

Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung

Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik

Von Maximilian Lasson, München

Die Rechtsfiguren der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und einverständlichen Fremdgefährdung zählen zu den umstrittensten Problemen, die das deutsche Strafrecht zu bieten hat. Seit der Einführung der Figur der einverständlichen Fremdgefährdung in die wissenschaftliche Diskussion durch Roxin¹ hat eine schier unübersehbare Fülle von Literaturbeiträgen und Rechtsprechungsfällen über die letzten knapp 40 Jahre nicht gerade dazu beigetragen, die Problematik für den Studenten zu erhellen. Die besondere Praxisrelevanz der Diskussion zeigt sich daran, dass die Meinungen häufig diametral zwischen Freispruch und Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung divergieren. In seinem jüngsten Urteil zu diesem Thema verurteilte der 4. Strafsenat des BGH² die beiden Fahrer eines auf öffentlichen Straßen durchgeführten, hochgefährlichen Autorennens wegen fahrlässiger Tötung eines Beifahrers, der in vollem Bewusstsein der Gefahren unangeschnallt mitgefahren und bei einem durch die Fahrer verschuldeten Unfall ums Leben gekommen war. Dieses Urteil soll zum Anlass genommen werden, in einer grundlegenden Auseinandersetzung dem Studenten einen Überblick über die komplexe Materie zu bieten.

I. Eingrenzung und Begriffsbestimmung

Während, grob verallgemeinernd, bei der Selbstgefährdung die eigentliche Gefährdung vom Opfer selbst ausgeht und der Täter durch irgendeinen Beitrag an ihr beteiligt ist, verhält es sich bei der Fremdgefährdung andersherum – beiden gemeinsam ist die Frage, welcher der Beteiligten³ den Erfolg strafrechtlich zu verantworten hat.

Neben einer Konkretisierung der Abgrenzungskriterien zwischen den Instituten wird sich dieser Beitrag daher vor allem der Abgrenzung von Verantwortungsbereichen der Beteiligten innerhalb der jeweiligen Fallgruppe zu widmen haben. Ist in den Begrifflichkeiten bereits die „Eigenverantwortlichkeit“ bzw. das „Einverständnis“ des Opfers unterstellt, so wird genauer zu untersuchen sein, wie sich diesbezügliche Mängel auf die Strafbarkeit der Beteiligten auswirken.⁴

¹ Roxin, in: Lackner u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 241 (S. 249).

² Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08 = NStZ 2009, 148.

³ Wenn im Folgenden vom „Beteiligten“ oder „Teilnehmer“ die Rede ist, so ist diese Terminologie in einem nichtjuristischen Sinne zu verstehen. Auf die wenigen Ausnahmen wird ausdrücklich hingewiesen.

⁴ Aufgrund des begrenzten Rahmens werden sich die Untersuchungen auf die Behandlung von Individualrechtsgütern beschränken müssen. Zu den Grenzen der Selbstverfügungsfreiheit durch Rechte anderer oder der Allgemeinheit s. die eingehende Analyse bei Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 506 ff.

II. Typische Fallbeispiele

In der Literatur wird die Thematik häufig anhand von Fallbeispielen dargestellt. Dieser Beitrag will hingegen versuchen, eine allgemeine und nicht fallspezifische Form der Annäherung an die einzelnen Probleme zu finden. Nichtsdestotrotz sollen auch hier zum besseren Verständnis einige besonders relevante Fallkonstellationen vorangestellt werden, deren Auflösung samt einer Anmerkung zum zitierten Urteil des BGH sich am Ende der Ausführungen wiederfinden wird.

*Fall 1:*⁵ J kauft bei D Heroin und verstirbt, nachdem er es sich selbst injiziert hat.

*Abwandlung:*⁶ J zittert stark. Deshalb bittet er D eindringlich, ihm das Heroin zu injizieren. D tut dies, J stirbt.

*Fall 2:*⁷ Wanderer W gerät in Bergnot. Bergbauer B bemerkt dies und stürzt bei einem hochgefährlichen Rettungsversuch tödlich ab. W wird anderweitig gerettet.

Fall 3: Brandstifter B steckt ein Wohnhaus an. Feuerwehrmann F kommt beim Versuch, den hoffnungslos vom Feuer eingeschlossenen E zu retten, zu Tode.

*Abwandlung:*⁸ Vater V kommt beim Versuch, sein ebenso eingeschlossenes Kind K zu retten, zu Tode.

*Fall 4:*⁹ A und F haben ungeschützten Geschlechtsverkehr, wobei F weiß, dass A HIV-positiv ist.

