Basis von Erfahrung und Einsichten vernünftig abwägend treffen zu können.⁷⁵ Der Einzelne müsse dafür nach seiner psychischen Beschaffenheit in der Lage sein, seinen Willen aufgrund vernünftiger Überlegung zu bilden und die Tragweite der Wirkungen zu erfassen, die durch sein rechtsgeschäftliches Handeln ausgelöst werden.⁷⁶

Vor allem geht es hier um das Fehlen von erheblichen pathologischen Determinanten, wobei der Ausschluss von Geschäftsfähigkeit bzw. ihrer Unterformen gem. § 104 Nr. 2 BGB an zwei Voraussetzungen geknüpft ist: Zum einen muss eine im rechtlichen Sinne krankheitswertige

⁶⁸ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

⁶⁹ Der BGH sieht den Begriff der freien Willensbestimmung beispielsweise im Betreuungsrecht und in § 104 Nr. 2 als „im Kern deckungsgleich“ an, s. *Schneider*, in: *MüKo/BGB*, § 1814 Rn. 43.

⁷⁰ *Klumpp*, in: *Staudinger/BGB*, Vorb. §§ 104–115, Rn. 1, 16 ff.; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

⁷¹ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 26.

⁷² *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (28).

⁷³ RG, Urt. v. 19.01.1922 – Rep. VI. 585/21, RGZ 103, 399 (401); BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918 (919); *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

⁷⁴ BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918 (919) zur freien Willensbestimmung im Fall des § 104 Nr. 2 BGB.

⁷⁵ BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918 (919) verlangt eine „freie Entscheidung nach Abwägung des Für und Wider bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte. Vgl. auch *Spickhoff*, in: *MüKo/BGB*, § 104, Rn. 47; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26.

⁷⁶ *Klumpp*, in: *Staudinger/BGB*, Vorb. §§ 104–115, Rn. 1, 16 ff.; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

psychische Störung vorliegen, die grundsätzlich zum Ausschluss der freien Willensbestimmung führen kann. Zusätzlich ist der Nachweis erforderlich, dass durch die Störung psychische Funktionsstörungen hervorgerufen wurden, die zum tatsächlichen Ausschluss der Fähigkeit zur freien Willensbestimmung bezüglich der vorliegenden Art von Rechtsgeschäften geführt haben.⁷⁷

2. Anfechtbarkeit von Willenserklärungen nach § 123 BGB

Zugleich sind Störungen der Geistestätigkeit nur eine Möglichkeit für Beeinträchtigungen der freien Selbstbestimmung. Im Rechtsverkehr muss die Bildung und Erklärung des Willens der Subjekte schlechthin frei von (widerrechtlichen) freiheitsvermindernden Interventionen sein, wobei diese Forderung unmittelbar im Prinzip der Privatautonomie gründet.⁷⁸ So kann nach § 123 Abs. 1 BGB eine Willenserklärung anfechten, wer zu ihrer Abgabe „durch arglistige Täuschung oder widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist“. Als arglistige Täuschung im Sinne dieser Norm gilt dabei, dass eine Person den Erklärenden durch Vorspiegelung falscher Tatsachen oder das Verschweigen wahrer Tatsachen dazu bringt, eine Willenserklärung abzugeben, die dieser ohne die Täuschung nicht oder nicht in dieser Form abgegeben hätte.⁷⁹ Unter einer Drohung im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB wird das Inaussichtstellen eines künftigen Übels verstanden, auf dessen Eintritt oder Nichteintritt der Drohende einwirken zu können behauptet.⁸⁰ Das angedrohte Übel kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, ideeller oder materieller Natur sein und wird in seiner Art und Intensität vom Gesetz nicht näher beschrieben.⁸¹

Die arglistige Täuschung nach § 123 Abs. 1 Var. 1 BGB und die widerrechtliche Drohung nach § 123 Abs. 1 Var. 2 BGB sind Anfechtungsgründe, die sich auf die Entscheidungsfreiheit des Erklärenden im Rahmen der Abgabe einer Willenserklärung beziehen. § 123 Abs. 1 BGB schützt darüber die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung vor gravierenden Störungen im Bereich der Willensbildung.⁸² Die Rede ist daher auch von einem Schutz der freien Willensbestimmung des Erklärenden. Beide Tatbestände setzen einen Eingriff in den Willensbildungsprozess des Erklärenden voraus, der so schwerwiegend ist, dass das Gesetz die Wirksamkeit der daraufhin abgegebenen Willenserklärung infrage stellt.

3. Nötigung nach § 240 StGB

⁷⁷ BGH, Urt. v. 05.12.1995 – XI ZR 70/95, NJW 1996, 918 (919); *Klumpp*, in: Staudinger/BGB, Vorb. §§ 104–115, Rn. 1, 16 ff.; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26, 27

⁷⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 247.

⁷⁹ *Singer/vFinckenstein*, in: Staudinger/BGB, § 123 Rn. 5 f.; *Wendtland*, in: BeckOK/BGB, § 123 Rn. 7.

⁸⁰ *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, § 123 Rn. 111.

⁸¹ *Dörner*, in: Schulze Handkommentar BGB, § 123 Rn. 9; *Arnold*, in: Erman/BGB, § 123 Rn. 41.

⁸² *Singer/vFinckenstein*, in: Staudinger/BGB, § 123 Rn. 1; *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, § 123 Rn. 1.

Der Nötigungstatbestand des § 240 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) droht eine Bestrafung für den Fall an, dass jemand „einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt“. Nötigen bedeutet dabei, einen Menschen ein von ihm nicht gewolltes Verhalten (Handeln, Dulden oder Unterlassen) aufzuzwingen.⁸³ Dabei ist eine solche Tat nach dem zweiten Absatz des § 240 StGB nur dann rechtswidrig, „wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist“.⁸⁴ § 240 StGB schützt nach ganz überwiegender Ansicht die – in Art. 2 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende – Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung eines Menschen⁸⁵, d. h. die Freiheit, einen Entschluss fassen und diesen Entschluss auch realisieren zu können.⁸⁶

Dabei wird statt von Willensentschließung oftmals auch von Willensbildung gesprochen,⁸⁷ zum Teil aber auch dahingehend differenziert, dass die Freiheit der Willensbildung auf den zeitlich vorgelagerten Prozess des Auswählens zwischen Handlungsalternativen bezogen wird. Danach liege eine Verletzung der Willensbildungsfreiheit vor, wenn bereits die Auswahlmöglichkeiten eingeschränkt würden, die betroffene Person eine oder mehrere Handlungsalternativen also gar nicht mehr verwirklichen könne.⁸⁸ Die Willensbetätigungsfreiheit hingegen sei beeinträchtigt, wenn eine Auswahl zwischen Handlungsalternativen zwar getroffen worden sei, die ausgewählte Verhaltensoption aber nicht umgesetzt werden könne.⁸⁹

§ 240 Abs. 1 StGB nennt als Nötigungsmittel die Ausübung von „Gewalt“ (Var. 1) und die „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ (Var. 2). Als Gewalt gilt hier – nach einer ursprünglich in der Rechtsprechung verwendeten, im Laufe der Zeit aber zunehmend relativierten Formel – der Einsatz physischer (körperlicher) Kraft zur Beseitigung eines wirklichen oder vermuteten Widerstandes.⁹⁰

⁸³ BGH, Urt. v. 20.10.1999 – 2 StR 248/99, BGHSt 45, 253 (258) = NJW 2000, 1048 (1049) zu § 177 Abs. 1 StGB; Sinn, in: MüKo/StGB, § 240 Rn. 25; krit. Kargl, FS Roxin, 2001, 905.

⁸⁴ Altvater/Coen, in: LK/StGB, § 240 Rn. 4.

⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 10.01.1995 – 1 BvR 718/89, 719/89, 722/89, 723/89, BVerfGE 92, 1 (13) = NJW 1995, 1141 (1142); BGH, Beschl. v. 24.04.1986 – 2 StR 565/85, BGHSt 34, 71 (77) = NJW 1986, 1883 (1884); Sinn, in: MüKo/StGB, § 240 Rn. 2; Toepel, in: NK/StGB, § 240 Rn. 13; Altvater/Coen, in: LK/StGB, § 240 Rn. 1; Amelung, GA 1999, 182 (184).

⁸⁶ Sinn, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000, S. 59; vgl. auch Toepel, in: NK/StGB, § 240 Rn. 13; Eidam, in: Matt/Renzikowski/StGB, § 240 Rn. 3.

⁸⁷ So bspw. Altvater/Coen, in: LK/StGB, § 240 Rn. 1; Toepel, in: NK/StGB, § 240 Rn. 13, s. a. Eisele, in: Schönke/Schröder/StGB, § 240 Rn. 1 f.

⁸⁸ Toepel, in: NK/StGB, § 240 Rn. 13.

⁸⁹ Toepel, in: NK/StGB, § 240 Rn. 13.

⁹⁰ RG, Urt. v. 02.12.1929 – II 369/28, RGSt 64, 113 (115); BGH, Urt. v. 24.10.1973 – 2 StR 362/73, BGHSt 25, 237 = NJW 1974, 282 (283); Toepel, in: NK/StGB, § 240 Rn. 35; Altvater/Coen, in: LK/StGB, § 240 Rn. 9.

Dieser Krafteinsatz kann als „vis absoluta“⁹¹ die Willensentschließung oder -betätigung unmöglich machen (s. a. Abschnitt C.VII.2.a.) oder als „vis compulsiva“ auf eine Beugung des Willens gerichtet sein⁹² (s. dazu Abschnitt C.VII.2.b.). Drohung im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB ist (wie bei § 123 BGB) das Inaussichtstellen eines Übels, dessen Eintritt davon abhängen soll, dass die bedrohte Person sich nicht dem Willen des*der Drohenden beugt.⁹³

4. Einwilligung

Selbstbestimmung kann bedeuten, anderen Eingriffe in die eigene Rechtssphäre zu gestatten. Beispiel dafür ist die Patienteneinwilligung in ärztliche Heileingriffe: Patient*innen üben ihr Recht auf Bestimmung über die körperliche Unversehrtheit dadurch aus, dass sie in die Durchführung medizinischer Behandlungen einwilligen.⁹⁴ Dafür schreibt § 630d S. 1 BGB vor, dass Behandler*innen „vor Durchführung einer medizinischen Maßnahme“ eine Patienteneinwilligung einzuholen haben.⁹⁵ Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit ohne oder gegen den Willen des*der (einwilligungsfähigen)⁹⁶ Patienten*in gelten grundsätzlich als rechtswidrig,⁹⁷ während rechtmäßige ärztliche Heileingriffe über eine Einwilligung ermöglicht werden.⁹⁸

Damit verfügen Patient*innen über ein Instrument zur Freiheitsentfaltung, indem sie über den Zugriff auf ihren Körper und dessen Unversehrtheit selbstständig entscheiden können. Gleichzeitig besteht eine Schutz- bzw. Abwehrfunktion vor unrechtmäßigen Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit. Aufgrund dieser sogenannten doppelrelevanten Struktur können Patient*innen aktiv von ihrem Recht

⁹¹ Damit ist eine unmittelbare körperliche Einwirkung (von außen) auf eine Person gemeint, bei der die Handlungsfähigkeit und zugleich die Willensbetätigung vollständig unterdrückt wird, s. *Altwater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 10.

⁹² *Sinn*, in: MüKo/StGB, § 240 Rn. 29; *Toepel*, in: NK/StGB, § 240 Rn. 47; *Altwater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 10.

⁹³ *Sinn*, in: MüKo/StGB, § 240 Rn. 69; *Toepel*, in: NK/StGB, § 240 Rn. 94.

⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74, NJW 1979, 1925 (1930 f.); *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, Einleitung Rn. 19; MüKo/*Wagner*, § 630d, Rn. 14; *Staudinger/Gutmann*, 2021, § 630d, Rn. 1.

⁹⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 23; *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 630e BGB Rn. 1. S. a. § 3 KastrG, der zur Legitimierung des medizinischen Eingriffs ebenfalls die Einwilligung des Betroffenen vorsieht.

⁹⁶ Kann die Einwilligung eines*einer Patienten*in nicht eingeholt werden, weil er*sie beispielsweise bewusstlos ist, kommt es auf den Einzelfall an, ob der Eingriff des Arztes bzw. der Ärztin gerechtfertigt ist. In der Regel greift hier das Rechtsinstitut der mutmaßlichen Einwilligung bei zeitkritischen Fällen oder die Einwilligung wird stellvertretend für den*die Patienten*in durch eine berechtigte Person abgegeben.

⁹⁷ Eine Ausnahme davon kann sich beim Rückgriff auf die sogenannte hypothetische Einwilligung ergeben, die allerdings nicht als Durchbrechung der nachfolgend dargestellten Grundsätze gelten und deshalb im vorliegenden Betrachtungszusammenhang außen vor bleiben kann.

⁹⁸ *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630d Rn. 2.

auf Selbstbestimmung Gebrauch machen, ohne auf ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit zu verzichten.⁹⁹

Einwilligungen können sich auch auf etwas anderes als ärztliche Heileingriffe bzw. Körperverletzungen beziehen. Stets betrifft eine Einwilligung den fremden Zugriff (anstelle des eigenen) auf persönliche Rechtsgüter. Wer einwilligt, legitimiert durch die Einwilligung die Vornahme tatsächlicher Handlungen. Insbesondere begeht nach dem Grundsatz „volenti non fit iniuria“¹⁰⁰ kein Unrecht, wer mit Willen dessen handelt, der über das betroffene Gut verfügen darf.

Freiwilligkeit hat hierbei eine wichtige Bedeutung. Grundsätzlich gilt eine Einwilligung nur dann als wirksam, wenn sie „freiwillig“ oder „autonom“ erteilt wurde.¹⁰¹ Dabei wird die Voraussetzung der Freiwilligkeit (auch) im Kontext der Einwilligung als „anspruchsvolles Konzept“¹⁰², „unklarer Begriff“¹⁰³ oder „unterbestimmt“¹⁰⁴ betitelt und gilt als schwierig in der Handhabung. Wegen dieser Schwierigkeiten plädieren einige sogar dafür, auf die Freiwilligkeit als Voraussetzung gänzlich zu verzichten und stattdessen die Vorschriften über Rechtsgeschäfte anzuwenden.¹⁰⁵ Die Mehrheit sieht in der Freiwilligkeit hingegen ein zentrales Wesensmerkmal des Selbstbestimmungsrechts, dem eine Beurteilung anhand rechtsgeschäftlicher Maßstäbe nicht gerecht würde.¹⁰⁶

Die Maßstäbe der Freiwilligkeit bei der Disposition über eigene Rechtsgüter variieren: Beim „tatbestandsausschließenden Einverständnis“ beispielsweise will die Mehrheit die „Freiwilligkeit“ nach den Spezifika des jeweiligen Tatbestandes festlegen. Bei der rechtfertigenden „Einwilligung“ hingegen sehen manche die Freiheit von unzulässigem äußeren Druck, Zwang oder Täuschung als Voraussetzung der Freiwilligkeit.¹⁰⁷ Andere unterscheiden zwischen einer Freiwilligkeit im engeren Sinne bei Abwesenheit von Zwang und einer Freiwilligkeit im weiteren Sinne bei zusätzlicher „Abwesenheit von Fehlvorstellungen, die die Willensbildung verzerren (Irrtum und Täuschung)“.¹⁰⁸ Überdies werden unterschiedliche Maßstäbe für den hier maßgeblichen Zwang diskutiert, so etwa

⁹⁹ *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 2; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth/GG, Art. 2 Rn. 96, 102 ff.; *Panagopoulou-Koutnatzi*, Die Selbstbestimmung des Patienten, S. 42.

¹⁰⁰ Nach dem Ediktskommentar des Ulpian: „nulla iniuria est, quae in volentem fiat“, vgl. hierzu näher *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 25.

¹⁰¹ *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder/StGB, Vorb. §§ 32 ff. Rn. 48; *Amelung*, GA 1999, 182.

¹⁰² *Wagner*, in: MüKo/BGB, § 630d Rn. 28.

¹⁰³ *Klose/Straub*, MedR 2019, 714 (717).

¹⁰⁴ *Gutmann*; in: Staudinger/BGB, § 630d, Rn. 103 – in Bezug auf die Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Freiwilligkeit.

¹⁰⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 07.02.1984 – VI ZR 188/82, BGHZ 90, 96, NJW 1984, 1395 (1396); *Klose/Straub*, MedR 2019, 714 (717); *Gutmann*; in: Staudinger/BGB, § 630d, Rn. 5; *Rehborn/Gescher* in: Erman BGB, § 630d BGB, Rn. 4.

¹⁰⁶ Vgl. *Wagner*, in MüKo/BGB, § 630d Rn. 27 f.; vgl. auch *Schlehofer* in MüKo/StGB Vor. § 32 Rn. 195.

¹⁰⁷ Vgl. *Wagner*, in: MüKo/BGB, 9. Aufl. 2023, § 630d Rn. 28; *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 66.

¹⁰⁸ Vgl. *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 106; *Schlehofer*, in: MüKo/StGB, 5. Auflage 2024, Vorb. zu § 32 Rn. 195.

eine Zwangslage im Sinne von § 35 StGB, eine Zwangssituation nach § 34 StGB, die Nötigungsmittel des § 240 StGB oder ein rechtswidriges „Unter-Druck-Setzen“ gleich welcher Intensität.¹⁰⁹

Nahezu einhellig wird in Rechtsprechung und Literatur die unter Zwang zustande gekommene Einwilligungserklärung als unwirksam angesehen.¹¹⁰ Wer sich beispielsweise im Rahmen seiner Entscheidungsfindung Zwang ausgesetzt sieht, kann nicht mehr freiwillig in einen ärztlichen Eingriff einwilligen. Überwiegend gilt „Zwang“ dabei als Gegenbegriff zur Freiwilligkeit.¹¹¹ Was allerdings als unter „Zwang“ zu verstehen ist, erschließt sich nicht auf den ersten Blick, sondern stellt vor ähnliche Herausforderungen wie die Kategorie der Freiwilligkeit.¹¹²

Neben der Freiheit vom Zwang wird zu den notwendigen Bedingungen einer wirksamen Einwilligung – und damit zur rechtsverbindlichen Zustimmung zu einer Disposition über eigene Rechtsgüter – gezählt, dass sie von einer Person erteilt wird, die einwilligungsfähig ist (s. dazu a. § 630d BGB). Zu dieser Fähigkeit bestimmt beispielsweise § 40b Abs. 3 des Arzneimittelgesetzes (AMG)¹¹³ für die Entscheidung über die Teilnahme an einer klinischen Prüfung, dass die betroffene Person in der Lage sein muss, „Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung zu erkennen und ihren Willen hiernach auszurichten“. Dies entspricht dem allgemeinen Rechtsgedanken, dass eine Person nur dann rechtswirksam in etwas einwilligen kann, wenn sie in der Lage ist, die Tragweite der Entscheidung zu verstehen und ihre Konsequenzen zu beurteilen.¹¹⁴

In diesem Sinne setzt die Einwilligungsfähigkeit voraus, dass die betroffene Person die Bedeutung, Tragweite und die Risiken der Einwilligung erkennen und verstehen kann („Einsichtsfähigkeit“) und zudem befähigt ist, sich darüber ein eigenes Urteil zu bilden sowie nach dieser Einsicht zu handeln („Steuerungsfähigkeit“ bzw. „Urteils- und Handlungsfähigkeit“).¹¹⁵ Diese Fähigkeiten weichen von der Geschäftsfähigkeit im Sinne des BGB ab, auf die es bei der Einwilligung – wegen deren persönlichen Charakters – nicht ankommt.¹¹⁶ Dabei kann die „natürliche“ Einsichts- und

¹⁰⁹ *Schlehofer*, in: MüKo/StGB, 5. Auflage 2024, Vorb. zu § 32 Rn. 195.

¹¹⁰ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911); BGH, Urt. v. 03.07.2019 – 5 StR 132/18, NJW 2019, 3092 (3093 f.); *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder/StGB, Vorb. §§ 32 ff. Rn. 48; vertieft zu den Unwirksamkeitsmaßstäben bei Zwang: *Rönnau*, Willensmängel, S. 347 ff.

¹¹¹ *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 107.

¹¹² Diskutiert wird unter anderem, nach welchen Maßstäben eine unter Zwang herbeigeführte Einwilligung unwirksam ist. Vielfach wird pauschal jede durch Zwang bedingte Einwilligung als unwirksam angesehen. Das überwiegende Schrifttum und Teile der Rechtsprechung stellen (richtigerweise) für die Beurteilung auf § 240 Abs. 1 und 2 StGB als Unwirksamkeitsmaßstab ab – OLG Hamm, Beschl. v. 30.06.1986 – 4 Ss 271/86, NJW 1987, 1034 (1035); s. a. *Rönnau*, Willensmängel, S. 347 ff.

¹¹³ § 40b Abs. 3 AMG entspricht dem früheren § 40 Abs. 3a AMG.

¹¹⁴ Vgl. BT-Drs. 16/8442, S. 12 f.; *Paeffgen/Zabel*, in: NK/StGB, § 228 Rn. 15.

¹¹⁵ BT-Drs. 17/10488, S. 23; *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 100 f.; *Wagner*, in: MüKo/BGB, § 630d Rn. 26.

¹¹⁶ *Paeffgen/Zabel*, in: NK/StGB, § 228 Rn. 14; *Wagner*, in: MüKo/BGB, § 630d Rn. 26.

Steuerungsfähigkeit einer ansonsten geschäftsunfähigen Person als ein Fall der „partiellen“, nämlich auf bestimmte Bereiche beschränkten Geschäftsfähigkeit gedeutet werden.¹¹⁷

Dafür gilt ein individuell-konkreter Maßstab, nachdem es darauf ankommt, ob die betroffene Person in ihrem konkreten Zustand und ihrer individuellen Situation zum konkreten Zeitpunkt Entscheidungsalternativen richtig erfassen und danach entscheiden kann.¹¹⁸ Darüber hinausgehend spielt die Qualität der Einwilligungsfähigkeit keine Rolle,¹¹⁹ vielmehr stellt sich ausschließlich die Frage, ob eine Einwilligungsfähigkeit vorliegt oder nicht. Als ausreichend wird also die Überschreitung eines Mindestniveaus an Entscheidungsfähigkeit angesehen. Hierbei wird das Bestehen der Einwilligungsfähigkeit bei Erwachsenen vermutet: Solange nicht das Gegenteil – das Fehlen der Einwilligungsfähigkeit – festgestellt ist, können Patient*innen eine wirksame Einwilligung herbeiführen.¹²⁰

Zudem setzt die Wirksamkeit der Einwilligung eine hinreichende Informationsgrundlage des*der Einwilligenden voraus.¹²¹ Deshalb soll beispielsweise im Kontext von ärztlichen Heileingriffen eine Patientenaufklärung dazu beitragen, dass Patient*innen über die erforderliche Informationsgrundlage für die Entscheidung über eine Einwilligungserteilung verfügen. In diesem Sinne wird die Wirksamkeit der Einwilligung im Gesetz (s. § 630d Abs. 2 BGB) davon abhängig gemacht, dass der*die Patient*in zuvor nach Maßgabe von § 630e Abs. 1 bis 4 BGB aufgeklärt wurde.¹²²

Ausgangspunkt dafür ist die Informations- und Wissensasymmetrie, die zwischen Behandlungs- und Patient*innenseite besteht.¹²³ Patient*innen müssen zur Ausübung ihres Selbstbestimmungsrechts die relevanten Fakten über die konkrete Maßnahme kennen. Ihnen muss ein Verständnis für das ermöglicht werden, was im Rahmen des Eingriffs passiert und auf welche Weise dieser durchgeführt wird.¹²⁴ Nur so sind sie in der Lage, interessengerecht über die eigene leiblich-seelische Integrität zu disponieren. Aus diesem Grund ist die Aufklärung der Einwilligung vorgeschaltet und bestimmt letztlich den Inhalt, über den die Patient*innen entscheiden. Die Einwilligung geht daher nicht über das durch die Aufklärung vermittelte bzw. vorhandene Wissen hinaus.¹²⁵

¹¹⁷ *Schneider*, in: MüKo/BGB, § 1829 Rn. 16.

¹¹⁸ *Wagner*, in: MüKo/BGB, § 630d Rn. 26; *Damm*, MedR 2015, 775 (777).

¹¹⁹ Vgl. *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d, Rn. 61.

¹²⁰ Vgl. *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d, Rn. 72; s. a. auch *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 106 f.

¹²¹ Vgl. *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 1; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR, Kap. V Rn. 5 f.

¹²² BT-Drs. 17/10488, S. 24; *Wagner*, in: MüKo/BGB, § 630e Rn. 4 ff.

¹²³ *Wagner*, in: MüKo/BGB, § 630e Rn. 4.

¹²⁴ *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR, Kap. V Rn. 14 f.

¹²⁵ *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 1.

Das Verhältnis von Aufklärung und Freiwilligkeit ist nicht eindeutig. Teilweise wird die ordnungsgemäße Aufklärung als Voraussetzung für die Freiwilligkeit der Entscheidung des*der Patienten*in angesehen.¹²⁶ Sei der*die Patient*in aufgrund eines (aufklärungsbedingten) Irrtums nicht mehr in der Lage, Wesen, Bedeutung und Tragweite der Erklärung zu überblicken, oder verzerrt der Irrtum die Grundlagen des Beurteilungs- und Abwägungsprozesses, wird die Freiwilligkeit abgesprochen.¹²⁷ Durch Täuschung und Irrtum hervorgerufene Informationsdefizite und Wissensmängel stünden einer freiwilligen Einwilligung entgegen. Eine hinreichende Aufklärung wird nach dieser Auffassung somit als Voraussetzung der Freiwilligkeit gesehen. Allerdings erscheint dies nicht zwingend, da eine Fehlvorstellung die Möglichkeit einer freien Wahl zwischen verschiedenen Entscheidungsalternativen nicht ausschließt. So setzt die Strafbarkeit wegen Betrugs nach § 263 StGB voraus, dass der*die Täter*in einen Irrtum erregt, der eine andere Person dann zu einer freiwilligen Vermögensverfügung veranlasst.¹²⁸ Eine freiwillige Entscheidung soll hier also Folge des Irrtums sein.

5. Selbsttötung

Eine zentrale Rolle spielen die Voraussetzungen der Selbstbestimmung auch in der Debatte um das Recht, über den eigenen Tod zu entscheiden. Nicht zuletzt setzt eine Strafbarkeit wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft voraus, dass die Person, die allein oder unter Mitwirkung eines Dritten Hand an sich legt, nicht freiverantwortlich handelt. Denn nur in Fällen, in denen der Suizidentschluss aufgrund eines Wissens- oder Verantwortlichkeitsdefizits nicht freiverantwortlich gebildet ist, kann eine Person, die sich selbst tötet, bei wertender Betrachtung als „Werkzeug gegen sich selbst“¹²⁹ angesehen werden.¹³⁰

Über die Maßstäbe zur Bestimmung der Freiverantwortlichkeit einer Selbsttötung wird schon länger eine Debatte zwischen der sogenannten Exkulpationslösung und der „Einwilligungslösung“ geführt.¹³¹ Die Exkulpationslösung greift dabei auf die Kriterien der strafrechtlichen Verantwortlichkeit im Falle einer Fremdschädigung, also auf die Entschuldigungsregeln der §§ 19, 20, 35 StGB, 3 Jugendgerichtsgesetz (JGG) zurück.¹³² Die Einwilligungslösung hingegen orientiert sich zur Bestimmung der Freiverantwortlichkeit an den Maßstäben, die für die Wirksamkeit einer

¹²⁶ *Panagopoulou-Koutnatzi*, Die Selbstbestimmung des Patienten, S. 208; *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 67; ähnlich auch *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 106, der von einer Freiwilligkeit „im weiteren Sinne“ spricht.

¹²⁷ Vgl. *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 67 m. w. N.

¹²⁸ *Hefendehl*, in: MüKo/StGB, § 263 Rn. 401 ff.; *Fischer* StGB, § 263 Rn. 76, 87.

¹²⁹ BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23, NStZ 2024, 605 (605).

¹³⁰ So der BGH im dritten Leitsatz seines Beschlusses vom 25.10.2023 – 4 StR 81/23, NStZ 2024, 605 (605); vgl. auch BGH, Urt. v. 03.07.2019 – 5 StR 132/18, BGHSt 64, 121 = NJW 2019, 3092 (3093 f.).

¹³¹ Vgl. *Gavela*, Der ärztlich assistierte Suizid, S. 20; *Neumann*, in: NK/StGB, Vorb. §§ 211–217 Rn. 64 ff.

¹³² *Schneider*, in: MüKo/StGB, Vorb. § 211 Rn. 38 (m. w. N.), 54 ff.

rechtfertigenden Einwilligung bzw. für die „Ernsthaftigkeit“ des Verlangens i. S. v. § 216 StGB entscheidend sind.¹³³ Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zu § 217 StGB a. F. eigene Maßstäbe zur Beurteilung der Freiverantwortlichkeit aufgestellt (s. u.) und sich nicht ausdrücklich für oder gegen eine der oben genannten Auffassungen entschieden, aber an die Einwilligungslösung angelehnt.¹³⁴

Nach dem BVerfG müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein, um von einem autonomen, frei gebildeten Willen zum Suizid ausgehen zu können:¹³⁵ Erstens setzt eine freie Suizidentscheidung die Fähigkeit voraus, einen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung bilden und nach den dabei entwickelten Vorstellungen handeln zu können. Zweitens müssen der betroffenen Person umfassende Informationen über das Für und Wider eines Suizids sowie über Handlungsalternativen zur Verfügung stehen. Drittens darf diese Person keiner unzulässigen Einflussnahme und keinem Druck ausgesetzt sein. Zudem verlangt das BVerfG (viertens) eine gewisse Dauerhaftigkeit und innere Festigkeit des Suizidentschlusses.

Die Fähigkeit, einen Willen frei und unbeeinflusst von einer akuten psychischen Störung bilden und nach den dabei entwickelten Vorstellungen handeln zu können, wird auch als (natürliche) Einsichts- und Urteilsfähigkeit bezeichnet (s. a. Abschnitt C.V.2.).¹³⁶ Sie schließt nach dem Bundesgerichtshof die Kompetenz ein, eine Entscheidung auf der Grundlage einer realitätsbezogenen Abwägung der für und gegen eine Entscheidung (hier: die Lebensbeendigung) sprechenden Umstände zu treffen. Wer sein Leben beenden will, müsse in der Lage sein, Bedeutung und Tragweite dieses Entschlusses verstandesmäßig zu überblicken und eine abwägende Entscheidung zu treffen. Hieran könne es namentlich bei Vorliegen akuter psychischer Störungen, intoxicationsbedingter Defizite oder bei fehlender Verstandesreife eines*iner Minderjährigen fehlen.¹³⁷

Erforderlich ist nach dem BVerfG zudem, dass die suizidwillige Person über alle für die Entscheidung relevanten Informationen verfügt.¹³⁸ Sie muss also in der Lage sein, auf einer hinreichenden Beurteilungsgrundlage realitätsgerecht das Für und Wider abzuwägen.¹³⁹ Eine freie Willensbildung setzt hierbei insbesondere voraus, dass die betroffene Person Handlungsalternativen zum Suizid (er)kennt, ihre jeweiligen Folgen bewertet und ihre Entscheidung in Kenntnis aller erheblichen Umstände und Optionen trifft. Insoweit gelten dieselben Grundsätze wie bei einer Einwilligung in eine

¹³³ *Rosenau*, in: LK/StGB, 13. Aufl. 2023, Vorb. § 211 Rn. 103 (m. w. N.).

¹³⁴ So auch *Rosenau*, in: LK/StGB, Vorb. § 211 Rn. 103; a. A. *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695, die in den Kriterien ein neuartiges mehrdimensionales Konstrukt sehen.

¹³⁵ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, BVerfGE 153, 182 = NJW 2020, 905 (910 ff.); Zusammenfassung aus: *Ennuschat*, ZRP 2023, 197 (198 f.); außerdem vertiefend *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695 ff.

¹³⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23, NStZ 2024, 605 (607); BGH, Urt. v. 03.07.2019 – 5 StR 132/18, BGHSt 64, 121 = NJW 2019, 3092 (3093 f.).

¹³⁷ BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23, NStZ 2024, 605 (607 f.).

¹³⁸ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910 f.).

¹³⁹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910 f.); s. a. BGH, Beschl. vom 25.10.2023 – 4 StR 81/23, NStZ 2024, 605 (607 f.).

Heilbehandlung (s. Abschnitt B.IV.4.). Auch hier müssen dem*der Betroffenen – um eine eigenverantwortliche und selbstbestimmte Entscheidung treffen zu können – die für die Einwilligung wesentlichen Umstände, einschließlich bestehender Alternativen, bekannt sein.¹⁴⁰

Deshalb spielt die Vermittlung von Informationen auch im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung am Lebensende eine wichtige Rolle: Expert*innen gehen davon aus, dass der Wunsch zu sterben oft von Fehlvorstellungen sowie unrealistischen Annahmen und Ängsten getragen ist.¹⁴¹ Demgegenüber würden Suizidwünsche regelmäßig überdacht und zurückgenommen, wenn die suizidwillige Person über ihre Lage und bestehende Handlungsalternativen aufgeklärt werde.¹⁴² Eine umfassende Beratung und Aufklärung hinsichtlich möglicher Entscheidungsalternativen sieht das BVerfG daher als zwingende Voraussetzung einer freien Entscheidung für den Suizid an. Darüber ist sicherzustellen, dass der*die Suizidwillige nicht von Fehleinschätzungen geleitet, sondern tatsächlich in die Lage versetzt wird, die eigene Situation realitätsbezogen und rational in Kenntnis aller relevanten Umstände einschätzen zu können.¹⁴³

Weil die betroffene Person zudem keiner unzulässigen Einflussnahme und keinem Druck ausgesetzt sein darf, kann es an einer freiverantwortlichen Suizidentscheidung auch infolge der Ausübung von Zwang, Drohung, Täuschung oder wegen sonstiger Formen der Einflussnahme fehlen.¹⁴⁴ Dazu muss die Einflussnahme geeignet sein, eine reflektierte, abwägende Entscheidung in Orientierung am eigenen Selbstbild zu verhindern oder wesentlich zu beeinträchtigen. Insbesondere psychosoziale Aspekte sowie die Interaktion zwischen der suizidwilligen Person und ihrem Umfeld können eine suizidale Entwicklung ebenso bedingen und fördern wie soziologische Faktoren.¹⁴⁵ Nötigender Zwang im Sinne von § 240 StGB und Täuschung in Gestalt der arglistigen Erschleichung des Tötungsverlangens schließen die Ernstlichkeit der Aufforderung aus.¹⁴⁶

Im Zusammenhang mit der Dauerhaftigkeit und inneren Festigkeit eines Suizidentschlusses bezieht sich das BVerfG auf Studien, wonach bis zu 90 % derjenigen, die einen Suizidversuch unternommen haben, im Nachhinein über das Scheitern des Versuchs froh sind.¹⁴⁷ Spontanentschlüsse mit fatalen

¹⁴⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, 282 (301) = NJW 2011, 2113 (2116), wobei selbst Einwilligungsunfähige über die Maßnahme informiert werden müssen; BGH, Urt. v. 22.09.1987 – VI ZR 238/86, BGHZ 102, 17 (22) = NJW 1988, 763 (764); BGH, Urt. v. 14.02.1989 – VI ZR 65/88, BGHZ 106, 391 (394) = NJW 1989, 1533 (1535); BGH, Urt. v. 13.06.2006 – VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 (108) = NJW 2006, 2477 (2478); BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910 f.).

¹⁴¹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911) m. w. N.

¹⁴² BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911) m. w. N.

¹⁴³ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911).

¹⁴⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911); s. a. BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23, NStZ 2024, 605 (608); BGH, Urt. v. 03.07.2019 – 5 StR 132/18, NJW 2019, 3092 (3093 f.).

¹⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911).

¹⁴⁶ *Rissing-van Saan*, in: LK/StGB, § 216 Rn. 22; *Schneider*, in: MüKo/StGB, § 216 Rn. 22.

¹⁴⁷ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911) m. w. N.

Folgen müssten daher verhindert werden. Dabei würden Suizidwünsche regelmäßig auf einem komplexen Motivbündel beruhen und seien häufig ambivalent bzw. wechsel- oder phasenhaft.¹⁴⁸ Das Kriterium der Dauerhaftigkeit sei geeignet, die Ernsthaftigkeit eines Suizidwunsches nachzuvollziehen und sicherzustellen, dass dieser Wunsch nicht etwa auf flüchtigen Umständen – wie einer vorübergehenden Lebenskrise oder einer depressiven Augenblicksstimmung – beruht.¹⁴⁹

6. Schutz in Zwangslagen

Mit dem Konzept der Freiwilligkeit werden auch die „Wucher“-Tatbestände der § 138 Abs. 2 BGB und § 291 StGB in Zusammenhang gebracht. Sie greifen insbesondere bei Ausbeutung einer Zwangslage, d. h. bei einem zwingenden Bedarf an Geld- oder Sachleistungen aufgrund einer erheblichen Bedrängnis.¹⁵⁰ Die Gründe für Zwangslagen sind vielfältig und müssen nicht wirtschaftlicher Natur sein, vielmehr kann auch eine psychische oder emotionale Bedrängnis eine Zwangslage darstellen.¹⁵¹ Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass dem*der Betroffenen schwere Nachteile drohen.

Eine Rolle spielen Zwangslagen zudem bei § 232a StGB, der dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung dient.¹⁵² Nach Abs. 1 dieser Vorschrift wird unter anderem bestraft, wer eine andere Person „unter Ausnutzung ihrer ... Zwangslage ... veranlasst, die Prostitution aufzunehmen oder fortzusetzen“. Als „Zwangslage“ gilt dabei eine Situation, in der die Entscheidungsfreiheit des Opfers wegen einer – wirtschaftlichen oder persönlichen – Bedrängnis erheblich eingeschränkt ist.¹⁵³ Grund dafür kann beispielsweise eine prekäre wirtschaftliche Situation, aber auch Angst wegen einer drohenden Ausweisung, Abschiebung oder sozialen Ächtung im Heimatland sein. Das „Ausnutzen“ einer Zwangslage im Sinne des § 232a Abs. 1 StGB setzt voraus, dass das Opfer in seiner Entscheidungsfreiheit bereits aktuell eingeschränkt ist.¹⁵⁴ Das ist beispielsweise der Fall, wenn der*die Täter*in der bedrängten Person verspricht, die Ursache der Zwangslage als Gegenleistung für eine sexuelle Handlung zu beseitigen. Die Ausnutzung einer Zwangslage gilt als unvereinbar mit Freiwilligkeit.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Vgl. *Cording/Saß*, *Nervenarzt* 2009 [80], 1070 (1075).

¹⁴⁹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, *NJW* 2020, 905 (911); s. a. BGH, Beschl. v. 25.10.2023 – 4 StR 81/23, *NStZ* 2024, 605 (608).

¹⁵⁰ BGH, Urt. v. 22.01.1991 – VI ZR 107/90, *NJW* 1991, 1046 (1047); *Armbrüster*, in: *MüKo/BGB*, § 138 Rn. 267; *Fischinger*, in: *Staudinger/BGB*, 2021, § 138 Rn. 268 f.

