

Tobias Brandt

Einverständliche Gefährdungssachverhalte und deren Sittenwidrigkeit



Nomos

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 170

Tobias Brandt

Einverständliche Gefährdungssachverhalte und deren Sittenwidrigkeit



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8594-0 (Print)

ISBN 978-3-7489-1105-0 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2020/2021 an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Dissertationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Ende des Jahres 2020 berücksichtigt werden.

Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Karsten Altenhain, herzlich für die wunderbare und unermüdliche Betreuung meines Promotionsvorhabens bedanken. Zudem gilt ihm, aber auch dem gesamten aktuellen und ehemaligen Team, ein besonderer Dank für die schöne Zeit, die ich an seinem Lehrstuhl verbringen durfte.

Herrn Prof. Dr. Horst Schlehofer danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich zudem bei meinen geschätzten Kollegen Herrn Dr. Marius Krudewig und Herrn Dr. Lennart Späth, die mir bei der formalen Korrektur meines Manuskripts und durch ihre inhaltlichen Anregungen wertvolle Dienste erwiesen haben.

Zuletzt möchte ich mich besonders herzlich bei meinen Eltern und Frau Giannina Dell’Erba für ihre bedingungslose Unterstützung bedanken.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	13
Einleitung	15
Teil 1: Die Beurteilung von einverständlichen Gefährdungssachverhalten	18
A. Die Abgrenzung der für die Untersuchung relevanten Fallgruppen	20
I. Die Maßgeblichkeit der Opferentscheidung	22
1. Die Bestimmung der Freiverantwortlichkeit des Opfers	23
a) Die Exkulpationslösung	24
b) Die Einwilligungslösung	25
2. Stellungnahme	25
II. Die Herrschaft über das (Tat-) Geschehen	28
1. Die Tatherrschaft als Abgrenzungsmerkmal	28
2. Die aus der Tatherrschaft als Abgrenzungsmerkmal erwachsenen Probleme und deren (vermeintliche) Lösungen	30
3. Zwischenergebnis	35
4. Die Vereinheitlichung bestimmter Gefährdungssachverhalte unter Verzicht auf das Abgrenzungsmerkmal der Tatherrschaft	36
a) <i>Roxins</i> Theorie einer bedingten Gleichstellung von Fremd- und Selbstgefährdung	38
b) Die Kriterien einer bedingten Gleichstellung nach dem eigenen Ansatz	40
aa) Die identische Schadensnähe und die Zufälligkeit des Schadenseintritts	41
bb) Der verlustfreie Verzicht auf das Abgrenzungsmerkmal der Tatherrschaft	43
cc) Der täterschaftliche Beitrag als eigenhändige Vornahme der Gefährdung	44
c) Zwischenergebnis	47

d) Fallgruppenbildung	47
aa) Die Gemeinschaftlichkeit und Austauschbarkeit der Beteiligten	47
bb) Die überlegene Stellung des Gefährdeten kraft Wissensvorsprungs	51
cc) Die mittelbare Selbsttötung kraft überlegenen Willens und Wissens	53
dd) Die Anstiftung zur eigenen Gefährdung	55
ee) Die Entscheidungsherrschaft des Gefährdeten	56
III. Ergebnis	59
B. Die einverständliche Fremdgefährdung und -verletzung	60
I. Die Rechtsnatur der Einwilligung und deren Wirkungsweise	62
1. Die Tatbestandslösung	65
2. Die (Gründe für eine) Rechtfertigungslösung	66
3. Zwischenergebnis	70
II. Der Anknüpfungspunkt der Einwilligungserklärung	71
1. Die einverständliche Fremdverletzung als Einwilligung in das Vorsatzdelikt	72
a) Der ausschließliche Handlungsbezug der Einwilligung	72
b) Die Notwendigkeit einer Inbezugnahme von Handlung und Erfolg	74
c) Zwischenergebnis	76
2. Die einverständliche Fremdgefährdung als Einwilligung in das Fahrlässigkeitsdelikt	76
a) Die Einwilligung als bewusster und gewollter Rechtsgutsverzicht	76
b) Die Risikoeinwilligung als Handlungseinwilligung	77
c) Zwischenergebnis	81
III. Die subjektiven Voraussetzungen der Einwilligung als vorsatzähnliches Institut	81
1. Die Voraussetzungen eines Einwilligungsvorsatzes	82
a) Das Erkennen des Erfolgseintritts beim Vorsatzdelikt	83
b) Das Erkennen der Möglichkeit des Erfolgseintritts beim Fahrlässigkeitsdelikt	89
c) Zwischenergebnis	92
2. Die vom Einwilligungsvorsatz zu erfassenden objektiven Tatumstände	92
a) Die Relevanz von Irrtümern	94