*Fall 5:*¹⁰ T schlägt O krankenhausreif. O verstirbt, weil er die rettende Bluttransfusion verweigert.

Abwandlung: O verstirbt, weil er die möglicherweise rettende OP wegen einer Mortalitätsquote von 20% verweigert.

III. Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung

1. Der Grundsatz: Strafflosigkeit der Beteiligung

Es ist heute weitestgehend anerkannt, dass die Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung (mit anschließendem Verletzungserfolg) für den Beteiligten straflos ist.¹¹ Die frühere Rechtsprechung des BGH allerdings war in solchen Fällen lange Zeit anderer Ansicht und kam regelmäßig zur Strafbarkeit des Dritten, wenn dieser einen kausalen Beitrag zum Verletzungserfolg geleistet hatte: So verurteilte der BGH in einem Fall einer Motorradwettkampf zwischen zwei Angetrunkenen, die für einen der beiden tödlich endete, den

⁵ Vgl. BGH NStZ 1981, 350; BGH NStZ 1984, 452 f.

⁶ Vgl. BGHSt 49, 34.

⁷ Vgl. Schönemann, JA 1975, 715 (722).

⁸ Vgl. BGH NStZ 1994, 83.

⁹ Vgl. BayObLG JR 1990, 473.

¹⁰ Vgl. BGH NStZ 1994, 394.

¹¹ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2007, Vor § 211 Rn. 12 m.w.N.

Überlebenden nach § 222 StGB allein aufgrund seiner Teilnahme an der Wettfahrt.¹² In einem anderen Fall hatte sich der BGH mit einem Arzt zu befassen, der auf einer Asienreise erkrankt war und nach seiner Rückkehr ohne genaue Prüfung des Krankheitsbildes wieder seinen Dienst in einer Klinik antrat.¹³ Wie sich herausstellte, trug der Mann Pockenviren in sich, mit denen er mehrere Personen in der Klinik ansteckte, u.a. auch einen Seelsorger, der sich freiwillig zu den Infizierten in Quarantäne begeben hatte. Auch hier kam der *Senat* – bezüglich der Verletzung des Seelsorgers und trotz dessen Freiwilligkeit – zur Strafbarkeit des Arztes wegen fahrlässiger Körperverletzung.¹⁴ Folgerichtig entschied der BGH auch mehrfach in Fällen, in denen Personen an Heroinkonsum gestorben waren, auf Strafbarkeit des Dealers wegen fahrlässiger Tötung, obwohl die Geschädigten sich das Heroin selbst injiziert hatten.¹⁵

Eine Wendung in dieser Rechtsprechung vollzog sich erst mit dem viel beachteten sog. Heroinspritzenfall¹⁶. Auch hier hatte sich ein Mann eine tödliche Dosis Heroin selbst injiziert, wobei der Angeklagte ihm hierzu die Spritzen besorgt hatte. Anstatt aber mit der bisherigen Rechtsprechung den Beschaffer der Spritzen nach § 222 StGB zu verurteilen, verwies der BGH nun erstmals auf den Gesichtspunkt der Teilnahme an einer straflosen, freiverantwortlichen Selbstgefährdung/-verletzung des Opfers und sprach den Angeklagten aus Akzessorietätsgründen frei. An diesem Ansatz haben die Gerichte seither in ständiger Rechtsprechung festgehalten.¹⁷ Das Ergebnis – die Straflosigkeit der Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung – ist dabei auch in der Literatur nahezu unumstritten¹⁸. Über die Frage allerdings, mit welchen dogmatischen Überlegungen dies zu begründen ist, herrscht weitgehend Uneinigkeit. Im Folgenden sollen die verschiedenen Ansätze, die die Strafrechtsdogmatik hierzu entwickelt hat, einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Um eine Lösung im Grundsatz entwickeln zu können, wird dabei zunächst davon ausgegangen, dass der sich Schädigende tatsächlich selbstbestimmt handelt, d.h. seine Eigenverantwortlichkeit keine Mängel aufweist; zur mangelhaften Selbstbestimmung dann im Weiteren¹⁹.