¹⁵¹ Begr. RegE BT-Drucks 7/3441, 40 a.E.; *Armbrüster*, in: *MüKo/BGB*, § 138 Rn. 276; s. a. BGH *NJW* 1957, 1274; ebenso die Rechtsprechung zu § 138 Abs 2 a.F.: vgl. BGH, Urt. v. 08.07.1982 – III ZR 1/81, *NJW* 1982, 2767 (2768); BGH, Urt. v. 08.02.1994 – XI ZR 77/93, *NJW* 1994, 1275 (1276).

¹⁵² *Eidam*, in: *NK/StGB*, § 232a Rn. 3; *Renzikowski*, in: *MüKo/StGB*, § 232a Rn.19.

¹⁵³ BGH, Beschl. vom 20.12.2022 – 2 StR 232/21, *NJW* 2023, 1828 (1829); *Valerius*, in: *BeckOK/StGB*, 62 Ed. 01.08.2024, § 232 Rn. 6; *Kudlich*, in: *LK/StGB*, § 232 Rn. 10.

¹⁵⁴ *Eidam*, in: *NK/StGB*, § 232a Rn. 11; *Kudlich*, in: *LK/StGB*, § 232a Rn. 11; *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 448.

¹⁵⁵ *Renzikowski*, in: *MüKo/StGB*, § 232a Rn. 28.

C. RECHTLICHE BEDINGUNGEN DER FREIWILLIGKEIT

Wie die angesprochenen Beispiele im vorherigen Abschnitt zeigen, wird Freiwilligkeit aus ganz verschiedenen Gründen verneint: So gelten Handlungen zum Beispiel als nicht „freiwillig“, wenn sie unter dem Einfluss von Zwang vollzogen werden.¹⁵⁶ Die Aspekte, die bei der Frage nach den Bedingungen der Freiwilligkeit eine Rolle spielen, lassen sich dabei unterschiedlichen Bereichen zuordnen. Zum Beispiel kann zwischen personengebundenen und situativen Faktoren, tatsächlichen und rechtlichen Umständen, psychischen und sozialen oder extrinsischen und intrinsischen Freiwilligkeitsbedingungen unterschieden werden. Die nachfolgende Darstellung orientiert sich an einer Einteilung von Einzelaspekten nach ihrer Funktionalität und berücksichtigt im Aufbau zudem einen (eventuell vorhandenen) logischen Vorrang von Bedingungen der Freiwilligkeit.

I. Gestaltungsspielraum

1. Wahlmöglichkeit

Die Frage nach der Freiwilligkeit bezieht sich auf (menschliches) Verhalten. Stets geht es um Situationen, in denen eine Person ein bestimmtes Verhalten an den Tag legt bzw. gelegt hat und dies somit kann bzw. konnte. Sich verhalten zu können, steht hier also zumindest nicht in einem umfassenden, kategorialen Sinn in Frage. Vielmehr ist fraglich, ob die Person wollte, was sie konnte. Im Feld der realisierbaren Verhaltensweisen wird somit eine Trennlinie zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Können eingezogen.

Selbstbestimmung kommt dabei von vornherein nur dort in Betracht, wo es etwas zu bestimmen, also zu entscheiden gibt. Autonomie setzt Freiheitsspielräume voraus, die selbstbestimmte Interventionen in die natürliche Umwelt und die soziale Mitwelt erlauben.¹⁵⁷ Wer entscheidet, muss mindestens die Wahl zwischen zwei Verhaltensalternativen haben.¹⁵⁸ Zu den Grundbedingungen der Freiwilligkeit gehört damit die Möglichkeit, sich auch anders entscheiden zu können.¹⁵⁹ Gibt es keine Alternative, stellt sich weder die Frage nach der Freiwilligkeit, noch kann eine Entscheidung getroffen werden. Denn entscheiden heißt, eine von mehreren Möglichkeiten zu wählen.¹⁶⁰ Besteht aber von

¹⁵⁶ S. a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 27 ff.

¹⁵⁷ *Bobbert/Werner*, Autonomie/Selbstbestimmung, in: Lenk/Duttge/Fangerau (Hrsg.), Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen, S. 106 f.

¹⁵⁸ *Renzikowski*, in: Matt/Renzikowski, StGB, Vor § 13 Rn. 51 ff.; *Rönnau*, Willensmängel, S. 189.

¹⁵⁹ *Rönnau*, Willensmängel, S. 189.

¹⁶⁰ <https://www.dwds.de/wb/entscheiden> (zuletzt abgerufen am 06.12.2024).

vornherein keine Auswahlmöglichkeit, kann es nicht zur Entscheidung kommen.¹⁶¹ Entsprechend stellt sich die Frage nach Bedingungen der Freiwilligkeit erst, wenn eine Wahlmöglichkeit besteht.

2. Schutz von Gestaltungsmöglichkeiten

Oft wählen wir die Verhältnisse nicht selbst, in denen wir Entscheidungen treffen oder treffen wollen. Insbesondere stehen häufig nicht die Optionen zur Verfügung, die wir uns wünschen.¹⁶² Dabei kann es generell (objektiv) oder nur für eine bestimmte Person (subjektiv) an Auswahlmöglichkeiten fehlen, eine Handlungsmöglichkeit also für jeden oder nur für Einzelne (mit bestimmten Sondereigenschaften) versperrt sein. Optionen lassen sich zudem danach unterteilen, ob sie faktisch oder (zusätzlich auch) normativ bestehen.

Mit dem Zurückbleiben der verfügbaren Optionen von den gewollten stellt sich die Frage, inwieweit das Selbstbestimmungsrecht bereits im Hinblick auf verfügbare Handlungsmöglichkeiten geschützt ist. Eine erste Antwort darauf folgt aus einer allgemeinen Prämisse: Schon weil rechtliche Normen nur auf Menschen wirken können, garantiert das Selbstbestimmungsrecht nicht per se bestimmte Ausgangsbedingungen für den Autonomieprozess. Was Menschen nicht beeinflussen können, wird vom Selbstbestimmungsrecht auch nicht garantiert.

Überdies darf das Recht nichts Unmögliches verlangen.¹⁶³ Soweit Ausgangsbedingungen also der Beeinflussung eines Einzelnen oder der Menschheit im Ganzen entzogen sind, ist ein Schutz durch die Rechtsordnung obsolet. Hingegen kommt eine menschliche Beeinflussung der Lage im Hinblick auf die verfügbaren Entscheidungsalternativen bzw. die (situativen, externen und internen) Ausgangsbedingungen der Selbstbestimmung als Regelungsgegenstand in Betracht.¹⁶⁴

Darauf bezogen muss gelten, dass ein Schutz durch die Rechtsordnung nicht weiter reichen kann als der Bereich des rechtlich Garantierten. Unter Wertungsgesichtspunkten besteht dabei kein Unterschied darin, ob die Ausgangsbedingungen des Willensprozesses manipuliert werden oder dieser Prozess selbst. Vom Recht zu gewährleisten ist beispielsweise ein Mindeststandard an wirtschaftlicher Sicherheit und Teilhabe (wie etwa das Recht auf Bildung, die Gesundheitsversorgung oder eine soziale Sicherung). Ein Aspekt ist auch die Gleichbehandlung, die an gleichen Zugang zu Ressourcen oder an die Gleichheit der Ausgangsbedingungen für die Willensbetätigung (z. B. Bildungsgleichheit oder Chancengerechtigkeit) denken lässt. Dies ist nicht zuletzt relevant, wenn

¹⁶¹ *Rönnau*, Willensmängel, S. 189.

¹⁶² Chancen etwa können wir uns in der Regel nicht selbst aussuchen.

¹⁶³ Dass keine Verpflichtung zu Unmöglichem besteht („impossibulum nulla est obligatio“), kam schon im römischen Recht zum Ausdruck, s. *Digesten* (Dig. 50, 17, 185). In die gleiche Richtung geht der Grundsatz, dass über das Können hinaus niemand verpflichtet wird („ultra posse nemo obligatur“). S. bspw. a. § 275 Abs. 1 BGB.

¹⁶⁴ Insofern ist zwischen einem Schutz von Verhaltensoptionen und einem Schutz bei der Wahl von Verhaltensoptionen zu unterscheiden.

Menschen aufgrund ungleicher Ausgangsbedingungen nicht dieselben Möglichkeiten haben, ihre Ziele zu verfolgen oder ihre Entscheidungen zu treffen.

II. Willkürelement

Eine Entscheidung – und damit eine Auswahl zwischen zwei Verhaltensalternativen – setzt als Mindestanforderung eine willkürliche Körperbewegung voraus. Diese Anforderung verfehlt zum Beispiel eine Körperbewegung, die mittels unwiderstehlicher Gewalt (*vis absoluta*¹⁶⁵) auf mechanische Weise verursacht wurde.¹⁶⁶ Allgemein werden über die Anforderung des „Gewillkürten“ Körpervorgänge ausgeschlossen, die ohne Mitwirkung der Geisteskräfte ablaufen und damit der Beherrschbarkeit durch den Willen gänzlich entzogen sind.¹⁶⁷ Körperbewegungen, die nicht von einem bewussten Willen gesteuert werden, gelten schon nicht als Handlungen.¹⁶⁸ Dabei bedarf es bei der Ausführung nicht zwingend einer direkten Beteiligung des Bewusstseins, wenn die Initiative (wie zum Beispiel bei automatischen Handlungsabläufen¹⁶⁹) auf eine bewusste Willensentscheidung zurückgeht.¹⁷⁰

III. Dispositionsbefugnis

Was von der Rechtsordnung als Selbstbestimmungsfreiheit geschützt wird, hängt auch von der Verfügungsbefugnis ab: Rechtlich geschützt sind nur Dispositionen, zu denen die Person befugt ist, die disponiert. Diese muss folglich Inhaberin einer Dispositionsbefugnis sein, d. h. die Berechtigung haben, über das jeweils Relevante zu verfügen. Dabei kann nicht über alle (Grund-)Rechte umfassend disponiert werden. Eher als bei Rechten mit Bezug zu Gemeinschaftswerten lässt sich eine Verfügungsbefugnis bei Rechten bejahen, die personale Rechtsgüter schützen. Ein Verzicht auf den Schutz von Ehe und Familie oder auf die Wissenschafts- und Kunstfreiheit etwa kommt nur unter gesteigerten Voraussetzungen in Frage. An Grenzen stößt die Dispositionsbefugnis zum Beispiel auch mit Rücksicht auf das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“, wie aus der Regelung zur Sittenwidrigkeit in § 228 StGB hervorgeht.

¹⁶⁵ S. dazu a. Abschnitte B. III. 3. und C. IV. 2. a.

¹⁶⁶ *Renzikowski*, in: *Matt/Renzikowski StGB*, Vor § 13 Rn. 54 ff.; *Freund/Rostalski*, in: *MüKo/StGB*, Vorb. § 13 Rn. 139; *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 69.

¹⁶⁷ OLG Schleswig, *Beschl.* vom 14.02.1983 – 1 Ss 688/82, VRS 64 (1983), 429 (430), *Kühl* *Strafrecht AT*, § 2 Rn. 4; *Puppe/Grosse-Wilde* in: *NK/StGB*, Vor. §§ 13–15 Rn. 34; *Heger*, in: *Lackner/Kühl/Heger StGB*, Vorb. § 13 StGB Rn. 7b.

¹⁶⁸ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 28 ff; s. auch *Freund/Rostalski*, in: *MüKo/StGB*, Vorb. § 13 Rn. 139 sowie *Puppe/Grosse-Wilde* in: *NK/StGB*, Vor. §§ 13–15 Rn. 34 für das Strafrecht.

¹⁶⁹ Ausführlich hierzu *Merkel*, *ZStW* 119, 214 (221 f.).

¹⁷⁰ Vgl. *Puppe/Grosse-Wilde* in: *NK/StGB*, Vor. §§ 13–15 Rn. 34.

Zugleich umfasst das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausdruck persönlicher Autonomie auch das Recht auf selbstbestimmtes Sterben und damit die Freiheit, sich selbst das Leben zu nehmen.¹⁷¹ Als Akt autonomer Selbstbestimmung ist damit grundsätzlich sogar die in eigener Verantwortung getroffene Entscheidung des Einzelnen zu respektieren, seinem Leben entsprechend seinem Verständnis von Lebensqualität und Sinnhaftigkeit der eigenen Existenz ein Ende zu setzen.¹⁷² Trotz der hohen Bedeutung des Lebensschutzes¹⁷³ hat der Staat deshalb auch die Pflicht, die Autonomie suizidwilliger Personen zu schützen.¹⁷⁴ Dabei ist insbesondere sicherzustellen, dass der Zugang zu einer Suizidhilfe real eröffnet bleibt.¹⁷⁵

IV. Bestimmungsfähigkeit

1. Grundlagen

Eine Entscheidung ist ein Verhalten und dies – nach der klassischen Verhaltensformel – das Produkt von Person und Situation.¹⁷⁶ Als zentrale (psychologische) Freiheitsbedingung aus dem Bereich der „Person“ gilt die Integrität der ausgereiften psychischen Funktionen. Darauf bezogen wird freiwillig oft mit „aus freiem Willen“ gleichgesetzt und diesem ein Zusammenspiel der beiden Elemente Einsichts- und Steuerungsfähigkeit zugeordnet,¹⁷⁷ das auch unter dem Begriff der (Selbst-)Bestimmungsfähigkeit zusammengefasst wird.¹⁷⁸

Diese (sogleich noch näher beschriebene) Fähigkeit setzt voraus, einen Willen frei und unbeeinflusst zu bilden und nach zutreffend gewonnenen Einsichten zu handeln.¹⁷⁹ Die Rechtsordnung liefert dazu kein Anforderungsprofil, sondern äußert sich nur punktuell zum (Ausnahme-)Fall der fehlenden Befähigung zur Freiheitsausübung. Im Zentrum der Hinweise zur Geschäftsfähigkeit etwa steht die Störung der Geistestätigkeit (s. §§ 104 Nr. 2 und 105 Abs. 2 BGB) und nicht das Wesen der

¹⁷¹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 LS 1 a) und b).

¹⁷² BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 LS 1 b).

¹⁷³ Der Schutz des Lebens ist dem Einzelnen von der Verfassung als nicht rechtfertigungsbedürftiger Selbstzweck zugesagt und beruht auf der unbedingten Anerkennung der Person in ihrer bloßen Existenz, s. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910).

¹⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 LS 3 b).

¹⁷⁵ Mit Rücksicht darauf hat das Bundesverfassungsgericht dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung in § 217 Abs. 1 StGB die Verfassungsmäßigkeit abgesprochen, weil dieses Verbot die Möglichkeiten einer assistierten Selbsttötung so verenge, dass dem Einzelnen faktisch kein Raum zur Wahrnehmung seiner verfassungsrechtlich geschützten Freiheit verbleibe, s. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15.

¹⁷⁶ V. a. Lewin, K. (1936) in, Principles of Topological Psychology – vgl.: [Verhaltensgleichung – Lexikon der Psychologie](#) (zuletzt abgerufen am 21.03.2025).

¹⁷⁷ Schmidt-Recla, in: BeckOGK/BGB, § 1814 Rn. 170; BGH, Beschl. v. 10.01.2024 – XII ZB 217/23, NJW 2024, 1516 (1517).

¹⁷⁸ Schneider, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 43.

¹⁷⁹ Schneider, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 44 f.; Cording/Roth, NJW 2015, 26 (27).

ungestörten Geistestätigkeit. Dabei kommt es nur auf Störungen mit relevanten Auswirkungen für die Bestimmungsfähigkeit an. Beispielsweise spielen Beeinträchtigungen des Erinnerungsvermögens keine Rolle, wenn sie nur für die Entscheidung irrelevante Details betreffen.¹⁸⁰

2. Einsichts- und Steuerungsfähigkeit

In der (Selbst-)Bestimmungsfähigkeit enthalten ist die „Einsichtsfähigkeit“ im Sinne der kognitiven Voraussetzung von Freiwilligkeit¹⁸¹, eine zutreffende Vorstellung im Hinblick auf entscheidungsrelevante Tatsachen entwickeln zu können. Diese (Grund-)Fähigkeit wird als nahezu deckungsgleich mit der Kompetenz eingestuft, „den eigenen Willen frei zu bilden“.¹⁸² Sie bezieht sich auf die Intaktheit der intellektuellen Funktionen und der Realitätswahrnehmung.¹⁸³ Was dabei an Anforderungen zu erfüllen ist, wird auch von der Komplexität der Entscheidungssituation bestimmt. Einsicht ist dabei nicht nur die zutreffende Vorstellung von den Verhältnissen. Vielmehr kommt es weitergehend auch auf die Bewertung dieser Verhältnisse im Einklang mit den persönlichen Präferenzen an.¹⁸⁴ Es geht also auch um die Vorstellung vom selbstgewählten Umgang mit diesen Verhältnissen, wie er aus persönlicher Warte richtig ist.

Die Fähigkeit zur freien Willensbildung ist damit eine komplexe Kompetenz,¹⁸⁵ die auf einer Reihe von Fertigkeiten basiert. So muss der*die Betroffene – als Bestandteil der Einsichtsfähigkeit – geistig dazu in der Lage sein, Grund, Bedeutung, Tragweite und Folgen einer Verhaltensoption zu erkennen, um die für und gegen eine bestimmte Entscheidung sprechenden Umstände zu erfassen.¹⁸⁶ Er*sie ist auf die Fähigkeit angewiesen, sich entscheidungserhebliche Gesichtspunkte und Zusammenhänge hinreichend realitätsadäquat zu vergegenwärtigen.¹⁸⁷ Dazu bedarf es beispielsweise der Fähigkeit zum Erfassen von Gegebenheiten (Realitätsbezug) und Zusammenhängen, zum Erkennen übergeordneter Konzepte, zur Plausibilitätskontrolle bei problemlösendem Denken oder zur Antizipation von Konsequenzen. Auch sind Nichtroutine-Handlungen angemessen zu

¹⁸⁰ Auch stellen sich betroffene Personen eventuell so auf Defizite des Erinnerungsvermögens ein, dass diese Defizite effektiv kompensiert werden und somit ebenfalls keine Entscheidungsrelevanz haben, s. *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (28).

¹⁸¹ Vgl. *Amelung*, GA 1999, 182 (203); *Schneider*, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 44.

¹⁸² *Seifert*, Forensische Psychiatrie, S. 19.

¹⁸³ *Seifert*, Forensische Psychiatrie, S. 19. Auch die Geschäftsfähigkeit (vgl. § 104 Nr. 2 BGB) wird von der „Einsichtsfähigkeit des Betroffenen und dessen Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln“, abhängig gemacht, s. *Schneider*, in: MüKo/BGB § 1814 Rn. 43.

¹⁸⁴ *Schneider*, in: MüKo/BGB § 1814 Rn. 44; *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 81 f.

¹⁸⁵ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (31).

¹⁸⁶ Bspw. BVerfG, Beschl. v. 20.01.2015 – 1 BvR 665/14, NJW 2015, 1666 (1667); *Schneider*, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 44 für die Betreuerbestellung oder BT-Drs. 17/10488, 23; BGH, Urt. v. 02.12.1963 III ZR 222/62, NJW 1964, 1177 (1178); *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 54 für die Patienteneinwilligung.

¹⁸⁷ OLG München, Beschl. vom 14.08.2007 – 31 Wx 16/07, NJW-RR 2008, 164 (166); *Habermeyer/Saß*, Fortschritte der Neurologie Psychiatrie 2002, 5 ff.; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (29).

organisieren,¹⁸⁸ wozu beispielsweise eine „Organisationsplanung“ gehört, die eine kognitive Grundlage hat.¹⁸⁹

Zudem setzt „Einsichtsfähigkeit“ die geistige Befähigung dazu voraus, die relevanten Umstände gegeneinander abzuwägen und auf Grundlage dieser Abwägung einen Willen zu bilden. Entscheider*innen müssen in der Lage sein, Inhalte vor dem Hintergrund der personalen Erfahrungen und Präferenzen kritisch gegen andere Gesichtspunkte abzuwägen, gewichten und relativieren zu können.¹⁹⁰ Bedingung für eine freie Entscheidung ist damit auch die Fähigkeit zum verstandesmäßigen Abwägen einer Entscheidung und ihrer Bedeutung, d. h. die Fähigkeit zum Abgleich des Für und Widers bei sachlicher Prüfung der in Betracht kommenden Gesichtspunkte.¹⁹¹

Dazu sind spontane Einfälle oder fremde Einflüsse zugunsten übergeordneter personaler Präferenzen und längerfristiger Ziele zu reduzieren und absehbare Konsequenzen möglicher Handlungsalternativen in einem Prozess abwägender Handlungsplanung realistisch zu antizipieren, bevor eine (bedeutsame) Entscheidung gefällt wird.¹⁹² Gelingen muss auch eine Hierarchisierung der Einfälle nach dem Kriterium der Wesentlichkeit. Übergeordnete Gesichtspunkte dürfen nicht verloren gehen, soweit sie maßgeblich sind. Erreichbar sein muss ein realitätsadäquater Überblick über die Bedeutung und die Zusammenhänge einzelner Umstände; bestimmte (etwa emotional besetzte) Inhalte dürfen nicht selektiv überrepräsentiert sein.¹⁹³ Die betroffene Person hat in der Lage zu sein, ihre eigenen Interessen adäquat zu interpretieren und in ein hinreichend konsistentes System persönlicher Lebensziele zu integrieren sowie Zweck-Mittel-Zusammenhänge zu begreifen.¹⁹⁴

Ein geeigneter Maßstab für die Einsichtsfähigkeit wird in dem Vermögen zum reflektierten Handeln gesehen. Danach gründet die Fähigkeit zur Selbstbestimmung auf der „Normalfunktion“ hirneurologischer Vorgänge, die es Menschen ermöglicht, relevante Aspekte (wie Situationen oder die Konsequenzen ihres Verhaltens) zu erkennen und zu bewerten.¹⁹⁵ Wem es an der Fähigkeit zur

¹⁸⁸ *Danek/Göhringer*, Kognitive Neurologie und Neuropsychologie, in: Förstl, Frontalhirn, S. 67 ff.; *Reischies*, Psychopathologie, S. 117; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (29).

¹⁸⁹ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 201 ff.

¹⁹⁰ BGH, Urt. v. 14.07.1953 – V ZR 97/52, BGHZ 10, 266 = NJW 1953, 1342; BayObLG, Beschl. vom 06.05.2002 – 1Z BR 25/02, BeckRS 2014, 20337 Rn. 25 f.; OLG Frankfurt, Beschl. vom 20.10.2005 – 20 W 151/05, NJW-RR 2006, 450 (452); *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (28 f.).

¹⁹¹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910); *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27); *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 55 für den Patienten.

¹⁹² *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (31).

¹⁹³ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (28.)

¹⁹⁴ *Bobbert/Werner*, Autonomie/Selbstbestimmung, in: Lenk/Duttge/Fangerau (Hrsg.), Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen, S. 106 f.

¹⁹⁵ *Cording/Roth* NJW 2015, 26 (30 f.).

reflektierten Willensbildung in diesem Sinne fehlt, der ist zum Beispiel gem. §§ 104 Nr. 2, 105 BGB daran gehindert, wirksam Rechtsgeschäfte vorzunehmen.¹⁹⁶

Allerdings variieren die Anforderungen an die Bestimmungsfähigkeit je nach konkreter Ausprägung der maßgeblichen Umstände wie Kontext und Entscheidungsgegenstand. So steht die Geschäftsfähigkeit für eine umfassendere Form der Bestimmungsfähigkeit als die „natürliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ im Sinne der Befähigung, Art, Bedeutung, Tragweite und Risiken ganz bestimmter Verhaltensoptionen zu erfassen und den Willen hiernach auszurichten.¹⁹⁷ Deshalb können auch geschäftsunfähige Personen einwilligungsfähig sein, wenn sie nämlich die „partiell“ für die Einwilligung benötigten Fähigkeiten aufweisen.¹⁹⁸ Stets bedarf es der Feststellung konkreter, die Eigenverantwortlichkeit einschränkender Umstände.¹⁹⁹

Die Fähigkeit zur reflektierten Willensbildung (als Voraussetzung der Einsichtsfähigkeit) kann auch besitzen, wer sich unvernünftig entscheidet. Schon deshalb wäre es verfehlt, von einer Freiwilligkeit nur bei vernünftigen Entscheidungen auszugehen. Bei Patient*innen beispielsweise ist die Freiheit zu respektieren, nach medizinischen Maßstäben unvernünftige Entscheidungen zu treffen²⁰⁰, wenn die Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidungsbildung besteht.²⁰¹ Die Entscheidungsfähigkeit in Gestalt der Urteilsfähigkeit ist nicht aufgrund einer objektiv unvernünftigen oder irrationalen Entscheidung abzusprechen. Das persönliche Vorstellungsbild einer Person muss so lange uneingeschränkt anerkannt werden, wie dieser Person die Fähigkeit zur selbstbestimmten Entscheidung zuzusprechen ist.²⁰² Vernunftorientierte oder andere inhaltsbezogene Beschränkungen sind nicht geboten und würden als überzogen paternalistische Restriktionen die Selbstbestimmungsfreiheit verfehlen.

¹⁹⁶ Einzelheiten *Klumpp*, in: Staudinger/BGB, § 104 Rn. 6 ff. – Ob der Betreffende im konkreten Fall von seinen Fähigkeiten tatsächlich ausreichend Gebrauch gemacht hat, ist für die Frage seiner Geschäftsfähigkeit unerheblich. Denn für unbedachte oder leichtsinnige Entscheidungen bleibt der Gesunde verantwortlich, er muss also die Konsequenzen tragen, s. *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (28).

¹⁹⁷ S. a. Abschnitt B.IV.4.

¹⁹⁸ Vgl. a. *Schneider*, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 47 sowie § 1829 Rn. 16.

¹⁹⁹ *Heinrich*, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff. – Zum Beispiel besteht im Hinblick auf Betäubungsmittel-Konsumenten kein allgemeiner Erfahrungssatz dahingehend, dass sie zu eigenverantwortlicher Entscheidung nicht fähig wären.

²⁰⁰ Teilweise wird auf einen objektiven Vernunftmaßstab abgestellt, nach dem eine vernünftige Entscheidung anhand des Beurteilungskriteriums der medizinischen Sinnhaftigkeit zu treffen sei, vgl. zum Diskussionsstand *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 127 ff.

²⁰¹ Auch bei der Beurteilung der Ernstlichkeit eines Tötungsverlangens im Sinne des § 216 StGB beispielsweise ist Vernunft kein taugliches Kriterium, *Schneider*, in: MüKo/StGB, § 216 Rn. 20.

²⁰² *Genske* (Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 134 f.) fordert ein Minimum an Rationalität, das einen „höchstpersönlichen“ Willensbildungsprozess durch Zweck-Mittel-Überlegungen anhand eigener Vorstellungen und Wünsche ermöglicht. Es sei maßgeblich, dass der*die Patient*in Schlüsse ziehen und realisieren könne.

Sogar ein Suizid als massivste Form der Selbstschädigung ist nicht per se auf ein Freiwilligkeitsdefizit zurückzuführen. So kommt es keinesfalls nur im Rahmen von krankhaft verlaufenden psychischen Entwicklungen zu Selbsttötungen.²⁰³ Vielmehr ist von der Möglichkeit eines freien „Suizidwillens“ auszugehen²⁰⁴ und ein Mangel der Freiverantwortlichkeit – wie sonst auch – im Einzelfall positiv festzustellen.²⁰⁵ Für eine Selbsttötung gilt somit ebenfalls die Grundvermutung der Einsichtsfähigkeit, die konkret zu widerlegen ist.²⁰⁶

Ist eine Person zur Bildung eines klaren Urteils über die vorzugswürdige Entscheidungsoption in der Lage, muss es ihr für die Anerkennung ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit zudem möglich sein, nach diesem Urteil zu handeln.²⁰⁷ Diese Kompetenz wird als Steuerungsfähigkeit oder Freiheit der Willensbetätigung bezeichnet.²⁰⁸ Steuerung heißt dabei vor allem Kontrolle über die Manifestation der Einsicht in der Außenwelt in Form von Abwehr störender Einflüsse. Diese Kontrolle ist deshalb geboten, weil Störfaktoren eine Manifestation der Einsicht (und damit des Gewollten) gefährden. Störfaktoren können dabei ebenso von außen (etwa in Form einer unentrinnbaren Gewalteinwirkung) wie von innen (z. B. als beherrschende Gefühle) kommen und stehen jeweils im Widerspruch zur gewonnenen Einsicht.

Die Freiheit der Willensbetätigung ist damit insbesondere auf die generelle Fähigkeit angewiesen, Impulse – wie etwa einen Drang zur unmittelbaren Bedürfnisbefriedigung – zu hemmen, sodass ein zentraler Aspekt hier die Impulskontrolle ist.²⁰⁹ Maßgeblich für die Steuerungsfähigkeit ist, ob der*die Betroffene fähig ist, sich von Einflüssen abzugrenzen.²¹⁰ Namentlich können affektive Handlungsimpulse, die durch intensive emotionale Erregung ausgelöst werden, einer Abgrenzung und bewussten Abwägung entgegenstehen. Dazu zählen Gefühle wie Furcht, Angst oder Verzweiflung, die das abwägende Denken zu beeinträchtigen vermögen.²¹¹ Subpersonale, archaische Handlungsimpulse entfalten hierbei oft eine besondere Durchsetzungskraft.²¹²

²⁰³ Vgl. zum Diskurs mit Primärquellen: *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und die organisierte Sterbehilfe, S. 18 f.

²⁰⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (907); *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und die organisierte Sterbehilfe, S. 19; *Schneider*, in: MüKo/StGB, Vorb. § 211 Rn. 37.

²⁰⁵ *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695 (2696).

²⁰⁶ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (907); ebenso *Gavela*, Ärztlich assistierter Suizid und die organisierte Sterbehilfe, S. 19; *Cording/Saß*, NJW 2020, 2695 (2696).

²⁰⁷ *Brosey*, in: Jürgens/Betreuungsrecht (BGB), § 1814 Rn. 31; *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 57.

²⁰⁸ BGH, Beschl. v. 14.01.2015 – XII ZB 352/14, NJW-RR 2015, 450 (451); *Schneider*, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 45 (im Rahmen der Betreuerbestellung); BT-Drs. 17/10488, 23; *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 57 (im Rahmen der Patienteneinwilligung).

²⁰⁹ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (29).

²¹⁰ Vgl. a. *Schneider*, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 45.

²¹¹ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (29).

²¹² *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (31).

Die dazu diskutierten Kriterien und Definitionsvorschläge sind vielfältig: Eine Rolle spielen zum Beispiel Begriffe wie „Enthemmung“ oder „Beeinträchtigung der inneren Freiheitsgrade und Handlungsspielräume“, aber auch eine „Unterbrechung der Kette zwischen antizipierender Planung, Vorbereitung und Handlung“ oder eine „krankheitsbedingte Beeinträchtigung des Motivationsgefüges“.²¹³ Solche Umschreibungen zeigen die Komplexität der Materie und lassen erkennen, dass es eine allgemein verbindliche, knappe und praktisch anwendbare Definition der Steuerungsfähigkeit kaum geben kann. Als Folge davon werden die Grenzen der Steuerungsfähigkeit durch die Rechtsprechung immer wieder neu festgelegt.²¹⁴ Wiederholt wurde in den letzten Jahren allerdings eine Fähigkeit zur „Desaktualisierung“ aufgegriffen, die Janzarik²¹⁵ als wesentliches Kriterium der Steuerungsfähigkeit herausgestellt hat. Dabei wird unter Desaktualisierung die Befähigung verstanden, unerwünschte, störende und die Handlung behindernde innerpsychische Einflüsse – wie etwa motorische Reaktionen, Impulse oder Triebbedürfnisse – zu unterdrücken, aufzuschieben, zu umgehen oder auf sie zu verzichten.²¹⁶

3. Störungen und ihre Feststellung

Die Fähigkeit zur Selbstbestimmung wird für erwachsene Menschen grundsätzlich vermutet.²¹⁷ Abweichungen von dieser „Anscheinsvermutung“ kommen nur in Betracht, wenn konkrete Anhaltspunkte für Einschränkungen der Selbstbestimmbarkeit sprechen. Negativ fragt die Rechtsordnung damit (in einer Defizitorientierung) vor allem danach, unter welchen Voraussetzungen eine Entscheidung nicht auf freiem Willen beruht.²¹⁸ Den Maßstab dafür prägt ebenfalls die Vorstellung, dass die Rechtsordnung einem Menschen Entscheidungsfreiheit und damit die Möglichkeit zur Gestaltung nach individuellen Präferenzen grundsätzlich zuerkennt.²¹⁹ Daher stellen Abweichungen davon Ausnahmen dar,²²⁰ die im Einzelfall konkret festzustellen sind.²²¹ Dabei kommt es wesentlich auf die Verhaltenswirksamkeit der individuellen Präferenzen an, die zum Beispiel von Erfahrungen, Wünschen oder Werthaltungen gebildet werden, das individuelle

²¹³ Vgl. Kröber, Konzept der Steuerungsfähigkeit, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensischen Psych., S. 183 ff.; Genske, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 137.

²¹⁴ Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364.

²¹⁵ Janzarik, Grundlagen der Schuldfähigkeitsprüfung, 1995, 2000.

²¹⁶ Janzarik, Grundlagen der Schuldfähigkeitsprüfung 1995, 2000; Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 353 ff.

²¹⁷ Vgl. BT-Drs. 17/10488, 23; BT Drs. 19/17278, 17; OLG Koblenz, Ur. V. 01.10.2014 – 5 U 463/14, NJW 2015, 79 (80); Gutmann, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 72, 79; Schneider, in: MüKo/BGB, § 1814 Rn. 43.

²¹⁸ Dies gilt zum Beispiel für die Exkulpationskriterien nach den §§ 19, 20, 35 StGB bzw. § 3 JGG, die für Fremdbeeinträchtigungsfälle konzipiert wurden, s. Heinrich, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff.

²¹⁹ MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 61.

²²⁰ Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 147; Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, S. 42; Lindemann/Michna, in: Dudeck/Kaspar (Hrsg.), FAQ Forensische Psychiatrie und Psychologie, S. 40; MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 55.

²²¹ Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, S. 42.

Freiheitsbewusstsein vermitteln und die als Gesamtheit auch unter den Begriffen des „Präferenzsystems“ oder des „Wertgefüges“ bzw. „Motivationsgefüges“ zusammengefasst werden.²²² Als überschritten gilt die Schwelle zur Bestimmungsunfähigkeit, wenn das Präferenzsystem keine handlungsleitende Funktion innehat.²²³

Gründe dafür können auf den Ebenen der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit liegen, weil die betroffene Person nicht weiß, was sie tut,²²⁴ oder weil sie nicht nach relevanten Einsichten handeln kann.²²⁵ Konkret kommt es dazu beispielsweise als Folge von organischen Hirnschäden²²⁶, intellektuellen Defiziten²²⁷, psychotischen Realitätsverkennungen²²⁸, Persönlichkeitsdefekten²²⁹ oder unter Drogeneinfluss²³⁰. Von einer Einsichtsunfähigkeit wird zum Beispiel ausgegangen, wenn die kognitiven Funktionen nicht ausreichen, um eine Einsicht in wesentliche Qualitäten eines Handelns zu ermöglichen, weil eine Psychose die Fähigkeit zum reflektierten Abwägen der Entscheidungsoptionen genommen hat.²³¹

Die Feststellung einer Beeinträchtigung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit folgt einem Grundmechanismus mit zwei wesentlichen Elementen. Eingangsvoraussetzung ist die Feststellung einer psychischen Ausnahmesituation, bei deren Vorliegen zudem eine rechtsrelevante Funktionsbeeinträchtigung festzustellen und gegebenenfalls zu quantifizieren ist.²³² Entsprechend ist eine anormale psychische Struktur nicht per se mit Beeinträchtigungen der Bestimmungsfähigkeit gleichzusetzen, sondern ihre Auswirkung auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit konkret

²²² Seifert, Forensische Psychiatrie, S. 20–21; Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364–365; Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 148.

²²³ MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 65, 67; vgl. auch Seifert, Forensische Psychiatrie, S. 20–21; Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364–365.

²²⁴ MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 50.

²²⁵ Seifert, Forensische Psychiatrie, S. 20; MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 51; Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364; Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 146; Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, S. 41–42.

²²⁶ Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, S. 135–136.

²²⁷ Seifert, Forensische Psychiatrie, S. 19–20; MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 48; Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364.

²²⁸ Konrad/Huchzermeier/Rasch, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 147; Müller/Nedopil, Forensische Psychiatrie, S. 41.

²²⁹ MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 65.

²³⁰ BGH, Beschl. v. 30.04.2015 – 2 StR 444/14; Seifert, Forensische Psychiatrie, S. 20; MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 68.

²³¹ Rissing-van Saan, in: LK/StGB, § 216 Rn. 21. Nedopil: Kapitel 20 Begutachtungen zur Frage von Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 353 ff. – Entsprechend bilden psychische Erkrankungen eine erhebliche Gefahr für eine freie Suizidentscheidung, s. BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (911).

²³² S. dazu etwa Nedopil, in: Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 353 ff.

festzustellen.²³³ Die frühere Auffassung, dass bestimmte Krankheiten (wie z. B. eine Schizophrenie) grundsätzlich zu Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfähigkeit führen müssen, wurde mittlerweile aufgegeben.²³⁴

4. Reife

Die Bestimmungsfähigkeit repräsentiert ein psychisches Funktionsniveau, das sich nach der Geburt zunächst herausbilden muss. Einem Menschen in den ersten Lebensjahren fehlt die Bestimmungsfähigkeit vollständig und wächst ihm erst – in einem Jahrzehnte währenden – Entwicklungsprozess allmählich zu.²³⁵ Darüber wird die Fähigkeit erworben, reflektierte Willensentscheidungen treffen und Handlungskonsequenzen realistisch abschätzen zu können.²³⁶ Die Rechtsordnung nimmt darauf nicht zuletzt mit dem Begriff der (kognitiven und sittlichen) „Reife“ Bezug, deren Entwicklung zum Beispiel im Jugendstrafrecht²³⁷ Gegenstand ist und von der die Fähigkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung abhängig gemacht wird.

Ist der Reifeprozess noch nicht abgeschlossen, dann unterscheidet sich die betroffene – noch „in ihrer Entwicklung stehende“ – Person in ihrer Entscheidungsfindung, Handlungsplanung und Handlungsdurchführung zum Teil deutlich von reifen Erwachsenen. Dazu tragen biologische, psychische und soziale Umstände bei, die insbesondere die Adoleszenzphase²³⁸ prägen und einerseits notwendig für die Entwicklung zu einer eigenständigen, autonomen Persönlichkeit sind, Adoleszenten²³⁹ jedoch auch besonders anfällig für äußere Einflüsse machen.²⁴⁰ Während der Adoleszenz unterliegt das Gehirn – im Rahmen einer asynchronen Entwicklung von subkortikalen und kortikalen Regionen – einer umfassenden Reorganisation. Die früher ausreifenden subkortikalen Strukturen (wie das limbische System und das Belohnungssystem) fördern emotionale Reaktionen und die Suche nach unmittelbarer Bedürfnisbefriedigung.²⁴¹ Diese Entwicklung wird erst spät durch

²³³ MüKo-StGB/Streng, § 20 Rn. 54. Vgl. auch *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 143; *Müller/Nedopil*, Forensische Psychiatrie, S. 37, 42.