b) Die Bedeutung von Exzessen	101
aa) Der Erfolgsexzess	101
bb) Der Handlungsexzess	103
IV. Die sonstigen Wirksamkeitsvoraussetzungen einer Einwilligung	105
V. Die Schrankenbildung des § 216 im Falle einer fahrlässigen Tötung	106
VI. Ergebnis	112
Teil 2: Die Grenze der Sittenwidrigkeit	114
A. Der Beschluss des BGH vom 20.2.2013	115
I. Sachverhalt	115
II. Die Lösung des BGH	115
B. Das Urteil des BGH vom 22.1.2015	117
I. Sachverhalt	117
II. Die Lösung des BGH	118
C. Kurze Einordnung	120
D. Die Sittenwidrigkeitsklausel des § 228	120
I. Darstellung der Norm und der damit einhergehenden Problematik	120
II. Die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des § 228	124
1. Die Rechtfertigung des Eingriffs in das Selbstbestimmungsrecht des Einwilligenden	124
a) Die Rechtfertigung über eine paternalistische Deutung	124
b) Der Schutz und Erhalt von Allgemeininteressen und der Rechtsgüter Dritter	129
c) Die generalpräventive Tabuisierung (schwerwiegender) Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit durch Dritte	130
d) Stellungnahme	133
aa) Zur paternalistischen Deutung	133
bb) Zum Schutz von Allgemein- und Drittinteressen	140
cc) Zum Tabuisierungsgedanken	141
e) Zwischenergebnis	146

2. Der Tabuisierungsgedanke als Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung	147
a) Die am Zweck der Tat orientierte Auslegung	150
aa) Darstellung	150
bb) Stellungnahme	152
b) Die <i>guten Sitten</i> als Ausfluss des Autonomieprinzips	155
aa) Darstellung	155
bb) Stellungnahme	157
c) Die (streng) rechtsgutsbezogene Auslegung	158
aa) Darstellung	158
bb) Stellungnahme	160
d) Die sonstigen Auslegungsmethoden der <i>guten Sitten</i>	165
aa) Das Abwägungsmodell	165
bb) Die Menschenwürde als unverfügbarer Kern menschlichen Zusammenlebens	167
e) Zwischenergebnis	169
III. Die Sittenwidrigkeit der Tat nach dem hier vertretenen Ansatz	169
1. Zur Terminologie und zum Verständnis einer am Rechtsgüterschutz orientierten Deutung des § 228	170
2. Die objektive Sittenwidrigkeit der Tat	171
a) Die Beschränkung auf Körperverletzungs- und Tötungsdelikte	171
b) Die Beschränkung auf die drohende Verletzung des <i>Einwilligenden</i>	173
c) Die Schwere der (drohenden) Verletzung als Einstiegshürde	174
aa) Die Schwere des Erfolgs	175
bb) Die Relevanz der mit der Tat einhergehenden Gefahr	185
(1) Die konkrete Lebensgefahr	186
(2) Die Gefahr einer Verletzung i.S.d. § 226 Abs. 1	188
(3) Das Erfordernis einer <i>konkreten</i> Lebensgefahr	191
(4) Die konsequente Anlegung einer ex-ante-Perspektive?	192

cc) Die Beurteilungskriterien der neueren Rechtsprechung im Lichte einer rechtsgutsbezogenen Auslegung	195
(1) Die Eskalationsgefahr und die Instrumente zu deren Eindämmung	195
(2) Die Heranziehung des § 231	201
d) Zwischenergebnis	204
3. Die subjektive Sittenwidrigkeit der Tat	205
a) Die Berücksichtigung der Vor- und Einstellung des Einwilligenden	206
b) Die Übertragung der subjektiven Einwilligungsvoraussetzungen auf die subjektive Sittenwidrigkeit der Tat	209
c) Die Anforderungen an den <i>Sittenwidrigkeitsvorsatz</i>	211
d) Die Unerlässlichkeit der Berücksichtigung des mit der Tat verfolgten Zwecks	214
e) Zwischenergebnis	220
4. Die Anwendungsfälle der Sittenwidrigkeitsklausel hinsichtlich der einzelnen Körperverletzungs- und Tötungsdelikte	221
a) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die versuchte Körperverletzung	221
b) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die gefährliche Körperverletzung des § 224	224
c) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die schwere Körperverletzung des § 226	226
aa) Die vorsätzliche schwere Körperverletzung des § 226	226
bb) Die schwere Körperverletzung als Erfolgsqualifikation	228
d) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die Körperverletzung mit Todesfolge des § 227	230
e) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die fahrlässige Körperverletzung und Tötung	233
aa) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die fahrlässige Körperverletzung des § 229	234
bb) Die Anwendbarkeit des § 228 auf die fahrlässige Tötung des § 222	238

5. Die Anwendbarkeit des § 228 auf die Fälle einer einverständlichen Fremdgefährdung als Zurechnungsausschluss	239
IV. Die hinreichende Bestimmtheit der Sittenwidrigkeitsklausel	240
V. Lösung der Fälle BGHSt 58, 140 und 60, 166 nach dem eigenen Ansatz	242
VI. Ergebnis	243
Zusammenfassung	245
Literaturverzeichnis	249

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
Alt.	Alternative
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (amtliche Sammlung)
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
f., ff.	die folgende, die folgenden
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GG	Grundgesetz
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht (On- line-Zeitschrift)
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/ herausgegeben
i.S.d.	im Sinne des/ der
i.S.e.	im Sinne einer/ eine/ eines
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung

Abkürzungsverzeichnis

JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LG	Landgericht
LK	Leipziger Kommentar
LPK	Lehr- und Praxiskommentar
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nennungen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos Kommentar
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungsreport-Report Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (amtliche Sammlung)
resp.	respektive
Rn.	Randnummer
S.	Satz/Seite
s.	siehe
SK	Systematischer Kommentar
SSW	Satzger/Schluckebier/Widmaier
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger (Zeitschrift)
StVO	Straßenverkehrsordnung
u.a.	und andere/ unter anderem
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
zit.	zitiert
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