a) Die verschiedenen Ansätze

aa) Das Teilnahmeargument

Im Heroinspritzenfall stützt sich der BGH v.a. auf Schlussfolgerungen aus der Teilnahmelehre. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass eigenverantwortlich gewollte, d.h. „erstreb-

te, als sicher vorausgesehene oder in Kauf genommene“²⁰ Selbstschädigungen nicht dem Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts unterfallen.²¹ Somit müsse auch eine Bestrafung wegen vorsätzlicher Beteiligung i.S.d. §§ 26 f. StGB mangels Haupttat als tatbestandslos ausscheiden.²² Daraus lässt sich in einer zweifachen argumentatio a maiore ad minus folgern, dass (1.) auch die vorsätzliche Mitwirkung an Selbstgefährdungen tatbestandslos sein muss und (2.) dasselbe erst recht für die fahrlässige Beteiligung an solchen gelten muss.²³ Denn es würde ein nicht zu begründendes Wertungsdefizit ergeben, wollte man das Weniger der reinen Gefährdung unter Strafe stellen, wo man es beim Mehr der Schädigung, also dem eingetretenen Verletzungserfolg, nicht täte, oder wollte man fahrlässiges Verhalten bestrafen, wo vorsätzliches straffrei wäre.²⁴ Die Straflosigkeit ergibt sich hierbei auf der Ebene der objektiven Zurechnung: Trotz des für den (möglicherweise vorhersehbaren) Erfolg ursächlichen und pflichtwidrigen Verhaltens des Dritten ist der Erfolg nur demjenigen zuzurechnen, der das Risiko bewusst eingegangen ist – also dem Geschädigten und nicht dem Beteiligten.²⁵

bb) Der Schutzzweck der Norm

Eine teilweise vertretene Ansicht schließt darüber hinaus die Zurechnung zum objektiven Tatbestand aus, indem sie auf den Schutzzweck der jeweiligen Strafnorm abstellt.²⁶ Der Schutzbereich einer Norm ende an der Stelle, an der der Verantwortungsbereich des Einzelnen für sich selbst beginne.²⁷ Diese Ansicht stützt sich auf die Erkenntnis, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts sei, Rechtsgüter vor ihrem eigenen Träger zu schützen.²⁸ Erst recht nicht könne es dann seine Aufgabe sein, einen Dritten zur Verantwortung zu ziehen, der diesen Träger bei einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung oder -verletzung nur unterstützt.²⁹ So wäre beispielsweise die fahrlässige Förderung des Selbstmordes eines Dritten³⁰ vom Schutzzweck des § 222 StGB schlicht nicht er-

²⁰ BGHSt 32, 262 (263 f.).

²¹ Als überholt gelten kann wohl die a.A. von *Schmidhäuser*, in: Stratenwerth u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 801 (S. 817), der eine Strafbarkeit der Selbsttötung mit der „Pflicht des Einzelnen zum Weiterleben gegenüber der Gemeinschaft“ begründet; ähnlich auch noch *Klinkenberg*, JR 1978, 441 (444 f.); *Bringewat*, JuS 1975, 155 (159 f.); *ders.* ZStW 87 (1975), 623 (625 ff.).

²² BGHSt 32, 262 (264) m.w.N.

²³ BGHSt 32, 262 (264) m.w.N.

²⁴ BGHSt 32, 262 (264); ebenso bereits BGH NJW 1972, 1207 (1208); insgesamt zust. etwa *Roxin*, NStZ 1984, 411; *Kienapfel*, JZ 1984, 751 (752); *Stree*, JuS 1985, 179 (181).

²⁵ *Otto*, Jura 1984, 534 (539).

²⁶ So etwa *Rudolphi*, JuS 1969, 549 (557); *Roxin* (Fn. 1), 243 ff.; *Schünemann*, NStZ 1982, 60f.

²⁷ *Stree*, JuS 1985, 179 (181).

²⁸ *Schünemann*, GA 1999, 207 (222).

²⁹ *Stree*, JuS 1985, 179 (181).

³⁰ Vgl. hierzu BGH NJW 1972, 1207 (m. zust. Anm. *van Els*, NJW 1972, 1476).

¹² BGHSt 7, 112, 114.

¹³ BGH NJW 1963, 165.

¹⁴ BGH NJW 1963, 165 (m. abl. Anm. *Rutkowski*, NJW 1963, 165).

¹⁵ S. nur BGH NStZ 1981, 350; BGH NStZ 1983, 72.

¹⁶ BGHSt 32, 262.

¹⁷ Statt aller BGH NJW 2003, 2326 (2327) m.w.N.

¹⁸ Dazu a.A. lediglich *Köhler*, MDR 1992, 739 (741), der aber letztlich ein Problem der Eigenverantwortlichkeit behandelt, dazu s.u. III. 2.