²³⁴ *Nedopil/Stübner*: Kapitel 99 Forensische Psychiatrie. in: Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, S. 2983 ff.

²³⁵ *Knothe*, in: Staudinger/BGB, Vorb. §§ 104–115, Rn. 9 für die Geschäftsfähigkeit, vgl. auch Rn. 36 f. und 38 für die Delikts- und Einwilligungsfähigkeit; *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

²³⁶ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

²³⁷ S. etwa § 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 JGG.

²³⁸ Die Adoleszenz wird oft als Übergangszeit zwischen Kindheit und Erwachsensein beschrieben, in der entscheidende Entwicklungsaufgaben bewältigt werden müssen, vgl. *Konrad/König*, in: *Lohaus*, Entwicklungspsychologie des Jugendalters, S. 2.

²³⁹ Damit sind Personen gemeint, die in der Übergangsphase der Adoleszenz stehen.

²⁴⁰ S. a. *Höwler*, Kinder- und Jugendpsychiatrie, S. 12: „Das Gegenstück zur Resilienz ist Vulnerabilität.“

²⁴¹ *Konrad/König*, in: *Lohaus*, Entwicklungspsychologie des Jugendalters, S. 13.

den präfrontalen Kortex moderiert, der für eine kognitive Kontrolle und das langfristige Denken zuständig ist.²⁴²

Hinzu kommen hormonelle Veränderungen, die auch Auswirkungen auf die Psyche haben und unter anderem ein Spannungsverhältnis zwischen Autonomiebestreben und sozialer Anpassung bedingen.²⁴³ Zudem ist die Adoleszenz eine Zeit intensiver Selbstfindung, wobei das Streben nach einer kohärenten Identität durch das Ausprobieren verschiedener Rollen und Verhaltensweisen in unterschiedlichen sozialen Kontexten unterstützt wird. Ein zentraler Bestandteil der Identitätsentwicklung ist daher insbesondere das Austesten von Rollen und Verhaltensweisen in unterschiedlichen sozialen Kontexten.²⁴⁴

Konkret erklären diese Faktoren etwa, warum in der Entwicklung stehende Menschen häufig risikobereiter sind und Schwierigkeiten haben, die langfristigen Konsequenzen ihres Handelns vollständig abzuschätzen.²⁴⁵ Kurzzeitfolgen der eigenen Handlungen werden von Adoleszenten vergleichsweise stärker berücksichtigt, weil die Fähigkeit zur Orientierung an Langzeitfolgen – auch wegen des Fehlens ausreichender Erfahrungswerte – noch in der Entwicklung begriffen ist. Unter anderem deshalb haben Adoleszenten generell eher die Bereitschaft zu einem Risikoverhalten wie etwa zu ungeschütztem Sex oder kriminellen Handlungen. Zu dieser Risikobereitschaft trägt auch bei, dass in der Entwicklung stehende Personen tendenziell noch eine egozentrischere Sicht haben. Schwächer ausgebildet als bei Erwachsenen ist überdies die Fähigkeit zur Modulation von Stimmungen, mit deren Ausreifung im Rahmen der Hirnentwicklung erst im frühen Erwachsenenalter zu rechnen ist.²⁴⁶

Insgesamt besehen haben Adoleszenten damit eine geringere Befähigung, „reife“ Entscheidungen zu treffen. Besonders anfällig sind ihre handlungssteuernden Prozesse in sozial komplexen Situationen. Dies gilt vor allem dann, wenn die – (noch) geringer ausgebildete – Fähigkeit zur Selbstkontrolle auf die Probe gestellt wird. Auch sind bei der Beurteilung der Steuerungsfähigkeit adoleszente Ablösungs- und Identitätsprozesse zu berücksichtigen. Denn zu den Entwicklungsaufgaben gehört der Erwerb einer eigenen Identität und damit verbunden eines kritischen Umgangs mit Normen und Werten, der oft zu einem Experimentierverhalten führt.²⁴⁷

²⁴² Höwler, *Kinder- und Jugendpsychiatrie*, S. 304; Weichold/Blumenthal, in: Lohaus, *Entwicklungspsychologie des Jugendalters*, S. 173 f.

²⁴³ Konrad/König, in: Lohaus, *Entwicklungspsychologie des Jugendalters*, S. 3 ff.

²⁴⁴ Greve/Thomsen, *Entwicklungspsychologie*, S. 100 f.

²⁴⁵ Konrad/König, in: Lohaus, *Entwicklungspsychologie des Jugendalters*, S. 13 f.; Günter/Karle, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass *Hdb. d. Forensische Psych.*, Bd. 2, S. 571 f.

²⁴⁶ Konrad/König, in: Lohaus, *Entwicklungspsychologie des Jugendalters*, S. 13 f.

²⁴⁷ Günter/Karle, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass *Hdb. d. Forensischen Psych.*, S. 571 f.

Daher besteht im Hinblick auf die Selbstbestimmung vor Abschluss des Reifeprozesses ein besonderer Schutz- und Fürsorgebedarf. Welche Altersgrenzen dabei gelten, entzieht sich einer pauschalen Bewertung.²⁴⁸ Vielmehr wird von individuellen Faktoren mitbestimmt, wann im Rahmen von Reifeprozessen die Befähigung ausgebildet ist, die Tragweite von Entscheidungen (z. B. über eine Behandlung) ermessen zu können.²⁴⁹ Maßstab ist stets, ob die betroffene Person nach ihren geistigen Fähigkeiten und nach ihrer sittlichen Reife im konkreten Fall in der Lage war, die Bedeutung der Handlung und ihrer möglichen Folgen zu erkennen und zu bewerten.²⁵⁰ Stufen innerhalb der Entwicklungsphase entziehen sich dabei ebenso allgemeiner Beschreibungen wie der „typische Entwicklungsstand“ einer bestimmten Altersgruppe.²⁵¹ Feste, an Altersgrenzen gebundene Zäsuren gibt es nicht, stattdessen sind deutliche interindividuelle Unterschiede und individuell zudem Differenzen zwischen einzelnen Entwicklungsebenen auszumachen.²⁵² Auch variiert das Anforderungsprofil in Abhängigkeit vom konkreten Entscheidungsgegenstand, der mit darüber bestimmt, welchen Voraussetzungen die Bestimmungsfähigkeit genügen muss. So steigen mit der Komplexität der Entscheidung auch die Anforderungen an die Fähigkeiten, die für relevante Bewertungen benötigt werden. Des Weiteren ist die Situation, in der entschieden wird, von Bedeutung für die Anerkennung einer Selbstbestimmungsfähigkeit im Rahmen des Reifeprozesses. So misstraut beispielsweise § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB den Dispositionen von Minderjährigen, die in Zwangslagen geraten sind.²⁵³

Zur Beurteilung der Selbstbestimmungsfähigkeit im Rahmen einer Reifeentwicklung sind daher die Umstände des Einzelfalls – in persönlicher und situativer Hinsicht – umfassend zu würdigen, so insbesondere der geistige Entwicklungsstand.²⁵⁴ Dabei gibt es keine Regel, wonach die Nähe zu einer

²⁴⁸ Auch sind im Zusammenhang mit der Reifeentwicklung eine Reihe von Tatsachen ungeklärt. Offen ist beispielsweise, wie lange der Prozess dauert, der als Reifeprozess angesehen wird. Klärungen dazu sind allerdings (ebenso wie andere Tatsachenfeststellungen) nicht Gegenstand dieses Gutachtens, das sich vielmehr auf den Rechtsbegriff der Freiwilligkeit beschränkt.

²⁴⁹ *Knappe, S. et al.*: Kapitel 21: Diagnostische Prozesse in der Klinischen Psychologie und Psychotherapie, in: Hoyer/Knappe (Hrsg.), *Klinische Psychologie & Psychotherapie*, S. 521 ff. Grundsätzlich können Kinder und Jugendliche zum Beispiel selbst über eine ärztliche Behandlung entscheiden, wenn sie die Tragweite und Konsequenzen des Eingriffs verstehen. Zum Beispiel ist beim Tötungsverlangen eines Jugendlichen die Urteilsfähigkeit im Einzelfall zu prüfen und kann bei 16-Jährigen vorliegen, was aber nicht ohne Weiteres anzunehmen ist, s. *Rissing-van Saan*, in: LK/StGB, § 216 Rn. 22; *Schneider*, in: MüKo/StGB, § 216 Rn. 21.

²⁵⁰ BGH, Urt. v. 07.08.1984 – 1 StR 200/84, NStZ 1985, 25 (26); *Heinrich*, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff.; vgl. auch § 3 JGG.

²⁵¹ *Kölbel*, in: Eisenberg/Kölbel JGG, § 105 Rn. 6b.

²⁵² *Bausch*, Berücksichtigung d. individuellen Entw. bei d. Auslegung strafrechtl. Normen am Bsp. d. dolus eventualis, S. 110; vgl. auch *Kölbel* in Eisenberg/Kölbel JGG, § 3 Rn. 3 sowie § 105 Rn. 12.

²⁵³ *Amelung*, GA 1999, 182, 202; s. a. zur Systematik der Schutzaltersgrenzen *Renzikowski*, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Hdb. d. Strafrechts, Band 4, § 9 Rn. 86 ff.

²⁵⁴ *Laubenthal*, Hdb. Sexualstraftaten, S. 264 für die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung; *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 108 f. sowie *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 79 jeweils für die Einwilligungsfähigkeit in medizinische Behandlungen.

Altersgrenze nach oben oder unten für oder gegen die Reife zur Einsicht spräche.²⁵⁵ Kriterien für die Reifebeurteilung²⁵⁶ bieten (nur) Orientierungshilfen, verbindliche Maßgaben mit allgemeiner Geltung zur Reifebeurteilung stehen nicht zur Verfügung.²⁵⁷

5. Bewusstseinsbeteiligung

Selbstbestimmung ist nicht notwendig ein durchgehend bewusster Vorgang, vielmehr trägt dazu auch Unbewusstes bei. So entstehen viele Gewohnheiten durch unbewusste Prozesse, etwa bei einer Konditionierung oder einer Anpassung an die Umgebung. In die Willensbildung fließen auch weitere komplexe – persönliche sowie situative – Umstände ein,²⁵⁸ die für die handelnde Person selbst nur teilweise nachvollziehbar sind. So kann – wie Schopenhauer es ausgedrückt hat – der Mensch tun, was er will, aber nicht wollen, was er will.²⁵⁹ Kulturelle und soziale Hintergründe beispielsweise beeinflussen unsere Überzeugungen und Werte, ohne dass wir diesen Prozess stets bewusst wahrnehmen oder aktiv steuern.²⁶⁰ Solche Umstände sind also im Rahmen der Selbstbestimmung wirksam, ohne dass wir uns dessen bewusst sind.²⁶¹

Dass somit das Zustandekommen einer Entscheidung zum Teil nicht nachvollziehbar ist, spricht zunächst gegen die Vorstellung einer freien – und damit kontrollierten – Auswahl unter verschiedenen Wahlmöglichkeiten. Denn eine freie Entscheidung setzt die Befähigung voraus, das Für und Wider zu erkennen und gegeneinander abzuwägen.²⁶² Gleichwohl kann eine Entscheidung als „frei“ gelten, soweit sie – etwa auf Ebene von Neigungen, Motiven oder Wünschen – mit dem übereinstimmt, was der entscheidenden Person im Hinblick auf das von ihr Gewollte bewusst ist. Freiheit ist nicht

²⁵⁵ *Genske*, Gesundheit und Selbstbestimmung, S. 108 f.; *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 53.

²⁵⁶ Dazu gehören – im Anwendungsbereich der § 105 Abs. 1 JGG – beispielsweise die „Marburger Richtlinien“ oder ihre Überarbeitung nach *Esser/Fritz/Schmidt*. Sie stellen zum Beispiel auf die Lebensplanung, die Fähigkeit zum zeitlich überschauendem Denken oder die Eigenständigkeit zu anderen Menschen ab, während die „Bonner Delphi-Studie“ inhaltlich auf Aspekte wie soziale Autonomie und Autonomie in der Lebensführung, Beziehung und Partnerschaft, Emotionalität und Impulsivität, Problem- und Konfliktmanagement oder Kommunikation und Reflexivität Bezug nimmt, vgl. hierzu *Bausch*, Berücksichtigung d. individuellen Entw. bei d. Auslegung strafrechtl. Normen am Bsp. d. dolus eventualis, S. 62 f.

²⁵⁷ *Bausch*, Berücksichtigung d. individuellen Entw. bei d. Auslegung strafrechtl. Normen am Bsp. d. dolus eventualis, S. 66 ff.

²⁵⁸ Unter anderem konkurrieren Wünsche miteinander.

²⁵⁹ *Schopenhauer*, Die beiden Grundprobleme der Ethik, 2017, S. 54.

²⁶⁰ Entsprechend können eigene Motive des Handelnden auch „externer Natur“ sein, also beispielsweise aus Normen hervorgegangen sein, vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 13 f.

²⁶¹ Auch wenn wir bewussten Motiven und Zielen nachgehen und dabei Handlungen hinsichtlich ihrer Zweckhaftigkeit bzw. ihrer Konsequenzen abwägen können, ist diese Fähigkeit nur teilweise verhaltenswirksam. So wird Verhalten zum Beispiel auch durch Reflexe bestimmt, die definitionsgemäß nicht willentlich unterdrückbar sind. Weiter gibt es beispielsweise Automatismen, die sich aus bewährten Willenshandlungen herleiten und nur noch schwer (meist nur durch systematisches Training) willentlich veränderbar sind, *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (29).

²⁶² Vgl. a. BGH, Beschl. vom 09.02.2011 – XII ZB 526/10, BeckRS 2011, 4761 Rn. 7.

notwendigerweise ein Bewusstseinszustand, vielmehr können zum Beispiel unreflektierte Gewohnheiten auf der unbewussten Prämisse beruhen, darüber Freiheiten in Anspruch zu nehmen.²⁶³ Selbstbestimmung bedarf einer Beteiligung des Bewusstseins, aber keiner vollständigen Bewusstseinskontrolle.²⁶⁴ Entsprechend fließen in freiwillige Entscheidungen auch unbewusste Anteile (zum Beispiel auf Motivebene) ein, Freiwilligkeit ist also nicht das Ergebnis ausnahmslos bewusster Vorgänge.

V. Realitätsbezug

Nicht selbstbestimmt handelt, wer nicht weiß, was er tut oder warum er etwas tut.²⁶⁵ Eine Entscheidung in freier Selbstbestimmung setzt daher voraus, dass die entscheidungserheblichen Gesichtspunkte und Zusammenhänge hinreichend realitätsadäquat berücksichtigt sind.²⁶⁶ Dafür müssen die Informationen zur Verfügung stehen, die beim Freiheitsgebrauch (für den Abgleich der Verhaltensoptionen mit den eigenen Präferenzen) relevant sind.²⁶⁷ Wer selbstbestimmt entscheidet, muss sich in der konkreten Situation der Realität einschließlich der eigenen Präferenzen bewusst sein, also die relevanten Verhältnisse der Außen- und der Innenwelt kennen (s. a. Abschnitt C.IV.2.).²⁶⁸ Dieses „Entscheidungswissen“ ist die Basis dafür, die eigenen Präferenzen mit den bestehenden Verhaltensoptionen optimal abstimmen zu können.²⁶⁹

Der Umfang des geforderten Entscheidungswissens wird von der Prämisse bestimmt, dass grundsätzlich alle Umstände bekannt sein müssen, die für die Freiheitsbetätigung wesentlich sind.²⁷⁰ Dazu gehören zum Beispiel die bestehenden Entscheidungsalternativen selbst einschließlich der mit ihnen verbundenen Konsequenzen (etwa für das eingesetzte Gut). Wer entscheidet, muss deshalb beispielsweise Art und Umfang bevorstehender Bestandeseinbußen richtig erfassen²⁷¹ oder genug wissen, um relevante Risiken einschätzen zu können.²⁷² Dabei gilt auch hier die Beschränkung auf

²⁶³ Vgl. *Amelung*, GA 1999, 182 (187 f.).

²⁶⁴ In diesem Sinn ist nach den „Dual-Process-Theorien“ zwischen einem bewussten und einem unbewussten Entscheidungshandeln zu unterscheiden, wobei eine bewusste Intention als Ergebnis einer reflektierten Abwägung von Aufwand und Ertrag gedeutet wird.

²⁶⁵ Vgl. *Gutmann* in: Schaber/Müller (Hrsg.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, 2018, S. 211.

²⁶⁶ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (28); *Wagner* in MüKo BGB § 630 Rn. 4 ff.

²⁶⁷ S. etwa *Knappe, S et al.*, in: *Hoyer/Knappe* (Hrsg.), *Klinische Psychologie & Psychotherapie*, S. 519 ff.

²⁶⁸ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 17. S. etwa *Knappe, S et al.*: Kapitel 21: Diagnostische Prozesse in der Klinischen Psychologie und Psychotherapie, in: *Hoyer/Knappe* (Hrsg.), *Klinische Psychologie & Psychotherapie*, S. 519 ff.

²⁶⁹ *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 211.

²⁷⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v.26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910 f.); BVerfG, Beschl. vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, 282 (301) = NJW 2011, 2113 (2116); BGHZ 102, 17 (22) = NJW 1988, 763 (764); BGHZ 106, 391 (394) = NJW 1989, 1533 (1535); BGH, Urt. v.13.06.2006 – VI ZR 323/04, BGHZ 168, 103 (108) = NJW 2006, 2477 (2478); BVerfG, Urt. v.26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910 f.).

²⁷¹ *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 218.

²⁷² Vgl. etwa *Heinrich*, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff.

das Menschenmögliche, sodass es (lediglich) einer zutreffenden Vorstellung von den erreichbaren Fakten bedarf. Menschen können nie den Wissensstand des „Laplace’schen Weltgeists“ haben, der die Realität mit allen Details kennt.

Weitergehende Konkretisierungen zum benötigten Entscheidungswissen wurden insbesondere im Zusammenhang mit medizinischen Eingriffen in die körperliche Integrität ausgearbeitet, deren Rechtmäßigkeit nach § 630d BGB von einer Einwilligung abhängt.²⁷³ Diese wiederum ist nur nach einer vorherigen Aufklärung gemäß § 630e BGB wirksam, die der Einwilligung vorgeschaltet ist und sie inhaltlich ausfüllt.²⁷⁴ Dahinter steht die Prämisse, dass Lücken in der Informationsgrundlage einer Entscheidung – zum Beispiel durch Aufklärung – zu schließen sind, um eine freie Selbstbestimmung zu ermöglichen.²⁷⁵ Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz, dass eine Entscheidung in freier Ausübung des Selbstbestimmungsrechts die Kenntnis aller verhaltensrelevanter Informationen voraussetzt. Die Rede ist auch von einer „Selbstbestimmungsaufklärung“, die der Vermittlung der Informationen zur Erlangung eines „informed consent“ für den konkreten Eingriff dient.²⁷⁶

Welche Pflichten bei der Aufklärung von Patient*innen vor körperlichen Eingriffen bestehen, ist in § 630e BGB geregelt.²⁷⁷ Nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift ist „der Behandelnde [...] verpflichtet, den Patienten über sämtliche für die Einwilligung wesentlichen Umstände aufzuklären“. In Satz 2 folgt eine Auflistung verschiedener Aufklärungsaspekte. Genannt werden „Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme sowie ihre Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf die Diagnose oder die Therapie“. Zugleich geht aus dem Wortlaut von § 630e Abs. 1 Satz 2 BGB („insbesondere“) hervor, dass es sich um keine abschließende Auflistung handelt. Im Einzelfall können auch weitere Aspekte aufklärungspflichtig werden, sodass die Aufklärung individuell auf die aufzuklärende Person zugeschnitten sein muss.²⁷⁸ Den Maßstab für weitergehende Konkretisierungen bildet der Schutz des Selbstbestimmungsrechts als Zweck der Aufklärung, also das Ermöglichen einer Entscheidung nach den eigenen Maßstäben, Prämissen und Vorstellungen.²⁷⁹ Damit kommt es stets auf die persönlichen Präferenzen der aufzuklärenden Person und nicht auf das an, was nach Durchschnittsmaßstäben „verständlich“ oder vernünftig wäre.²⁸⁰

²⁷³ S. a. Abschnitt B.IV.4.

²⁷⁴ *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 630e BGB Rn. 1.

²⁷⁵ S. etwa zum Prinzip des informed consent bei medizinischen Behandlungen *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630e Rn. 1.

²⁷⁶ *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630c Rn. 24.

²⁷⁷ Differenziert wird vom Gesetzgeber zwischen den Informationspflichten nach § 630c BGB und den Aufklärungspflichten gem. § 630e BGB. Für die Frage der wirksamen Einwilligung sind die speziellen Pflichten des § 630e BGB entscheidend, die sich auf die konkrete Behandlung beziehen. Vgl. BT-Drs. 17/10488, S. 21; *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 630c BGB Rn. 11.

²⁷⁸ *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630e Rn. 32.

²⁷⁹ *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630e Rn. 32.

²⁸⁰ BGH, Urt. v. 09.11.1993 – VI ZR 248/92, NJW 1994, 799 (801); *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630e Rn. 32.

Als wesentlicher Aspekt der Selbstbestimmungsaufklärung gilt die Information über Risiken, die mit dem konkreten Eingriff verbunden sind.²⁸¹ Besondere Bedeutung kommt dabei der Aufklärung über solche Risiken zu, die bei ihrer Verwirklichung am schwerwiegendsten und nachhaltigsten beeinträchtigen würden, weshalb ihr Einfluss auf die Entscheidungsfindung besonders hervorzuheben ist.²⁸² Auf Seite der Patient*innen muss ein Verständnis für die Folgen eines Risikoeintritts derart hervorgerufen werden, dass die Dimensionen der Risikofolgen in ihrer Bedeutung für die eigene Lebensgestaltung deutlich werden.²⁸³ Dabei wird der Umfang der Aufklärungspflichten auch von der Art des Eingriffs bestimmt. So ist zum Beispiel bei nicht indizierten (kosmetischen Eingriffen) besonders schonungslos und eingehend aufzuklären.²⁸⁴ Generell muss die Aufklärung umso intensiver sein, je weniger dringlich ein Eingriff sich aus medizinischer Sicht für die aufzuklärende Person darstellt.²⁸⁵

Die Aufklärung hat mündlich zu erfolgen,²⁸⁶ weil sich die Vermittlung der relevanten Informationen in der Regel nicht auf einseitige Erklärungen beschränken kann, sondern auch wechselseitige Elemente enthält. So müssen zum Beispiel Fragen erörtert oder bestehende Unsicherheiten bzw. Verständnisprobleme sichtbar werden können. Das Aushändigen eines Aufklärungsbogens allein genügt daher nicht den Anforderungen an eine wirksame Aufklärung, solche zusätzlichen Unterlagen können daher nur ergänzend genutzt werden.²⁸⁷

Angepasst an die aufzuklärende Person sind die Informationen verständlich zu übermitteln (§ 630e Abs. 2 Nr. 3 BGB). Das Gespräch hat sich also inhaltlich und sprachlich an den Verständnismöglichkeiten der Adressat*innen der Aufklärung (Empfängerhorizont) zu orientieren.²⁸⁸ Bei Sprachbarrieren ist im Bedarfsfall eine sprachkundige Person hinzuzuziehen.²⁸⁹ Bei alledem verlangt Aufklärung im Dienst der Selbstbestimmung eine neutrale Informationsvermittlung, die nicht in eine bestimmte Richtung drängt, also beispielsweise nicht beschönigt oder dramatisiert.

Nach § 630e Abs. 2 Nr. 2 BGB hat eine Aufklärung so rechtzeitig zu erfolgen, dass eine „wohl überlegte“ Entscheidung getroffen werden kann. Maßgeblich kommt es demnach darauf an, dass die aufzuklärende Person ihre Entscheidung ausreichend reflektieren kann.²⁹⁰ Sie muss das „Für und

²⁸¹ *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630e Rn. 30.

²⁸² *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630e Rn. 31.

²⁸³ *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630e Rn. 41.

²⁸⁴ *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 4.

²⁸⁵ *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rn. 28.

²⁸⁶ *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 8.

²⁸⁷ *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 8.

²⁸⁸ BGH, Urt. v. 29.01.2019 – VI ZR 117/18, NJW 2019, 1283 (1285); *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 11.

²⁸⁹ BT-Drs. 17/10488, S. 25; OLG Düsseldorf, Urt. v. 12.10.1989 – 8 U 60/88, NJW 1990, 771 f.; s. a. *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 12.

²⁹⁰ *Spickhoff*, in: Spickhoff Medizinrecht, § 630e BGB Rn. 10.

Wider“ des konkreten Eingriffs abwägen können.²⁹¹ Dazu gibt das Gesetz keine festen Zeitabstände oder Fristen vor, vielmehr soll eine gewisse Flexibilität gewährleistet sein.²⁹² Bei der Zeitspanne zwischen Aufklärung und Entscheidung ist den Aufklärungsadressat*innen ein ausreichender Entscheidungszeitraum zuzubilligen. Er*sie darf nicht überrumpelt werden oder sich einer Drucksituation ausgesetzt sehen. Auf der anderen Seite soll die betroffene Person ihre Entscheidung noch unter dem Eindruck der Aufklärung und der damit einhergehenden Informiertheit treffen. Ein zu großer Abstand ist daher ebenfalls problematisch.²⁹³ Bleiben muss genügend Zeit zur selbstständigen Beurteilung der relevanten Informationen, ohne dass ihre Kenntnis bis zur Entscheidung wieder verloren geht.

An den Kenntnissen, die für eine selbstbestimmte Entscheidung benötigt werden, kann es auch wegen Irrtümern (d. h. Fehlvorstellungen) mangeln. Hier werden entscheidungsrelevante Umstände verkannt, was unter Umständen eine Entscheidung nach eigenen Wertmaßstäben verhindert.²⁹⁴ Wer irrt, stellt sich zwar vor, dass er seinen Willen selbstbestimmt und frei bildet. Er trifft seine Entscheidung jedoch auf Grundlage eines falschen Tatsachenverständnisses. Deshalb ist auch eine Handlung, die wegen eines Irrtums den erstrebten Wert verfehlt, als nicht selbstbestimmt anzusehen²⁹⁵, soweit die Entscheidung bei Kenntnis der wahren Sachlage nicht oder in anderer Weise ausgefallen wäre.²⁹⁶

Allerdings kann Irrtumsfreiheit schon wegen der Unzulänglichkeiten menschlicher Informationsverarbeitung keine notwendige Voraussetzung für selbstbestimmte Entscheidungen sein.²⁹⁷ Insbesondere gilt dies im Hinblick auf den zwischenmenschlichen Bereich mit dem weiten Spektrum an Selbsttäuschungen und nicht rational reflektierten Interaktionen.²⁹⁸ Unwägbarkeiten menschlicher Begegnungen bergen für die Tatsachenvorstellungen bei Entscheidungen unvermeidbare Risiken.²⁹⁹ Deshalb lässt sich (auch) der Bereich der Irrtümer, die für die Freiheit der Selbstbestimmung relevant sind, nur wertend bestimmen, wobei es hier ebenfalls auf die Umstände

²⁹¹ Vgl. auch *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630e Rn. 130.

²⁹² *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 630e BGB Rn. 10.

²⁹³ *Spickhoff*, in: *Spickhoff Medizinrecht*, § 630e BGB Rn. 10.

²⁹⁴ *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 205 f.

²⁹⁵ *Amelung*, GA 1999, 182 (203).

²⁹⁶ Vgl. *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 430 ff.; *Amelung*, GA 1999, 182 (197) f.

²⁹⁷ So zu Recht *Rönnau*, *Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht*, 2001, S. 210 ff.; *Roxin*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 13 Rdn. 111; a. A. *Amelung*, *Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten*, 1998, S. 52.

²⁹⁸ *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (880).

²⁹⁹ *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (881).

des Einzelfalles ankommt.³⁰⁰ Bezieht sich eine Fehlvorstellung nicht auf entscheidungserhebliche Umstände, spielt sie für die Freiheit der Selbstbestimmung von vornherein keine Rolle.

VI. Freiheit von Zwang

1. Begriff des Zwangs

Die tatsächliche Möglichkeit einer Person zur Selbstbestimmung hängt nicht allein von ihren eigenen Fähigkeiten (den „subjektiven Autonomiekompetenzen“) ab. Vielmehr zielen Autonomiezuschreibungen auch auf äußere Handlungsumstände, die eine Ausübung von Selbstbestimmungskompetenzen erlauben.³⁰¹ So steht „freiwillig“ im allgemeinen Sprachgebrauch für etwas, das aus freiem Willen bzw. Antrieb, nicht gezwungen geschieht.³⁰² Demnach endet Freiheit – ebenso wie Freiwilligkeit – dort, wo ein „Zwang“ beginnt. Umgekehrt ist die Abgrenzung zur Freiheit für den Zwangsbegriff konstitutiv: Denn als Zwang gilt ein Druck bzw. eine – innere oder äußere und gegen den Willen gerichtete – Einwirkung mit der Folge, dass die individuelle Freiheit unausweichlich eingeschränkt ist.³⁰³

Zwang ist aus dieser Perspektive also der Gegenbegriff zur Freiheit.³⁰⁴ Mit dieser Abhängigkeit des Zwangs- vom Freiheitsbegriff (und umgekehrt) ergibt sich auf Definitionsebene allerdings ein logischer Zirkel, aus dem eine Verallgemeinerung herausführt: Zwang liegt vor, wenn jemand veranlasst wird, sich anders zu verhalten, als dies seinen Werten entspricht.³⁰⁵ Hier ist die Entscheidungsfreiheit jeweils so stark beeinträchtigt, dass der*die Betroffene nicht mehr in der Lage ist, einen freien Willen zu bilden oder zu betätigen.³⁰⁶

³⁰⁰ RGSt 41 392, 396; BGHSt 4 113, 118 f; 16 309, 310 ff; BGH NJW 1964 1177, 1178. Im Umgang mit Irrtümern ist vieles umstritten, so etwa die Berücksichtigung von Fehlvorstellungen bei der Einwilligung. Dabei geht es nicht allein um die Feststellung von Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfreiheit, sondern vor allem um die damit verbundenen Konsequenzen (etwa für die Wirksamkeit einer Einwilligung oder das Erfordernis einer Bestrafung). Für die Kompatibilität von Irrtümern mit der Selbstbestimmungsfreiheit kommt es vor allem auf die (normativ zu bestimmende) Reichweite der Irrtumsfreiheit an.

³⁰¹ *Bobbert/Werner*, in: Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen, Autonomie/Selbstbestimmung, S. 106 f.

³⁰² S. Duden online, <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/freiwillig> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025); Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/freiwillig> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

³⁰³ S. Duden online, <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/zwang> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025); Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/zwang> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

³⁰⁴ S. a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 203 f.

³⁰⁵ *Amelung*, GA 1999, 182 (188).

³⁰⁶ Dies kann zum Beispiel darauf zurückzuführen sein, dass der*die Betroffene „nicht anders kann“, keine Kontrolle hat oder sich einem Einfluss nicht zu entziehen vermag.

Die Auswirkungen von Zwang auf die Entscheidungsfreiheit sind in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen relevant: Das Erzwingen eines Verhaltens wird beispielsweise unter den Voraussetzungen des § 240 StGB bestraft (s. Abschnitt B.IV.3.), das Zivilrecht geht beispielsweise in § 123 BGB von der Möglichkeit einer Anfechtung von erzwungenen Willenserklärungen aus (s. Abschnitt B.IV.2.). Jeweils liegt die Annahme zugrunde, dass das fragliche Verhalten nicht dem freien Willen entspricht.³⁰⁷

Zwang kann auf ganz unterschiedliche Faktoren zurückgehen.³⁰⁸ Dazu gehören Umstände der Außenwelt ebenso wie solche aus der Innenwelt des*der Betroffenen, so zum Beispiel übermächtige Affekte oder nicht überwindbare Hemmungen³⁰⁹, die einen „psychologischen Zwang“ ausüben. Insbesondere Druck von außen kann dazu führen, dass der Einzelne keinen freien Willen mehr bilden oder ausüben kann.³¹⁰ Als äußerer „Zwang“ gilt dabei die offene Einflussnahme auf ein Individuum, die daran hindert, sich den eigenen Werten entsprechend zu verhalten.³¹¹ Auch kann beispielsweise unterschieden werden zwischen menschengemachten und vom Menschen unabhängigen Zwängen („natürliche“ und „soziale“ Zwänge).

Überdies wird der Zwangsbegriff vom Kontext geformt.³¹² So kann Zwang heißen, an etwas ganz Bestimmtem gehindert zu sein. Wer es beispielsweise nicht fertigbringt, einen anderen Menschen zu töten, wird durch diese (psychologische) Tötungshemmung möglicherweise von anderen Handlungen nicht abgehalten.³¹³ Zwang kann aber auch – darüber hinausgehend und ungerichtet – in

³⁰⁷ Weitere Beispiele finden sich in großer Zahl: Wenn etwa ein Arbeitnehmer durch Zwang, zum Beispiel durch Androhung von negativen Konsequenzen, zur Unterzeichnung eines Aufhebungsvertrags gedrängt wurde, kann dies zur Anfechtung des Vertrags führen. Hier liegt ebenfalls die Vorstellung zugrunde, dass ein Zwang die freie Willensbildung vereitelt hat. Auch kann beispielsweise nach § 1314 BGB eine Ehe angefochten werden, wenn sie durch Drohung oder Zwang zustande gekommen ist. Das Gesetz geht davon aus, dass eine Eheschließung nur dann gültig ist, wenn beide Partner aus freiem Willen zustimmen.

³⁰⁸ *Feinberg* hat eine Klassifikation der Faktoren vorgeschlagen, die zur Einschränkung der Freiwilligkeit führen. Danach ist auf einer ersten Ebene zwischen Zwang und Irrtum zu unterscheiden. Zwang wiederum tritt in einer äußerlichen und innerlichen Form auf. Bei der äußerlichen Form wiederum ist zu differenzieren zwischen einer willensvermittelten (*vis compulsiva*) und einer nicht willensvermittelten (*vis absoluta*) Variante. Die willensvermittelte Form der *vis compulsiva* wiederum kann (als Zwang im engeren Sinne) eine personale Quelle haben oder auf nicht Personal zurechenbaren Umstände (die „Natur“) zurückgehen, s. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 28 ff.

³⁰⁹ Innere Hemmungen sind beispielsweise in die „2. Reihe-Rechtsprechung“ bei der Nötigung (s. zusammenfassend BVerfG NJW 2011, 3032) durch Straßenblockaden eingeflossen.

³¹⁰ Beispielsweise kann eine Person durch physische Gewalt oder deren Androhung dazu gebracht werden, eine Entscheidung zu treffen, die sie ohne den Zwang nicht getroffen hätte, s. Abschnitt B.IV.3.

³¹¹ Vgl. *Amelung*, GA 1999, 182 (195).

³¹² S. a. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 107.

³¹³ Ob eine Zwangslage vorliegt, wird deshalb auch davon bestimmt, welches Gut bedroht ist; eine Bagatelle bringt nicht so schnell in Bedrängnis wie eine Gefahr für Leib und Leben. Zugleich lässt selbst eine tödliche Gefahr nicht zwangsläufig unfrei werden.

einem weiteren Sinne die Entscheidungsfreiheit insgesamt aufheben. Dazu bedarf es einer Zwangswirkung, die nicht an bestimmte Verhaltensoptionen gekoppelt ist.

2. Formen des Zwangs

a. vis absoluta

„vis absoluta“ ist eine (von außen kommende) unmittelbare körperliche Einwirkung auf eine Person, bei der die Willensbildung oder die Willensbetätigung vollständig unterdrückt wird.³¹⁴ Der*die Betroffene ist hier einem „absolut“ wirkenden körperlichen Zwang ausgesetzt³¹⁵, der die Möglichkeit eines Willensakts – zum Beispiel durch Betäuben, Niederschlagen oder Festhalten – gänzlich aufhebt.³¹⁶ Zwang in Form von „vis absoluta“ belässt demnach keine Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Entscheidungsalternativen und damit keinen Freiraum, in dem sich Selbstbestimmung entfalten kann. Unfreiheit wird hier im stärksten Sinne dieses Wortes impliziert.³¹⁷

b. vis compulsiva

Eine „vis compulsiva“³¹⁸ hingegen macht die Willensentschließung oder -betätigung nicht unmöglich, sondern ist auf eine Beugung des Willens gerichtet.³¹⁹ Hier wird die betroffene Person einem psychischen Druck ausgesetzt und dadurch gelenkt, dass für sie Entscheidungsoptionen unattraktiv werden und sie sich zu einer „eigentlich“ ungewollten Entscheidung gezwungen sieht.³²⁰

Vis compulsiva tritt in unterschiedlichen Formen auf. Eine davon ist die Drohung als das (bewusste) Inaussichtstellen eines künftigen Übels, auf das die drohende Person Einfluss hat oder zu haben vorgibt.³²¹ Während eine Täuschung verdeckt und indirekt auf den Willensbildungsprozess einwirkt, greift die Drohung unmittelbar in die Entscheidungsfreiheit ein, indem sie die Willensbildung unter den Einfluss eines äußeren Zwangs stellt. Die betroffene Person wird dadurch in ihrer Freiheit beschränkt, weil sie befürchtet, dass die Verweigerung des abverlangten Verhaltens zum Eintritt des

³¹⁴ Vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 68; *Altwater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 47; *Sinn*, in: MüKo/StGB, § 240 Rn. 29.

³¹⁵ Die „absolute“ Gewalt in Form einer „vis absoluta“ wird auch als „willensbrechende“ oder „überwältigende“ Gewalt bezeichnet, s. etwa *Eidam* in *Matt/Renzikowski StGB* § 240 Rn. 26; s. auch *Wittig* in *BeckOK StGB* § 253 Rn. 2.

³¹⁶ *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, § 123 Rn. 111.

³¹⁷ S. a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 70.

³¹⁸ Wörtlich übersetzen lässt sich der lateinische Begriff „vis compulsiva“ mit „zwingender Gewalt“, die auch als „nötigende Gewalt“ bezeichnet wird.

³¹⁹ *Sinn*, in: MüKo/StGB, § 240 Rn. 29; *Toepel*, in: NK/StGB, § 240 Rn. 47; *Altwater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 10.

³²⁰ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 70; *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, § 123 Rn. 111;

³²¹ S. a. Abschnitt B.IV.3.

angedrohten Übels führt. Die Willensbeeinflussung folgt hier aus der Angst vor den Konsequenzen, die von der Drohung in Aussicht gestellt wird. Die bedrohte Person ist sich bewusst, dass sie sich eigentlich nicht in der abverlangten Weise verhalten möchte, fühlt sich aber aufgrund der angedrohten Negativfolgen dazu gezwungen. Damit schränkt eine Drohung die Entscheidungsfreiheit direkt und für diesen spürbar ein.