Einleitung

Anlass für diese Untersuchung waren zwei Entscheidungen des BGH aus den Jahren 2013 und 2015.¹ In den vom BGH zu beurteilenden Sachverhalten ging es im Wesentlichen um wechselseitige, einvernehmlich vorgenommene Körperverletzungen konkurrierender Gruppierungen. Trotz des grundsätzlichen Vorliegens der Voraussetzungen einer Einwilligung in den jeweiligen Fällen, verneinten die Senate eine Rechtfertigung der Tathandlungen aufgrund der Einschlägigkeit der Sittenwidrigkeitsklausel des § 228 StGB.² Mit diesen Entscheidungen entflammte eine eigentlich seit Jahren abgekühlte Diskussion über die Reichweite und Anwendbarkeit der Sittenwidrigkeitsklausel erneut. Die Entscheidungsbegründungen der Senate fußten auf neuen Beurteilungskriterien einer sittenwidrigen Körperverletzungstat und sahen sich einer annähernd durchgehend scharfen Kritik aus der Lehre ausgesetzt. Dies führte dazu, dass die seit Anfang der Zweitausender Jahre eigentlich als etabliert bezeichnete rechtsgutsbezogene Bestimmung der *guten Sitten* zumindest als erheblich aufgeweicht angesehen wurde.³ Es scheint sich also die Möglichkeit zu bieten, der Sittenwidrigkeitsklausel (völlig) neue Interpretationsmöglichkeiten zukommen zu lassen und die Maßstäbe für einen möglichen Verstoß gegen die *guten Sitten* neu zu überdenken und zu bestimmen.⁴ Ein wesentlicher Teil dieser Arbeit besteht also darin, den aktuellen Stand der Diskussion um die Sittenwidrigkeitsklausel zu beleuchten und einen eigenen Ansatz von der Sittenwidrigkeit einer (Körperverletzungs-) Tat zu erarbeiten.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in zwei große Teile. Diese lassen sich grundsätzlich getrennt betrachten, doch dienen insbesondere die Er-

1 BGHSt 58, 140; BGHSt 60, 166.

2 Im Folgenden handelt es sich bei allen Paragrafen ohne Gesetzesbezeichnung um solche des StGB.

3 Vgl. die grundlegenden Entscheidungen aus den Jahren 2003 und 2004 BGHSt 49, 34; BGHSt 49, 166. Zur Erläuterung: Die rechtsgutsbezogene Bestimmung des § 228 sah einen Verstoß gegen die *guten Sitten* nur dann als gegeben an, soweit das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit im erheblichen Maße verletzt oder zumindest bedroht wurde.

4 Vgl. aus aktuellerer Zeit BGH, Urt. v. 12.5.2020 – 1 StR 368/19, BeckRS 2020, 20164; BGHSt 64, 69; BGH, NStZ-RR 2018, 314; Heger, GS Tröndle 2019, 419; Rostalski, HRRS 2020, 211.

kenntnisse des ersten als Stütze des zweiten Teils und sollen entsprechend zugrunde gelegt und fortgeführt werden.

Dem ersten Teil kommt hinsichtlich des zweiten Teils, welcher sich ausschließlich mit der Sittenwidrigkeitsklausel beschäftigt, eine Abschichtungsfunktion zu. Wie sich aus dem Wortlaut des § 228 ergibt, schränkt dieser die strafausschließende Wirkung der *Einwilligung* ein. Daher soll im ersten Teil zunächst geklärt werden, welche Sachverhaltskonstellationen überhaupt der Einwilligung unterfallen und bei welchen (eher) ein Zurechnungsausschluss in Betracht kommt.⁵ Soweit die entsprechenden Einwilligungssachverhalte ausgemacht sind, sollen die Wirkungsweise und die Wirksamkeitsanforderungen einer solchen Einwilligung beleuchtet werden.⁶ Dies ist insoweit von nicht unwesentlicher Bedeutung, als es auf einen Ausschluss der strafbefreienden Wirkung der Einwilligung nach § 228 gerade nicht mehr ankommt, falls es bereits an den grundsätzlichen Wirksamkeitserfordernissen der Einwilligung mangelt.

Die Wirksamkeit einer Einwilligung bemisst sich anhand einer Reihe von (ungeschriebenen) Kriterien, welche in dieser Untersuchung nicht allesamt beleuchtet werden können.⁷ Die Untersuchung soll sich daher auf das für die Wirksamkeit einer Einwilligung vom Rechtsgutsträger zwingend zu erfassende Geschehen beschränken. Es gilt also der Frage nachzugehen, was der Einwilligende für eine wirksame Zustimmung zur Tat im jeweiligen Fall erkannt und womöglich auch gewollt haben muss.⁸ Während somit das vom Einwilligenden zu Erkennende im Blickpunkt der Untersuchung steht, soll sich der – nicht einfach zu beantwortenden – Frage, in welchen Konstellationen von einem Mangel in der Willensbildung des Einwilligenden auszugehen ist, nicht gewidmet werden.⁹