¹⁹ S.u. III. 2.

fasst.³¹ Die oben erläuterten Folgerungen des Teilnahmearguments – die ja von der Straflosigkeit der Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbsttötung ausgehen – lassen sich damit letztlich aus dieser Ansicht ableiten.

cc) Das Autonomieprinzip

Gegen die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die Teilnahmelehre stellt sich eine Auffassung, die die Straflosigkeit direkt aus dem verfassungsrechtlich geschützten Selbstverantwortungsgrundsatz³² des Einzelnen ableiten will. Nach dieser Ansicht soll eine Abgrenzung der Verantwortungsbe- reiche zwischen Geschädigtem und Drittem nicht im techni- schen Sinne der Lehre von Täterschaft und Teilnahme erfol- gen, sondern auf Ebene der „normativen Zuständigkeit“.³³ Der Grund der Straflosigkeit sei bereits auf der „Primärebe- ne“ im Selbstbestimmungsrecht und der daraus folgenden Verantwortung des Einzelnen verortet und nicht erst auf „Sanktionsnormebene“, die lediglich die Wertungen der Primärebene widerspiegle.³⁴

dd) Sozialadäquanz/erlaubtes Risiko

Eine weitere Ansicht kommt zur Straflosigkeit, indem sie die Beteiligung an eigenverantwortlichen Selbstgefährdungen als Ausprägung des erlaubten Risikos oder der Sozialadäquanz³⁵ begreift. Unter diesen Komplex fallen allgemein solche Ver- haltensweisen, die bei Beachtung geltender Regeln im Be- reich des verkehrüblichen und generell gestatteten Lebensri- sikos liegen, z.B. die Teilnahme am Straßenverkehr oder an sportlichen Wettkämpfen.³⁶ Ist ein Verhalten durch das er-laubte Risiko gedeckt, wird dadurch keine rechtlich relevante Gefahr geschaffen, die objektive Zurechnung ist damit aus- geschlossen.³⁷ Frisch stellt dabei – auf Grundlage seiner Un- rechtslehre – darauf ab, ob das eingegangene Risiko nach der jeweiligen Interessenlage der Beteiligten rechtlich zu missbil- ligen ist.³⁸

ee) Würdigung

Es stellt sich nun die Frage, wie die dargestellten Lösungsan- sätze zu bewerten bzw. ob sie u.U. miteinander in Einklang zu bringen sind. Zunächst lässt sich feststellen, dass vor al- lem das Teilnahmeargument starker Kritik ausgesetzt ist. So wendet Frisch ein, wenn aus Akzessorietätsgründen der Be- teiligte straffrei sei, komme doch immer noch eine täter- schaftliche Begehung durch ihn in Frage.³⁹ Das mag im Prin- zip richtig sein, steht jedoch systematisch an falscher Stelle. Denn fragt man im Grundsatz danach, weshalb die Mitwir- kung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung straf- los sein soll, so muss man zunächst davon ausgehen, dass das „Opfer“ sich auch tatsächlich eigenverantwortlich selbst gefährdet hat. Der Einwand, der Dritte habe möglicherweise als Täter gehandelt, gehört damit zur Frage, ob die Eigenver- antwortlichkeit des Opfers mit Mängeln behaftet ist⁴⁰, nicht jedoch in den Kontext der prinzipiellen Straffreiheit einer Mitwirkung an nicht-defizitärem, freiverantwortlichem Selbst- gefährdungsverhalten.

Weiterhin wird angeführt, das für Schädigungssachver- halte gültige Bild von Täterschaft und Teilnahme sei nicht auf die Gefährdungsfälle übertragbar, denn nicht ein werten- der Vergleich mit den Schädigungsfällen, sondern allein eine materielle Begründung fehlenden Unrechts könne die Straf- losigkeit ergeben.⁴¹ Fehle es an diesem Unrecht, so entfallt nicht etwa – nach der Lehre vom Schutzzweck der Norm – die objektive Zurechnung, sondern das Verhalten an sich könne bereits nicht als tatbestandsmäßig-verboten eingeord- net werden.⁴² Dieser Versuch, die Argumentation auf eine höhere Begründungsebene zu heben, führt allerdings wieder zum Ansatz, die Straflosigkeit aus dem Autonomieprinzip, also dem Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen auf Primär- ebene, abzuleiten. Und letztlich geht auch derjenige, der den Grund der Straflosigkeit im Schutzzweck der Norm erblickt, von keiner anderen Überlegung aus: Nämlich, dass in An- knüpfung an das Selbstbestimmungsrecht der Schutzzweck einer Norm selbstgefährdendes Verhalten samt der Beteili- gung daran eben nicht erfasst. Genauso knüpft an das Selbst- bestimmungsrecht an, wer die Beteiligung an eigenverant- wortlichem Handeln als erlaubtes Risiko betrachtet.