Wer droht, macht sich dabei eine Wertrelation (etwa die zwischen Geld und Leben) zunutze. Er spekuliert darauf, dass die bedrohte Person den für sie geringeren Wert (hier das Geld) opfert, um den für sie höheren (hier das Leben) zu bewahren.³²² Eine Drohung wirkt damit – wie *vis compulsiva* sonst auch – durch Einwirkung auf den Willen, genauer: durch Einwirkung auf die Handlungsziele. In der idealtypischen Zwangssituation droht die eine Person (P1) dabei einer anderen Person (P2) in Bezug auf ein bestimmtes Verhalten glaubhaft eine negative Konsequenz an. Hier kann P1 über die Realisierungsbedingungen der Wünsche von P2 so bestimmen, dass es für P2 gemäß ihren Präferenzen attraktiv wird, ihre anfänglichen Handlungsziele durch andere zu ersetzen. Konkretisierungen dazu sind Gegenstand der juristischen Diskussion.³²³ Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Frage, wie erheblich bzw. intensiv eine Einflussnahme zu sein hat, damit es zu einer rechtlich relevanten Verkürzung der Entscheidungsoptionen kommt.³²⁴

Bei allen Formen der *vis compulsiva* wird auf die davon betroffene Person Druck („Zwangsdruck“)³²⁵ ausgeübt. Dadurch kommt es für einzelne Handlungsoptionen zu einer solchen Verschlechterung des Saldos der Vor- und Nachteile, dass die fragliche Option für die betroffene Person ausscheidet. Manipuliert werden die Kosten für eine gewollte Zielerreichung, indem der Abwägungsvorgang beeinflusst wird, aus dem eine Entscheidung hervorgeht. Verändert wird das Für und Wider der verfügbaren Verhaltensoptionen, die Entscheidung aber bei dem*der Adressat*in des Zwangsdrucks belassen.³²⁶

Dabei wird der Umstand ausgenutzt, dass Ziele bzw. Werte nur dann „frei“ verfolgt werden, wenn die Gewissheit herrscht, dass dies nicht zu einer Gefährdung von Werten führt, die erhalten bleiben sollen.³²⁷ Im Hintergrund steht, dass Werte bzw. Ziele nicht beziehungslos nebeneinanderstehen, sondern Verbindungen zueinander unterhalten. Sie sind – in einem Wertgefüge bzw. Präferenzsystem³²⁸ – miteinander verknüpft und werden auch unterschiedlich gewichtet.³²⁹

³²² *Amelung*, GA 1999, 182 (196).

³²³ Vgl. *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, § 123 Rn. 113. Bspw. ist die Grenze zwischen einer Drohung und einer bloßen Warnung häufig schwer zu ziehen, siehe *Altvater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 80 ff.

³²⁴ S. dazu a. Abschnitt C.VI.3; *Armbrüster*, in: MüKo/BGB, § 123 Rn. 113.

³²⁵ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 139.

³²⁶ *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 236.

³²⁷ *Amelung*, GA 1999, 182 (188 f.).

³²⁸ S. a. Abschnitt C.IV.3.

³²⁹ Vgl. *Amelung*, GA 1999, 182 (188).

Verknüpfungen bestehen insbesondere zwischen Gütern, von denen einzelne in der Regel zugunsten von anderen eingesetzt werden müssen. Geopfert wird ein Gegenstand von Wert in aller Regel nur, wenn dadurch etwas von größerem Wert erlangt oder verwirklicht wird, wobei es auf die subjektive Sicht der handelnden Person ankommt. Werte werden also nur um anderer Werte willen aufs Spiel gesetzt, d. h. eingetauscht.³³⁰

Dass jedes Individuum also Werte verfolgt, die in einem (hierarchischen) Zusammenhang stehen, nutzt der Zwang beim Einsatz von vis compulsiva aus. Vor die Alternative „Geld oder Leben“ gestellt entscheiden sich zum Beispiel die meisten in Orientierung an ihrem Wertsystem für das Leben und gegen das Geld. Da hier eine Relation zwischen den Werten des Individuums zur Beeinflussung seines Handelns genutzt wird, kann man von relativem Zwang sprechen.³³¹ Vis compulsiva äußert sich also nicht in der unmittelbaren Verursachung körperlicher Bewegungen oder der äußeren Ausschaltung alternativer Verhaltensmöglichkeiten der betroffenen Person. Vielmehr verändert sich hier die Attraktivität der Handlungsoptionen, indem die Folgen verändert werden, die alternatives Verhalten für die betroffene Person nach sich zieht.³³² Zwang führt dazu, dass zur Auflösung der Konfliktlage ein Gut eingesetzt wird, das ohne Zwang nicht aufgeopfert würde.³³³

3. Abgrenzungen des Zwangs

a. Zurechenbarkeit

Schützen kann und will die Rechtsordnung von vornherein nur vor Zwangswirkungen, die Menschen zurechenbar sind. Zum Beispiel geht die Dogmatik des § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB davon aus, dass die Restriktion der wählbaren Handlungsoptionen des*der Bedrohten einer drohenden Person zurechenbar sein muss.³³⁴

b. Beeinflussungen und Druck

Beeinflussungen sind nicht mit Zwang gleichzusetzen, denn nicht jede Einflussnahme entfaltet die beschriebene Zwangswirkung.³³⁵ Klärt zum Beispiel eine Ärztin ihren Patienten über Behandlungsoptionen auf und bewirbt sie eine davon besonders intensiv, so erzeugt dies keine

³³⁰ Amelung, GA 1999, 182 (188 f.).

³³¹ Amelung, GA 1999, 182 (195).

³³² Bei einer Drohung beispielsweise wird Druck über ein subjektiv wertvolles Gut ausgeübt, sodass es zu einer Bilanzverschlechterung kommt. Der Drohende macht sich dabei die individuelle Wertehierarchie des Bedrohten und damit die Gesamtbilanz der Werte zunutze.

³³³ Rönnau, Willensmängel, S. 205 f. sowie 36 f.

³³⁴ Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 247.

³³⁵ Auch ein inneres Verpflichtungsgefühl kann Folge von äußeren Einflüssen sein.

Zwangswirkung, die zum Ausschluss der Freiwilligkeit führt.³³⁶ Denn ein Angebot kann zwar beeinflussen, eröffnet aber stets zusätzliche Handlungsmöglichkeiten, ohne die bereits zur Verfügung stehenden Optionen zu verkürzen.³³⁷ Generell wird Entscheidungsverhalten von außen nicht nur durch Zwang, sondern beispielsweise auch durch Belohnungen beeinflusst. Dabei kann ein Einflussfaktor ohne Weiteres in freiwilligem Rahmen wirksam werden, beispielsweise wird häufig die bewusste Entscheidung getroffen, einen Rat anzunehmen.

Eine Ausübung von Druck bedeutet ebenfalls nicht per se rechtlich relevanter Zwang.³³⁸ Druck ist vielmehr ein wesentliches Element der Beeinflussung im Alltag, so beispielsweise in der Erziehung, im Geschäftsleben oder in der Politik.³³⁹ Zwar beinhalten Zwangssituationen grundsätzlich „Druck“, sodass zwar der Schluss von „Zwang“ auf „Druck“ zulässig ist, für den Umkehrschluss gilt dies aber nicht. Der Begriff Zwang zielt phänomenologisch auf etwas anderes als bloßen „Druck“³⁴⁰, zwischen beiden Begriffen besteht ein kategorialer Unterschied.

Ob eine Beeinflussung oder eine Druckausübung einen „Zwang“ bewirkt, hängt folglich von weiteren Faktoren ab. Als ein solcher wird die Intensität der Beeinflussung bzw. des ausgeübten Drucks diskutiert, wobei Einfluss- bzw. Wirkstärken auf einem Kontinuum abgebildet werden können.³⁴¹ Dabei gibt es für „Zwang“ als „erheblicher Bedrängnis“ schon begrifflich eine Erheblichkeitsschwelle. Wie aber die Intensität einer Einflussnahme oder eines Drucks zu bestimmen ist und wo die Schwelle zur Zwangsausübung liegt, gehört zu den umstrittensten Fragen in der Diskussion über den Freiwilligkeitsbegriff.³⁴²

Der Komplementäraspekt zur Wirkstärke der Beeinflussung ist die Fähigkeit des*der Beeinflussten, sich dem Einfluss bzw. Druck zu entziehen bzw. sich ihm entgegenzustellen. Diese Fähigkeit hängt zum einen von Tatsachen wie etwa der psychischen Widerstandskraft der betroffenen Person ab, bei der sich Menschen individuell unterscheiden.³⁴³ Zudem kommt es auf wertungsabhängige Faktoren wie etwa die Erwartungen an, die angesichts der gegebenen Umstände an den*der Adressat*in der

³³⁶ Jedenfalls wird davon so lange ausgegangen, wie der Arzt bzw. die Ärztin nicht in einer Art und Weise auf den*die Patienten*in einwirkt, die Auswahlmöglichkeiten verkürzt, vgl. *Gutmann*, in: Staudinger/BGB, § 630d Rn. 108.

³³⁷ *Gutmann*, in: Müller/Schaber (Hrsg.) *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, S. 211; *ders*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff* S. 149 ff.; *ders*, Staudinger/BGB, § 630d Rn. 108.

³³⁸ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 203 f.

³³⁹ *Altvater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 1.

³⁴⁰ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 114 f.

³⁴¹ Zwang ist folglich ein quantitativer, nicht nur klassifikatorischer Begriff.

³⁴² *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 139.

³⁴³ *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 235; s. a. Abschnitt C.IV.2. Zu den Grenzen der Widerstandsfähigkeit enthält das Gesetz Regelvermutungen, so etwa zur Zwangsprostitution in § 232a Abs. 1 StGB: „Ausnutzung ihrer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage oder ihrer Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist.“

Druckausübung gerichtet werden dürfen. Zwang scheidet aus, wenn von dieser Person zu verlangen ist, der Beeinflussung standzuhalten bzw. ihre Folgen mit anderen Mitteln abzuwenden.³⁴⁴

Im Kern geht es hier also um die Frage, was die Rechtsordnung dem Einzelnen an Standhaftigkeit zumutet, bevor die Berufung auf einen Zwang bzw. einen Mangel an Freiwilligkeit zugestanden wird.³⁴⁵ Dies wiederum ist auf Grundlage rechtlicher Bewertungen zu bestimmen,³⁴⁶ der normative Charakter des rechtlichen Zwangsbegriffs tritt hier also offen zutage. Im Übrigen sind auch die (nicht ableitbaren) Unterschiede bei der individuellen Beeinflussbarkeit nur mithilfe von Wertungen rechtlich handhabbar.³⁴⁷

Zu den normativen Kriterien bei der Beurteilung der Zumutbarkeit einer Druckausübung gehört zum Beispiel das Kriterium der Zulässigkeit einer Einflussnahme.³⁴⁸ Bei der Einwilligung etwa bedarf es nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur einer Drohung in Gestalt einer rechtswidrigen Nötigung i. S. d. § 240 Abs. 1 und 2 StGB und/oder einer widerrechtlichen Drohung i. S. d. § 123 Abs. 1 Alt. 2 BGB, damit eine Einwilligungserklärung wegen unzulässiger Druckausübung bzw. fehlender Freiwilligkeit unwirksam ist. Dabei soll es entscheidend darauf ankommen, ob die Drohung in einer Weise in die geschützten Rechtspositionen des*der Betroffenen eingreift, die nicht mehr von der Rechtsordnung gebilligt wird, also rechtlich unzulässig ist. Hierbei spielt insbesondere eine Rolle, ob die Drohung sich bei Prüfung der Zweck-Mittel-Relation nach § 240 Abs. 2 StGB als verwerflich erweist oder nicht.³⁴⁹ Auch an anderer Stelle spielt die Zuordnung subjektiver Rechte und deren rechtmäßige Ausübung eine Rolle.³⁵⁰ Die Freiheit des*der Adressaten*in einer Einflussnahme ist also nicht ohne Blick auf die Freiheit des*der Beeinflussenden zu bestimmen.³⁵¹

Auf einen anderen Aspekt stellt die sogenannte normative Zwei-Komponenten-Theorie³⁵² ab, indem sie Zwang bei der *vis compulsiva* davon abhängig macht, ob der*die Adressat*in der

³⁴⁴ Das Tatbestandsmerkmal der Empfindlichkeit des Übels bei der Nötigung i. S. d. § 240 StGB etwa macht die Strafwürdigkeit der Ausübung von Druck von einer Zumutbarkeitsprüfung abhängig, die mehr leistet, als nur ungewöhnliche Reaktionen Überängstlicher aus dem Tatbestand herauszufiltern, s. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 271 f.

³⁴⁵ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 144.

³⁴⁶ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 144.

³⁴⁷ Vgl. a. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 271 f.

³⁴⁸ S. etwa BVerfG, *Beschl. vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09*, BVerfGE 128, 282 (301) = NJW 2011, 2113 (2114) für die Einwilligung in medizinische Maßnahmen; BVerfG, *Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15*, NJW 2020, 905 (911).

³⁴⁹ Vgl. zu diesem Abschnitt *Amelung* NStZ 2006, 317 (319); *ders*, *Staudinger/BGB*, 13. Aufl. 2021, § 630d, Rn. 109 f.; *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 329; *Rönnau*, in: *LK/StGB*, Vor. § 32 Rn. 107.

³⁵⁰ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 203 f.

³⁵¹ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 149.

³⁵² Nach diesem Modell hängt von mehreren Voraussetzungen ab, ob eine Person (P1) eine andere Person (P2) in normativ relevantem Sinn zu etwas zwingt. Zum einen muss das Ansinnen von P1 eine Wahlsituation für P2 schaffen, in der diese keine vernünftige Alternative dazu hat, das Verlangte zu tun. Zudem muss es unrecht sein, dass P1 dieses Ansinnen an P2 richtet, s. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 203 f.

Zwangsausübung keine „vernünftige“ Alternative mehr dazu hat, das von ihm*ihr Verlangte zu tun. Auch diese Frage ist nur wertend zu beantworten.³⁵³ Denn hier geht es nicht nur um die rational wählbaren Optionen³⁵⁴, sondern auch um die Frage, welche normativen Verhaltenserwartungen in der konkreten Situation an den*die Adressaten*in der Zwangsausübung gestellt werden dürfen.³⁵⁵ Ob der Widerstand gegen eine Beeinflussung als eine „vernünftige“ Handlungsalternative gelten muss, ist nicht allein in Orientierung an der psychischen Realität des*der Betroffenen zu bestimmen. Auf der normativen Ebene bleiben die Bewertungen auch, wenn für die Zuschreibung von Zwang statt nach einer „vernünftigen“ nach einer „zumutbaren“ oder „akzeptablen“ Handlungsalternative gefragt wird. „Vernünftig“, „zumutbar“ oder „akzeptabel“ sind jeweils präskriptive Begriffe, über die der Begriff des Zwangs und damit der Freiwilligkeit – unter Bezug auf die Regeln und Prinzipien der Rechtsordnung – normativ bestimmt wird.³⁵⁶

Auch in anderer Hinsicht spielen rechtliche Zuweisungen eine Rolle: Wer sich nicht auf eine geschützte Rechtsposition berufen kann, wird nicht mit dem Einwand gehört, er werde in rechtlich relevanter Form gezwungen.³⁵⁷ Der Rechtsbegriff des Zwangs ist damit akzessorisch zu den rechtlich garantierten Positionen der Betroffenen.³⁵⁸ Überdies spielt eine Rolle, ob die Rechtsordnung der unter Druck stehenden Person angemessene und ausreichende Mittel zur Verfügung stellt, sich dem Einfluss entgegenzustellen bzw. zu wehren.³⁵⁹ Auch deshalb variieren die „Zumutungen“, denen standzuhalten ist und die von erheblichen Anforderungen wie im Nötigungsnotstand bis zur annähernden Bedeutungslosigkeit von Verhaltenserwartungen reichen.³⁶⁰ Im Ganzen besehen ist also normativ zu bestimmen, welche Verhaltenserwartungen in der konkreten Situation an eine Person gestellt werden dürfen, die unter Druck steht.³⁶¹

Auch darin zeigt sich, dass ein einheitlicher Ansatz zur Operationalisierung von Zwang fehlt und sich dieses Phänomen nicht mit deskriptiven Mitteln allein adäquat erfassen lässt.³⁶² Im juristischen

³⁵³ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 138, 144.

³⁵⁴ Im Hinblick darauf wird die bedrohte Person als ein homo oeconomicus mit dem Ziel angesehen, ihre subjektiv-individuellen Präferenzen zu verwirklichen.

³⁵⁵ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 138.

³⁵⁶ S. a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 271 f.

³⁵⁷ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 329 f.

³⁵⁸ Dies gelte bei § 123 BGB und § 240 StGB gleichermaßen.

³⁵⁹ Vgl. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 147.

³⁶⁰ Im Bereich der Willenserklärungen etwa vermögen grundsätzlich auch Zwangslagen die Rechtsfolge des § 123 BGB auszulösen, die durch die (widerrechtliche) Drohung mit objektiv geringfügigen Übeln erzeugt wurden, *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 144.

³⁶¹ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 203 f.

³⁶² *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 144.

Kontext ist Zwang vielmehr ein wertungsabhängiger Rechtsbegriff bzw. ein normatives Konzept³⁶³, das nur sinnvoll mit Blick auf die Freiheitsrechte und rechtlich legitimen Erwartungen der Betroffenen bestimmt werden kann.³⁶⁴ Die Grenzen des Zwangs – und damit der Freiwilligkeit – werden normativ in Orientierung an der Frage bestimmt, was Menschen im sozialen Leben abzuverlangen ist.³⁶⁵ Die betroffene Person hat zu leisten, was von jedem erwartet wird.

Dabei ist Zwang dadurch gekennzeichnet, dass eine Person auf ungerechte bzw. unrechtmäßige Weise in eine Situation gebracht wurde, in der sie ein inakzeptables Opfer zu erbringen hätte, um nicht tun zu müssen, was von ihr verlangt wird. Das Opfer kann sich dann auf die Unfreiwilligkeit des Handelns berufen, das unter diesen Umständen gewählt wurde. Dieser Umstand resultiert nicht aus dem Vorhandensein von psychologischem Druck als solchem, sondern aus weiteren, normativ geprägten Umständen.³⁶⁶

c. Gewolltes unter Zwang

Das Beispiel der „vis compulsiva“ veranschaulicht zugleich, dass Zwang oder Freiwilligkeit nicht mit einer Wahlmöglichkeit stehen und fallen. Denn anders als bei der „vis absoluta“, die eine Auswahlentscheidung gänzlich vereitelt³⁶⁷, verbleibt bei der „vis compulsiva“ rein objektiv eine Auswahlmöglichkeit. Hier wird – über eine „willensbeugende“ Beeinflussung – der Wille des*der Betroffenen (lediglich) in eine bestimmte Richtung gelenkt. Es bleibt aber die Möglichkeit, unterschiedliche Entscheidungen zu treffen. Eine Handlungsoption wird hier nicht absolut (wie bei der „vis absoluta“), sondern relativ – im Verhältnis zum individuellen Präferenzsystem – verkürzt.

Wenn sich eine bedrohte Person beispielsweise der Drohung fügt, sieht sie diese Entscheidung nur im Hinblick auf die handlungswirksamen Präferenzen, nicht aber im Hinblick auf die Handlungsziele als „die ihre“ an. Die Entscheidung erreicht hier deshalb nicht die Qualität einer freiwilligen Disposition, weil der bisherigen „Organisationsplanung“ des Opfers, d. h. seiner Vorstellung vom Freiheitsgebrauch, mit der Drohung die kognitive Grundlage entzogen wird.³⁶⁸ Die Drohung zwingt das Opfer, sich um das bedrohte Gut zu kümmern, statt selbstgesetzte Ziele ohne Rücksicht auf die

³⁶³ S. a. *Amelung*, GA 1999, 182 (191). Schon, weil sich individuelle Freiheit zum Beispiel nicht umfassend vor der Bedrohung mit einem „empfindlichen“ Übel bewahren lässt, muss normativ eine Grenze gezogen werden. Bei der Nötigung nach § 240 StGB etwa sind nur „rechtswidrig[e]“ Drohungen tatbestandlich relevant, wobei sich die Rechtswidrigkeit sowohl aus dem Mittel als auch aus dem angestrebten Zweck ergeben kann.

³⁶⁴ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 203 f.

³⁶⁵ Dabei spielt zum Beispiel eine Rolle, dass die Freiheit des Opfers von Zwang nicht ohne Blick auf die Freiheit des ‚Zwingenden‘ als Rechtsgut zu bestimmen ist, s. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 203 f.

³⁶⁶ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 114 f.

³⁶⁷ S. a. Abschnitt C.VI.2.a. Die vis absoluta wird auch als physisch wirkender Zwang, die vis compulsiva als psychischer Zwang beschrieben.

³⁶⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 203.

Bewahrung rechtlich garantierter Güter verfolgen zu können.³⁶⁹ Darin sieht die Rechtsordnung eine Zwangslage, wie etwa § 124 Abs. 2 S. 1 BGB („die Zwangslage“) zeigt.

Das wesentliche Moment des Zwangs liegt bei der *vis compulsiva* darin, dass das Opfer seine konkreten Handlungsziele verändern muss, weil die von ihm eigentlich präferierte Option durch die Bedrängnis unattraktiv geworden ist. Handlungsmöglichkeiten werden also durch das Verändern ihrer Konsequenzen beschränkt. Zugleich entscheidet das Opfer über die Handlungsziele in der konkreten Situation immer noch frei in dem Sinne, dass es sich insoweit nach seinen eigenen Präferenzen richten kann.³⁷⁰ Das Opfer trifft – unter Druck – eine Entscheidung zwischen (ungewollten) Handlungsalternativen.³⁷¹ Dabei bedauert die betroffene Person, diese Entscheidung wegen der Umstände treffen zu müssen, hadert aber nicht unbedingt damit, die Entscheidung unter den gegebenen Umständen getroffen zu haben. Eine Person unter Zwang muss nicht das Ergebnis ihres Tuns ablehnen, vielmehr genügt das Fehlen der Zustimmung zu den Umständen, die sie zu ihrer Handlung bewegen.³⁷²

Dies bestätigt die bereits getroffene Feststellung, dass die Bedingungen der Freiwilligkeit erst dann virulent werden, wenn eine (faktische) Wahlmöglichkeit besteht (s. Abschnitt C.I.1.). Dabei wird bei der *vis compulsiva* aus Sicht des*der Betroffenen durch eine äußere Einwirkung (z. B. durch eine Drohung) ein solches Ungleichgewicht zwischen den Entscheidungsoptionen hergestellt, dass sich deshalb die Frage stellt, inwieweit auf dieser Grundlage noch von einer „freiwilligen“ Entscheidung gesprochen werden kann (s. dazu Abschnitt C.VI.3.b.).

Damit zeigt sich auch hier, dass Entscheidungsfreiheit nicht schon mit dem Bestehen einer Wahlmöglichkeit als gesichert gelten kann. Keinesfalls verbürgt das Bestehen einer Auswahlmöglichkeit, dass eine freie Auswahl getroffen wurde, vielmehr geht das Anforderungsprofil der Selbstbestimmung darüber hinaus. Eine faktische Wahlmöglichkeit schließt Unfreiwilligkeit offensichtlich schon deshalb nicht aus, weil nicht jeder Entscheidung das Attribut der „Freiwilligkeit“ im Rechtssinne zugeschrieben wird. Vielmehr gibt es auch Konstellationen, in denen die Rechtsordnung von der Unfreiwilligkeit eines Verhaltens ausgeht, obwohl sich die handelnde Person (faktisch) hätte anders verhalten können. Unfreiwillig im Rechtssinne kann also auch ein Tun oder Unterlassen sein, zu dem es faktisch eine Alternative gab. Was eine Person entschieden hat, muss sie nicht freiwillig entschieden haben. In diesem Sinne ist zwischen selbstgewählt und freigewählt – sowie bei den Auswirkungen des Zwangs zwischen tatsächlicher und rechtlicher Unmöglichkeit – zu

³⁶⁹ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 201 ff.

³⁷⁰ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 70 ff.

³⁷¹ Für die ausgewählte Handlungsoption gilt, wie schon Aristoteles hervorgehoben hat: „Im Augenblick, in dem sie ausgeführt [wird], entscheidet man sich für sie.“, s. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 70 ff.

³⁷² S. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 79.

unterscheiden.³⁷³ Auch wenn faktisch Verhaltensalternativen bestehen, kann ein Verhalten im Rechtssinne „unfreiwillig“ sein.³⁷⁴

Dass die Rechtsordnung unter bestimmten Voraussetzungen bei einer vis compulsiva interveniert, bringt zugleich ihre Haltung gegenüber dem Paradoxon des unter Zwang Gewollten („coactus volui“³⁷⁵) zum Ausdruck: Eine Wahlmöglichkeit schließt Zwang und Unfreiwilligkeit nicht aus. Umgekehrt bedeutet Zwang aber nicht, dass eine dadurch bewirkte Entscheidung als unfreiwillig zu gelten hat, vielmehr kann auch eine Entscheidung unter Zwang freiwillig getroffen werden (so etwa eine Entscheidung, die aus einer naturbedingten Zwangslage hervorgeht).³⁷⁶

Teilweise heißt es sogar, dass jede Handlung – auch wenn der Handelnde sie unter Zwang „gegen seinen Willen“ vollzieht – notwendigerweise freiwillig sei. Diese Vorstellung beruht allerdings auf einer „motivationstheoretischen Tautologie“³⁷⁷. Denn Verhalten im Rechtssinne ist immer auf einen als „Wille“ bezeichneten Sachverhalt zurückzuführen, der zum Beispiel Gründe oder Intentionen einbezieht (s. a. Abschnitt D.II). In diesem Sinn tun wir immer, was wir wollen, da wir nur dann etwas tun, wenn wir es wollen.³⁷⁸ Darauf beschränkt die Rechtsordnung aber das Willenselement der Freiwilligkeit nicht, schon weil situationsunabhängige Willensanteile – wie etwa die „eigentlichen“ Wünsche – sonst rechtlich von vornherein bedeutungslos wären. Dies aber widerspräche offenkundig dem Schutz der Selbstbestimmung, den die Rechtsordnung vermitteln möchte. Nicht zuletzt ist „Wille“ mehr als der Willensimpuls, der ein Verhalten unmittelbar auslöst, indem er zum Beispiel Aspekte wie Wünsche, Präferenzen oder (Langzeit-)Ziele einbezieht.³⁷⁹ Mit einem weiten Willensbegriff aber ist ohne weiteres vereinbar, dass Menschen freiwillig ein Verhalten an den Tag

³⁷³ Entsprechend ist bei den Zwangswirkungen zwischen faktischer Unmöglichkeit (durch z. B. Hemmungen) und rechtlicher Unmöglichkeit (durch rechtlich bedingte Einschränkungen) zu unterscheiden (vgl. a. § 275 Abs. 1 BGB).

³⁷⁴ Im Anwendungsbereich des § 24 StGB etwa ist die Grenze der Freiwilligkeit nicht die faktische Unmöglichkeit, sondern eine normativ bestimmte Unmöglichkeit, weil für die Unfreiwilligkeit ein beträchtlich erhöhtes eigenes Risiko genügt. Maßgeblich ist hier eine Verschlechterung des Saldos von Vor- und Nachteilen einer Handlungsoption, aber keine tatsächliche Unmöglichkeit. Im Gegenteil setzt Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch eine Wahlmöglichkeit voraus. Der*die Täter*in muss fortsetzen und sein*ihre Ziel erreichen können, die Möglichkeit der Tatvollendung – und ggf. der Erreichung des mit der Tatvollendung verfolgten Ziels – also bestehen, da anderenfalls ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, *Hoffmann-Holland* in MüKo StGB § 24 Rn. 109 ff.

³⁷⁵ „Gezwungen habe ich gewollt“ oder „ich habe gewollt, weil ich gezwungen wurde“. Gemeint ist eine Option, der jemand unter Zwang zustimmt, für die er sich außerhalb der Zwangssituation hingegen nicht entschieden hätte.

³⁷⁶ *Amelung*, GA 1999, 182 (194).

³⁷⁷ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 61 ff.

³⁷⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 61 ff. – Auch die Todesangst unter dem Eindruck einer vorgehaltenen Waffe ist ein eigenes Handlungsmotiv wie jedes andere, s. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 61 ff.

³⁷⁹ S. dazu a. Abschnitt C.IV.3.

legen, das sie (eigentlich) nicht wollen.³⁸⁰ Auch unter Zwang können wir – etwa im Widerstreit mit eigenen Wünschen – Wertentscheidungen treffen und Normen folgen. Eine Beschränktheit von Optionen als solche hat also nichts mit der Frage der Freiwilligkeit zu tun.³⁸¹

4. Schutz in Zwangslagen

Der Begriff „Zwangslage“ bezieht sich in der deutschen Rechtsordnung auf Situationen, in denen eine Person sich in einer außergewöhnlichen und drängenden Notlage befindet, die sie dazu veranlasst, Handlungen vorzunehmen, die sie unter normalen Umständen möglicherweise nicht durchführen würde.³⁸² Der Begriff wird insbesondere in verschiedenen Bereichen des Straf- und Zivilrechts verwendet, beispielsweise bei der Wucherbestimmung gemäß § 138 Abs. 2 BGB oder bei Straftatbeständen, die sich (wie zum Beispiel die §§ 232, 232a oder 291 StGB) auf die Ausbeutung einer Zwangslage beziehen.³⁸³ Stets ist in einer Zwangslage die Freiheit durch natürlichen Zwang³⁸⁴ oder menschliches Verhalten bedroht bzw. bereits aktuell eingeschränkt.³⁸⁵

Einen Schutz vor Zwangslagen vermittelt die Rechtsordnung von vornherein nur gegenüber menschlichem Verhalten: Denn Normen können sich nur an Menschen richten.³⁸⁶ Deshalb ist Freiheit, die durch eine Norm geschützt wird, nur Freiheit vor sozialen Zwängen. Zwänge aus der Natur hingegen spielen bei diesem Freiheitsbegriff grundsätzlich keine Rolle³⁸⁷; denn vor einer naturbedingten Zwangslage kann das Recht einen Menschen nicht bewahren.³⁸⁸

Anders liegen die Dinge im Hinblick auf den Schutz in Zwangslagen: Hier vermag das Recht dafür zu sorgen, dass die ohnehin problematische Entscheidungssituation nicht zusätzlich noch durch soziale Zwänge verzerrt wird. Auch kommt in Betracht, eine Entscheidung noch als „autonom“ zu akzeptieren, wenn wenigstens solche sozialen Zwänge fehlen. Dies garantiert der Person, die entscheidet, den größtmöglichen Spielraum für die Verwirklichung dessen, was sie in ihrer Lage als

³⁸⁰ Alle Entscheidungen operieren in einem Raum von Alternativen, der durch die kontingenten Kosten der verschiedenen Handlungsmöglichkeiten beschränkt ist, s. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 61 ff.

³⁸¹ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 61 ff.

³⁸² S. a. Abschnitt B.IV.6. Der Begriff „erhebliche Bedrängnis“ wird in der Rechtsprechung oft synonym zu „Zwangslage“ verwendet. Insbesondere führt eine solche Situation zu einem massiven Druck, eine bestimmte Handlung vorzunehmen (z. B. den Abschluss eines Vertrages), s. beispielsweise zur Sittenwidrigkeit eines vereinbarten Honorars: BGH Urt. v. 10.11.2016 – IX ZR 119/14. Rn. 15 bei juris.

³⁸³ Welche Sachverhalte konkret vom Begriff der „Zwangslage“ umfasst sein sollen, kann je nach Delikt unterschiedlich zu beurteilen sein, vgl. *Kudlich*, in: LK/StGB, § 232 Rn. 10.

³⁸⁴ Zum Beispiel durch Krankheit oder Umweltkatastrophen.

³⁸⁵ *Rönnau*, Willensmängel, S. 448 ff.

³⁸⁶ S. a. Abschnitt C.VI.3.a.

³⁸⁷ *Amelung*, GA 1999, 182 (185 f.)

³⁸⁸ *Amelung*, GA 1999, 182 (194).

nützlich erachtet.³⁸⁹ Die Ausnutzung von – auch naturbedingten – Zwangslagen durch Menschen ist damit ein geeigneter Regelungsgegenstand.³⁹⁰ Deshalb schützt die Rechtsordnung Menschen als Träger der Selbstbestimmungsfreiheit nicht nur davor, dass sie von anderen Menschen in eine Zwangslage gebracht werden, sondern auch davor, dass sie in einer solchen Lage ausgenutzt bzw. ausgebeutet werden.

So ist nach § 138 Abs. 2 BGB beispielsweise ein Rechtsgeschäft sittenwidrig und damit nichtig (vgl. § 138 Abs. 1 BGB), wenn jemand sich oder einem Dritten „unter Ausbeutung der Zwangslage ... für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen“.³⁹¹ Die Ausbeutung einer Zwangslage für das Versprechen von auffallend unproportionalen Vermögensvorteilen steht auch im Zentrum des „Wucher“-Tatbestands nach § 291 StGB. Hier findet der*die Täter*in das Opfer ebenfalls in einer Zwangslage vor und nutzt diese aus, um ein Angebot zu machen, das regelmäßig schlecht und den langfristigen Interessen des Opfers abträglich ist.³⁹² Die Zwangslage in den Tatbeständen des Menschenhandels und der Zwangsprostitution (§§ 232, 232a StGB) ist noch weiter zu verstehen und erfasst neben der wirtschaftlichen Not auch die persönliche Bedrängnis.³⁹³ Bestraft wird überdies zum Beispiel die Ausnutzung einer Zwangslage unter den Voraussetzungen des § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB („Verführung Minderjähriger“).³⁹⁴

Soweit der Gesetzgeber in Zwangslagen Schutz gewährt, untersagt er jeweils Dritten, für ein Hilfsangebot eine bestimmte Gegenleistung zu fordern. Geschieht dies doch, dann wird die bedrängte Person in der Zwangslage „ausgebeutet“ bzw. „ausgenutzt“³⁹⁵, weil ihr Hilfe unter der Bedingung angeboten wird, dass sie einem unangemessenen Gutseingriff zustimmt, um der Zwangslage zu entgehen.³⁹⁶ Das Ausbeuten in einer Zwangslage ist damit ein Verhalten, mit dem jemand aus der – nicht von ihm selbst zu verantwortenden – objektiven Notlage einer anderen Person unfairen Profit schlägt.³⁹⁷

³⁸⁹ *Amelung*, GA 1999, 182 (194).

³⁹⁰ *Amelung*, GA 1999, 182, (186).

³⁹¹ Eine Zwangslage im Sinne dieser Norm wird typischerweise als eine wirtschaftliche Notlage verstanden. Aber auch persönliche, soziale oder sonstige Situationen, die den Handlungsspielraum erheblich einschränken, können darunterfallen, vgl. *Armbrüster* in MüKo StGB § 138 Rn. 276.

³⁹² *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 304 ff.

³⁹³ *Renzikowski*, in: MüKo/StGB, § 232 Rn. 39; *Kudlich*, in: LK/StGB, § 232 Rn. 10.

³⁹⁴ Verboten ist zum Beispiel auch die Ausnutzung des Umstandes, dass jemand in eine (beliebige) Rechtsgutsverletzung einwilligt, der einwilligungsfähig ist, s. *Amelung*, GA 1999, 182 (202).

³⁹⁵ Wenn im Folgenden nur von „Ausbeutung“ oder „ausbeuten“ die Rede ist, bezieht dies – bei Fehlen zusätzlicher Hinweise – das Ausnutzen in Zwangslagen mit ein.

³⁹⁶ *Rönnau*, *Willensmängel*, S. 448 ff.

³⁹⁷ *Gutmann*, in: *Staudinger*, 13. Aufl. 2021, § 630d Rn. 108.

Dabei sind Zwangslagen so von einer Bedrängnis bestimmt, dass davon Betroffene besonders anfällig für eine Beeinflussung bzw. eine Einwirkung durch Dritte und damit besonders gefährdet sind.³⁹⁸ Weil der*die Betroffene der Bedrängnis entgehen möchte, vermag er*sie darauf abzielenden Optionen nur reduziert Widerstand entgegenzusetzen. In einer Zwangslage sind Werte eines Individuums besonders gefährdet, und um zu verhindern, dass die Gefährdung in einen Schaden mündet, bringt die bedrängte Person dem Ausbeuter der Zwangslage ein Opfer, das sie sonst nicht erbringen würde.³⁹⁹

Darin liegt eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit der bedrängten Person, die Opfer bringen muss, um den bedrohten Wert zu retten, worauf sich das gesetzliche Schutzanliegen bezieht. Der Gesetzgeber möchte weitere Beeinträchtigungen der Dispositionsfreiheit verhindern⁴⁰⁰ und die bedrängte Person davor bewahren, in die anzustellende Kosten-Nutzen-Erwägung bei ihrer Entscheidung rechtlich geschützte Werte (wie das Vermögen oder die sexuelle Selbstbestimmung) einzubringen, um sich aus der Zwangslage zu befreien. Deshalb werden zum Beispiel durch Straftatbestände spezielle Rechtsgüter davor geschützt, in einer Situation beschränkter Dispositionsfreiheit preisgegeben zu werden, so beispielsweise über die §§ 291 und 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB das Vermögen, die sexuelle Reifung und die sexuelle Selbstbestimmung.

Insoweit besteht ein „Tauschverbot“, mit dem das Strafrecht allerdings nicht an die bedrängte Person, sondern an Dritte herantritt.⁴⁰¹ Diesen wird verboten, den geschützten Wert als Preis für eine Hilfe bei der Befreiung aus der Zwangssituation zu fordern. Dabei verbietet das StGB zum Beispiel in den §§ 177 Abs. 2 und 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB die Forderung sexueller Gegenleistungen absolut, während es beim Wucher i. S. d. § 291 StGB (nur) untersagt, das Vermögen der bedrängten Person übermäßig zu schädigen.⁴⁰²

Darin ist kein Freiheitsdelikt zu sehen. Denn im Fall der hier betrachteten Ausbeutung wird die Freiheit der bedrängten Person nicht gemindert, sondern ihr eine neue Option durch ein – allerdings ausbeuterisches bzw. wucherisches Angebot – eröffnet. Eine Ausbeutung ist folglich mit freiwilligem Handeln auf der Seite der ausgebeuteten Person grundsätzlich kompatibel.⁴⁰³ Nicht die Ausbeutung,

³⁹⁸ *Renzikowski*, in: MüKo/StGB, § 232 Rn. 39; *Kudlich*, in: LK/StGB, § 232 Rn 10; *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 304 ff.

³⁹⁹ Rechtserheblich sind dabei – wie gezeigt – nicht nur soziale, sondern auch naturbedingte Zwänge. Denn anders als bei der Erzeugung einer Zwangslage kann deren Ausbeutung auch verboten werden, *Amelung*, GA 1999, 182 (200).

⁴⁰⁰ *Amelung*, GA 1999, 182 (186).

⁴⁰¹ *Rönnau*, Willensmängel, S. 450.

⁴⁰² *Amelung*, GA 1999, 182 (201).

⁴⁰³ Vgl. *Gutmann*, in: Müller/Schaber (Hrsg.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* 211 (217); *Zwolinski*, in: Müller/Schaber (Hrsg.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent* 153 (156 ff.); *Wertheimer*, *Exploitation*, S. 14; jeweils m. w. N.; *Gutmann*, in: *Staudinger/BGB*, § 630d Rn. 108; *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 304 ff.

sondern der Schutz davor muss in die Freiheit eingreifen. Denn in einer Notlage ist das ausbeutende und damit schlechte Angebot regelmäßig die relativ beste Handlungsalternative, was der bedrängten Person nahelegt, ein solches Angebot anzunehmen und sich ausbeuten zu lassen. Die bedrängte Person handelt dann im normativ relevanten Sinn freiwillig, durch einen ihr willkommenen Vorschlag wird sie nicht unter Zwang gesetzt.⁴⁰⁴

Bevorzugt eine Person in einer Zwangslage eine bestimmte Entscheidung, dann kann dies ohne Weiteres im Einklang mit den individuellen Präferenzen stehen. Denn eine Bedrängnis konfrontiert mit einem spezifischen, von der Situation geprägten Für und Wider. Verhalten in einer konkreten Zwangssituation beruht also auf anderen Kriterien als zwangsunabhängige Entscheidungen. Auch Präferenzen stehen unter dem Vorbehalt einer subjektiv hinnehmbaren Relation zwischen Vor- und Nachteilen, die sich durch zusätzliche Umstände – wie beispielsweise eine Bedrängnis – verschieben kann.