Da sich in dieser Untersuchung mit der Schwerpunktsetzung auf die Sittenwidrigkeit der Tat mit der grundsätzlichen Befugnis des Staates, vom Verletzten gewollte – aber nicht selbst durchgeführte – Beeinträchtigungen zu untersagen, auseinandergesetzt werden muss, kann auch die Frage nach der Anwendbarkeit des § 216 auf die fahrlässige Tötung nicht unbeantwortet bleiben.¹⁰ Nicht eingegangen werden soll hingegen auf § 216 im Rahmen seines „originären“ Anwendungsbereichs auf vorsätzliche Tötun-

5 S. Teil 1 A.

6 S. Teil 1 B.

7 S. zu den sonstigen Voraussetzungen einer Einwilligung Teil 1 B. IV.

8 S. Teil 1 B. II. und III.

9 Vgl. insoweit nur LK-StGB-Rönau, Vor. § 32 Rn. 198ff. m.w.N.

10 S. Teil 1 B. V.

gen und den diesbezüglichen, eher rechtspolitischen und -philosophischen Streit hinsichtlich der grundsätzlichen Zulässigkeit einer staatlichen Einschränkung im Umgang mit den eigenen Rechtsgütern.¹¹ Gleiches gilt für den Bereich der Suizidförderung und damit auch den grundrechtlichen, mittlerweile durch das BVerfG entschiedenen Diskurs um die Verfassungsmäßigkeit des § 217.¹²

Im zweiten Teil soll es ausschließlich um die Sittenwidrigkeitsklausel gehen. Die Ausführungen beginnen mit der Frage, ob der durch § 228 vorgenommene Eingriff in das grundrechtlich geschützte Selbstbestimmungsrecht überhaupt verfassungsrechtlich legitimierbar ist.¹³ Sollte dies angenommen werden können, gilt es eine Auslegung und Bestimmung der *guten Sitten* zu finden, welche sich in Anbetracht der Reichweite dieses Eingriffs als verhältnismäßig und damit als gerechtfertigt betrachten lässt.¹⁴ Daraufhin sollen die Erkenntnisse des ersten Teils fruchtbar und zu einem eigenen Ansatz der Bestimmung eines Sittenverstosses fortgeführt werden.¹⁵ Abschließend soll die Frage beantwortet werden, ob über die angebotene Auslegungsvariante von einer hinreichenden Bestimmtheit der *guten Sitten* ausgegangen werden kann.¹⁶ Zuletzt sollen die zu Beginn genannten Entscheidungen des BGH im Kontext des hier gefundenen Ansatzes eingeordnet und bewertet werden.¹⁷

11 Vgl. dazu LK-StGB-Rissing-van Saan, § 216 Rn. 1ff.; MüKo-StGB-Schneider, § 216 Rn. 2ff.

12 BVerfG, NJW 2020, 905.

13 S. Teil 2 D. II. 1.

14 S. Teil 2 D. II. 2.

15 S. Teil 2 D. III.

16 S. Teil 2 D. IV.

17 S. Teil 2 A. und B. zu einer ausführlichen Darstellung der Entscheidungen und D. V. zu einer abschließenden Bewertung.

Teil 1: Die Beurteilung von einverständlichen Gefährdungssachverhalten

In unserer Rechtsordnung ist es grundsätzlich jedem Menschen anheimgestellt, wie er mit seinem eigenen Körper verfährt. Diese Aussage vermag zwar in Anbetracht der schon seit Jahrzehnten kontrovers diskutierten Ausfüllung der staatlichen Schutzpflichten keine uneingeschränkte Geltung zu beanspruchen,¹⁸ sie lässt sich aber für den hier zu untersuchenden Teil des materiellen Strafrechts bedingungslos treffen.¹⁹ Dies schlägt sich insbesondere in der Strafflosigkeit der Selbstverletzung und auch der Selbsttötung nieder.²⁰ Die selbstverletzende oder gar suizidale Handlung erfüllt keinen Straftatbestand des Besonderen Teils²¹ des StGB.²² Da also die eigenhändige Preisgabe der körperlichen Unversehrtheit oder des Lebens keinen „Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht“ (§ 11 Abs. 1 Nr. 5), ist dieses Verhalten aus strafrechtlicher Sicht nicht rechtswidrig. Auch außerhalb des materiellen Strafrechts findet sich keine entsprechend einschränkende oder gar sanktionierende Norm, so dass

18 Beispielhaft sei die in den 1970er Jahren heftig geführte Debatte über die Anschallpflicht im Auto genannt, welche letztlich eine Klärung durch das BVerfG erfuhr, vgl. BVerfG, NJW 1987, 180; Maunz/Dürig-Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rn. 85.

19 Vgl. dahingehend eine Auflistung strafbewehrter Selbstschädigungen bei *Sternberg-Lieben*, Schranken der Einwilligung, S. 284.

20 Blickt man auf den Wortlaut der §§ 211ff. und der §§ 223ff., so ergibt sich dies bei den Körperverletzungsdelikten aus der Formulierung „andere Person“, während der Verweis auf eine „andere“ Person (in diesem Fall „Mensch“) bei den Tötungsdelikten fehlt. Nach einhelliger Auffassung ist aber der Drittbezug der Tötung zwingend vorauszusetzen, vgl. MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 30; NK-StGB-Neumann, Vor. § 211 Rn. 36; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor. § 211 Rn. 33 jeweils m.w.N.

21 Soweit infolge vom Allgemeinen bzw. Besonderen Teil gesprochen werden sollte, ist damit der Allgemeine bzw. Besondere Teil des StGB gemeint.

22 Kühl, AT, 4/86; MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 32; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor. § 211 Rn. 33; Wessels/Hettinger/Engländer, BT 1, Rn. 28. Die §§ 109 und § 17 WStG stellen insoweit keine Ausnahme dar, als diese primär die „Erhaltung der personellen Verteidigungskraft“ (Schönke/Schröder-Eser, § 109 Rn. 1) bzw. die Einsatzfähigkeit der Bundeswehr und nicht den grundsätzlichen Schutz von Leib und Leben bezwecken.

diese Handlungen im Einklang mit der Gesamtrechtsordnung stehen.²³ Da der Einzelne nicht zum Schutz und Erhalt der eigenen Rechtsgüter verpflichtet ist, kann eine Aufgabe der eigenen Rechtsgüter insoweit keine Pflichtverletzung darstellen. Eine „Rechtswidrigkeit gegenüber sich selbst“ existiert nicht.²⁴

Der Straffreiheit der Selbstverletzung zum Trotz finden sich in unserer heutigen Gesellschaft zahlreiche, den grundrechtssensiblen Bereich zumindest tangierende Maßnahmen der „aufgedrängten“ Information, Gefahrenaufklärung und Preissteuerung.²⁵ Solche teils mehr oder minder wahrgenommenen „Einschränkungen“ in der persönlichen Entfaltung gründen letztlich auf einem Grundrechtsverständnis, welches die Grundrechte nicht (mehr) nur als Abwehrrechte gegen den Staat begreift, sondern den Staat selbst in der Pflicht sieht, die Grundrechte des Bürgers zu schützen. Diese Schutzpflicht besteht insoweit nicht nur darin, die Bürger vor gegenseitigen Eingriffen zu schützen, sondern auch in dem Schutz des Bürgers vor sich selbst.²⁶

Die Ausformung und Ausgestaltung der staatlichen Schutzpflichten soll jedoch nicht das schwerpunktmäßige Thema dieser Arbeit sein. Es lässt sich insoweit festhalten, dass eine Grenzziehung staatlicher Intervention zumindest an dem Punkt stattfinden muss, an dem eine Ausübung der grundrechtlich gewährten Freiheit unmöglich gemacht wird.²⁷ Zu der grundrechtlich gewährten Verfügungsmacht über die eigenen Rechtsgüter gehört eben auch die (teilweise) Aufgabe des eigenen Rechtsguts. Eine Sanktionierung dieser Rechtsgutaufgabe in Form eines strafrechtlich legislativen Aktes wäre dem Staat daher untersagt.²⁸

23 NK-StGB-Neumann, Vor. § 211 Rn. 41.

24 So selbst zitiert von *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 44; übernommen von *Sternberg-Lieben*, Schranken der Einwilligung, S. 282f.; zustimmend *Menrath*, Einwilligung in ein Risiko, S. 24.

25 Beispiele sind die Warnhinweise auf Zigarettenschachteln, sonstige Hinweise zur (Alkohol-/Glücksspiel-) Prävention und die Besteuerung entsprechender Produkte und Angebote, vgl. Maunz/Dürig-Di Fabio, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rn. 82ff.; *Mitsch*, Rechtfertigung und Opferverhalten, S. 44f.

26 Vgl. *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 17 m.w.N.; *Menrath*, Einwilligung in ein Risiko, S. 22.

27 Der Konsum von alkoholischen Getränken oder Tabakprodukten wird erschwert, aber nicht verhindert. Das gefahrenträchtige Fahren mit dem Pkw ist zulässig, aber nur mit angelegtem Sicherheitsgurt. Vgl. zu dem Problem des „aufgedrängten“ Grundrechtsschutzes *Dietlein*, Grundrechtliche Schutzpflichten, S. 229.

28 Eine Bestrafung des Suizidenten selbst ist praktisch nicht möglich. Jedoch wäre an eine Sanktionierung der (näheren) Angehörigen zu denken, um eine Abschre-

Der Bestand und die Anerkennung staatlicher Schutzpflichten stellt die Grundlage dieser Untersuchung dar. In dieser Arbeit soll es – im Hinblick auf § 228 (und § 216) – um die Reichweite dieser Schutzpflichten und damit die Eingriffsbefugnis des Staates in das Recht des Einzelnen im Umgang mit seinen Rechtsgütern Leben und körperliche Unversehrtheit gehen. Um diese Eingriffsbefugnis überhaupt umreißen zu können, muss zunächst eine Abgrenzung der für die Untersuchung relevanten Sachverhaltskonstellationen vorgenommen werden.

A. Die Abgrenzung der für die Untersuchung relevanten Fallgruppen

Da die Selbstverletzung²⁹ keinen Tatbestand des StGB erfüllt, ist eine Teilnahme an dieser ebenso tatbestands- und somit straflos. Wer sich straffrei verletzen darf, darf sich als Weniger erst recht selbst gefährden. Eine entsprechende Mitwirkung an diesem selbstgefährdenden Verhalten kann somit ebenfalls nicht strafbar sein. Der insoweit immer wieder von der Rechtsprechung und Teilen der Literatur angeführte Erst-recht-Schluss auf die Straffreiheit der fahrlässigen „Teilnahme“ an einer Selbstverletzung oder -gefährdung³⁰ ist dagegen wenig überzeugend, bedarf aber in dieser Untersuchung keiner weiteren Erörterung.³¹