Will man aber eine Person vor Ausbeutung bewahren (wofür es gute Gründe gibt), muss man ihr die Option verwehren, die sie durch das ausbeuterische Angebot gewinnen würde, und ihre Handlungsfreiheit damit um eine von ihr präferierte Handlungsmöglichkeit vermindern.⁴⁰⁵ Mit dem Schutz vor einer Ausbeutung in Zwangslagen erzeugt der Gesetzgeber folglich auch für die bedrängte Person mittelbar eine Freiheitseinschränkung im Sinne eines „Tauschverbots“⁴⁰⁶, indem Güter nicht mehr in einer bestimmten Weise zur Befreiung aus der Zwangslage eingesetzt werden dürfen. Die Verbote der strafbaren Ausnutzung von Zwangslagen sind daher problembehaftet, weil sie der bedrängten Person eine Chance nehmen, sich aus der Zwangslage zu befreien. Sie schränken also ihre Freiheit ein.⁴⁰⁷

Dafür, dass die Freiheit im Umgang mit Zwangssituationen eingeschränkt wird, bedarf es gute Gründe, damit die Bevormundung der bedrängten Person aus Fürsorgegründen nicht zu einem unvermeidbaren Freiheitsverlust führt. Dies lässt plausibel erscheinen, dass der Gesetzgeber mit „Tauschverboten“ in Zwangslagen Zurückhaltung übt. Er beschränkt sie auf Fälle, in denen die Ausnutzung der Zwangssituation besonders „unanständig“ erscheint.⁴⁰⁸ Behindert wird nur der Einsatz besonders gewichtiger Güter für die Befreiung aus der Zwangslage. Solche Güter von besonderem Gewicht sind zum Beispiel in der sexuellen Reifung oder der sexuellen Selbstbestimmung zu sehen.⁴⁰⁹ Zudem bedarf es eines gewichtigen Legitimationsgrunds dafür, dass die Möglichkeiten zur Selbstbefreiung aus der Zwangslage eingeschränkt werden. Einen solchen Grund liefert eine beschränkte Dispositionsfähigkeit der bedrängten Person, wie zum Beispiel

⁴⁰⁴ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 305.

⁴⁰⁵ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 304 ff.

⁴⁰⁶ *Rönnau*, Willensmängel, S. 450.

⁴⁰⁷ Vgl. *Rönnau*, Willensmängel, S. 451.

⁴⁰⁸ *Rönnau*, Willensmängel, S. 451.

⁴⁰⁹ *Amelung*, GA 1999, 182 (202).

anhand von § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB deutlich wird. Hier zeigt sich, dass der Gesetzgeber den Dispositionen der in eine Zwangslage geratenen Minderjährigen misstraut.⁴¹⁰

VII. Zwischenfazit

Das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG geht von der grundsätzlichen Fähigkeit einer (erwachsenen) Person aus, Entscheidungen bewusst und eigenständig treffen zu können. Dabei wird ein „bedingter freier Wille“ postuliert, der zwar nie in vollkommener Weise frei von äußeren Einflüssen ist, aber die Freiheit belässt, Handlungen bewusst zu steuern. Menschliche Entscheidungen sind regelmäßig von (zum Beispiel gesellschaftlichen oder kulturellen) Faktoren beeinflusst und in diesem Sinne immer relational verfasst.⁴¹¹

Der Prozess der Selbstbestimmung fußt auf (weiteren) Ausgangsbedingungen, ohne die er nicht ablaufen kann. Insbesondere bedarf es alternativer Verhaltensmöglichkeiten, weil anderenfalls schon kein Raum für eine Entscheidung bzw. „Bestimmung“ ist. Selbstbestimmung kommt somit von vornherein nur in Betracht, wenn der*die Betroffene in der konkreten Situation „eine andere Wahl“, d. h. die Möglichkeit hatte, auch eine andere Entscheidung zu treffen.

Der Selbstbestimmungsprozess selbst lässt sich in die Bestandteile der (intrinsischen) Willensbildung und (extrinsischen) Willensbetätigung unterteilen, über die sich der Wille im Verhalten und damit in der Außenwelt manifestiert. Dabei kann bei der Willensbetätigung noch einmal zwischen der Willensäußerung und weiteren Manifestationen sowie deren Folgen unterschieden werden. Auf Grundlage eines Konzepts von Präferenzen führt ein Prozess der Selbstbestimmung zum Verhalten. Dabei fließt die Beurteilung des Nutzens und der Nachteile von Entscheidungsoptionen in die Präferenzen ein, die wiederum die Basis für die Wahl einer Option sind.⁴¹² Im Zentrum der Willensbildung steht ein (interner) Prozess der Reflexion und Identifikation mit eigenen Präferenzen wie Wünschen, Überzeugungen oder Selbstbildern.⁴¹³ Dabei lassen sich zwei aufeinander folgende Filterprozesse gegeneinander abgrenzen: Zunächst werden unter den abstrakt möglichen Handlungen die realisierbaren Handlungsoptionen bestimmt. Von diesen wird dann in einem zweiten Schritt eine ausgewählt, wobei hier die subjektiven Präferenzen ins Spiel kommen.⁴¹⁴ Stattfinden kann der Prozess der Willensbildung von vornherein nur, wenn eine Person eigene Präferenzen hat, die Einzelentscheidungen übergeordnet sind.⁴¹⁵ Auch muss die betroffene Person die entscheidungsrelevanten Sachverhalte verstehen und dazu in der Lage sein, die

⁴¹⁰ Amelung, GA 1999, 182 (202).

⁴¹¹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (910).

⁴¹² Pfister/Jungermann/Fischer, Die Psychologie der Entscheidung, S. 38 ff.

⁴¹³ Vgl. a. Valentiner, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 123 ff.

⁴¹⁴ Vgl. a. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 28 ff.

⁴¹⁵ S. a. Valentiner, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 123 ff.

verfügbaren Handlungsalternativen (insbesondere mit Blick auf Folgen und Risiken) im Lichte der Situation und des eigenen Wertesystems zu bewerten.

Die Rechtsordnung leuchtet den Prozess der Selbstbestimmung nicht im Einzelnen aus, sondern bezieht sich darauf nur im Rahmen ihrer Aufgabenerfüllung. Dabei befasst sie sich in einer Defizitorientierung vor allem mit Beeinträchtigungen wie Willensmängeln oder äußeren Freiheitsbeschränkungen, die sowohl die Willensbildung als auch die Willensbetätigung betreffen können. Der Prozess der Selbstbestimmung wird davor geschützt, von anderen bewusst verhindert oder manipuliert zu werden.⁴¹⁶

D. KERNMERKMALE DER FREIWILLIGKEIT IM RECHTSSINNE

I. Konkretisierungen auf Begriffsebene

Freiwilligkeit ist im Kontext des Rechts keine feststehende Kategorie, sondern bezeichnet als Rechtsbegriff Verschiedenes in sehr heterogenen Zusammenhängen.⁴¹⁷ Beim Rücktritt im Sinne von § 24 StGB beispielsweise heißt „freiwillig“ aus autonomen Motiven. Nach dem Verständnis des Zivilrechts hingegen werden Leistungen „freiwillig“ erbracht, wenn dazu keine Verpflichtung besteht, während es auf eine autonome Motivlage hier nicht ankommt.⁴¹⁸

Auch gibt es Variationen des Freiwilligkeitsbegriffs innerhalb identischer Regelungszusammenhänge. Bei der Patienteneinwilligung etwa⁴¹⁹ ist – in Abhängigkeit davon, ob es nur auf die Abwesenheit von Zwang oder zusätzlich auch von Fehlvorstellungen ankommen soll – von einer Freiwilligkeit im engeren Sinne und im weiteren Sinne die Rede. Zugleich reicht Freiwilligkeit auch in der extensiven Variante der Abwesenheit von Zwang und von Irrtümern allein nicht aus, um das Selbstbestimmungsrecht bei der Entscheidung über einen konkreten ärztlichen Eingriff auf Seite der Patient*innen zu gewährleisten. Dazu bedarf es vielmehr der Erfüllung weiterer Bedingungen wie etwa der (kognitiven) Befähigung, einen Willen bilden zu können. Auch für eine Einbeziehung dieser Voraussetzung ist der rechtliche Begriff der Freiwilligkeit offen. „Freiwilligkeit“ meint also nicht stets das Gleiche, vielmehr wird dieser Begriff sowohl auf unterschiedliche Voraussetzungen als auch verschiedene Kontexte und Konsequenzen bezogen.

Zugleich wird der (mehrdeutige) Begriff „Freiwilligkeit“ mit verschiedenen Kategorien – wie Wille, Freiheit, Selbstbestimmung oder (Frei-)Verantwortlichkeit – in Zusammenhang gebracht, wobei

⁴¹⁶ S. a. *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 123 ff.

⁴¹⁷ Vgl. a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 144.

⁴¹⁸ S. dazu etwa Abschnitt B.IV.

⁴¹⁹ S. dazu Abschnitt B.IV.4.

konkrete Abgrenzungen aber wegen des schillernden Charakters des Freiheitsbegriffes problematisch sind.⁴²⁰ So ist eine „freie“ Entscheidung nicht zwingend das Gleiche wie eine „freiwillige“ Entscheidung. Je nach Weite des Freiwilligkeitsbegriffs variiert vielmehr der Bereich, in dem sich die Freiheit einer Entscheidung mit ihrer Freiwilligkeit deckt, wie etwa das Beispiel der Einwilligung in ärztliche Heileingriffe (s. o.) zeigt.

Begriffliche Unschärfen wirken sich nicht zuletzt auf das Verhältnis von Freiwilligkeit und Selbstbestimmung aus: Selbstbestimmung ist die Gestaltung nach dem eigenen Willen, die Orientierung an selbstgesetzten Normen bzw. Werten (s. Abschnitt B.I.). Als selbstbestimmt gilt, was nach eigenen selbstgesetzten Normen⁴²¹ bzw. eigenen Wertmaßstäben⁴²² geschieht. Selbstbestimmung umschreibt damit einen Verantwortungs- und Freiheitsbereich für Handlungen, innerhalb dessen solche Handlungen als freiwillig bezeichnet werden, die auf eigenen Motiven des Handelnden beruhen. Hier steht die Handlung den Motiven des Handelnden näher als den Motiven jeder anderen Person.⁴²³

Die Frage nach dem selbstbestimmten Charakter eines Handelns ist mit der nach seiner Freiwilligkeit nicht ohne Weiteres zur Deckung zu bringen. Selbstbestimmung kann beispielsweise die Verfügung über eigene Interessen bzw. Rechtsgüter sein, die innerhalb der eigenen Freiheitssphäre verbleibt und nur am eigenen Präferenzsystem auszurichten ist.⁴²⁴ Unvernunft etwa stellt hier den selbstbestimmten Charakter einer Handlung nicht per se in Frage.⁴²⁵ Geht es hingegen um die Abgrenzung normativ geschützter Freiheitsbereiche verschiedener Personen, sind unterschiedliche Freiheitssphären und Präferenzsysteme aufeinander abzustimmen. Darüber können dann Selbstbestimmung und Freiwilligkeit des Handelns in ein Spannungsverhältnis zueinander geraten.⁴²⁶

Verhalten (wie etwa eine Erklärung) wird mit seiner Anerkennung als authentischer Ausdruck adäquater Selbstbestimmung der handelnden Person zugerechnet. In dieser Weise sind die Konzepte der Selbstbestimmung und der Verantwortlichkeit miteinander verknüpft⁴²⁷, im Begriff der Selbstbestimmung der Person drückt sich auch deren Eigenverantwortung aus: Der Einzelne hat die Konsequenzen zu tragen, die sich aus eigenverantwortlich getroffenen Entscheidungen ergeben. Wer

⁴²⁰ S. dazu a. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 201 ff.

⁴²¹ *Amelung*, GA 1999, 182 (193).

⁴²² *Rönnau*, Willensmängel, S. 205 f.

⁴²³ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 11 f. – Autonom handelt eine Person nach dem personalen Autonomiebegriff von Beate Rössler, wenn sie sich die Frage stellen kann, welche Person sie sein will, wie sie leben will und wenn sie dann so leben kann, s. *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 31.

⁴²⁴ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 149.

⁴²⁵ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 148 f.

⁴²⁶ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 149, 203 f.

⁴²⁷ *Bobbert/Werner*, Autonomie/Selbstbestimmung, in: Lenk/Duttge/Fangerau (Hrsg.), Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen, S. 106 f.

beispielsweise selbstbestimmt die Einwilligung in einen (körperverletzenden) Heileingriff erteilt, hat die Körperverletzung als „Preis“ für die höhergewichtete personale Entfaltung zu zahlen.⁴²⁸

In rechtlicher Hinsicht begründet also die Selbstgestaltung als Ausdruck der Selbstbestimmung zugleich auch eine Eigenverantwortung des*der Erklärenden. Entscheidungsfreiheit gilt als Vorbedingung von (rechtlicher) Verantwortlichkeit, Verantwortung als Kehrseite der Freiheitsbetätigung. Selbstbestimmung bedeutet Selbstverantwortung, wobei (auch) in der Verneinung von Freiwilligkeit zugleich ein Absprechen von Entscheidungskompetenz liegt. Nicht freiwillig zu agieren heißt, nicht verantwortlich – und damit nicht psychosozial komplett – zu sein. In diesem Sinne gilt Entscheidungsfreiheit als Grundlage einer Subjektstellung und Freiwilligkeit als Bedingung eines frei „verantwortlich“ gebildeten Willens. Entsprechend wird Unfreiwilligkeit mit Unzurechnungsfähigkeit in Zusammenhang gebracht. Zugleich sind Freiwilligkeit und Freiverantwortlichkeit schon wegen ihrer unterschiedlichen Funktionalität nicht als deckungsgleich anzusehen.

II. Freiheit und Wille als Basisbezüge

Die Bedeutung des Wortes „freiwillig“ wird für den allgemeinen Sprachgebrauch mit „aus freiem Willen“ umschrieben.⁴²⁹ Der Begriff „freiwillig“ verbindet die Bestandteile „frei“ und „willig“, geht also – wie seine bedeutungsgleiche Substantivierung „Freiwilligkeit“ und auch das Wort „willensfrei“ – auf die Kategorien der „Freiheit“ und des „Willens“ zurück. Diese Begriffe sind damit konstitutiv für das Verständnis von „Freiwilligkeit“.⁴³⁰

1. Freiheit

Der Freiheitsbegriff hat einerseits eine gewisse Evidenz⁴³¹ und ist andererseits vieldeutig und komplex, sein Anwendungsbereich nahezu unbegrenzt.⁴³² So wird in „Freiheit“ ebenso eine normative Idee wie eine individuelle und kollektive Haltung bzw. Praxis oder ein gesellschaftliches

⁴²⁸ Rönna, Willensmängel, S. 205 f.

⁴²⁹ S. Duden online, <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/freiwillig> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025); Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/freiwillig> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

⁴³⁰ Zum Teil wird Freiwilligkeit auch mit Handlungsfreiheit gleichgesetzt, s. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 79.

⁴³¹ Amelung, GA 1999, 182 (184).

⁴³² Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 201 ff.

Verhältnis sowie eine regulative Utopie gesehen.⁴³³ Sich auf die Suche nach „dem“ Freiheitsbegriff zu begeben, wäre ein sinnloses Unterfangen.⁴³⁴

Als „klassisch“ gilt (auch im rechtlichen Kontext) die Unterscheidung von negativer und positiver Freiheit.⁴³⁵ Dabei beschränkt sich ein negativer Freiheitsbegriff auf die Beschreibung als Abwesenheit von (sozialen oder natürlichen) Zwängen, was den Vorteil hat, dass der in seiner Freiheit Geschützte so nicht auf ein bestimmtes Ziel festgelegt wird.⁴³⁶ Von Nachteil ist, dass der Zwangsbegriff – und damit auch der Freiheitsbegriff – undefiniert bleibt, obwohl das Wesen des „Zwangs“ keineswegs so evident ist⁴³⁷, dass eine genauere Umschreibung verzichtbar wäre.⁴³⁸ Ein als Freiheit von Zwängen bezeichneter Freiheitsbegriff ist damit „leer“.⁴³⁹ Anders ist dies bei der Freiheit im positiven Sinn als eines Zustands, in dem ein Individuum nicht daran gehindert wird, sich seinen Zielen entsprechend zu verhalten.⁴⁴⁰ In dieser „positiven“ Verwendung kann Freiheit zum Beispiel mit den Begriffen Selbstbestimmung, Authentizität oder Selbstverwirklichung assoziiert werden.⁴⁴¹

Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung gelingen nur, wenn sie intersubjektiv anerkannt werden.⁴⁴² Zugleich ist es nicht möglich, die Schutzwürdigkeit der Freiheit des*der Einzelnen ohne Bezug auf ihre Kompatibilität mit der Freiheit anderer festzulegen⁴⁴³, weshalb soziale Freiheit für das Recht nur als rechtlich beschränkte und damit geformte Freiheit existiert.⁴⁴⁴ Inwieweit ein Freiheitsbereich geschützt ist, bestimmen Regeln und Prinzipien der Rechtsordnung.⁴⁴⁵ Rechtlich

⁴³³ *Maihofer*, in: Baer/Sacksofsky, *Autonomie im Recht*, S. 34 – Von Freiheit umfasst ist auch das Ziel, ein positives Tun zu unterlassen, s. *Amelung*, GA 1999, 182 (187).

⁴³⁴ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 201 ff. Selbstbestimmung und Autonomie sind eher „Unterbegriffe“ der Freiheit, indem sie spezifische Aspekte von dem bezeichnen, was unter Freiheit zu verstehen ist, s. *Maihofer*, in: Baer/Sacksofsky, *Autonomie im Recht*, S. 34. Mit „Freiheit der Willensbildung und Willensbetätigung“ wird nicht die Freiheit selbst, sondern nur ihr Gegenstand näher bezeichnet. Worin „Freiheit“ besteht, bleibt hier undefiniert, s. *Amelung*, GA 1999, 182 (184).

⁴³⁵ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 201 ff. – Diese Unterscheidung geht auf den Philosophen Isaiah Berlin zurück.

⁴³⁶ *Amelung*, GA 1999, 182 (187).

⁴³⁷ S. Abschnitt C.VI.

⁴³⁸ *Amelung*, GA 1999, 182 (187).

⁴³⁹ *Amelung*, GA 1999, 182 (186).

⁴⁴⁰ *Amelung*, GA 1999, 182 (187).

⁴⁴¹ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 201 ff.

⁴⁴² *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 10 ff.

⁴⁴³ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 203 f. Unlimitierte Freiheitssphären sind bereits aus logischen Gründen nicht miteinander vereinbar, s. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 107.

⁴⁴⁴ S. a. *Amelung*, GA 1999, 182 (190).

⁴⁴⁵ *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 144.

geschützte Freiheit geht beispielsweise nicht so weit, das Recht (insbesondere die Rechte anderer) zu verletzen.⁴⁴⁶ Soziale Freiheit wird vom Recht folglich nicht umfassend geschützt.⁴⁴⁷

Für das Verständnis des Freiheitsbegriffs spielt auch eine Rolle, dass Freiheit zum einen unabhängig von einem konkreten Gegenstandsbezug – etwa im Hinblick auf die allgemeinen Auswirkungen von Unreife oder anderen Fähigkeitsdefiziten – betrachtet werden kann, sich aber auch auf den Umgang mit einem bestimmten Rechtsgut beziehen lässt. Diese zweitgenannte „Dispositionsfreiheit“ ist die Freiheit, mit eigenen Rechtsgütern nach eigenem Gutdünken umzugehen. Auf dieser Grundlage kann der Rechtsgutsträger ein ihm zur Disposition überlassenes Gut einsetzen, ohne sich geschädigt zu fühlen.⁴⁴⁸

Wenn es um Dispositionsfreiheit geht, ist im juristischen Sprachgebrauch oft von einem „autonomen“ Umgang mit dem geschützten Gut oder von „Freiwilligkeit“ seiner Aufopferung die Rede. Damit ist nichts prinzipiell anderes gemeint als dort, wo Freiheit als selbständiges Rechtsgut geschützt wird. Die Besonderheit der Dispositionsfreiheit liegt darin, dass sie auf den Umgang mit einem speziellen Gut bezogen ist.⁴⁴⁹ Dabei ist Dispositionsfreiheit typischerweise die (Tausch-)Freiheit, ein zur Disposition überlassenes Gut entsprechend den eigenen Wertvorstellungen gegen einen anderen Wert einzutauschen.⁴⁵⁰

2. Wille

Die zweite Hauptkomponente des Freiwilligkeitsbegriffs, der „Wille“, wird ebenfalls auf ganz unterschiedliche Weise interpretiert. Im allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet „Wille“ die Fähigkeit, Vorstellungen oder Ziele durch Handlungen in die Realität umzusetzen. In diesem Sinne steht das Wort „Wille“ für ein bewusstes, auf das Erreichen eines (bestimmten) Zieles gerichtetes Streben.⁴⁵¹ Dies wird im Anwendungsbereich des Art. 2 Abs. 1 GG auch so umschrieben, dass Wille ein selbstbestimmt ausgelöster Handlungsimpuls ist.⁴⁵²

⁴⁴⁶ Amelung, GA 1999, 182 (190).

⁴⁴⁷ Amelung, GA 1999, 182 (190). Der Begriff Freiheit wird auch im Hinblick auf die relative Verantwortung handelnder Individuen in interpersonalen Beziehungen verwendet. Hier bietet es sich an, Freiheit als den Zustand zu umschreiben, „in dem ein Mensch nicht dem willkürlichen Zwang durch den Willen eines anderen oder anderer unterworfen ist“, s. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 201 ff.

⁴⁴⁸ Amelung, GA 1999, 182 (186).

⁴⁴⁹ Amelung, GA 1999, 182 (186).

⁴⁵⁰ Amelung, GA 1999, 182 (188 f.).

⁴⁵¹ Duden online, <https://www.duden.de/suchen/dudenonline/Wille> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025); Digitales Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/Wille> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

⁴⁵² Wolf, JZ 2006, 925 (926 f.).

Dieser bewusste und selbstbestimmt ausgelöste, an der Erreichung eines (bestimmten) Ziels orientierte Handlungsimpuls vereint ganz unterschiedliche Aspekte wie Wünsche, Präferenzen und Ziele einer Person.⁴⁵³ So hat jede Handlung ein Ziel⁴⁵⁴, worin ein Unterschied zu einem nur äußeren Vorgang liegt.⁴⁵⁵ Auch prägen einen Willen beispielsweise (Interessen-)Bewertungen bzw. Definitionen, die ihrerseits auf Werten oder Überzeugungen beruhen.⁴⁵⁶ Abgrenzungen im Willensbereich ergeben sich nicht zuletzt daraus, dass Gewolltes mit dem eigenen Präferenzsystem mehr oder weniger übereinstimmen kann. Etwas zu wollen schließt nicht aus, etwas anderes anstelle des Gewollten (eigentlich) lieber zu wollen – wenn die Gesamtheit der entscheidungsrelevanten Aspekte eine andere wäre. Oft ist das Gewollte nicht die „erste Wahl“. Wollen erscheint also im Hinblick auf den Einklang mit dem maßgeblichen Präferenzsystem als steigerungsfähiger Begriff.

Deshalb darf das Gewollte auch nicht mit dem Gewünschten gleichgesetzt werden. Gewolltes entspricht zum Beispiel dann nicht dem Gewünschten, wenn sich unter den gegebenen Umständen eher Präferiertes nicht erreichen lässt. So kann eine Person in einer konkreten (Not-)Lage sogar etwas wollen, gegen das sie zugleich einen starken Widerwillen hegt.⁴⁵⁷ Dann entspricht zwar die Entscheidung in der konkreten Lage ihrem Präferenzsystem, zu dem aber die Umstände der Entscheidung deutlich Distanz halten. Auch hier zeigt sich, dass sich Präferenzen nicht nur darauf beziehen, was entschieden wird, sondern auch worüber oder wie dies geschieht.⁴⁵⁸ (Wunsch-)Vorstellungen beziehen sich insbesondere auf die Umstände, unter denen Entscheidungen getroffen werden.⁴⁵⁹ Die Ausgangsbedingungen von (selbstbestimmten) Entscheidungen entziehen sich aber schon deshalb in großem Umfang einer Kontrolle durch die Rechtsordnung, weil diese nur Einfluss auf Menschen nehmen kann. Und Einzelpersonen oder Personengruppen sind nur eingeschränkt dazu in der Lage, die (Entscheidungs-)Realität zu beeinflussen.⁴⁶⁰ Bereits deshalb

⁴⁵³ S. a. Abschnitt C. IV. 3.

⁴⁵⁴ Genau besehen gibt es eine Kette von Zielen und Zwischenzielen.

⁴⁵⁵ Puppe/Grosse-Wilde in: NK/StGB, Vor. §§ 13–15, Rn. 48 f.

⁴⁵⁶ Weitere Ausdifferenzierungen im Bereich des Wollens werden beispielsweise in der Diskussion um den Handlungsbegriff im Strafrecht sichtbar. So gilt als Verhalten nach der naturalistisch-kausalen Handlungslehre der durch einen Willkürakt verursachte Körperzustand mit Folgen in der Außenwelt, d. h. ein gewillkürtes Körperverhalten. Hierfür genügt, dass der*die Handelnde willentlich tätig geworden ist. Die finale Handlungslehre hingegen begnügt sich nicht mit einem (bloß) kausalen Geschehen, sondern berücksichtigt darüber hinaus den Zweck eines Verhaltens: Handeln (auch in Form von Dulden oder Unterlassen) sei Ausübung einer Zwecktätigkeit und damit ein finales, d. h. bewusst vom Ziel her gelenktes Geschehen. Hier fließt also mit ein, was die handelnde Person gewollt hat und nicht nur, dass sie gewollt hat (wie bei der naturalistisch-kausalen Handlungslehre mit ihrer Beschränkung auf ein willentliches Tätigwerden ohne Beachtung der inhaltlichen Ausrichtung des Willens), s. Roxin/Greco Strafrecht AT I § 8 Rn. 10 ff. u. 17 ff.

⁴⁵⁷ Auch freiwillig ist nicht mit erwünscht gleichzusetzen. Ein Selbststeller beim Strafantritt etwa sucht die Strafanstalt freiwillig auf, auch wenn dies für ihn höchst unerwünscht ist. In diesem Sinne gilt ein „Coactus volui“: Ich wollte, wenn auch gezwungen, s. a. Abschnitt C.VI.3.c.

⁴⁵⁸ S. a. Abschnitt C.VI.3.c.

⁴⁵⁹ Namentlich wollen wir nicht zu Entscheidungen gezwungen werden.

⁴⁶⁰ S. a. Abschnitt C. I.

garantiert die Rechtsordnung nicht, dass die Verhältnisse, in denen (selbstbestimmte) Entscheidungen getroffen werden, den eigenen Präferenzen entsprechen.

Daneben ist im vorliegenden Betrachtungszusammenhang von Bedeutung, dass nicht nur ein „frei“ gebildeter Wille Beachtung findet. Vielmehr wird im Recht auch die Variante des „natürlichen“ Willens berücksichtigt, d. h. die intendierte Willensäußerung eines Selbstbestimmungsunfähigen.⁴⁶¹ Dabei schließen sich „freier“ und „natürlicher“ Wille aus: Während ein „freier“ Wille die Fähigkeit zur Selbstbestimmung voraussetzt, liegt bei ihrem Fehlen allenfalls ein „natürlicher“ Wille⁴⁶² vor. Er ist nicht von vornherein unbeachtlich. Vielmehr betont die Rechtsprechung, dass das Grundrecht auf Selbstbestimmung nicht deshalb entfällt, weil die Selbstbestimmungsfähigkeit beeinträchtigt ist.⁴⁶³ Auch eine psychisch gestörte oder unreife Person hat ein Recht darauf, das eigene Leben nach den eigenen Vorstellungen zu gestalten. Daher ist bei Einschränkungen der Selbstbestimmungsfähigkeit ein etwa vorhandener natürlicher Wille als Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts anzuerkennen.⁴⁶⁴ Allerdings begründen Grundrechte (wie zum Beispiel das Recht auf Leben oder körperliche Unversehrtheit) staatliche Schutzpflichten. Zum Beispiel hat der Staat die Pflicht, sich schützend und fördernd vor das Leben des Einzelnen zu stellen.⁴⁶⁵ Deshalb kann eine staatliche Intervention ohne Rücksicht auf den natürlichen Willen geboten sein, wenn Selbstbestimmung mit einer Selbstschädigung verbunden ist, die sich mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Grundrechte nicht vereinbaren lässt.⁴⁶⁶

Aus alledem folgt die Notwendigkeit weiterer Abgrenzungen: So ist das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit nicht zureichend damit beschrieben, dass sich ein Mensch so verhält, wie er will. Umgekehrt fehlt es nicht immer (schon) dann an Freiwilligkeit, wenn nicht geschieht, was eine Person will. Entsprechend ist willentliches Handeln nicht gleichbedeutend mit freiwilligem Handeln.⁴⁶⁷ Mit „Wille“ kann dabei ein generelles und eher langfristiges Streben gemeint sein, das auf basalen Wünschen, Bedürfnissen und Überzeugungen beruht. In diesem Sinne meint Wille die übergeordnete Fähigkeit einer Person, Entscheidungen zu treffen und nach diesen Entscheidungen zu handeln. Mit Intention hingegen ist eher eine konkrete Absicht gemeint, die sich auf eine spezifische Handlung bezieht und aus einem tieferen Willen entspringen kann.⁴⁶⁸ Damit korrespondiert eine Unterscheidung zwischen Wollen als langfristigem Motivationsprozess und der Intention als

⁴⁶¹ S. Helmchen, Der Nervenarzt 2021 (92/3), S. 259 f.

⁴⁶² S. etwa § 1832 BGB.

⁴⁶³ S. etwa BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, 2113 (2114); Koller, FPPK 2014, 279 (281).

⁴⁶⁴ BVerfG, Beschluss v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, Rn. 76.

⁴⁶⁵ Vgl. BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 90, 145 (195); 115, 320 (346); s. a. BVerfGE 56, 54 (78); 121, 317 (356); BVerfG, Beschluss v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, Rn. 69.

⁴⁶⁶ S. etwa BVerfG, Beschluss v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, Rn. 66 ff.

⁴⁶⁷ Wer auf die Drohung „Geld oder Leben“ hin (widerwillig) Geld herausgibt, will „eigentlich“ sowohl sein Leben als auch sein Geld behalten.

⁴⁶⁸ Beispielsweise unterscheidet Anscombe (Intention, 2000, S 11 ff.) zwischen dem Willen als Begriff für grundlegende Wünschen und Intentionen als spezifischen Absichten, die aus dem Willen entstehen.

konkreter Absicht für eine bestimmte Handlung.⁴⁶⁹ Beide Begriffe beziehen sich darauf, wie Menschen Entscheidungen treffen und Ziele verfolgen.⁴⁷⁰

Zudem spielt der Zeitfaktor auch insoweit eine Rolle, als ein Wille nicht zeitlich stabil, sondern vielfältigen Einflüssen unterworfen ist, so beispielsweise Augenblicksstimmungen oder altersbedingten Faktoren. Nicht zuletzt unterliegen Präferenzen Veränderungen. So kann sich durch hinzutretende Aspekte der Saldo des Für und Widers verändern, das einer bisherigen Präferenz zugrunde gelegen hat. Auch ist der Bestand an Präferenzen lückenhaft, weil mit bestimmten Umständen zunächst Erfahrungen gesammelt werden müssen. Veränderungen des Präferenzsystems gehen nicht zuletzt auf die Folgen zurück, die das eigene Verhalten hat(te).⁴⁷¹

Wille kann somit Gewolltes im Augenblick, aber auch (situativ überdauernder) Einklang mit einem Präferenzsystem sein. Denkbar sind folglich Abweichungen zwischen (flüchtigen) „Augenblicks“-Präferenzen und stabilen „Basis“- bzw. „Dauer“-Präferenzen im Sinne von Orientierungen, die über einen gewissen Zeitraum ohne größere Schwankungen aufrechterhalten werden. Solche Diskrepanzen sind bereits als Folge davon denkbar, dass Entscheidungen nicht durchgehend reflektiert werden. Auch vor diesem Hintergrund darf die freie Willensbestimmung nicht mit einer Willensübereinstimmung verwechselt werden: Freiwillig werden auch Entscheidungen getroffen, die – und sei es später – nicht gewollt sind, etwa weil die Wahl auf das „kleinere Übel“ fällt.

Im Hinblick auf intrapersonelle Entscheidungskonflikte in der Zeit⁴⁷² hat die Rechtsordnung Grundsatzentscheidungen für die Entscheidungsfreiheit des jeweils „aktuellen Selbst“ und für seine Fähigkeit zur Selbstbindung getroffen.⁴⁷³ Anerkannt ist zum Beispiel die Möglichkeit langfristiger (vertraglicher) Verpflichtungen, ebenso das selbstgefährdende Verhalten als Ausübung grundrechtlicher Freiheit. Beides wirkt zugunsten der Entscheidungsfreiheit des jeweils „aktuellen Selbst“, dem die Fähigkeit zur Selbstbindung – und damit eine Art „Selbst-Paternalismus“ – zugesprochen wird. Damit schützt das deutsche Recht hier nicht die Entscheidungsfreiheit durch die Zeit, d. h. temporal akkumuliert, sondern die Spielräume gegenwärtiger Selbstbindung zulasten

⁴⁶⁹ Kuhl, Motivation und Persönlichkeit, Kap. 3 (Willensprozesse und Selbststeuerung); s. zum Ganzen a. Davidson, Essays on Actions and Events, Kapitel: „Handlungen, Gründe und Ursachen“; Searle, Intentionality: An Essay in the Philosophy of Mind, Kap. 3 (Intentions in Action); Schischkoff, Philosophisches Wörterbuch: Einträge zu „Wille“ und „Intention“.

⁴⁷⁰ S. etwa Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Kap. 2 (Vom Begriff eines Willens und der moralischen Gesetze; Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung, Kap. 1 (Der Wille als Ding an sich).

⁴⁷¹ Das „Lernen am Erfolg“ als „operante Konditionierung“ etwa fußt auf der Verarbeitung der Konsequenzen des eigenen Verhaltens.

⁴⁷² Mit einer Selbstbindung in Ausübung der Privatautonomie erlangt die Entscheidungsmacht eines „aktuellen Selbst“ Vorrang vor den Interessen eines „späteren Selbst“ derselben Person.

⁴⁷³ Grundsätzlich liegt in der Anerkennung von Autonomie eine Entscheidung zugunsten der Entscheidungsmacht des früheren Selbst, die mit den Interessen eines „späteren Selbst“ derselben Person in Widerspruch geraten kann, s. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 27.

eines späteren Selbst.⁴⁷⁴ Vorrang haben die Präferenzen, die in einer bestimmten Situation bestehen, nicht (prospektiv) zu späteren Zeitpunkten vorhandene Präferenzen.

Alternative ist ein Konzept, bei dem die künftige Entscheidungsfreiheit zulasten der Möglichkeit einer gegenwärtigen Selbstbindung geschützt wird. Dafür hat sich die Rechtsordnung nur vereinzelt entschieden. So kann man zum Beispiel nicht über sein künftiges Vermögen verfügen⁴⁷⁵ oder unter Verzicht auf die Option der Scheidung heiraten.⁴⁷⁶ Auch besteht beispielsweise nicht die rechtlich anerkannte Option, eine unwiderrufliche Generalvollmacht zu erteilen⁴⁷⁷, so wie auch eine Reihe von weiteren Entscheidungen – wie etwa die Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff – widerruflich ist. Überdies bietet die Rechtsordnung einen Übereilungsschutz. Zur „Ernstlichkeit des Verlangens“ im Sinne des § 216 StGB gehört etwa die innere Festigkeit des Entschlusses in Abgrenzung zu Kurzschlusshandlungen. Auch hat das BVerfG zum Beispiel im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung am Lebensende das Erfordernis eines Zuwartens betont.⁴⁷⁸

III. Rechtliche Basisprämissen

1. Beschränkung auf Rechtsrelevanz

Die Rechtsordnung beschäftigt sich mit der Freiwilligkeit nur im Rahmen dessen, was zur Erfüllung von Aufgaben des Rechts notwendig ist. Festlegungen zum Konzept der Freiwilligkeit finden sich folglich nur im Rahmen der Rechtserheblichkeit. Das Recht hat weder die Aufgabe noch das Anliegen, eine vollständige Beschreibung des Wesens der Freiwilligkeit zu liefern. Vor allem zeichnet sich die Kontur des rechtlichen Konzepts der Freiwilligkeit im gesetzlichen Schutzprogramm ab. Insbesondere Schutzvorkehrungen lassen erkennen, von welcher Vorstellung zur Freiwilligkeit die Rechtsordnung ausgeht.

2. Beschränkung auf Verhaltensrelevanz

Begrenzt wird der Regelungsanspruch des Rechts durch die Einflussmöglichkeiten. Das Recht kann nur Einfluss auf Menschen nehmen. Was dem menschlichen Einfluss entzogen ist, lässt sich auch vom Recht nicht beeinflussen und scheidet damit als Regelungsgegenstand aus. Naturvorgänge (etwa im Zentralnervensystem eines Menschen) werden von „Soll-Vorschriften“ nicht erreicht. Entsprechend beschäftigt sich die Rechtsordnung auch im Zusammenhang mit der Freiwilligkeit

⁴⁷⁴ Gutmann, Freiwilligkeit des Rechtsbegriffs, S. 23 ff.

⁴⁷⁵ Das geht aus § 311b Abs. 2 BGB hervor, s. a. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 27.

⁴⁷⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1989 – IV b ZR 91/88, NJW 1990, 703, s. a. Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 27.

⁴⁷⁷ Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 27.

⁴⁷⁸ S. Abschnitt B.IV.5. Allgemein muss der Entschluss zur Selbsttötung von innerer Festigkeit und Zielstrebigkeit getragen sein, s. Heinrich, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff.

primär mit Aspekten, die von anderen Menschen beeinflusst werden (können).⁴⁷⁹ Dabei geht es nicht um bloß theoretische Einflussmöglichkeiten, sondern um konkret (und zumutbar) realisierbare Interventionen – weil das Recht vom Einzelnen nichts Unmögliches verlangen darf.