Aus der Straffreiheit der *eigenverantwortlichen Selbstverletzung und -gefährdung* ergibt sich, dass nur solche Sachverhalte strafrechtliche Bedeutung erlangen können, in denen die Mitwirkung eines Dritten überhaupt in Rede steht und sich diese nicht auf eine Teilnahme an der tatbestandslosen Haupttat beschränkt. Es gilt also festzustellen, in welchen Fällen

ckungswirkung beim Suizidwilligen zu erzielen. Ebenso wäre eine Bestrafung des sich selbst schwer Verletzenden denkbar, um beispielsweise einen gesellschaftlichen Schaden durch eine u.U. erhebliche finanzielle Belastung des Sozialsystems zu verhindern. Beide Strafgründe setzen jedoch ein Gesellschafts- und Staatsverständnis voraus, welches um den Erhalt eines intakten gesellschaftlichen Systems die Freiheit zur individuellen Entfaltung zurückstufen würde. Dem Verständnis unseres Grundgesetzes entsprechend, kommt dem Staat jedoch eine dem Bürger dienende Funktion zu, vgl. Menrath, Einwilligung in ein Risiko, S. 22f.

29 Wird hier von einer *Verletzung* der (eigenen) Rechtsgüter gesprochen, so ist damit sowohl der Eingriff in das eigene Leben i.S.e. Tötung als auch der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit i.S.e. Körperverletzung gemeint.

30 BGHSt 32, 262, 264; Kühl, AT, 4/87; Rengier, AT, 13/78; Roxin/Greco, AT I, 11/107; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor. § 211 Rn. 35.

31 Ausführlich Stefanopoulou, Verantwortlichkeit in Mitwirkungsfällen, S. 38ff.; Menrath, Einwilligung in ein Risiko, S. 25ff.

der Mitwirkung eines Dritten ein solches Gewicht zukommt, dass die Verletzung oder Gefährdung nicht mehr vom Opfer *selbst* und damit eigenhändig vorgenommen wird. Zusätzlich ist zu untersuchen, ob die Verletzung auf eine freiverantwortlich zustande gekommene Willensbildung zurückzuführen ist, denn die eigenhändige Vornahme der verletzenden Handlung schließt eine strafrechtlich relevante Mitwirkung eines Dritten zunächst nicht aus.³² Nur bei einer eigenhändigen und freiverantwortlichen Verletzung oder Gefährdung der eigenen Rechtsgüter ist die Mitwirkung eines Dritten nicht nur straf-, sondern bereits tatbestandslos.³³

Mangelt es an der eigenhändigen Vornahme der verletzenden Handlung, so kann nur die freiverantwortliche Zustimmung des Verletzten zu der Durchführung dieser Handlung zu einer Straffreiheit des Handelnden führen. In diesen Fällen spricht man von einer *einverständlichen Fremdverletzung* oder einer *einverständlichen Fremdgefährdung*.

Die einverständliche Fremdverletzung wird nach ganz überwiegender Auffassung über die *Einwilligung* gelöst.³⁴ Hinsichtlich der einverständlichen Fremdgefährdung werden nach einer verbreiteten Auffassung ebenfalls die Regelungen über die Einwilligung angewandt.³⁵ Die einverständliche Fremdverletzung erfasst insoweit den Fall der Einwilligung in das Vorsatzdelikt, während die einverständliche Fremdgefährdung die Einwilligung in das Fahrlässigkeitsdelikt umschreibt.³⁶ Für diese beiden Fallgruppen hat der Gesetzgeber in den § 216 und § 228 kodifizierte Schranken gesetzt. Aus diesen ergibt sich, dass ein Eingriff in das Rechtsgut Leben auch mit Zustimmung des Getöteten grundsätzlich strafbar und ein einverständlicher Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nur unter bestimmten Umständen straflos bleibt. Die mangelnde Eigenhändigkeit der Vornahme der schädigenden Handlung führt also dazu, dass die freiverantwortlich getroffene Entscheidung des Rechtsgutsträgers allein keine bedingungslose Strafflosigkeit des an der Verletzung oder Gefährdung Mitwirkenden zur Folge hat. Während man die Bestimmung der Freiverant-

32 Vgl. LK-StGB-Schünemann, § 25 Rn. 108. Hier eröffnet sich die Frage einer Selbstverletzung des Opfers in mittelbarer Täterschaft.

33 Vgl. BGHSt 32, 262; Kühl, AT, 4/86f.; MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 34f.

34 S. zur Wirkungsweise und den Wirksamkeitsanforderungen einer Einwilligung Teil 1 B.

35 In diesem Fall zumeist als *Risikoeinwilligung* bezeichnet, vgl. nur Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben, Vor. § 32 Rn. 102. S. Teil 1 B. II. 2.

36 Bei der Einwilligung in ein konkretes Gefährdungsdelikt wird es sich in der Regel ebenfalls um eine einverständliche Fremdgefährdung handeln. Das konkrete Gefährdungsdelikt soll in dieser Untersuchung allerdings außer Betracht bleiben.

wortlichkeit hinsichtlich der Entscheidung im Umgang mit den eigenen Rechtsgütern noch relativ unproblematisch unter die Erfüllung der staatlichen Schutzpflichten subsumieren kann, scheint die vom Willen des Rechtsgutsträgers unabhängige Beschränkung in seiner persönlichen Entfaltung problematisch. Die Setzung dieser Schranken bedarf damit einer besonderen Rechtfertigung.

I. Die Maßgeblichkeit der Opferentscheidung

Den Ausgangspunkt der Einordnung des in Rede stehenden Lebenssachverhalts unter die vier Fallgruppen stellt der Wille des Opfers dar.³⁷ Will das Opfer eine Verletzung der eigenen Rechtsgüter, so handelt es sich um eine Selbst- oder Fremdverletzung und damit um einen *Verletzungssachverhalt*. Will sich das Opfer dagegen lediglich gefährden (lassen), so handelt es sich um eine Selbst- oder Fremdgefährdung und somit um einen *Gefährdungssachverhalt*.

Bei der Erforschung des Opferwillens stößt man somit zunächst auf dessen subjektives Verhältnis zum tatbestandlichen Erfolg. Will sich das Opfer nur gefährden (lassen), so vertraut es – im Ergebnis vergeblich – auf den Nichteintritt des tatbestandlichen Verletzungserfolgs. Will sich das Opfer dagegen verletzen (lassen), so nimmt es den Eintritt des tatbestandlichen Erfolgs zumindest in Kauf, falls es diesen nicht sogar beabsichtigt. Anhand der subjektiven Einstellung des Opfers zu seinem Rechtsgut lässt sich damit die Einordnung in einen *Verletzungs-* oder *Gefährdungssachverhalt* vornehmen.

Der Wille des Opfers schlägt sich aber nicht nur in seinem Verhältnis zum eigenen Rechtsgut nieder, sondern auch in der Beherrschung des Geschehens. Es kommt darauf an, ob das Opfer die gefährdende oder verletzende Handlung selbst oder durch einen Dritten durchführen lassen will. Will sich das Opfer selbst verletzen oder gefährden, dann will es auch die Fäden des Verletzungs- oder Gefährdungssachverhalts lenkend in den Händen halten. Will sich das Opfer hingegen von einem Dritten gefährden oder verletzen lassen, so überträgt es die willensgetreue Durchführung der Verletzung oder Gefährdung auf den Dritten. Insbesondere in den Fällen der Selbst- und Fremdgefährdung kommt eine Straffreiheit des Dritten nur in Betracht, wenn sich dieser dem Willen des Gefährdeten unterordnet und den erwünschten Erhalt der Rechtsgüter des Opfers respektiert.

37 Vgl. Rönna, JuS 2019, 119.

Da es sich bei dem Willen des Opfers um eine innere Tatsache handelt, steht man bei dessen Feststellung vor dem sich üblicherweise in der Praxis ergebenden Problem der Nachweisbarkeit. Was das Opfer tatsächlich gewollt hat, lässt sich gerade bei tödlich verlaufenden Sachverhalten im Nachhinein oftmals nur schwer feststellen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die Willensbildung – soweit zumindest die Willensrichtung hinsichtlich einer Verletzung oder Gefährdung auszumachen ist – freiverantwortlich zustande gekommen ist.

1. Die Bestimmung der Freiverantwortlichkeit des Opfers

Bildet der Wille des Opfers die Grundlage der Verortung in die vier unterschiedlichen Fallgruppen, so bedingt dies, dass der Wille des Opfers freiverantwortlich zustande gekommen ist.³⁸ Nur aus einer freiverantwortlichen – oder wie sich auch sagen lässt: eigenverantwortlichen – Entscheidung lässt sich der eindeutige Wille des Rechtsgutsträgers hinsichtlich einer Gefährdung oder Verletzung der eigenen Rechtsgüter ablesen.³⁹

Insoweit wird gerade für die Begründung der Straffreiheit der Teilnahme an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder -verletzung das *Prinzip der Eigenverantwortlichkeit* ins Feld geführt.⁴⁰ Die bei der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder -verletzung auf Tatbestandsebene vorgenommene Abschiebung der Verantwortungsbereiche führt im Falle des Vorliegens der entsprechenden Voraussetzungen zu einer Zuweisung des Handelns in die persönliche Sorgfaltssphäre des Opfers und damit zu einem Zurechnungsausschluss zugunsten des Täters.⁴¹

Während die Selbstverletzung oder -gefährdung auch die Beherrschung des Tatgeschehens und damit die eigenhändige Vornahme der schädigen-

38 Die Prüfungsreihenfolge stellt sich damit wie folgt dar: Zunächst muss die Willensrichtung des Rechtsgutsträgers – und nicht des vermeintlichen Täters – festgestellt werden (Verletzung oder Gefährdung und „selbst“ oder „fremd“). Soweit dies angenommen werden kann, gilt es diesen Willen auf seine Freiverantwortlichkeit hin zu überprüfen. Damit zeigt die Willensrichtung des Rechtsgutsträgers den Weg in die entsprechende Fallgruppe auf, während die Freiverantwortlichkeit die Grundlage der Verneinung einer Strafbarkeit des in Frage kommenden Täters darstellt.

39 Vgl. Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor. § 211 Rn. 36.

40 Kühl, AT, 4/86; Menrath, Einwilligung in ein Risiko, S. 64; MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 34; Wessels/Beulke/Satzger, AT, Rn. 266.