Damit kommt das, was generell mit Freiwilligkeit oder Freiheit in Zusammenhang gebracht werden kann, von vornherein nur eingeschränkt als Regelungsgegenstand in Betracht, Lebensbedingungen, Lebenschancen oder andere freiheitsrelevante Faktoren etwa sind in weiten Teilen dem Einfluss des Rechts entzogen. Die Natur lässt sich nicht vom Recht beeinflussen und bestimmt zugleich häufig – wie etwa bei Naturkatastrophen – die Gestaltungsspielräume, die Menschen verbleiben. Nur Menschen kann man durch Normen verbieten, Unfreiheit zu schaffen.⁴⁸⁰

3. Beschränkung auf Aufgabenrelevanz

Das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit steht – wie jeder Rechtsbegriff – im Kontext der Regulierung des Zwischenmenschlichen⁴⁸¹ und dabei in enger Verbindung zum Schutz der Freiheit als Aufgabe der Rechtsordnung. Das Recht begrenzt, schützt und schafft Freiheit⁴⁸² im Rahmen dessen, was (als Chancen der Wertverfolgung, -verwirklichung und -bewahrung) rechtlich garantiert ist.⁴⁸³ Aus der Perspektive dieser Funktionalität wird plausibel, dass die Rechtsordnung den Vorgang der Selbstbestimmung zum Beispiel nicht umfassend gegenüber Einflussnahmen abschirmt (s. Abschnitt C.VI.3.). Vielmehr gibt es Formen der Beeinflussung, die rechtlich folgenlos bleiben. Das Recht gewährleistet eine unbeeinflusste Ausübung der Selbstbestimmungsfreiheit also nur in einem bestimmten Bereich und akzeptiert außerhalb davon Einflussnahmen auf den Prozess der Selbstbestimmung. Dabei fällt die Reichweite des Schutzes vor Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfreiheit – und damit ihre rechtliche Garantie – in einzelnen Regelungszusammenhängen unterschiedlich aus.

⁴⁷⁹ Die Frage der Freiwilligkeit stellt sich von vornherein nur im Hinblick auf ein menschliches Verhalten, d. h. ein Tun, Dulden oder Unterlassen. Sie lässt sich zum Beispiel nicht auf verhaltensunabhängige Umstände der Außenwelt beziehen.

⁴⁸⁰ *Amelung*, GA 1999, 182 (186).

⁴⁸¹ S. etwa *Kaufmann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger(Hrsg.): Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, § 1, Rn. 3; *Reichold*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 11 ff.

⁴⁸² S. a. *Amelung*, GA 1999, 182 (190). Dabei kann es ebenso um den Schutz der Freiheit des Akteurs wie um den Schutz der Freiheit vor dem Akteur gehen.

⁴⁸³ Eine davon unabhängige Kontrolle von Einstellungen etwa gehört nicht zu den Aufgaben des Rechts. Geschützt wird Freiheit als eigenständiges Rechtsgut und im Dienst von anderen Rechtsgütern. Der Sinn des Schutzes von Freiheit als Rechtsgut wurde dabei in der Epoche der Aufklärung darauf bezogen, ein glückliches Leben zu führen, s. *Amelung*, GA 1999, 182 (185). Was ein Mensch als sein „Glück“ oder „Wohl“ empfindet, ist aus heutiger Sicht die Verwirklichung seiner Werte, s. *Amelung*, GA 1999, 182 (194). Oft hat der Schutz der Freiheit (nur) die Funktion, einen Menschen vor selbstschädigenden Handlungen zu bewahren, die zu Schäden an Gütern „hinter“ der Freiheit führen. Der Straftatbestand der Erpressung etwa verbietet die Erzeugung von Unfreiheit, um das Vermögen zu schützen, s. *Amelung*, GA 1999, 182 (186).

IV. Freiwilligkeit als funktionales Konstrukt

1. Relationalität

„Das“ rechtliche Konzept der Freiwilligkeit gibt es schon deshalb nicht, weil Kontextfaktoren – wie zum Beispiel der Regelungszusammenhang oder der Entscheidungsgegenstand – darauf Einfluss nehmen. Auch „Freiwilligkeit“ ist relational verfasst; was damit gemeint ist, wird nur aus einem konkreten Bezug heraus verständlich.⁴⁸⁴ Dabei ist diese Referenzialität vielgestaltig, weil die Rechtsordnung Bezüge zur Freiwilligkeit in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen herstellt.⁴⁸⁵ So geht es zum Beispiel bei § 24 StGB um Personen, die „freiwillig“ die weitere Ausführung einer Straftat aufgeben und damit zur Rechtstreue zurückkehren.⁴⁸⁶ Für diese Form der Freiwilligkeit beim „Rücktritt“ kommt es beispielsweise nicht auf eine Stabilität der Haltung wie bei der Freiverantwortlichkeit eines Suizids an.

2. Dimensionalität

Schon weil es ein Mehr oder Weniger an Gestaltungsspielräumen gibt, ist Freiwilligkeit – ebenso wie Freiheit – eine Dimension, die verschiedene Formen in einem Spektrum von Varianten (und nicht nur zwei Zustände wie bei Kategorien) annehmen kann. Es gibt ein Maß an Freiwilligkeit (bzw. Unfreiwilligkeit)⁴⁸⁷ und damit unterschiedliche Ausprägungen der Freiwilligkeit in einem Kontinuum⁴⁸⁸ – genauso wie Freiheit oder Selbstbestimmung kein Alles-oder-Nichts, sondern ein Mehr-oder-Weniger ist.⁴⁸⁹ Es existieren also verschiedene Grade der Freiwilligkeit, der Freiheit und der inneren Zustimmung zu einem eigenen Verhalten⁴⁹⁰, wobei Unterschiede unter anderem davon bestimmt werden, inwieweit eine Person in der Lage ist, ihren eigenen Willen zu äußern, oder wie stark Zwänge auf sie wirken.

⁴⁸⁴ S. a. *Gutmann*, *Freiwilligkeit als Rechtsbegriff*, S. 107.

⁴⁸⁵ Auch Freiheit ist wie Wille stets auf etwas bezogen, also ebenso relativ.

⁴⁸⁶ *Murmann*, in: *LK/StGB*, § 24 Rn. 2, 232; *Hoffmann-Holland* in *MüKo StGB* § 24 Rn. 102 ff.

⁴⁸⁷ Dies zeigt sich auch darin, dass das Adjektiv „freiwillig“ steigerungsfähig, der Komparativ „freiwilliger“ und der Superlativ „am freiwilligsten“ Bestandteil der deutschen Sprache ist, auch wenn das „Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache“ dazu den ausdrücklichen Hinweis „Steigerung selten“ gibt, s. <https://www.dwds.de/wb/freiwillig> (zuletzt abgerufen am 21.02.2025).

⁴⁸⁸ Zum Teil wird auch zwischen freiwillig, nicht freiwillig oder unfreiwillig unterschieden. Freiwillig heißt dabei, dass sich der*die Betroffene wünscht, was geschieht, nicht freiwillig hingegen, dass der*die Betroffene seinen*ihren Willen nicht (mehr) zu äußern in der Lage ist. Als unfreiwillig wird schließlich das Handeln gegen den Willen angesehen, s. *Hinterhuber*: Kap. 3 Ethik in der Psychiatrie, in: *Möller/Laux/Kapfhammer* (Hrsg.), *Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie*, S. 69 ff.

⁴⁸⁹ *Schleim*, *Wissenschaft und Willensfreiheit*, S. 219.

⁴⁹⁰ S. zum Kontinuum zwischen „nicht selbstbestimmt“ und „perfekter Selbstbestimmung“ z. B. *Feinberg*, *Harm to Self*, 1986, S. 117 ff.; *Amelung*, *ZStW* 104 (1992), S. 525, 555; *Hörnle*, *ZStW* 2015, 851 (878).

Auch definitorisch können die Grenzen der Freiwilligkeit unterschiedlich weit gesteckt sein, etwa weil neben einer Aufhebung der Entscheidungsfreiheit (zum Beispiel unter dem Einfluss einer „vis absoluta“⁴⁹¹) auch Einschränkungen der Entscheidungsfreiheit als Limitationen der Freiwilligkeit in Betracht kommen. Dabei wird die Grenze der Freiwilligkeit vom jeweiligen Entscheidungsgegenstand mitbestimmt. Im Hinblick auf die Freiheit der Suizidentscheidung etwa hält das BVerfG nicht nur Beeinträchtigungen durch Zwang, Drohung oder Täuschung⁴⁹² für rechtlich relevant. Vielmehr könnten auch sonstige Formen der Einflussnahme geeignet sein, eine reflektierte, abwägende Entscheidung in Orientierung am eigenen Selbstbild zu verhindern oder wesentlich zu beeinträchtigen. Insbesondere würden psychosoziale Aspekte sowie die Interaktion zwischen dem Suizidwilligen und seinem Umfeld eine suizidale Entwicklung ebenso bedingen und fördern wie soziologische Faktoren.⁴⁹³ Ebenso gibt es Abstufungen bei einzelnen Kontextfaktoren wie der Willensstärke, der Widerstandsfähigkeit, der Motivstärke oder der Wirkkraft von Einflussfaktoren.⁴⁹⁴ Das Mehr oder Weniger einer Dimension findet sich überdies in zeitlicher Hinsicht, etwa weil die Willensfähigkeit in einer Situation oder situationsübergreifend gestört sein kann.⁴⁹⁵

3. Normativität

Aus alldem folgt, dass das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit auf Zuschreibungen basiert. Freiwilligkeit ist ein komplexer wertender Begriff, für den es keine wertungsfreie, deskriptive Definition gibt, die für rechtliche Fragen von Interesse wäre.⁴⁹⁶ Es gibt keine „Natur“ der Freiwilligkeit, ihr Wesen wird vielmehr zugeschrieben. Wertungen bestimmen darüber, was in das Konzept der Freiwilligkeit einbezogen wird. Die Zugehörigkeit zum rechtlichen Anforderungsprofil der Freiwilligkeit ist eine Rechtsfrage. Mit deskriptiven Mitteln allein lässt sich Freiwilligkeit nicht feststellen⁴⁹⁷, die adäquate Interpretation des Begriffsinhalts wird vielmehr von normativen Gründen bestimmt.⁴⁹⁸

Freiwilligkeit wird also definiert, nicht festgestellt. Was als freiwillig gilt, bleibt nicht ein für alle Mal gültig. Das – diskursive, konstruierte und damit formbare – Konzept der Freiwilligkeit muss sich nicht in der Wirklichkeit bewähren, sondern kann von Menschen gestaltet werden. Dies zeigt sich

⁴⁹¹ S. Abschnitt C.VI.2.a.

⁴⁹² Vgl. BGH, Urt. v. 03.07.2019 – 5 StR 132/18, NJW 2019, 3092 (3094) m. w. N.

⁴⁹³ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., NJW 2020, 905 (911).

⁴⁹⁴ Druck bzw. Einflussnahmen etwa sind Dimensionen, bei denen es ein Mehr und Weniger gibt, (s. Abschnitt C.VI.3.). Auch tragen zum Beispiel Unterschiede der (psychologischen) Hemmschwelle zum dimensional Charakter der Freiwilligkeit bei. So fällt eine Tötung schwerer als eine Sachbeschädigung. Das Hemmungs- und Handlungsvermögen wird zudem von der Situation bestimmt. Im Zustand der Todesangst erweitern sich beispielsweise die Handlungsbereitschaften.

⁴⁹⁵ *Cording/Roth*, NJW 2015, 26 (27).

⁴⁹⁶ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 203 f.

⁴⁹⁷ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 28 ff.

⁴⁹⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 107.

beispielsweise im Zusammenhang mit der „vis compulsiva“⁴⁹⁹, bei der die Grenze der willensbeugenden Beeinflussung durch die Ausübung von Zwang normativ bestimmt wird, indem beispielsweise nach „vernünftigen“ Handlungsalternativen oder der Zumutbarkeit einer Einflussnahme gefragt wird.⁵⁰⁰

Dass der rechtliche Begriff der Freiwilligkeit auf tatsachenunabhängigen Wertungen beruht⁵⁰¹, folgt schon daraus, dass dieser Begriff verschiedene Dimensionen in sich aufnimmt (s. vorherigen Abschnitt D.IV.2.). Eine Grenzziehung zwischen Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit setzt daher die Definition eines Umschlagpunkts voraus. Denn Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit lassen sich zwar in graduellen Abstufungen beschreiben. Die Zurechnung der Rechtsfolgen einer Handlung – wie etwa die Rechtsgültigkeit einer Einwilligung oder Willenserklärung – ist jedoch eine binäre „Ja-Nein-Entscheidung“, die nicht die Form eines quantitativen Mehr oder Weniger einnimmt. Daher sind im Hinblick auf bestimmte Handlungssituationen und Rechtsfolgen unterschiedliche Schwellenwerte für die Freiwilligkeit der handelnden Person gefordert.⁵⁰² Um Dimensionen der Freiwilligkeit der Kategorie einer Rechtsfolge zuordnen zu können, bedarf es also der Festlegung von kritischen Schwellenwerten und Maßstäben für die Bestimmung der Grenze zwischen Freiwilligkeit und Unfreiwilligkeit.⁵⁰³ Das Gleiche gilt für die empirische Messbarkeit und theoretische Begründung von Freiwilligkeit. Wann die Klassifizierung als freiwillig oder unfreiwillig gerechtfertigt ist, ab wann genau es an Freiwilligkeit fehlt, wo sie beginnt und endet, kann nicht allgemeingültig und verbindlich beantwortet werden.

⁴⁹⁹ S. Abschnitte C.VI.2.b und C.VI.3.

⁵⁰⁰ Der normative Charakter des Zwangsbegriffs zeigt sich zum Beispiel auch im Anwendungsbereich des § 35 StGB: Mit „einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit“ im Sinne von § 35 Abs. 1 S. 1 StGB liegt ein gravierender äußerer Druck vor, *Heinrich*, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff. Er berührt allerdings gem. § 35 Abs. 1 S. 2 StGB die strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht, „soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen“. Der gravierende äußere Druck durch die „Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit“ kann also für die Verantwortlichkeit (als Kehrseite der Freiheitsausübung) bedeutungslos sein. Seine Rechtsrelevanz hängt von der normativ orientierten Frage ab, ob seine Hinnahme „zugemutet werden konnte“.

⁵⁰¹ Zum Beispiel wird auch die Grenze zwischen Eigen- und Freiverantwortlichkeit im Zusammenhang mit der Selbstgefährdung anhand eines normativen Maßstabs bestimmt. Eigenverantwortlichkeit setzt voraus, dass sich der*die selbst Gefährdende im Zeitpunkt seiner*ihrer Entscheidung nicht in einem defizitären Zustand gemäß §§ 19, 20, 35 StGB bzw. § 3 JGG befindet. Die sogenannte Exkulpationslösung beschränkt sich auf diese Bedingung. Die „Einwilligungslösung“ nimmt Fremdverursacher*innen stärker in die Verantwortung und bestimmt den Bereich der Eigenverantwortlichkeit nach den Regeln der Einwilligungslehre, s. *Heinrich*, in: LK/StGB, § 222 Rn. 48 ff.

⁵⁰² *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 144.

⁵⁰³ Genauso muss im Spektrum der Freiheitseinschränkungen normativ der Umschlagpunkt definiert werden, von dem ab Unfreiheit anstelle von Freiheit zugeschrieben wird. Wo beispielsweise im Kontinuum zwischen „nicht selbstbestimmt“ und „perfekter Selbstbestimmung“ der Schwellenwert für „hinreichend selbstbestimmt“ liegt, ist eine wertende Festlegung, die vom Kontext abhängig ist, s. *Feinberg*, Harm to Self, 1986, S. 117 ff.; *Amelung*, ZStW 104 (1992), S. 525, 555; *Hörnle*, ZStW 2015, 851 (878).

Bei der Kategorie der Freiwilligkeit bedingen sich also der normative und der dimensionale Charakter gegenseitig: Um im Spektrum der unterschiedlichen Freiwilligkeitsgrade eine Kategorie der Unfreiwilligkeit abgrenzen zu können, muss ein Grenzwert definiert werden. Dieser ist nicht in der Realität angelegt, sondern normativ – auf Grundlage von Interessenabwägungen oder der Funktionalität im rechtlichen Kontext – zu bestimmen. Die Zuschreibung von Freiwilligkeit ist damit eine Wahrnehmungs- und Interpretationssache, Freiwilligkeit – ebenso wie ihre (unbestimmten) Kernkomponenten Freiheit und Wille – eine Kategorie mit normativen Anteilen. Dazu trägt zum Beispiel auch die Grundentscheidung bei, die Existenz eines freien Willens zu unterstellen.⁵⁰⁴ (Auch) für diese Prämisse fehlt eine empirisch gesicherte Grundlage; sie dennoch für gültig zu erklären, ist eine normative Entscheidung.

Dies gilt in gleicher Weise für Einzelfaktoren, die das Konzept der Freiwilligkeit mitbestimmen. So handelt es sich zum Beispiel bei einer Drohung als Inaussichtstellen eines künftigen Übels⁵⁰⁵ nicht um eine bloß deskriptiv-faktische, sondern um eine normative Voraussetzung.⁵⁰⁶ Denn an einem empfindlichen Übel fehlt es nach der Deutung des BGH im Anwendungsbereich des § 240 StGB, „wenn von diesem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält“. Eine soziale Erwartung – und damit ein normativer Aspekt – bestimmt hier also über das Vorliegen eines Umstands, der für die Einordnung eines Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit relevant ist.⁵⁰⁷ Genauso ist eine normative Frage, bis zu welchem Grad und in welchem Kontext von einem Menschen verlangt wird, dass er sich steuert.

Zugleich nimmt die normative Kategorie der Freiwilligkeit umfassend auf Tatsachen Bezug, etwa indem bestimmte Fakten – normativ – zur Bedingung von Freiwilligkeit erklärt werden. So kann beispielsweise der Freiheitsanspruch nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht losgelöst von den tatsächlichen (z. B. kognitiven) Bedingungen der freien Willensentscheidung beurteilt werden.⁵⁰⁸ Das juristische Konzept der Freiwilligkeit integriert also rechtliche und empirische Aspekte, weshalb sich Erfahrungswissenschaften ebenfalls – mit Tatsachenelementen – der Selbstbestimmung bzw. der Freiwilligkeit beschäftigen, etwa wenn es um die Freiwilligkeit einer Selbsttötung geht. Über diese Befassung mit tatsächlichen Voraussetzungen bestimmen auch die empirischen Disziplinen das juristische Konzept der Freiwilligkeit.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ S. Abschnitt B.II.

⁵⁰⁵ Abschnitte B.IV.3. und C.VI.2.b.

⁵⁰⁶ *Toepel*, in: NK/StGB, § 240 Rn. 104 f.; *Altwater/Coen*, in: LK/StGB, § 240 Rn. 84; *Eisele*, in: Schönke/Schröder/StGB, § 240 Rn. 9.

⁵⁰⁷ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 271 f.

⁵⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80, BVerfGE 58, 208 (224 f.) = NJW 1982, 691 (693); BVerfG, Beschl. vom 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, 282 (304 f.) = NJW 2011, 2113 (2115), BVerfG, Beschl. vom 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, BVerfGE 142, 313 (340) = NJW 2017, 53 (56 f.); BVerfG, Beschl. vom 24.07.2018 – 2 BvR 309/15, 2 BvR 502/16, BVerfGE 149, 293 (322) = NJW 2018, 2619 (2620 ff.); BVerfG, Urtr. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15 u. a., NJW 2020, 905 (910).

⁵⁰⁹ S. etwa Abschnitt C.IV.

Im Hinblick auf den Tatsachenbezug der Freiwilligkeit ist damit zu unterscheiden: Das Wesen der Freiwilligkeit entspricht keinem objektiven Sachverhalt, der unabhängig von menschlichen Deutungen und Zuschreibungen – als beobachtbare oder messbare Tatsache – existiert. Freiwilligkeit ist vielmehr eine von Deutungen abhängige Zuschreibung, eine normative, kontextabhängige und variable Kategorie.⁵¹⁰ Allerdings können Tatsachen dabei zu Voraussetzungen der Freiwilligkeit erklärt werden, wie dies etwa im Hinblick auf bestimmte psychische Funktionen (wie etwa einen Wachzustand) der Fall ist.⁵¹¹

V. Zwischenfazit

In der Rechtsordnung wird der Begriff der Freiwilligkeit auf Unterschiedliches bezogen. Zum Beispiel ist damit die Freiheit von Zwang, aber auch die Gesamtheit der Freiheitsbedingungen bei der Selbstbestimmung gemeint. Im Spektrum solcher Deutungen gibt es eine Rechtsnatur, aber keine „Natur“ der Freiwilligkeit. Das Wesen der Freiwilligkeit lässt sich nicht aus Gegebenheiten der realen (Außen-)Welt ableiten, sondern muss zugeschrieben werden. Die Rechtsordnung gibt dabei weder eine Definition noch einen Verwendungszusammenhang vor.

Stets ist Freiwilligkeit für die Frage relevant, ob die Zurechnung von Verhaltensmanifestationen bzw. -folgen der rechtlichen Garantie der Selbstbestimmungsfreiheit gerecht wird.⁵¹² Über das Konzept der Freiwilligkeit soll sichergestellt werden, dass eine Entscheidung zu Recht als eine solche behandelt wird, die der*die Betroffene wollte. Nur wer eine freiwillige Entscheidung trifft, muss sich die rechtlichen Konsequenzen dieser Entscheidung (wie etwa die Verantwortlichkeit dafür)

⁵¹⁰ S. Abschnitt D.IV.

⁵¹¹ Die Feststellung dieser Tatsachen ist nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Soweit Fakten für das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit relevant sind, werden sie vielmehr in Orientierung am aktuellen Stand der empirischen Wissenschaften zugrunde gelegt.

⁵¹² Die „Zurechnung“ als Rechtsbegriff spielt in der Rechtsordnung in verschiedenen Bereichen eine Rolle, so etwa als „objektive Zurechnung“ im Strafrecht (s. a. § 25 Abs. 2 StGB) oder beim Verschulden im Zivilrecht (z. B. §§ 267, 278, 827, 828; § 85 Abs. 2 ZPO). Jeweils wird im Rahmen der Zurechnung einem konkreten Verhalten über bestimmte Zusammenhänge – etwa zwischen dem Verhalten und einem „Taterfolg“ – eine rechtlich relevante Eigenschaft zugeschrieben. Im Strafrecht beispielsweise dient die Rechtsfigur der „objektiven Zurechnung“ dazu, ein Verhalten (in Abgrenzung zum Unglück) als Unrecht zu qualifizieren, s. a. *Fischer StGB*, Vor. § 13 Rn. 24. Insbesondere steht die Zurechnung im Dienst eines Schutzes vor nachteiligen Handlungsfolgen (wie einer Haftung oder Rechtsgutsbeeinträchtigungen), mit denen der Akteur nach den Vorgaben der Rechtsordnung nicht belastet werden soll. Zurechnungsregeln sind Verknüpfungsregeln (z. B. für die Verknüpfung von Handlungen und Erfolgen) und als solche normative Konstrukte, nicht etwas ontologisch Vorgegebenes. Bei der Zurechnung geht es darum, für die rechtliche Bewertung relevante Zusammenhänge herzustellen.

zurechnen lassen.⁵¹³ Freiwilligkeit ist damit eine Zuschreibung im Kontext der Zurechnung. Bei diesem Zurechnungskriterium geht es darum, die getroffene Auswahl zwischen verfügbaren Verhaltensoptionen der handelnden Person, d. h. ihrem Verantwortungsbereich, zuzurechnen.⁵¹⁴

Inhaltlich bezieht sich das Konzept der Freiwilligkeit auf die Frage, ob ein Verhalten dem Willen der handelnden Person entspricht oder nicht. Freiheit wird als Zustand beschrieben, in dem sich ein Individuum seinen Präferenzen entsprechend verhalten kann.⁵¹⁵ Frei entscheiden heißt, nach subjektiven Präferenzen zwischen verschiedenen Handlungsmöglichkeiten auszuwählen.⁵¹⁶ Freiwilligkeit steht im Kontext dieser Möglichkeit, über sich selbst bzw. die zugewiesene Rechtssphäre nach eigenen, selbstgesetzten Maßstäben zu verfügen bzw. zu bestimmen. Für den rechtlichen Freiwilligkeitsbegriff kommt es darauf an, ob eine Entscheidung noch auf der Basis des eigenen Präferenz- und Wertesystems erfolgt.⁵¹⁷

Dem entspricht das Votum des Gesetz- und Verfassungsgebers, wonach im Geltungsbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts die Möglichkeit bestehen muss, die eigene Persönlichkeit sowie die eigenen Präferenzen und Werte durch Verhalten auszudrücken. Das Fundament dafür bildet die Menschenwürde, wonach jeder in seiner Individualität zu achten ist. Dazu gehört, alle erreichbaren und rechtlich anerkannten Möglichkeiten dafür zu erhalten, Individualität zum Ausdruck zu bringen. Diese Ausdrucksmöglichkeit ist an einen Gestaltungsspielraum gekoppelt. Freiheitsbeschränkungen sind Einflussnahmen, die diese Möglichkeiten verkürzen;⁵¹⁸ Unfreiheit wird also durch die Beschränkung von Optionen geschaffen. Das Konzept von Handlungsfreiheit kann damit auch als ein Zustand der „Nichtrestriktion von Optionen“ definiert werden⁵¹⁹, der Freiwilligkeit voraussetzt.

E. FOLGERUNGEN FÜR DIE PROSTITUTION

⁵¹³ Freiwilligkeit bestimmt bei einer Fremdschädigung vor allem darüber, ob die Entscheidung dafür (bei Straftaten: für das Unrecht) vom Betroffenen zu verantworten ist. Im Umgang mit eigenen Rechten kann beispielsweise am Fehlen von Freiwilligkeit (zum Schutz vor einer Selbstschädigung) eine rechtsgestaltende Wirkung scheitern. Beides betrifft die Frage, ob eine Person das eigene Verhalten gegen sich gelten lassen muss.

⁵¹⁴ Nicht zuletzt bedeutet dies Zuschreibung von Eigenverantwortlichkeit.

⁵¹⁵ *Amelung*, GA 1999, 182 (188).

⁵¹⁶ *Rönnau*, Willensmängel, S. 190.

⁵¹⁷ *Gutmann* u. a., MedR 2004, 19 (23).

⁵¹⁸ Dies kann beispielsweise die Folge einer massiven Verschlechterung des Saldos der Vor- und Nachteile einer Verhaltensoption sein, s. etwa Abschnitt C.VI.2.b.

⁵¹⁹ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 79.

I. Relevanz der Freiwilligkeit

Ob das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung im Kontext der Prostitution verletzt wird oder nicht, hängt nicht zuletzt von der freien Ausübung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung ab. Ist die Entscheidung für das Angebot sexueller Dienstleistungen als Ausdruck einer freien Entfaltung der Persönlichkeit zu werten, dann scheidet eine Verletzung des Selbstbestimmungsrechts aus. Ist Prostitution hingegen nicht mit dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in Einklang zu bringen, dann zählen die in der Prostitution tätigen Personen zu den Verletzten. „Freier“ tragen dann zur (sexuellen) Unfreiheit von Anbieter*innen entgeltlicher Sexualhandlungen bei. Die Freiheit der Entscheidung für das Angebot sexueller Dienstleistungen ist damit im Kontext der Prostitution ein Kernaspekt, der im rechtlichen Umgang mit sexuellen Dienstleistungen nicht außen vor bleiben kann. Mit dieser Freiheit steht und fällt – vor dem Hintergrund der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG – die Zulässigkeit der Prostitution im Allgemeinen.

Prostitution ist mit Entscheidungen auf verschiedenen Ebenen verknüpft. So ist (in zeitlicher Hinsicht) zunächst eine Grundentscheidung zu treffen, der Prostitution überhaupt nachzugehen. Später ist dann über die Aufrechterhaltung dieses Entschlusses sowie über jede einzelne sexuelle Handlung und auch über deren Fortsetzung im Einzelfall zu entscheiden.⁵²⁰ Jeweils bedarf es eines freiwilligen Entschlusses⁵²¹ in Ausübung des Rechts auf (sexuelle) Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG⁵²², wobei der Gesetzgeber auf allen zeitlichen Ebenen Gefahren für die Selbstbestimmung sieht. Insbesondere werde nicht stets eine vollkommen aufgeklärte und autonome Entscheidung für die Aufnahme der Prostitution getroffen. Vielmehr gebe es – als Folge von mangelnder Lebenserfahrung oder der Ausübung von Zwang – auch Fälle eines Abgleitens in die Prostitution, bei der sich die Betroffenen in einer „subjektiv alternativlosen Lage“ befänden.⁵²³

Für diese Ausübung des Selbstbestimmungsrechts gelten im Bereich der Prostitution die allgemeinen Einschränkungen: Art. 2 Abs. 1 GG begrenzt die rechtliche Garantie der freien Persönlichkeitsentfaltung darauf, dass die Selbstbestimmung „nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“ (s. a. Abschnitt B.I.). Entsprechend müssen in der Prostitution tätige Personen Einschränkungen bei der

⁵²⁰ In diesem Sinne spricht § 232a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB von „Prostitution aufzunehmen oder fortzusetzen“.

⁵²¹ Wer sexuelle Dienstleistungen anbietet, muss sich zum Beispiel Freier ebenso aussuchen wie die Art des Verkehrs bestimmen können. Dabei geht es auch um die Disposition über andere Schutzgüter als das sexuelle Selbstbestimmungsrecht. Beispielsweise ist das Interesse an der körperlichen Unversehrtheit ebenfalls unmittelbar betroffen, da es im Zusammenhang mit sexuellen Dienstleistungen zu Verletzungen bzw. Beeinträchtigungen der körperlichen Integrität kommen kann, s. beispielsweise *Renzikowski* in MüKo/StGB vor § 174 Rn. 39.

⁵²² S. a. *Mack*, in: *Mack/Rommelfanger*, Sexkauf, 2023, S. 234 ff.: Im Kontext der Prostitution ist ein fortdauerndes Einverständnis aller handelnden Personen zu wahren und zu garantieren. Betroffene haben ein beständiges Kontrollrecht über ihren eigenen Körper.

⁵²³ BT-Drs. 18/8556, S. 33.

Selbstbestimmung hinnehmen, die im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder im Hinblick auf (ebenfalls) geschützte Interessen Dritter geboten sind.⁵²⁴

Für weitere Limitationen gibt es bei Personen, die zur Bildung eines freien Willens in der Lage sind, keinen Legitimationsgrund. In der Verhinderung oder Missachtung einer freien Entscheidung liegt vielmehr eine illegitime (und paternalistische) Fremdbestimmung.⁵²⁵ Abweichungen vom Gewollten kommen jenseits der Beschränkungen nach Art. 2 Abs. 1 GG nur bei Personen in Frage, die wegen Beeinträchtigungen ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit keinen „freien“, sondern nur einen „natürlichen“ Willen bilden können (s. a. Abschnitt C.IV.3.). Dann kann eine hoheitliche Intervention geboten sein, weil der Staat Schutzpflichten hat, wenn eine Person nicht zur freien Willensbildung fähig ist. Zu den legitimen Anliegen der Rechtsordnung zählt hingegen nicht, entscheidungsfähige Menschen gegen ihren erklärten Willen vor sich selbst zu schützen.⁵²⁶ Die Verfassung verweigert dem Staat vielmehr, seine zur freien Willensbestimmung fähigen Bürgerinnen und Bürger zu hindern, sich selbst zu schädigen.⁵²⁷ Denn zur grundrechtlichen Freiheit gehört die Möglichkeit, für die eigene Person Risiken einzugehen oder Schäden in Kauf zu nehmen, soweit Dritte oder die Allgemeinheit nicht in Mitleidenschaft gezogen werden.⁵²⁸ Entsprechend fordert das GG auch insoweit Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung des Einzelnen, was Eingriffen des Staates Grenzen setzt.⁵²⁹

II. Dispositionsbefugnis

Zu den Argumenten in der Prostitutionsdebatte zählt, dass generell über die Sexualität nicht gegen Entgelt disponiert werden könne.⁵³⁰ Sexuelle Kontakte seien nur dann freiwillig, wenn es dafür keine Gegenleistung gebe. Nach dieser Auffassung sind Sexualkontakte der Dispositionsbefugnis des

⁵²⁴ *Di Fabio*, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn. 202; *Valentiner*, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 227 f.

⁵²⁵ S. etwa BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (914).

⁵²⁶ Die Gegenauffassung wurde in der rechtsphilosophischen Diskussion der vergangenen Jahrzehnte massiv kritisiert, weil sie sich einem grundsätzlichen Legitimitätsdefizit gegenübersehe und Menschen unter Missachtung der Grundrechtsfunktionen nicht als Personen ernst nehme, s. *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 237 m. w. N. Das Reichsgericht hat schon im Jahr 1894 Folgendes gesagt: „Dass jemand nach eigener Überzeugung oder nach dem Urteile seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen, als dieser selbst, [...] gewährt jenem entfernt nicht irgend eine rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des anderen einzugreifen ...“, RGSt 25, 375, 378.

⁵²⁷ BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, NJW 2017, 53 (56); BVerfG, Beschl. v. 23.03. 2011 – 2 BvR 882/09, NJW 2011, 2113 (2115).

⁵²⁸ *Gutmann*, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, S. 236 ff.

⁵²⁹ BVerfG, Urt. v. 26.02.2020 – 2 BvR 2347/15, NJW 2020, 905 (909 f); BVerfG, Beschl. v. 26.07.2016 – 1 BvL 8/15, NJW 2017, 53 (57).

⁵³⁰ Es heißt beispielsweise, dass eine Verobjektivierung des Körpers statffinde, die auch nicht durch Zustimmung der sich prostituierenden Person geheilt werden könne, vgl. *Drobnik*, in: Mack/Rommelfanger, Sexkauf, S. 83 f.; s. auch BT-Drs. 14/6781 (EntschlieBungsantrag der CDU/CSU v. 03.07.2001), S. 8.

Rechtsträgers partiell entzogen. Sie sollen gegenleistungsfeindlich und in diesem Sinne unantastbar sein.

Einen solchen Sonderstatus weist die Rechtsordnung Sexualkontakten allerdings nicht zu. Selbst über das Leben als höchstem Individualrechtsgut darf in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts disponiert werden. Die Freiheit zur Selbsttötung ist verfassungsrechtlich ebenso anerkannt wie die zur Selbstschädigung im Übrigen. Dabei wird diese Freiheit von der Verfassung nur „durch die Rechte anderer“, „die verfassungsmäßige Ordnung“ und „das Sittengesetz“ begrenzt. Andere haben keine Rechte an der Sexualität eines Individuums und die verfassungsmäßige Ordnung macht keine Vorgaben im Sinne eines Tauschverbots. Das „Sittengesetz“ schließlich führt im Hinblick auf die behauptete Unantastbarkeit (erneut) zu der – vom Gesetzgeber zum Beispiel mit dem ProstG beantworteten – Frage der Vereinbarkeit mit sittlichen Wertvorstellungen. Dies gilt auch für das Argument, Prostitution könne schon deshalb nicht freiwillig ausgeübt werden, weil niemand seinen eigenen Körper verkaufen dürfe.

Die Option, Sexualität zielgerichtet-instrumentell (und unabhängig von Zuneigung oder körperlicher Anziehung) zur Verbesserung der eigenen Lebensumstände einsetzen zu können, ist daher von der Rechtsordnung als Bestandteil positiver Freiheit anerkannt.⁵³¹ Dies steht im Einklang mit der Entwicklungstendenz in die Richtung des Grundsatzes: „so viel Autonomie wie möglich, so wenig Fremdbestimmung wie nötig“, der in der Rechtsordnung auszumachen ist.⁵³²

Der Prostitution steht grundsätzlich auch nicht die Rücksichtnahme auf mögliche Haltungsänderungen in der Zukunft entgegen. Vielmehr kommt ein genereller Vorrang der jeweils aktuellen Präferenzen gegenüber den Vorstellungen eines späteren „Selbst“ in der Rechtsordnung deutlich zum Ausdruck (s. Abschnitt D.II.2). Dieser Vorrang ist auch ohne Weiteres begründet, soweit aktuelle Präferenzen klar feststehen, während das Zukünftige im Ungefähren liegt.

III. Bestimmungsfähigkeit

1. Grundvermutung der Bestimmungsfähigkeit

Auch für die Anbieter*innen sexueller Dienstleistungen gilt natürlich die Grundvermutung, dass reife sowie psychisch gesunde Erwachsene die Fähigkeit zur freien Entscheidung haben (s. Abschnitte B.II., B.III. und C.IV.1.). Auch bei ihnen legt der Gesetz- bzw. Verfassungsgeber „die Vorstellung vom

⁵³¹ S. a. Hörnle, ZStW 2015, 851 (884).

⁵³² Beispielsweise ist deshalb im Betreuungsrecht eine Abkehr von der entrechtenden Bevormundung der Entmündigung erfolgt, Spickhoff, in: MüKo/BGB, § 105a Rn. 1.

Menschen als einem geistig-sittlichen Wesen zugrunde, das darauf angelegt ist, sich in Freiheit selbst zu bestimmen und zu entfalten“.⁵³³

2. Beeinträchtigungen der Bestimmungsfähigkeit

Jede sexuelle Handlung unter Einbeziehung von Sexualpartner*innen bedarf deren Zustimmung, ohne die der*die andere zum Objekt fremdbestimmter sexueller Begierden herabgewürdigt wird. Wirksam zustimmen kann nur, wer nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung in der Lage ist, die Bedeutung seiner Entscheidungen zu erfassen und sein Handeln danach einzurichten (s. Abschnitt C.IV.). Die Zustimmung zu sexuellen Handlungen in der Prostitution setzt auf der intellektuellen Ebene eine zureichende Erkenntnisfähigkeit (Einsichtsfähigkeit) hinsichtlich der Tragweite und der Bedeutung von kommerzialisierten Sexualkontakten und daraus eventuell folgender Gefährdungen voraus. Zudem muss die zustimmende Person handlungsfähig, d. h. in der Lage sein, ihrer Einsicht gemäß zu handeln.⁵³⁴

Fehlt es an der Fähigkeit zur Selbstbestimmung, kommt eine Teilnahme an der Prostitution nicht in Betracht. Zwar können auch die Entscheidungen von Personen mit beeinträchtigter Selbstbestimmungsfähigkeit, d. h. die Ausdrucksformen eines natürlichen Willens, rechtlich beachtlich sein (s. Abschnitt D.II.2.). Der Gesetzgeber hat dazu Erheblichkeitsschwellen definiert, die sich insbesondere auf die individuelle Bedeutung der Vor- und Nachteile der jeweiligen Entscheidung beziehen. Zum Beispiel können Geschäftsunfähige gem. § 105a S. 1 BGB „Geschäft[e] des täglichen Lebens ... mit geringwertigen Mitteln“ unter näher beschriebenen Voraussetzungen rechtswirksam tätigen, sich aber keiner „erheblichen Gefahr für die Person oder das Vermögen des Geschäftsunfähigen“ aussetzen. Weil die Tätigkeit in der Prostitution über das Gefahrenniveau von „Geschäft[en] des täglichen Lebens ... mit geringwertigen Mitteln“ hinausgeht, ist ein darauf gerichteter „natürlicher Wille“ unbeachtlich.

Dass die Unfähigkeit zur Selbstbestimmung einer Tätigkeit in der Prostitution entgegensteht, ergibt sich auch aus § 12 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG). Danach ist Geschäftsfähigkeit die Voraussetzung dafür, Verfahrenshandlungen im Verwaltungsverfahren wirksam vorzunehmen. Eine Verfahrenshandlung erfordert aber bereits die Anmeldung nach § 3 Abs. 1 ProstSchG, die Voraussetzung für eine Tätigkeit als Prostituierte oder als Prostituirter ist. Diese Tätigkeit ist also von vornherein denen verwehrt, die geschäftsunfähig sind.

In Frage gestellt wird die Befähigung zur Selbstbestimmung nach der Konzeption der Rechtsordnung erst, wenn konkrete Anhaltspunkte für Beeinträchtigungen vorliegen (Abschnitt C.IV.). Greifbare

⁵³³ Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE 123, 267 (Lissabon) = NJW 2009, 2267 (2289); BVerfG, Urt. v. 21.06.1977 – 1 BvL 14/76, BVerfGE 45, 187 = NJW 1977, 1525 (1526).

⁵³⁴ Vgl. a. *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 699 ff.

Indizien müssen dafür sprechen, dass das Präferenzsystem der betroffenen Person keine handlungsleitende Funktion innehat,⁵³⁵ weil die Person nicht weiß, was sie tut,⁵³⁶ oder weil sie nicht nach relevanten Einsichten handeln kann.⁵³⁷ Solche Defizite sind – im Rahmen einer anlassspezifischen Gesamtbetrachtung – im Einzelfall konkret festzustellen (Abschnitt C.IV.3.). Deshalb sind Vermutungen oder generalisierende Tendenzen nicht ausreichend. Soweit Aussagen zur Selbstbestimmungsfähigkeit für ganze Gruppen Geltung beanspruchen, müssen sie sich auf Eigenschaften beziehen, die vom gesamten Kollektiv geteilt werden.

Für die Personen, die in der Prostitution tätig sind, wurden bisher keine Gemeinsamkeiten beschrieben, die bei jedem Mitglied dieser Gruppe vorliegen und eine Beeinträchtigung der Selbstbestimmungsfähigkeit zur Folge haben. Insbesondere das – für diese Personengruppe konstitutive – Angebot sexueller Dienstleistungen selbst lässt nach den Maßstäben der Rechtsordnung nicht per se auf Freiwilligkeitsdefizite schließen. Generell belegt ein bestimmtes Verhalten für sich genommen nur in seltenen Extremfällen intrinsische Sachverhalte (wie beispielsweise ein bestimmtes psychisches Funktionsniveau). Auch für die Beteiligung an der Prostitution ist nicht belegt, dass sie zwangsläufig mit bestimmten Defiziten der Selbstbestimmungsfähigkeit verknüpft ist.

Beispielsweise lässt die Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung – die als besonders relevant im Bereich der Prostitution diskutiert wird⁵³⁸ – nicht unmittelbar auf eine Beeinträchtigung der Bestimmungsfähigkeit schließen. Generell gibt eine Diagnose als solche das Ergebnis zur Selbstbestimmungsfähigkeit nicht vor. Vielmehr ist das Vorliegen einer psychischen Störung oder eines anderen psychischen Ausnahmezustands nach der Konzeption der Rechtsordnung nur die Eingangsvoraussetzung dafür, dass Beeinträchtigungen der Selbstbestimmungsfähigkeit in Betracht kommen (Abschnitt C.IV.3.). Diese bestehen nur dann, wenn zusätzlich zum Vorliegen eines psychischen Ausnahmezustands die Einsichtsfähigkeit und/oder die Steuerungsfähigkeit aufgehoben ist.

Auch andere Einzelumstände (wie etwa eine unvernünftige Entscheidung) lassen für sich genommen keinen Schluss auf Defizite der Selbstbestimmungsfähigkeit zu.⁵³⁹ Sie sind vielmehr nur im Rahmen einer mehrdimensionalen Betrachtung zuverlässig feststellbar (Abschnitte C.IV.2. und C.IV.3.).

⁵³⁵ MüKo-StGB/*Streng*, § 20 Rn. 65, 67; vgl. auch *Seifert*, Forensische Psychiatrie, S. 20–21; *Nedopil*, in: *Bliesener/Lösel/Dahle* (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364–365; *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 148.

⁵³⁶ MüKo-StGB/*Streng*, § 20 Rn. 50.

⁵³⁷ *Lindemann/Michna*, in: *Dudeck/Kaspar* (Hrsg.), FAQ Forensische Psychiatrie und Psychologie, S. 44; *Seifert*, Forensische Psychiatrie, S. 20; MüKo-StGB/*Streng*, § 20 Rn. 51; *Nedopil*, in: *Bliesener/Lösel/Dahle* (Hrsg.), Lehrbuch Rechtspsychologie, S. 364; *Konrad/Huchzermeier/Rasch*, Forensische Psychiatrie und Psychotherapie, S. 146; *Müller/Nedopil*, Forensische Psychiatrie, S. 41–42.

⁵³⁸ S. beispielsweise *Sonnenmoser*, Deutsches Ärzteblatt PP, 2021.

⁵³⁹ S. etwa *Gunther/Karle*, in: *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass* Hdb. d. Forensische Psych., Bd. 2, S. 575 f.

Getroffen wurde diese Feststellung bisher weder für die Mehrheit noch für die gesamte Gruppe der Personen, die in der Prostitution tätig sind. Dabei müssen Feststellungen zur Selbstbestimmungsfähigkeit deshalb zuverlässig sein, weil Fehleinschätzungen hier mit Gefahren in zwei Richtungen verbunden sind: Wird fälschlich eine nicht vorhandene Selbstbestimmungsfähigkeit zugeschrieben, verhindert dies nicht zuletzt eine Aktivierung staatlicher Schutzpflichten. Umgekehrt eine vorhandene Selbstbestimmungsfähigkeit abzusprechen, ist mit der Gefahr einer unzulässigen Fremdbestimmung verknüpft.

3. Reife

Die Unfähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung kann auch Folge einer entwicklungsbedingten Unreife sein. Davon geht das Gesetz für Kinder vor Vollendung des 14. Lebensjahrs aus: Dass sie noch nicht zu hinreichender sexueller Selbstbestimmung in der Lage sind, unterstellt § 176 StGB unwiderleglich. Für Jugendliche im Alter von 14 und 15 Jahren gilt als typisch, dass der Prozess der Entwicklung sexueller Reife noch nicht abgeschlossen ist, was im Einzelfall aber anders sein kann. Daher darf bei Personen ab 14 Jahren nicht allein aufgrund ihres Alters generell davon ausgegangen werden, sie seien noch nicht zu einer sexuellen Selbstbestimmung in der Lage. Vielmehr sind dazu im Bedarfsfall konkrete Feststellungen zu treffen.⁵⁴⁰

Volljährigen Personen hingegen schreibt das Gesetz ohne solche Vorbedingungen die Fähigkeit zu, eigenverantwortlich ihre Sexualkontakte zu gestalten.⁵⁴¹ Dabei gibt es allerdings im Zusammenhang mit Sexualkontakten gegen Entgelt Besonderheiten bei der Gruppe der – auch als Heranwachsende bezeichneten⁵⁴² – Volljährigen, die noch nicht das 21. Lebensjahr vollendet haben: Die Ausübung der Prostitution gestattet der Gesetzgeber mit Vollendung des 18. Lebensjahrs, wenn sich Personen über 18 Jahren unbeeinflusst dafür entscheiden.⁵⁴³ Hingegen sieht der Gesetzgeber mit § 232a Abs. 1 StGB eine Bestrafung vor, wenn Personen unter 21 Jahren „veranlasst“ werden, die Prostitution aufzunehmen oder fortzusetzen. Nach dieser Vorschrift wird auch ohne das Ausnutzen einer Zwangslage oder einer Hilflosigkeit gem. § 232a Abs. 1 StGB als Zwangsprostitution bestraft, wer „eine andere Person unter einundzwanzig Jahren“ über eine kommunikative Beeinflussung zur Prostitution oder unter Ausbeutung zu sexuellen Handlungen motiviert.⁵⁴⁴ Volljährige erfahren damit bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs einen besonderen Schutz, der älteren Personen nicht gewährt wird. Heranwachsenden wird einerseits – mit der Gestattung der Prostitutionsübung – die Fähigkeit zugeschrieben, über die Teilnahme an der Prostitution selbstbestimmt zu entscheiden. Andererseits wird diese Entscheidung vor einer Beeinflussung durch Dritte (in Form einer Bestimmung bzw. Veranlassung) geschützt.

⁵⁴⁰ *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 699 ff.

⁵⁴¹ *Renzikowski*, in: MüKo/StGB, § 232a Rn. 3.

⁵⁴² S. § 1 Abs. 2 JGG.

⁵⁴³ S. etwa § 1 ProstSchG; BT-Drs. 18/8556, S. 59.

⁵⁴⁴ S. zum Begriff der Veranlassung *Renzikowski*, in: MüKo/StGB, § 232a Rn. 22.

Dem liegt die Annahme zugrunde, dass unter 21-Jährige im Fall einer Veranlassung i. S. d. § 232a StGB nicht dazu in der Lage sind, die Tragweite und Bedeutung ihrer Entscheidung für sexuelle Handlungen einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.⁵⁴⁵ Auch sieht der Gesetzgeber für Heranwachsende strengere Voraussetzungen für die Aufnahme der Prostitution vor als bei älteren Personen.⁵⁴⁶ Dabei geht er davon aus, dass Heranwachsende „aufgrund ihrer noch geringen Lebenserfahrung und der in der Regel noch in der Entwicklung befindlichen persönlichen Reife besonders schutzbedürftig sind, wenn es um die Ausübung gefahrgeneigter Tätigkeiten wie der Prostitution geht.“⁵⁴⁷ Heranwachsende seien vielfach noch nicht in der Lage, die Tragweite einer Tätigkeit in der Prostitution und die damit verbundenen Risiken richtig einzuschätzen. Nicht zuletzt wegen ihrer Unerfahrenheit müsse von einer starken Gefährdung dafür ausgegangen werden, in der Prostitution ausgebeutet zu werden oder in eine subjektiv ausweglose Lage zu geraten. Besondere Schutzvorkehrungen seien daher notwendig, um dieser besonderen Lage unter Abwägung der relevanten Risiken ausreichend Rechnung zu tragen.⁵⁴⁸ Bei Entscheidungen über entgeltliche Sexualkontakte sieht die Rechtsordnung Heranwachsende also als selbstbestimmungsfähig, aber zugleich besonders schutzbedürftig an.

Die Annahme der Selbstbestimmungsfähigkeit fügt sich dabei in ein System ein, das von anderen Regelungen zum Umgang mit Heranwachsenden gebildet wird. So geht die Rechtsordnung mit Eintritt der Volljährigkeit⁵⁴⁹ vom Vorliegen der Geschäftsfähigkeit⁵⁵⁰ und der Strafmündigkeit⁵⁵¹ aus. Die Konsequenzen von Straftaten Heranwachsender wird im Jugendstrafrecht zwar vom Reifestand abhängig gemacht,⁵⁵² dies berührt die (vorgelagerte) Frage der Strafmündigkeit aber nicht. Sie ist für Heranwachsende ausnahmslos zu bejahen; eine Strafunmündigkeit nach § 3 JGG kommt für diese Altersgruppe nicht (mehr) in Betracht, da § 3 JGG nur für Jugendliche gilt.

Zugleich betont der Gesetzgeber in unterschiedlichen Zusammenhängen, dass die entwicklungsbedingte Reife bei Heranwachsenden anders zu beurteilen ist als bei Personen, die das 21. Lebensjahr bereits vollendet haben. Das Jugendstrafrecht berücksichtigt zum Beispiel die Möglichkeit, dass auch bei Heranwachsenden der Prozess der Reifeentwicklung noch nicht

⁵⁴⁵ *Renzikowski*, in: MüKo/StGB, § 232a Rn. 2.

⁵⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 18/8556, S. 59: „Für Personen in der Altersgruppe zwischen dem vollendeten 18. und 21. Lebensjahr enthält das Gesetz einige Sondervorschriften, die der besonderen Vulnerabilität Heranwachsender Rechnung tragen.“ So etwa § 5 Abs. 2 Nr. 4 und Abs. 4 S. 2 ProStSchG.

⁵⁴⁷ BT-Drs. 18/8556, S. 35.

⁵⁴⁸ BT-Drs. 18/8556, S. 35.

⁵⁴⁹ Sie tritt nach § 2 BGB mit Vollendung des 18. Lebensjahres ein.

⁵⁵⁰ S. §§ 104 Nr. 1, 106 BGB. Die Geschäftsfähigkeit korrespondiert mit der rechtlichen Verantwortlichkeit für das eigene Tun im Rechtsverkehr, vgl. dazu *Kudlich*, in: LK/StGB, § 232a Rn. 4.

⁵⁵¹ S. §§ 19 StGB, 3 JGG.

⁵⁵² S. etwa § 105 Abs. 1 JGG.

abgeschlossen sein muss.⁵⁵³ Dahinter steht der Befund, dass sich über das 18. Lebensjahr hinaus insbesondere noch das Gehirnareal (die „kortikale Region“), das für das Zusammenspiel von kognitiven und emotionalen Prozessen zuständig ist, in der Entwicklung befinden kann (s. a. Abschnitt C.IV.4.). Deshalb erscheinen bei Heranwachsenden sogenannte „exekutive Funktionen“ wie Planung, Vorausschau oder Impulskontrolle im Vergleich zu älteren Personen oft eingeschränkt,⁵⁵⁴ ebenso die Fähigkeiten zur Selbstreflexion bzw. zum selbstständigen Hinterfragen des eigenen Denkens, Fühlens und Handelns.⁵⁵⁵ Zu den Folgen davon gehört vor allem eine gesteigerte Beeinflussbarkeit aufgrund der erhöhten Reaktionsfähigkeit auf Anreize sowie eine erhöhte Impulsivität bei gleichzeitigen Defiziten der (vorausschauenden) Entscheidungsfindung.

Das Tempo der Reifeentwicklung ist individuell verschieden, auch verläuft die Reifeentwicklung bei der gleichen Person oft bereichsabhängig in unterschiedliche Richtungen.⁵⁵⁶ Dieser Dynamik der Reifeentwicklung werden starre Altersgrenzen nicht gerecht, auch sind klare Grenzziehungen innerhalb der Phase der Adoleszenz nicht möglich.⁵⁵⁷ Daher ist trotz der Volljährigkeit bei Heranwachsenden damit zu rechnen, dass sie sich noch in einer Übergangsphase befinden. Vor diesem Hintergrund wird vom Gesetzgeber in unterschiedlichen Regelungszusammenhängen die Selbstbestimmungsfähigkeit von Heranwachsenden (kategorial) bejaht, dies aber gleichzeitig (im Sinne einer dimensional Abschwächung) mit der Annahme einer geringeren Stabilität des Selbstbestimmungsvorgangs verknüpft.

Fragen wirft dabei auf, dass der Gesetzgeber Heranwachsenden die Fähigkeit zur Selbstbestimmung über entgeltliche Sexualekontakte unter Voraussetzungen abspricht, die in anderen Zusammenhängen nicht diese Konsequenz haben. So ist in Zwangslagen die Veranlassung sexueller Dienstleistungen unter den Voraussetzungen des § 232a StGB strafbar. Hingegen wird nicht bestraft, wer in der gleichen Lage andere Tätigkeiten gegen Entgelt oder sogar eine Selbsttötung veranlasst.⁵⁵⁸

Zur Rechtfertigung solcher Unterschiede kann – jedenfalls im Verhältnis zu anderen Schutzbelangen als dem Leben – beitragen, dass Sexualität ein besonders gefahrenträchtiger Bereich ist. So ist die Sexualität ebenso zentraler Bestandteil der persönlichen Identität wie Projektionsfläche für Vorurteile, Diskriminierungen und Stigmatisierungen. Die Disposition über die eigene Sexualität ist mit Risiken verbunden, die bei der Verfügung über andere Rechtsgüter nicht bestehen. So sind

⁵⁵³ S. etwa § 105 Abs. 1 JGG. Auch im Zusammenhang mit der Abgabe von Cannabis durch Anbauvereinigungen weist der Gesetzgeber zum Beispiel ausdrücklich darauf hin, dass die Gehirnentwicklung bei Heranwachsenden noch nicht vollständig abgeschlossen ist, s. BT-Drs. 20/8704, S. 116.

⁵⁵⁴ *Neubacher*, BMJV 2017, S. 121, 125.

⁵⁵⁵ *Neubacher*, BMJV 2017, S. 121, 125.

⁵⁵⁶ *Bausch*, Berücksichtigung d. individuellen Entw. bei d. Auslegung strafrechtl. Normen am Bsp. d. dolus eventualis, S. 110.

⁵⁵⁷ *Günter*, in: Venzlaff, Psychiatrische Begutachtung, S. 644 ff.

⁵⁵⁸ Zwar vermittelt § 232 Abs. 1 StGB hier einen Schutz gegen Ausbeutung, der allerdings nicht so weit reicht wie der Anwendungsbereich des § 232a StGB.

beispielsweise die (körperlichen, sozialen oder psychischen) Folgen von Handlungen mit Sexualbezug – etwa für die eigene Weiterentwicklung, die Selbstwahrnehmung, für soziale Beziehungen oder spätere Befindlichkeiten – oft schwieriger einzuschätzen als bei anderen (zum Beispiel nur finanziell relevanten) Entscheidungen. Soweit Entscheidungen bei der Disposition über die eigene Sexualität im Widerspruch zum eigenen Präferenzsystem stehen (oder später in Widerspruch dazu geraten), ist die Gefahr von Nachteilsfolgen groß.

Ein besonderes Schutzbedürfnis ergibt sich auch daraus, dass sich Menschen bei Sexualkontakten (in der Regel) unter Ausschluss Dritter sehr nahekomen. In direkten Begegnungen werden Verhaltensregeln und -grenzen ausgehandelt, wobei es auf die Definitionsmacht und damit das psychische Funktionsniveau der Beteiligten ankommt. Schon kleine Asymmetrien haben große Auswirkungen. Dabei wird ein Gefälle bei den Handlungskompetenzen nicht vom Kompetenzniveau als solchem, sondern vom Zurückbleiben hinter dem Kompetenzniveau des Anderen bestimmt. Die Person mit der geringeren Kompetenz ist benachteiligt und wird vor der Überlegenheit des Anderen in der Regel auch nicht durch Dritte geschützt. Wegen der Disparität der Macht sind deshalb zum Beispiel Sexualkontakte zwischen Erwachsenen und Kindern inakzeptabel.⁵⁵⁹

Zudem steht die Reifeentwicklung im Bereich der Sexualität vor besonderen Herausforderungen: So hängen soziale Lernprozesse vor allem von der Möglichkeit ab, Erfahrungen mit Handlungsfolgen im sozialen Miteinander (und sei es über das Modell bzw. Vorbild anderer) zu sammeln.⁵⁶⁰ Entwicklungen finden in Lern- und Erprobungsfeldern statt, sodass ein fehlender Zugang dazu sich als Entwicklungshindernis auswirkt.⁵⁶¹ Die Lern- und Erprobungsfelder für die Sexualität aber werden im Reifeprozess vergleichsweise spät zugänglich. Auch ist Sexualität generell ein – schon über die Intimität – abgeschirmter Bereich, in dem für die kommerzialisierte Sexualität noch zusätzliche Zugangsbarrieren bestehen.

Deshalb steht der Reifevorgang im Bereich der Sexualität vor besonderen Herausforderungen, die noch größer werden, wenn es um sexuelle Handlungen gegen Entgelt geht. Darauf bezogen ist es in der Entwicklungsphase kaum möglich, realistische Vorstellungen im Hinblick auf die maßgeblichen Aspekte zu entwickeln. Dieser Bereich ist gegenüber Minderjährigen in besonderer Weise abgeschottet und eine operante Konditionierung ebenso wie ein belastbares Modell-Lernen nicht möglich.⁵⁶² Impulse von außen sind vorselektiert, auch schafft Geld einen starken Anreiz für eine korrumpierte Disposition über die Sexualität.

⁵⁵⁹ *Renzikowski* in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts Band 4, 1. Aufl. 2019, 1. Die Systematik der Schutzaltersgrenzen, Rn. 87.

⁵⁶⁰ S. a. *Dölling*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensische Psych, Bd. 2, S. 438.

⁵⁶¹ S. etwa *Gunther/Karle*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensische Psych, Bd. 2, S. 577 f.

⁵⁶² In Abgrenzung dazu bezieht sich beispielsweise das – mit Vollendung des 18. Lebensjahrs zugesprochene – Wahlrecht bei Bundestagswahlen auf ein öffentlich zugängliches Lernfeld, indem ein Diskurs zwischen Wählern und zu Wählenden in einem transparenten Kommunikationsprozess geführt wird, s. *Klein/Schwarz*, in: Dürig/Herzog/Scholz GG, Art. 38 Rn. 158–160.

Im Bereich der Sexualität – und erst recht der kommerzialisierten Sexualität – bildet sich daher die Fähigkeit zur Selbstbestimmung später aus als in Handlungsfeldern, die bereits zu einer kindlichen Lebenswelt gehören.⁵⁶³ Heranwachsende können kaum eigene Erfahrungen mit kommerzialisierter Sexualität haben und sind leichter zu manipulieren sowie weniger urteilssicher als ältere Erwachsene. Nicht zuletzt sind sie im Hinblick auf eine Ausnutzung von Naivität auf Täuschungen oder Fremdbestimmungen besonders gefährdet.⁵⁶⁴ Im Einklang damit stuft der Gesetzgeber die Prostitution als gefahrgeneigte Tätigkeit ein,⁵⁶⁵ bei der er insbesondere Gefahren für die sexuelle Selbstbestimmung sieht,⁵⁶⁶ weshalb die Verfügung über die Sexualität und vor allem über die kommerzialisierte Sexualität⁵⁶⁷ einen privilegierten Schutz genießt.

Dem System der rechtlichen Vorgaben zur Selbstbestimmungsfähigkeit entspricht damit, Heranwachsenden einerseits zwar die Befähigung für eine selbstbestimmte Entscheidung über die Teilnahme an der Prostitution zuzuschreiben. Nach dem (zweistufigen) Regelungsplan der Rechtsordnung für den Umgang mit Heranwachsenden ist aber zusätzlich zu berücksichtigen, dass Heranwachsenden nicht das Gleiche Maß der Kontrolle über die Selbstdefinitionen zuzuschreiben ist wie älteren Personen. Deshalb bedarf es besonderer Schutzvorkehrungen, so insbesondere im Hinblick auf das erforderliche Entscheidungswissen.

IV. Realitätsbezug

Voraussetzung einer freien und selbstbestimmten Entscheidung ist die Kenntnis aller entscheidungsrelevanten Umstände (s. Abschnitt C.V.). Deshalb verlangt auch die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts im Zusammenhang mit der Prostitution eine informierte Einwilligung in Kenntnis aller relevanten Umstände. Für die Sicherstellung dieses Erfordernisses bietet sich bei der Grundentscheidung für die Prostitution das Anmeldeverfahren an, das von den §§ 3 ff. des ProstSchG ausgestaltet wird. In diesem Rahmen ist umfassend über die Tätigkeit in der Prostitution aufzuklären, so zum Beispiel über ihre Risiken. Dabei empfiehlt sich eine Orientierung an den etablierten Regeln für den ärztlichen Heileingriff⁵⁶⁸ (auch weil Prostitution in besonderer Weise mit Gesundheitsrisiken verbunden ist):

⁵⁶³ S. etwa *Bauer/Remschmidt*, in: Kröber ua: Handbuch Forensische Psych., Bd. 1, S. 470 f.; *Gunther/Karle*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensische Psych, Bd. 2, S. 577 und 579; *Dölling*, in: Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensische Psych, Bd. 2, S. 437 f.

⁵⁶⁴ Vgl. a. Gesetzesbegründung 18/8556, S. 35.

⁵⁶⁵ BT-Drs. 18/8556, S. 35.

⁵⁶⁶ BT-Drs. 18/8556, S. 33.

⁵⁶⁷ In Rede steht hier nicht Unmündigkeit im Bereich der Sexualität, sondern des Sexkaufs.

⁵⁶⁸ S. dazu Abschnitt C. V.

Bereits jetzt dient der sexuellen Selbstbestimmung das sog. Informations- und Beratungsgespräch nach den §§ 7, 8 ProstSchG, das im Rahmen des Anmeldeverfahrens geführt wird. Ausgerichtet ist dieses Gespräch (wie das Anmeldeverfahren insgesamt) auf die Übermittlung von „Grundinformationen über die eigenen Rechte und Pflichten und über die in Deutschland bestehenden Unterstützungsmöglichkeiten“.⁵⁶⁹ Insbesondere sind in der Prostitution tätige Personen dabei zu unterstützen, „unrechtmäßige Einschränkungen ihrer sexuellen Selbstbestimmung“ (etwa in Form von Vorgaben zur Ausübung der prostitutiven Akte) zurückzuweisen.⁵⁷⁰ Genutzt werden soll das Informations- und Beratungsgespräch überdies zur Erlangung von Anhaltspunkten für die Einschätzung, ob die zur Anmeldung erschienene Person Opfer von prostitutionsbezogener Kriminalität ist (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 und 5 ProstSchG). In diesem Fall hat die Behörde eine Anmeldebescheinigung zu versagen und unverzüglich Maßnahmen zum Schutz der Person zu ergreifen (§ 9 Abs. 2 ProstSchG).

Der Umfang der Informationsvermittlung bei diesen Gesprächen sollte sich daran orientieren, dass über Wesen, Risiken und Nachteile der Tätigkeit in der Prostitution ebenso aufzuklären ist, wie über das Recht und die Möglichkeit, diese Tätigkeit jederzeit zu beenden. Dafür sind die in den §§ 7 und 8 ProstSchG geregelten Anforderungen an die Informationsvermittlung – in Orientierung an den Maßstäben für die informierte Einwilligung – weiter auszubauen. Zu führen ist ein „erweitertes“ Informationsgespräch, mit dem die erforderliche Informationsgrundlage für einen selbstbestimmten Entscheidungsprozess geschaffen wird. Dabei bedarf es einer Orientierung an den Umständen des Einzelfalls. Für die gesundheitliche Beratung sehen die Gesetzesmaterialien auch ausdrücklich vor, dass sie „angepasst an die persönliche Lebenssituation der beratenen Person“ erfolgen soll.⁵⁷¹ Ein solches Gebot der Individualisierung wurde hingegen für das Informations- und Beratungsgespräch nach den §§ 7, 8 ProstSchG nicht explizit bestimmt.

Konkret ist zum Beispiel über Gefahren und Risiken der Prostitutionstätigkeit aufzuklären. Die bisherigen Anforderungen an das Informations- und Beratungsgespräch haben insbesondere Auskünfte über soziale und gesundheitliche Angebote für Prostituierte zum Inhalt. Eine Aufklärung über die mit der Tätigkeit einhergehenden Gefahren und Risiken ist nicht vorgesehen. Das Anbieten sexueller Dienstleistungen stellt jedoch (auch in den Augen des Gesetzgebers⁵⁷²) eine im Vergleich zu anderen Berufsfeldern gefahrgeneigte Tätigkeit dar. Die damit verbundenen Risiken sind im Rahmen des „erweiterten“ Informationsgesprächs vor Augen zu führen, verharmlosenden oder in anderer Weise fehlerhaften Vorstellungen ist entgegenzutreten. Anknüpfend an die Verpflichtung, bei ärztlichen Eingriffen über Entscheidungsalternativen aufzuklären, sind zudem im Rahmen des „erweiterten“ Informationsgesprächs ebenfalls Hinweise auf berufliche Alternativen vorstellbar. Sie

⁵⁶⁹ BT-Drs. 18/8556, S. 63.

⁵⁷⁰ BT-Drs. 18/8556, S. 70.

⁵⁷¹ BT-Drs. 18/8556, S. 70.

⁵⁷² BT-Drs. 18/8556, S. 35.

können nicht in einer umfangreichen Berufsberatung münden, aber Grundlage für eine eigenständige Prüfung von Wahlmöglichkeiten sein.

Im Gespräch sollten die Betroffenen nicht durch eine einseitige Aufklärung in eine Situation gebracht werden, in der sie sich beeinflusst sehen, ihre Prämissen unterzuordnen. Von Seiten der gesprächsführenden Person ist eine ausreichende Neutralität zu wahren. Informationen sind so zu vermitteln, dass ihre Adressat*innen die Möglichkeit erlangen, diese selbstständig zu reflektieren. Dazu muss sich das Gespräch inhaltlich und sprachlich an den Verständnismöglichkeiten der jeweiligen Person (Empfängerhorizont) orientieren.⁵⁷³ Bei Sprachbarrieren ist gegebenenfalls eine sprachkundige Person oder ein*eine Dolmetscher*in hinzuzuziehen. Wichtig erscheint auch, geeignete und detaillierte Informationsbögen in sämtlichen Sprachen verfügbar zu haben.⁵⁷⁴

Die beschriebenen Erfordernisse im Hinblick auf die (inhaltliche und formale) Gesprächsgestaltung stellen erhebliche Anforderungen an die Qualifikation der gesprächsführenden Person. Sie muss beispielsweise sachkundig über die Risiken und Nachteile der Prostitution aufklären und dabei zu einer funktionalen Gesprächsführung in der Lage sein. Diese Kompetenzen sind in der Regel ohne vorherige Schulung nicht sichergestellt. Bisher finden sich in Gesetz und Gesetzesbegründung keine expliziten Vorgaben dazu, die sich mit der Qualifikation der informierenden Personen auseinandersetzen. Geregelt ist, dass die zuständige Behörde die Gespräche durchführt. Für die geforderte Selbstbestimmungsaufklärung müssen die gesprächsführenden Personen jedoch fachlich hinreichend qualifiziert und geschult sein. Dabei ist zu beachten, dass mit steigenden Anforderungen an das „erweiterte“ Informationsgespräch auch die Anforderungen an die Durchführung wachsen.

Heranwachsende, die in der Prostitution tätig sind oder tätig werden wollen, sind mit Blick auf spezifische Schutzbedürfnisse vor Erteilung einer Anmeldebescheinigung besonders umfassend aufzuklären. Insbesondere müssen sie in die Lage versetzt werden, Prostitution als gefahrgeneigte Tätigkeit einzuordnen, die damit verbundenen Risiken richtig einzuschätzen⁵⁷⁵ und den Gefahren einer Ausbeutung bzw. Ausnutzung von Naivität, von Täuschungen oder einer Fremdbestimmung⁵⁷⁶ zu begegnen. Dazu bedarf es eines qualifizierten Aufklärungsgesprächs mit einer besonders eindringlichen Risikoaufklärung, das auf dem zuvor dargestellten „erweiterten“ Informationsgespräch aufbaut. Auch ist das qualifizierte Aufklärungsgespräch dafür zu nutzen, eventuell vorliegende Anhaltspunkte für einen unabgeschlossenen Reifeprozess zu erfassen. Dazu sind Screening-Fragen zur allgemeinen Lebensgestaltung, aber auch zur psychosexuellen Reife und zur materiellen Orientierung zu stellen. Für weitere Konkretisierungen zur Gesprächsgestaltung

⁵⁷³ S. a. BT-Drs. 18/8556, S. 69 f.

⁵⁷⁴ Diese Anforderung ist bereits in § 7 Abs. 3 ProstSchG geregelt und in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/8556, S. 71) beschrieben.

⁵⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 18/8556, S. 35.

⁵⁷⁶ BT-Drs. 18/8556, S. 35.

empfiehlt sich die Einholung eines (interdisziplinären) Gutachtens unter entwicklungspsychologischer und juristischer Beteiligung, das auch praktisch handhabbare Screening-Instrumente zum Gegenstand haben könnte.

V. Freiheit von Zwang

Im Zusammenhang mit der Freiheit von Zwang zeigt sich besonders deutlich, dass Freiwilligkeit und Selbstbestimmung im Rechtssinne Zuschreibungen und keine Tatsachen sind. Ihr Wesen – und damit das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit – wird von (diskursiv ausgehandelten) Wertentscheidungen bestimmt. Dies zeigt sich bereits bei der Frage, ob überhaupt eine Wahlmöglichkeit besteht: Wenn es heißt, eine Person hatte keine andere Wahl, bezieht das oft Wertungen – wie zum Beispiel eine Beurteilung der Zumutbarkeit – mit ein. Beispielsweise belässt die Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Erzwingung einer Sexualhandlung rein tatsächlich die Möglichkeit, sich für das Übel zu entscheiden, worin allerdings keine zumutbare Alternative liegt (s. a. Abschnitt C.VI.). Mit dieser Wertungsabhängigkeit hat Freiwilligkeit keine feststehende Bedeutung, sondern ist für Anpassungen (etwa an die Bedürfnisse der Rechtsgemeinschaft) offen.

Dabei darf der Rechtsbegriff der Freiwilligkeit allerdings nicht in Widerspruch zu anerkannten Vorgaben der Rechtsordnung geraten. Zu den Kernprämissen der Rechtsordnung gehört, dass das Postulat des freien Willens Basis der Menschenwürde und eines funktionierenden Miteinanders ist, das Menschen als sozial verantwortlich respektiert (s. Abschnitte B.II. und B.III.). Nicht die Freiheit des Handelns ist zu begründen und nachzuweisen, sondern ihre Begrenzung. Was ein Mensch in einer bestimmten Situation als gewollt zum Ausdruck bringt, ist nach der Rechtsordnung grundsätzlich zu respektieren. Ausnahmen davon kommen nur aus Gründen in Betracht, die dem zentralen Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts gerecht werden und zuverlässig festgestellt sind. Diesen Anforderungen mit Rücksicht auf die fundamentale Bedeutung der Selbstbestimmung muss auch die Einschätzung gerecht werden, etwas sei nicht frei von Zwang und deshalb nicht freiwillig bzw. selbstbestimmt geschehen.

Davon ist bei einer Zwangseinwirkung in Form von „vis absoluta“ ohne Weiteres auszugehen, weil diese bereits die Basisvoraussetzung einer faktischen Wahlmöglichkeit zwischen mindestens zwei Optionen vereitelt (s. Abschnitt C.VI.2.a.). Im Hinblick auf Zwang in Form einer „vis compulsiva“ bedarf es hingegen weitergehender Differenzierungen, wobei die allgemeine Prämisse gilt: Nicht freiwillig bzw. selbstbestimmt wird ein Verhalten gezeigt, wenn der Verzicht darauf unmöglich ist. Dabei kann es faktisch oder normativ unmöglich sein, auf ein Verhalten zu verzichten,⁵⁷⁷ wobei die faktische Unmöglichkeit gegenüber der normativen nachrangig ist. Denn wenn es bereits faktisch

⁵⁷⁷ Eine Entscheidung setzt voraus, dass eine Auswahlmöglichkeit besteht, weil sonst nichts zu entscheiden ist (s. Abschnitt C.I.). Deshalb lässt sich das Konzept der Freiwilligkeit unter Bezug auf Verhalten präziser beschreiben, weil dann auch die tatsächliche Unmöglichkeit einer Realisierung von Verhaltens- bzw. Entscheidungsalternativen einbezogen werden kann.

keine Wahlmöglichkeit gibt, fehlt die Freiheit einer Manifestation der eigenen Präferenzen von vornherein – es kann noch nicht einmal eine Entscheidung getroffen werden. Aber auch tatsächlich Umsetzbares kann aufgrund von Wertungen als Variante einer freien bzw. selbstbestimmten Entscheidung wegfallen (s. Abschnitt C.VI.3.). Die normativ relevante Grenze zwischen frei und unfrei verläuft also im Bereich des faktisch Wählbaren, innerhalb dessen wertend der Freiheitsbereich abzugrenzen ist, von dem die Rechtsordnung im Zusammenhang mit der Selbstbestimmung ausgeht. Dabei orientiert sich die Grenzziehung – und damit die Freiheitsdefinition – an der Frage, was von jedem zu verlangen ist, damit die Funktionsfähigkeit des sozialen Miteinanders gewährleistet ist (s. Abschnitt C.VI.3.b.).

Für Antworten darauf sind die Folgen des in Rede stehenden Verhaltens mit den Folgen eines Verzichts auf dieses Verhalten zu vergleichen. Die dabei erkennbaren Nachteile des Verzichts gegenüber dem in Rede stehenden Verhalten sind quasi der „Preis“ für den Verzicht. Ist dieser Preis nach dem maßgeblichen Regel- bzw. Wertesystem nicht zu entrichten, hat der Verzicht auf das Verhalten als normativ unmöglich zu gelten. Dies wiederum kann daran liegen, dass eine Entrichtung des Preises generell oder unter den gegebenen Umständen nicht mit den Regeln des sozialen Miteinanders vereinbar ist. In diesen beiden Fällen wird die Entscheidung nicht selbstbestimmt bzw. unfreiwillig getroffen, weil der Verzicht auf das in Rede stehende Verhalten nicht zum Bestand der frei wählbaren Optionen gehört. Die Rechtsordnung kann hier den Verzicht nicht verlangen, weil seine Nachteile nicht in Kauf genommen werden müssen. Niemand muss zum Beispiel das eigene Leben preisgeben.

Für weitergehende Konkretisierung ist von Bedeutung, dass die Rechtsordnung nur garantiert, was sie auch beeinflussen und leisten kann. Deshalb vermittelt sie zum Beispiel weder einen umfassenden Anspruch auf Besserstellung noch auf die Abwendung von Nachteilen oder die Realisierung eigener Wünsche. Dies ergibt sich jeweils schon daraus, dass die Rechtsordnung die Erfüllung dieser Ansprüche nicht garantieren kann, Unmögliches aber als Regelungsgegenstand ausscheidet. Deshalb besteht zum Beispiel die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen Wunsch und Wille: Oft kann nur eine – gewollte – Auswahl zwischen (an sich) unerwünschten Optionen getroffen werden. Was die – von der Rechtsordnung nicht kontrollierbaren – Verhältnisse bieten, steht häufig nicht zur Wahl, ohne dass deshalb das Selbstbestimmungsrecht verletzt ist (s. Abschnitte C.I.2. und D.II.2.). Wenn eine Entscheidung also vom Gewünschten abweicht, belegt dies per se keine Defizite der Selbstbestimmung im Sinne des Art. 2 Abs. 1 GG. Das rechtliche Konzept der Selbstbestimmung ist auf eine Realisierung des Gewollten, nicht des Gewünschten ausgerichtet. Im Zentrum steht das Ob der Entfaltung von Individualität, nicht das Wie. Dabei betont die Rechtsordnung die hohe Bedeutung von Willensäußerungen als Ausdruck einer Auswahlentscheidung, die in einer konkreten Situation getroffen werden (s. Abschnitte B.I., B.II. und D.II.2.).

Ausgangsbedingungen für Entscheidungen garantiert die Rechtsordnung ebenfalls nur eingeschränkt, weil Verhältnisse bzw. Lebenslagen von Menschen nicht frei gestaltet werden können (s. Abschnitt C.I.). Stets findet Selbstbestimmung unter Bedingungen statt, die (in der Situation) nicht

beeinflussbar sind. Zugleich sind Beeinflussungen oder Druck allgegenwärtig, die Rechtsordnung kann aber von vornherein nur vor dem schützen, was Menschen zurechenbar ist (s. Abschnitt C.IV.). Entsprechend sieht die Rechtsordnung keine relevante Freiheitseinschränkung, wenn von der betroffenen Person zu verlangen ist, dass sie einem Druck standhält oder wenn der Druck mit angemessenen und ausreichenden Mitteln abgewendet werden kann. Ist dies nicht der Fall, besteht ein Zwangsdruck, der keinen Raum für eine freiwillige bzw. selbstbestimmte Entscheidung (etwa für die Teilnahme an der Prostitution) belässt (s. Abschnitte C. VI.2.b. und C.VI.3.).