41 Kühl, AT, 4/83f.; MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 34; NK-StGB-Neumann, Vor. § 211 Rn. 48.

den Handlung verlangen, setzen alle vier Fallgruppen stets die Freiverantwortlichkeit der Opferentscheidung voraus. Diese stellt somit den Grundpfeiler einer potenziellen Straffreiheit des an der Gefährdung oder Verletzung mitwirkenden Dritten dar. Während man für die Bestimmung der Freiverantwortlichkeit bei der einverständlichen Fremdverletzung – und bei entsprechendem Verständnis auch bei der einverständlichen Fremdgefährdung –⁴² das Vorliegen einer wirksamen Einwilligung verlangt, wird die Bestimmung der Freiverantwortlichkeit bei der Selbstgefährdung oder -verletzung nicht einheitlich vorgenommen.⁴³

a) Die Exkulpationslösung

Nach der Exkulpationslösung werden die für den Täter geltenden Regelungen über die Schuld (§§ 19, 20, 35 und § 3 JGG) analog auf den Verletzten angewandt. Es wäre hiernach zu fragen, ob der Verletzte schuldhaft handeln würde, wenn er nicht sich selbst, sondern einen Dritten verletzt hätte. Wäre in diesem Gedankenspiel ein schuldhaftes Handeln des Verletzenden zu bejahen, so handele er auch bei der Verletzung seiner eigenen Rechtsgüter „schuldhaft gegen sich selbst“.⁴⁴ Er trage sodann die Verantwortung für sein eigenes Handeln. Nach diesem Ansatz bestimmt sich die Freiverantwortlichkeit somit anhand der strafrechtlichen Verantwortlichkeit.⁴⁵

42 S. Teil 1 B. II.

43 Der Streit um die Bestimmung der Freiverantwortlichkeit wird insbesondere bei der Abgrenzung einer (straflosen) Teilnahme an einer Selbsttötung von einer Tötung in mittelbarer Täterschaft relevant. Auch wenn hier der Streit wohl am lebhaftesten geführt wird, schlägt sich dieser ebenso auf die Abgrenzung einer Selbstgefährdung von einer Fremdgefährdung nieder. Aus Gründen der Darstellung und der Lesbarkeit sollen in diesem Abschnitt der Gefährdete bzw. der Verletzte als *Verletzter* und die Gefährdung bzw. Verletzung als *Verletzung* zusammengefasst werden.

44 U.a. vertreten von Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, 3/28, welcher jedoch in bestimmten Fällen differenziert; Dölling, GA 1984, 71, 76ff.; Jakobs, AT, 21/97f.; MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 54ff.; Renzikowski, Täterbegriff, S. 94ff.; Roxin, AT II, 25/54.

45 MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 38.

b) Die Einwilligungslösung

Demgegenüber stehen diejenigen Vertreter, welche die Bestimmung der Freiverantwortlichkeit auch bei der Selbstverletzung nach den Wirksamkeitsvoraussetzungen der (rechtfertigenden) Einwilligung vornehmen wollen.⁴⁶ Hiernach wäre zu fragen, ob der Verletzte auch in eine Verletzung durch einen Dritten wirksam hätte einwilligen können. Kann dies bejaht werden, so wäre auch die Selbstverletzung freiverantwortlich vorgenommen worden.

Handelt es sich bei der Selbstverletzung um einen Suizid, so wird – wohl überwiegend –⁴⁷ das über die Anforderungen einer Einwilligung hinausgehende „ausdrückliche und ernstliche Verlangen“ des § 216 als Maßstab der Freiverantwortlichkeit herangezogen. Der Entschluss zur Selbsttötung müsste dann nicht nur zum Zeitpunkt der Handlungsvornahme willensmangelfrei zustande gekommen sein und der Suizident die notwendige Einsichts- und Urteilsicht aufweisen, sondern auch der Ausdruck einer längerfristig durchdachten und abgewogenen Entscheidung sein.⁴⁸

2. Stellungnahme

Während die Anhänger einer *Einwilligungslösung* einen strengeren Maßstab der Willensüberprüfung für sich reklamieren, verweisen die Vertreter einer *Exkulpationslösung* auf die Orientierung am *Verantwortungsprinzip*. Die Konsequenz der zuletzt genannten Ansicht ist ein liberaleres Verständnis der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und -verletzung, was zugleich in diesem Lager befürwortet, von den Vertretern einer Einwilligungslösung jedoch als Makel angesehen wird. Tatsächlich gelangen die Ansichten jedoch nur in einigen bestimmten Fällen zu unterschiedlichen Ergebnissen.⁴⁹ Nach der Exkulpationslösung wäre die Freiverantwortlichkeit des Verletzten auch dann noch zu bejahen, wenn er sich eines unterhalb der Schwelle des § 35 liegenden Nötigungsdrucks ausgesetzt sähe,

46 So die Rechtsprechung und Teile der Literatur, vgl. BGHSt 64, 121; Lackner/Kühl-Kühl, Vor. § 211 Rn. 13a; NK-StGB-Neumann, Vor. § 211 Rn. 65; Rengier, BT II, 8/5; Rönna, JuS 2019, 119, 121; Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor. § 211 Rn. 36.

47 A.A. Schönke/Schröder-Eser/Sternberg-Lieben, Vor. § 211 Rn. 36 m.w.N.

48 BGHSt 64, 121 Rn. 25; Lackner/Kühl-Kühl, Vor. § 211 Rn. 13a.

49 Vgl. zu den übereinstimmend beurteilten Fällen MüKo-StGB-Schneider, Vor. § 211 Rn. 43ff.