Einzelheiten dazu werfen Folgefragen auf, die vorliegend allerdings dahinstehen können, da sich im Hinblick auf die Entscheidung für die Prostitution bereits aus den genannten Prämissen Folgendes ergibt: Freiwillig bzw. selbstbestimmt wird die Entscheidung für die Prostitution nur dann getroffen, wenn ein Verzicht darauf möglich ist. Dies hängt auf normativer Ebene⁵⁷⁸ davon ab, ob ein Verzicht auf die Teilnahme an der Prostitution mit Nachteilen verbunden ist, deren Inkaufnahme nicht mit den Regeln des sozialen Miteinanders in Einklang steht. Dabei liegt der Preis für den Verzicht auf die Teilnahme an der Prostitution in den Nachteilen, die sich gegenüber der Entscheidung für die Prostitution ergeben. Wenn mit den Regeln des sozialen Miteinanders nicht vereinbar ist, dass dieser Preis bzw. dieser Preis unter den gegebenen Umständen zu entrichten ist, dann wird die Entscheidung für die Prostitution nicht selbstbestimmt bzw. unfreiwillig getroffen.

Daraus lässt sich zum Beispiel für den Bereich der Armutsprostitution Folgendes ableiten: In ihrem Geltungsbereich garantiert die deutsche Rechtsordnung jedem ein Existenzminimum,⁵⁷⁹ für dessen Sicherstellung staatliche Leistungen bereitstehen. Können diese in Anspruch genommen werden, besteht der Preis für einen Verzicht auf die Prostitution hier nicht in einem Leben unterhalb des Existenzminimums, sondern in einem eventuellen Verzicht auf einen Lebensstandard oberhalb des Existenzminimums. Dieser Nachteil ist zu dulden und begründet folglich keine faktische Unmöglichkeit einer Entscheidung gegen die Prostitution.⁵⁸⁰ Diese Entscheidung wird dann vielmehr im Rechtssinne freiwillig bzw. selbstbestimmt getroffen. Ist hingegen das Existenzminimum bei einem Verzicht auf die Teilnahme an der Prostitution nicht sichergestellt, kommt es auf das Zustandekommen dieser Situation an. Bestehen zum Beispiel nur deshalb keine Ansprüche auf Sozialleistungen, weil die rechtlichen Voraussetzungen dafür nicht erfüllt sind, muss dies als Nachteil geduldet werden. Wer hingegen zum Beispiel mit Gewalt in Form von „vis absoluta“ daran gehindert wird, Sozialleistungen in Anspruch zu nehmen, trifft keine freie bzw. selbstbestimmte Entscheidung für die Prostitution. Zugleich ist nicht erwiesen, dass der Verzicht auf die Teilnahme an

⁵⁷⁸ In der Praxis steht eine faktische Unmöglichkeit mit Blick auf die stets vorhandene – aber natürlich völlig inakzeptable – Alternative der Inkaufnahme einer tödlichen Gefahr nicht zur Debatte.

⁵⁷⁹ Dies folgt aus der Menschenwürdegarantie (Art. 1 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG festgeschriebenen Sozialstaatsprinzip. Zu Konkretisierungen s. etwa die Sozialgesetzbücher (SGB) II und XII; BVerfG, Urt. v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, BVerfGE 125, 175, NJW 2010, 505.

⁵⁸⁰ Erst recht scheidet der Verzicht auf die Teilnahme an der Prostitution nicht deshalb als mögliche Alternative aus, weil damit finanzielle Nachteile verbunden sind.

der Prostitution in Deutschland ausnahmslos mit Nachteilen verbunden ist, deren Inkaufnahme sich nicht mit den Regeln des sozialen Miteinanders vereinbaren lässt.

VI. Vereinbarkeit von Prostitution und Freiwilligkeit

Auch sexuelle Dienstleistungen können damit unter Bedingungen angeboten werden, die dem aktuellen Rechtskonzept der Freiwilligkeit entsprechen. Nach den Maßstäben der Rechtsordnung wird Prostitution nicht per se unfreiwillig ausgeübt, vielmehr besteht die Möglichkeit einer im Rechtssinne freiwilligen Prostitution. Prostitution ist mit dem rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit und der Selbstbestimmung im Sinne von Art. 2 GG nicht von vornherein unvereinbar. Insbesondere sind im Hinblick auf die Selbstbestimmungsfähigkeit, auf Fehlvorstellungen und Zwangssituationen keine Einschränkungen der Selbstbestimmung auszumachen, von denen ausnahmslos alle Anbieter*innen von sexuellen Dienstleistungen betroffen sind.

Der aktuelle Sachstand spricht vielmehr dafür, dass unter dem Gesichtspunkt der Freiwilligkeit und Selbstbestimmung nach rechtlichen Maßstäben zu differenzieren ist: Zum einen sind in der Prostitution Menschen nach dem Verständnis der Rechtsordnung selbstbestimmt tätig, die zum Teil auch freiwillig unter prekären Bedingungen in der Prostitution arbeiten.⁵⁸¹ Zum anderen gibt es Menschen, die der Prostitution unter rechtswidrigem Zwang nachgehen müssen.⁵⁸² Dabei ist die Problematik der Freiwilligkeit für den rechtlichen Umgang mit der Prostitution nur ein Teilaspekt. Prostitution ist nicht ohne Weiteres unbedenklich oder unproblematisch, wenn die Entscheidung dafür freiwillig getroffen wurde. Entsprechend liefern Ergebnisse zur Freiwilligkeit keinen Grund dafür, die Auseinandersetzung mit der Prostitution zu beenden. Insbesondere lassen sich zentrale Probleme (wie etwa das Phänomen der Armutprostitution) nicht über die Freiwilligkeit lösen, weshalb sie auch nicht in diesen Bereich verschoben werden dürfen. Für Lösungen bietet das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit insoweit nicht die richtigen Anschlussstellen. Auch darf der relative Charakter des Begriffs „Freiwilligkeit“ nicht dazu beitragen, den Subjektstatus von Personen abzusprechen, die in der Prostitution tätig sind. Insbesondere läuft ein paternalistisches Verständnis von Prostitution Gefahr, die Möglichkeiten rechtlicher Absicherung selbstbestimmt ausgeübter Tätigkeiten in diesem Bereich aus dem Blick zu verlieren.⁵⁸³

Aus dem rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit lassen sich zusammengefasst aber folgende (Prüf-)Empfehlungen für eine mögliche Überarbeitung des ProstSchG ableiten:

- Aufnahme eines Hinweises auf das Erfordernis einer Orientierung an den Umständen des Einzelfalls bei Information und Beratung (§ 7 Abs. 1 ProstSchG),

⁵⁸¹ Schüchel, Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland, S. 390.

⁵⁸² S. dazu die Ergebnisse der Evaluierung der strafrechtlichen Vorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB) von Bartsch/Labarta Greven/Schierholt/Treskow/Küster/Deyerling/Zietlow (2022).

⁵⁸³ Valentiner, Sexuelle Selbstbestimmung, S. 91 f.

- Sicherstellung einer Aufklärung über die Risiken und Nachteile der Prostitution (§ 7 Abs. 2 ProStSchG),
- Sicherstellung von Schulungen der gesprächsführenden Personen,
- Aufnahme von besonderen Schutzmaßnahmen für Heranwachsende:
 - Sicherstellung einer qualifizierten Aufklärung,
 - Sicherstellung einer Erfassung von Hinweisen auf einen unabgeschlossenen Reifeprozess,
 - dazu Vergabe eines Gutachtenauftrags zu den konkreten Aufklärungs- und Abklärungserfordernissen unter Einschluss von Screening-Instrumenten.

F. LIMITATIONEN

Limitationen dieser Untersuchung ergeben sich bereits über ihren Gegenstand: So ist eine Analyse des Rechts nur eine von vielen Möglichkeiten der Annäherung an das Konzept der Freiwilligkeit. Was Freiwilligkeit oder Freiheit ist, lässt sich auch aus ganz anderen Perspektiven diskutieren. Des Weiteren ist die Tatsachengrundlage des Rechtsbegriffs der Freiwilligkeit nicht Gegenstand dieses Gutachtens. Eigene Feststellungen dazu wurden nicht getroffen, sondern relevante Fakten stattdessen so zugrunde gelegt, wie sie sich nach dem aktuellen Stand der empirischen Wissenschaften darstellen. Die vorgelegte Ausarbeitung zum rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit steht daher auch unter dem Vorbehalt einer Anpassungsnotwendigkeit bei Erkenntnisfortschritten im Tatsachenbereich. Beispielsweise ist im Zusammenhang mit dem Reifeprozess in tatsächlicher Hinsicht vieles ungeklärt, so etwa die Dauer von Entwicklungsvorgängen im Zentralnervensystem. Neue Erkenntnisse dazu – oder zu anderen Tatsachen wie etwa der Verbreitung von Zwang in der Prostitution – schaffen unter Umständen auch für das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit (zum Beispiel für Altersgrenzen) neue Verhältnisse.

Zudem wurde dieses Gutachten in dem Bewusstsein angefertigt, allenfalls zur Konkretisierung eines Teilaspekts in der Prostitutionsdebatte beizutragen. Denn selbstverständlich geben Feststellungen zur Freiwilligkeit nicht den Umgang mit der Prostitution abschließend vor. Vielmehr kommt es dafür auf zahlreiche weitere Umstände – wie zum Beispiel auf die tatsächlichen Verhältnisse einschließlich der Gefahren in der Prostitution – an. Dass die Entscheidung für die Teilnahme an der Prostitution nach den Maßstäben der Rechtsordnung auch selbstbestimmt bzw. freiwillig getroffen werden kann, klärt somit die Frage, ob Prostitution mit dem geltenden Recht oder den Wertentscheidungen unserer Rechtsgemeinschaft vereinbar ist, nicht final.

G. ZUSAMMENFASSUNG

Das vorliegende Rechtsgutachten möchte die Evaluierung des ProstSchG um eine juristische Untersuchung zur Freiwilligkeit in der Prostitution erweitern und ergänzen. Konkret geht es in Orientierung an juristischen Vorgaben um die Frage, ob Prostitution mit dem rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit im Einklang steht. Dazu bedarf es (vorgelagerter) Klärungen dazu, was von der Rechtsordnung als „Freiwilligkeit“ bezeichnet wird.

Dieser Begriff steht im Kontext des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG, das jedem ermöglichen soll, sich in Freiheit selbst zu bestimmen, das heißt die eigenen Verhältnisse nach den eigenen Präferenzen zu gestalten. Darin drückt sich die Vorstellung von der (Menschen-)Würde der freien, sich selbst bestimmenden Persönlichkeit aus, die mit dem „Postulat des freien Willens“ im Sinne der Annahme verknüpft ist, dass (erwachsene) Menschen einen Willen frei bilden und betätigen können. Dabei wird von der Rechtsordnung ein „bedingter freier Wille“ zugrunde gelegt, der zwar nie in vollkommener Weise frei von äußeren Einflüssen ist, aber die Freiheit belässt, Entscheidungen bewusst und eigenständig zu treffen.

Dies kommt von vornherein nur dort in Betracht, wo es etwas zu entscheiden gibt, also eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Optionen besteht. Von der Rechtsordnung wird diese Ausgangslage schon deshalb nicht umfassend garantiert, weil das Recht nur auf Menschen Einfluss nehmen kann, die ihrerseits Verhaltensoptionen nur bedingt zu kontrollieren vermögen. Besteht der Freiraum für eine Entscheidung, dann müssen für eine „freie“ Persönlichkeitsentfaltung weitere Bedingungen erfüllt sein. Zu ihnen gehören die grundsätzliche Befähigung zur Selbstbestimmung und ein Vorgang der Selbstbestimmung, für den die Rechtsordnung weitere Voraussetzungen (wie etwa eine realitätsgerechte Vorstellung von den relevanten Umständen) fordert und den sie von bestimmten Einflüssen freihalten möchte.

Die Freiwilligkeit hat dabei weder eine klare Zuordnung noch eine feststehende Bedeutung. Sie wird vielmehr – in Abhängigkeit vom Kontext – unterschiedlich (zum Beispiel als Freiheit von Zwang oder als Gesamtheit der Freiheitsbedingungen) definiert. Dabei bestimmen Wertungen darüber, was in das rechtliche Konzept der Freiwilligkeit einbezogen wird. Eine „Natur“ der Freiwilligkeit gibt es nicht; das Wesen der Freiwilligkeit lässt sich nicht aus Gegebenheiten der realen (Außen-)Welt ableiten, sondern muss zugeschrieben werden. Dabei ist die Zugehörigkeit zum rechtlichen Anforderungsprofil der Freiwilligkeit eine Rechtsfrage. Allerdings ist Freiwilligkeit stets eine Zuschreibung im Kontext der Selbstbestimmung, die sich inhaltlich immer auf die Frage bezieht, ob ein Verhalten den Präferenzen der handelnden Person entspricht oder nicht.

Daraus lassen sich auch Aussagen zur Vereinbarkeit der Prostitution mit dem rechtlichen Konzept der Freiwilligkeit ableiten: Im Bereich der Prostitution sind nur freiwillige Entschlüsse mit einer Ausübung des Rechts auf (sexuelle) Selbstbestimmung in Einklang zu bringen. Dies kann daran scheitern, dass die handelnde Person wegen Beeinträchtigungen ihrer Selbstbestimmungsfähigkeit keinen „freien“ Willen bilden kann. Dabei gilt auch für die Anbieterinnen und Anbieter sexueller Dienstleistungen die Grundvermutung, dass reife sowie psychisch gesunde Erwachsene die

Fähigkeit zur freien Entscheidung haben. In Frage gestellt wird dies erst, wenn Fähigkeitsdefizite im Einzelfall konkret festgestellt wurden.

Auch Heranwachsenden schreibt die Rechtsordnung die Befähigung für eine selbstbestimmte Entscheidung über die Teilnahme an der Prostitution zu. Allerdings haben Heranwachsenden nicht das gleiche Maß an Kontrolle über den Vorgang der Selbstbestimmung wie ältere Personen, weshalb Heranwachsende besonders zu schützen sind. Bei ihnen – und auch bei den übrigen Altersgruppen – muss insbesondere das erforderliche Entscheidungswissen sichergestellt sein, was Aufklärungserfordernisse bedingt.

Ob ein Mensch unter Zwang steht und deshalb unfreiwillig handelt, ist in der Praxis vor allem eine normative Frage. Dabei schreibt die Rechtsordnung eine zwangsbedingte Unfreiwilligkeit nur aus Gründen zu, die dem zentralen Stellenwert des Selbstbestimmungsrechts gerecht werden. Nach diesem Maßstab wird die Entscheidung für die Prostitution unfreiwillig getroffen, wenn eine Entscheidung gegen die Prostitution mit persönlichen Nachteilen verbunden ist, die in der konkreten Situation niemand in Kauf nehmen muss – etwa, weil die Ablehnung einer Teilnahme an der Prostitution Leben oder Gesundheit gefährdet.

Während Prostitution unter diesen Voraussetzungen den Widerspruch der Rechtsordnung herausfordert, zählt es nicht zu den Anliegen des Rechts, entscheidungsfähige Menschen gegen ihren freien Willen vor sich selbst zu schützen. Dabei gehört zur Freiheit der Selbstbestimmung auch die Möglichkeit, für die eigene Person Risiken einzugehen oder Schäden in Kauf zu nehmen, soweit Dritte oder die Allgemeinheit davon keine Nachteile haben.

LITERATURVERZEICHNIS

Amelung, K. (1992), Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW (104), S. 821–833 (zitiert als: *Amelung, ZStW 104, 1992*).

Amelung, K. (1999), Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA, S. 182–206 (zitiert als: *Amelung, GA 1999*).

Anscombe, G. E. M. (2000), Intention, Cambridge (zitiert als: *Anscombe, Intention, 2000*).

Baer, S./Sacksofsky, U. (2018), Autonomie im Recht – Geschlechtstheoretisch vermessen, Baden-Baden 2018 (zitiert als: *Bearbeiter, in Baer/Sacksofsky, Autonomie im Recht*).

Bartsch, T./Labarta Greven, N./Schierholt, J./Treskow, L./Küster, R./Deyerling, L./Zietlow, B. (2022) Evaluierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB) Baden Baden (zitiert als: *Bartsch u. a., Evaluierung der Strafvorschriften zur Bekämpfung des Menschenhandels (§§ 232 bis 233a StGB)*).

Bausch, T. (2020), Die Berücksichtigung der individuellen Entwicklung bei der Auslegung strafrechtlicher Normen am Beispiel des dolus eventualis, Baden-Baden (zitiert als: *Bausch, Berücksichtigung d. individuellen Entw. bei d. Auslegung strafrechtl. Normen am Bsp. d. dolus eventualis*).

Beck'cher Online-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2024), Hrsg. Wolfgang Hau und Roman Poseck, 72. Edition, Stand 1.11.2024, München (zitiert als: *Bearbeiter, in Beck/OK*).

Beck'cher Online-Kommentar zum Strafgesetzbuch (2024), Hrsg. Bernd von Heintschel-Heinegg und Hans Kudlich, 64. Edition, Stand 01.02.2025, München (zitiert als: *Bearbeiter, in Beck/OK*).

BeckOnline.Grosskommentar zum Zivilrecht (2024), Ges.-Hrsg. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann, Buch 4 Familienrecht (Hrsg. Schindler, Wulf), Stand 01.10.2024, München (zitiert als: *Bearbeiter, in BeckOGK/BGB*).

Betreuungsrecht Kommentar (2023), Hrsg. Jürgens, Andreas, 7. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter, in Jürgens/Betreuungsrecht (BGB)*).

Bobbert, M./Werner, M. H. (2014), Autonomie/Selbstbestimmung, in Lenk/Duttge/Fangerau, Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen, Heidelberg, S. 105–114 (zitiert als: *Bobbert/Werner, Autonomie/Selbstbestimmung, in Lenk/Duttge/Fangerau (Hrsg.), Handbuch Ethik und Recht der Forschung am Menschen*).

Borg-Laufs, M. (2019), Über die Freiwilligkeit in der ambulanten Kinder- und Jugendlichenpsychotherapie, *Praxis der Kinderpsychologie und Kinderpsychiatrie*, S. 316–322 (zitiert als: *Borg-Laufs*, *Prax Kinderpsychol. Kinderpsychiat.*, 2019).

Bürger, S. (2016), Der Rücktritt vom 'teilweise fehlgeschlagenen Versuch' – Eine Betrachtung unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH, *NStZ*, S. 578–584 (zitiert als: *Bürger*, *NStZ* 2016).

Cording, C. / Roth, G. (2015), Zivilrechtliche Verantwortlichkeit und Neurobiologie – ein Widerspruch?, *NJW*, S. 26–39 (zitiert als: *Cording/Roth*, *NJW* 2015).

Cording, C./Saß, H. (2009), Begutachtung der 'freien Willensbestimmung' bei Suizid in der Lebensversicherung, *Nervenarzt* [80], S. 1070–1077 (zitiert als: *Cording/Saß*, *Nervenarzt* 2009, [80]).

Cording, C./Saß, H. (2020), Die Freiverantwortlichkeit der Entscheidung für einen assistierten Suizid – Ein Diskussionsbeitrag aus forensisch-psychiatrischer Perspektive, *NJW*, S. 2695–2702 (zitiert als: *Cording/Saß*, *NJW* 2020).

Dallmeyer, J. (2015), Kriminalität, Psychoanalyse und Neurowissenschaft – Zur Bedeutung psychoanalytischer und neurowissenschaftlicher Erkenntnisse für die Strafrechtsdogmatik – am Beispiel eines Auslegungsproblems des § 33 StGB, *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Hrsg. Peter-Alexis Albrecht, Stefan Kirsch, Ulfried Neumann und Stefan Sinner, Berlin 2015 (zitiert als: *Dallmeyer*, *FS Kargl*).

Damm, R. (2015), Einwilligungs- und Entscheidungsfähigkeit in der Entwicklung von Medizin und Medizinrecht, S. 775–785 (zitiert als: *Damm*, *MedR* 2015).

Danek, A./Göhringer, T (2005), Kognitive Neurologie und Neuropsychologie, in Förstl (Hrsg.), *Frontalhirn*, 2. Aufl., Heidelberg (zitiert als: *Danek/Göhringer*, *Kognitive Neurologie und Neuropsychologie*, in Förstl, *Frontalhirn*).

Dreier Grundgesetz Kommentar (2023), Hrsg. Frauke Brosius-Gersdorf, Band 1, 4. Aufl., Tübingen (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Dreier/GG*, Bd. 1).

Dürig/Herzog/Scholz (2024), *Grundgesetz, Kommentar*, Hrsg. Roman Herzog, Matthias Herdegen, Rupert Scholz und Hans H. Klein, Band 1: Art. 1–5, 105. Ergänzungslieferung (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Dürig/Herzog/Scholz GG*).

Eisenberg, U./Kölbl, R. (2024), *Jugendgerichtsgesetz Kommentar*, 25. Aufl., München (zitiert als: *Kölbl*, in *Eisenberg/Kölbl JGG*).

Ennuschat, J. (2023), Suizidassistenz und Sterbehilfe – Chance für einen Neustart, ZRP, S. 197–204 (zitiert als: Ennuschat, ZRP 2023).

Entwicklungspsychologie des Jugendalters: Lohaus, Arnold (Hrsg.), Berlin 2018 (zitiert als: Bearbeiter, in Lohaus, Entwicklungspsychologie des Jugendalters).

Erman BGB Kommentar (2023), Hrsg. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald und Georg Maier-Reimer, 17. Aufl., Köln (zitiert als: Bearbeiter, in Erman/BGB).

Fateh-Moghadam, B./Schroth, U./Gross, Ch./Gutmann, T. (2004), Die Praxis der Lebendspendekommissionen – Eine empirische Untersuchung zur Implementierung prozeduraler Modelle der Absicherung von Autonomiebedingungen im Transplantationswesen (Teil 1: Freiwilligkeit), MedR, S. 19–34 (zitiert als: Gutmann u. a., MedR 2004).

Feinberg, J. (1986), Harm to Self: The Moral Limits of the Criminal Law, Oxford University Press USA (zitiert als: Feinberg, Harm to Self, 1986).

Fischer, Thomas (2024): Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 72. Aufl., München (zitiert als: Fischer, StGB).

Gavela, K. (2013), Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe, Berlin (zitiert als: Gavela, Ärztlich assistierter Suizid und organisierte Sterbehilfe).

Geddert-Steinacher, T. (1990), Menschenwürde als Verfassungsbegriff, Berlin (zitiert als: Geddert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff).

Geiß, K./Greiner, H.-P. (Hrsg.), Arzthaftpflichtrecht (2022), 8. Aufl., München (zitiert als: Bearbeiter, in Geiß/Greiner ArzthaftpflichtR).

Genske, A. (2020), Gesundheit und Selbstbestimmung, Berlin (zitiert als: Genske, Gesundheit und Selbstbestimmung).

Greve, W./Thomsen, T. (2019), Entwicklungspsychologie – Eine Einführung in die Erklärung menschlicher Entwicklung, Wiesbaden (zitiert als: Greve/Thomsen, Entwicklungspsychologie).

Gutmann, T. (2001), Freiwilligkeit als Rechtsbegriff, München (zitiert als: Gutmann, Freiwilligkeit als Rechtsbegriff).

Habermeyer, E. / Saß, H (2002), Ein am Willensbegriff ausgerichteter, symptomorientierter Ansatz zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit, Fortschritte der Neurologie u. Psychiatrie (70), S. 5–10 (zitiert als: Habermeyer/Saß, Fortschritte der Neurologie u. Psychiatrie 2002).

Hassemer, W./Neumann, U./Saliger, F. (Hrsg.): Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (2016), 9. Auflage, München (zitiert als: Bearbeiter, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.): Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart).

Helmchen, H. (2021), Zwangsmaßnahmen in der Psychiatrie: praktische Konsequenzen ethischer Aspekte, Der Nervenarzt (92), S. 259–266 (zitiert als: Helmchen, Der Nervenarzt 2021 (92/3)).

Hilgendorf, E./Kudlich, H./Valerius, B. (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts (2019), Band 4, 1. Aufl., Heidelberg (zitiert als: Bearbeiter, in Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Hdb. d. Strafrechts, Band 4, Abschnitt, §).

Hill, E./Bibbert, M. (2019), Zur Regulierung der Prostitution – Eine diskursanalytische Betrachtung des Prostituiertenschutzgesetzes, Wiesbaden (zitiert als: Hill/Bibbert, Zur Regulierung der Prostitution).

Hinterhuber, H. (2012), Wie frei ist der freie Wille? Neurowissenschaftliche und philosophische Aspekte von Motivation und Entscheidung, Neuropsychiatrie (26/2), S. 49–54 (zitiert als: Hinterhuber, Wie frei ist der freie Wille? Neurowissenschaftliche und philosophische Aspekte von Motivation und Entscheidung. Neuropsychiatrie 2012).

Hinterhuber, H. (2017), Ethik in der Psychiatrie (Kapitel 3), in Möller/Laux/Kapfhammer, Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie, 5. Aufl., Heidelberg (zitiert als: Hinterhuber: Kap. 3 Ethik in der Psychiatrie, in Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie).

Höfling, W./Augsberg, S./Rixen, S. (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz (2024), 1. EL. 2024, Berlin (zitiert als: Bearbeiter, in Höfling/Augsberg/Rixen GG).

Hörnle, T. (2015), Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW, S. 851–887 (zitiert als: Hörnle, ZStW 2015).

Höwler, E. (2020), Kinder- und Jugendpsychiatrie, 2. Aufl., Berlin (zitiert als: Höwler, Kinder- und Jugendpsychiatrie).

Hoyer, J./Knappe, S. (Hrsg.), Klinische Psychologie & Psychotherapie, 3. Aufl., Berlin (zitiert als: Bearbeiter: Kapitel, in Hoyer/Knappe (Hrsg.), Klinische Psychologie & Psychotherapie).

Jarass/Pieroth Grundgesetz Kommentar (2024), Hrsg. Hans D. Jarass und Bodo Pieroth, 18. Aufl., München (zitiert als: Bearbeiter, in Jarass/Pieroth/GG).

Janzarik, W. (2020), Grundlagen der Einsicht und das Verhältnis von Einsicht und Steuerung, FPPK S. 406–411 (zitiert als: Janzarik, FPPK 2020).

Kane, Robert (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Free Will*, 1. Aufl., New York 2005 (zitiert als: *Bearbeiter*, in *The Oxford Handbook of Free Will*, 1. Aufl. 2005).

Kane, Robert (Hrsg.): *The Oxford Handbook of Free Will*, 2. Aufl., New York 2011 (zitiert als: *Bearbeiter*, in *The Oxford Handbook of Free Will*, 2. Aufl. 2011).

Kargl, W. (2001), Zur objektiven Bestimmung der Nötigung, Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, Hrsg. Bernd Schünemann, Hans Achenbach, Wilfried Bottke, Bernhard Haffke, Hans-Joachim Rudolphi, Berlin (zitiert als: *Kargl*, FS Roxin).

Katzenmeier, C./Lipp, V. (Hrsg.), *Arztrecht* (2021), 8. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR*).

Klose, M. / Straub, M. (2019), Willensmängel bei der Einwilligung in eine ärztliche Behandlung, *MedR*, S. 714-721 (zitiert als: *Klose/Straub*, *MedR* 2019).

Koller, M. (2014), Zwangsbehandlung – eine Zwischenbilanz, *FPPK*, S. 279–287 (zitiert als: *Koller*, *FPPK* 2024).

Kröber, H.-L./Dölling, D./Leygraf, N./Sass, H. (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie* (2007), Band 1: Strafrechtliche Grundlagen der Forensischen Psychiatrie, Berlin (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensischen Psych.*).

Kröber, H.-L./Dölling, D./Leygraf, N./Sass, H. (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie* (2009), Band 4: Kriminologie und Forensische Psychiatrie, Berlin (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensischen Psych.*).

Kröber, H.L. (2020), Verhaltenssteuerung und Desaktualisierung – Werner Janzariks Erhellung strafbaren Handelns, *FPPK* S. 412–418 (zitiert als: *Kröber*, *FPPK* 2020).

Kröber, H.-L./Dölling, D./Leygraf, N./Sass, H. (Hrsg.), *Handbuch der Forensischen Psychiatrie* (2010), Band 2: Psychopathologische Grundlagen und Praxis der Forensischen Psychiatrie im Strafrecht, Berlin (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Kröber/Dölling/Leygraf/Sass Hdb. d. Forensischen Psych.*).

Kühl, K. (Hrsg.), *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2017), 8. Aufl., München (zitiert als: *Kühl* *Strafrecht AT*, §).

Lackner, K./Kühl, K./Heger, M. (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2023), 30. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Lackner/Kühl/Heger*).

Laubenthal, K. (2012), *Handbuch Sexualstraftaten*, Heidelberg (zitiert als: *Laubenthal*, *Hdb. Sexualstraftaten*).

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2021), Hrsg. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönna, Wilhelm Schluckebier, Band 2, 13. Aufl., Berlin (zitiert als: *Bearbeiter*, in LK/StGB).

Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2023), Hrsg. Gabriele Cirener, Henning Radtke, Ruth Rissing-van Saan, Thomas Rönna, Wilhelm Schluckebier, Band 11, 13. Aufl., Berlin (zitiert als: *Bearbeiter*, in LK/StGB).

Mack, E./Rommelfanger, U. (Hrsg.), *Sexkauf – Eine rechtliche und rechtsethische Untersuchung der Prostitution (2023)*, Baden-Baden (zitiert als: *Bearbeiter*, in Mack/Rommelfanger, Sexkauf).

Matt/Renzikowski Strafgesetzbuch Kommentar (2020), Hrsg. Holger Matt und Joachim Renzikowski, 2. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in Matt/Renzikowski/StGB).

Merkel, G. (2007), Zur Strafwürdigkeit automatisierter Verhaltensweisen, ZStW (Band 119, Heft 2), S. 214–249 (zitiert als: *Merkel*, ZStW 2007).

Müller, A./Schaber, P. (Hrsg.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent (2018)*, Abingdon und New York (zitiert als: *Bearbeiter*, in Müller/Schaber (Hrsg.) *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2024), Hrsg. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmunt Oetker und Bettina Limperg, Bände 1, 10, 9. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in MüKo/BGB).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2021), Hrsg. Jürgen Schäfer und Volker Erb, Band 4, 4. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in MüKo/StGB).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2022), Hrsg. Jürgen Schäfer und Volker Erb, Band 5, 4. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in MüKo/StGB).

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (2024), Hrsg. Jürgen Schäfer und Volker Erb, Band 1, 5. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in MüKo/StGB).

Nedopil, N. (2023), Begutachtungen zur Frage von Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit (Kapitel 20), in Bliesener, T./Lösel, F./Dahle, K.-P. (Hrsg.), *Lehrbuch Rechtspsychologie*, 2. Aufl., Bern (zitiert als: *Nedopil*: Kapitel 20 Begutachtungen zur Frage von Schuldunfähigkeit und verminderter Schuldfähigkeit, in Bliesener/Lösel/Dahle (Hrsg.), *Lehrbuch Rechtspsychologie*).

Nedopil, N./Stübner, S. (2017), Forensische Psychiatrie (Kapitel 99), in Möller, H.-J./Laux, G./Kapfhammer, H.-P. (Hrsg.), *Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie*, 5. Aufl., Heidelberg

(zitiert als: *Nedopil/Stübner*: Kapitel 99 Forensische Psychiatrie, in Möller/Laux/Kapfhammer (Hrsg.), Psychiatrie, Psychosomatik, Psychotherapie).

Nettesheim, M. (2005), Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, *Archiv des öffentlichen Rechts*, S. 71–113 (zitiert als: *Nettesheim*, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos).

Neubacher, F. (2017), Der kriminalrechtliche Umgang mit Heranwachsenden – Stimmiges, Unstimmiges, Unbekanntes, *Berliner Symposium zum Jugendkriminalrecht und seiner Praxis* (Hrsg: BMJV), Berlin, S. 121–154 (zitiert als: *Neubacher*, BMJV 2017).

Neuner, J. (2018), Natürlicher und freier Wille, *Archiv für die Civilistische Praxis*, S. 1–31 (zitiert als: *Neuner*, AcP, 2018).

Nomos Handkommentar zum BGB (2024), Schriftltg. Reiner Schulze, 12. Aufl., Baden-Baden (zitiert als: *Bearbeiter*, in Schulze Handkommentar BGB).

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (2023), Hrsg. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen, Frank Saliger, Band 4, 6. Aufl., Baden-Baden (zitiert als: *Bearbeiter*, in NK/StGB).

Ohly, A. (2002), „Volenti non fit iniuria“ – Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen (zitiert als: *Ohly*, Volenti non fit iniura).

Panagopoulou-Koutnatzi, F. (2009), Die Selbstbestimmung des Patienten, Berlin (zitiert als: *Panagopoulou-Koutnatzi*, Die Selbstbestimmung des Patienten).

Pätzold, H./Ulm, S. (2015), Freiwilligkeit in der erwachsenenpädagogischen Beratung, *ZfW*, S. 183–196 (zitiert als: *Pätzold/Ulm*, *ZfW*, 2015).

Pfister, H.-R./*Jungermann*, H./*Fischer*, K. (2017), Die Psychologie der Entscheidung, 4. Aufl., Berlin (zitiert als: *Pfister/Jungermann/Fischer*, Die Psychologie der Entscheidung).

Raz, J. (1988), *The Morality of Freedom*, Oxford (zitiert als: *Raz*, *The Morality of Freedom*).

Reichold, H. (2024), Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl., München (zitiert als: *Reichold*, Einführung in die Rechtswissenschaft).

Reinelt, E. (2004), Entscheidungsfreiheit und Recht – Determinismus contra Indeterminismus, *NJW*, S. 2792–2794 (zitiert als: *Reinelt*, *NJW*, 2004).

Reischies, F. M. (2024), Psychopathologie – Merkmale psychischer Krankheitsbilder und klinische Neurowissenschaft, 2. Aufl., Berlin (zitiert als: Reischies, Psychopathologie).

Rönnau, T. (2001), Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen (zitiert als: Rönnau, Willensmängel).

Roxin, C. (1975), Über den Notwehrexzess, Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag, Hrsg. Gerarld Grünwald, Olaf Miehle, Hans-Joachim Rudolphi und Hans-Ludwig Schreiber, Göttingen (zitiert als: Roxin, FS Schaffstein).

Roxin, C./Greco, L. (2020), Strafrecht Allgemeiner Teil – Band 1: Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre, 5. Aufl., München (zitiert als: Roxin/Greco, Strafrecht AT I).

Satzger, H./Schluckebier, W./Werner, R. (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar (2024), 6. Aufl., Hürth (zitiert als: Bearbeiter, in Satzger/Schluckebier/Werner StGB).

Schleim, S. (2023), Wissenschaft und Willensfreiheit – Was Max Planck und andere Forschende herausfanden, Berlin (zitiert als: Schleim, Wissenschaft und Willensfreiheit).

Schmidt, A. (2015), Die Reform des Rechts der freiwilligen Prostitution, KJ, S. 159–174 (zitiert als: Schmidt, KJ 2015).

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch (2019), Hrsg. Albin Eser, 30. Aufl., München (zitiert als: Bearbeiter, in Schönke/Schröder/StGB).

Schopenhauer, A (2017): Die beiden Grundprobleme der Ethik / behandelt in zwei akademischen Preisschriften von Dr. Arthur Schopenhauer, Mitglied der Königl. Norwegischen Societät der Wissenschaften, Zürich.

Schüchel, S. (2018) Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland: die Ausübung der freiwilligen Prostitution unter dem Blickwinkel des neuen Prostituiertenschutzgesetzes, Berlin (zitiert als: Schüchel, Die rechtliche Situation der Prostituierten in Deutschland).

Seifert, D. (2024), Forensische Psychiatrie – Psychische Störungen, Sachverständigengutachten, Maßregelvollzug, Legalprognose, München (zitiert als: Seifert, Forensische Psychiatrie).

Sinn, A. (2000), Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, Baden-Baden (zitiert als: Sinn, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts).

Sonnenmoser, M (2021), Psychische Folgen von Sexarbeit, Deutsches Ärzteblatt PP, S. 448–450 (zitiert als: Sonnenmoser, Deutsches Ärzteblatt PP 2021).

Spickhoff, A. (Hrsg.), *Medizinrecht* (2022), 4. Aufl., München (zitiert als: *Bearbeiter*, in *Spickhoff Medizinrecht*).

Sporer, H. (2022), *Der neue Deutsche Weg – Für eine Neuordnung der Prostitutionsgesetzgebung*, Hans Seidel Stiftung, Aktuelle Analysen 93 (zitiert als: *Sporer, Der neue Deutsche Weg*).

Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2021), Hrsg. Sebastian Herrler, Buch 1, Neubearbeitung (zitiert als *Bearbeiter*, in *Staudinger/BGB*).

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (2025), Hrsg. Jürgen Wolter und Andreas Hoyer, Band 1, 10 Aufl., Hürth (zitiert als: *Bearbeiter*, in *SK/StGB*).

Valentiner, D.-S. (2021), *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, Baden-Baden (zitiert als: *Valentiner, Sexuelle Selbstbestimmung*).

Venzlaff, U., (2021) *Psychiatrische Begutachtung: ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen*, 7. Aufl., München (Zitiert als: *Bearbeiter*, in *Venzlaff, Psychiatrische Begutachtung*).

Wertheimer, Alan (1996), *Exploitation*, Princeton (zitiert als: *Wertheimer, Exploitation*).

Wolf, H. A. (2006), *Die Willensfreiheit und die Grundrechte*, JZ, S. 925–930 (zitiert als: *Wolf, JZ 2006*).

Impressum

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Bundesregierung;
es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Herausgeber:

Bundesministerium
für Bildung, Familie, Senioren, Frauen und Jugend
Referat Öffentlichkeitsarbeit
11018 Berlin
www.bmfsfj.de



Für weitere Fragen nutzen Sie unser
Servicetelefon: 030 20 179 130
Montag–Donnerstag: 9–18 Uhr
Fax: 030 18 555-4400
E-Mail: info@bmfsfj.service.bund.de

Einheitliche Behördennummer: 115*

Stand: Juni 2025

Gestaltung Umschlag: www.zweiband.de

* Für allgemeine Fragen an alle Ämter und Behörden steht Ihnen auch die einheitliche Behördenrufnummer 115 zur Verfügung. In den teilnehmenden Regionen erreichen Sie die 115 von Montag bis Freitag zwischen 8 und 18 Uhr. Die 115 ist sowohl aus dem Festnetz als auch aus vielen Mobilfunknetzen zum Ortstarif und damit kostenlos über Flatrates erreichbar. Gehörlose haben die Möglichkeit, über die SIP-Adresse 115@gebaerdentelefon.d115.de Informationen zu erhalten. Ob in Ihrer Region die 115 erreichbar ist und weitere Informationen zur einheitlichen Behördenrufnummer finden Sie unter <http://www.d115.de>.



www.bmfsfj.de

 facebook.de/bmbfsfj

 instagram.com/bmbfsfj

 linkedin.com/company/bmbfsfj

 x.com/bmbfsfj

 tiktok.com/@jugendministerium

 youtube.com/@bmbfsfj