So zeigt sich, dass im Prinzip alle Ansätze versuchen, sich von verschiedenen Seiten dem zentralen Begriff der Selbstbe- stimmung bzw. der Eigenverantwortlichkeit anzunähern. Während aber die Begründungen mit dem Autonomieprinzip und dem erlaubten Risiko etwas vage in der Luft stehen⁴³, arbeitet die Lehre vom Schutzzweck der Norm präziser mit der jeweiligen durch den Gesetzgeber geschaffenen Straf- norm. Außer Frage steht, dass die einzelne Norm natürlich die Verfassungsentscheidung des Selbstbestimmungsrechts

³¹ Roxin (Fn. 1), S. 245.

³² Zur Herleitung dieses Prinzips aus überrechtlichen Überle- gungen s. Zaczyk, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstver- antwortung des Verletzten, 1993, S. 19 ff.; zur rein funktiona- len Bestimmung innerhalb des Zurechnungssystems siehe Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 148 ff.

³³ Neumann, JA 1987, 244 (249).

³⁴ Murmann (Fn. 4), S. 392 f. und passim.

³⁵ Etwa Duttge, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 15 Rn. 151; die beiden Begriffe werden hier mit Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (995), synonym betrachtet.

³⁶ S. nur Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 10 Rn. 38.

³⁷ Wessels/Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 38. Aufl. 2008, Rn. 184.

³⁸ Frisch, NSTZ 1992, 1 (6).

³⁹ Frisch (Fn. 32), S. 3 f.

⁴⁰ Dazu sogleich III. 2.

⁴¹ Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2005, Vor § 13 Rn. 163, 167.

⁴² Frisch (Fn. 32), S. 7 f.

⁴³ Vgl. Hellmann, in: Schönemann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag, 2001, S. 271 (S. 279).

widerspiegelt – genauer ist es daher, mit dem Schutzzweck der jeweils konkret betroffenen Norm zu argumentieren als mit dem nur allgemein dahinter stehenden Prinzip. Richtig ist schließlich auch, daraus mit dem logischen erst-recht-Schluss des Teilnahmearguments die Straffreiheit des Beteiligten abzuleiten.

b) Ergebnis

Auch wenn man der hier favorisierten Lösung nicht folgt, kommt man mit einem der gezeigten Ansätze in jedem Fall zur Straflosigkeit der Mitwirkung an freiverantwortlichen Selbstgefährdungen. Dass dies auch im Ergebnis stimmig ist, mag ein Blick auf die praktisch relevanten Drogenfälle zeigen: Die Straflosigkeit des Dealers (oder Beschaffers von Hilfsmitteln wie im Heroinspritzenfall⁴⁴) gilt hier selbstverständlich nur in Hinblick auf die §§ 222, 228 StGB – die betäubungsmittelrechtlichen Sanktionen der §§ 29, 30 BtMG werden davon nicht berührt.⁴⁵

2. Der Maßstab: Eigenverantwortlichkeit

Wie vorstehend festgestellt, liegt der Kern der Straflosigkeit des Dritten also in der Eigenverantwortlichkeit des sich selbst Gefährdenden. Ist die Eigenverantwortlichkeit aber mit Mängeln behaftet, d.h. der sich Gefährdende in Ausübung seiner Selbstbestimmung unfrei, so muss im Umkehrschluss ein eintretender Verletzungserfolg dem Beteiligten zugerechnet werden: Denn der Beteiligte wird dann zum Hintermann, der – in Form der mittelbaren Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 2. Alt. StGB – das Opfer als Werkzeug gegen sich selbst lenkt.⁴⁶ Damit stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien die (mangelnde) Eigenverantwortlichkeit des Opferverhaltens festgestellt werden kann. Die Wissenschaft hat zunächst für das ähnliche Problem der Mitwirkung an einem Suizid zwei verschiedene Lösungsansätze entwickelt und diese dann auf die Beteiligung an Selbstgefährdungen übertragen.

a) Einwilligungslösung und „Ernstlichkeit des Verlangens“, § 216 StGB

Ein Teil der Lehre stellt zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit auf die Maßstäbe der Einwilligung ab.⁴⁷ Dazu wird das selbstgefährdende Verhalten des Opfers mit einer (hypothetischen) gleich gearteten Fremdgefährdung durch einen anderen verglichen und anschließend danach gefragt, ob das Opfer in eine solche Gefährdung „ernstlich“ i.S.d. „ernstlichen Verlangens“ in § 216 StGB eingewilligt hätte.⁴⁸ „Ernstlich“ ist als eine innere Haltung des Opfers zu verste-

hen, die durch Willensfestigkeit und Zielstrebigkeit gekennzeichnet ist – das Opfer muss sich der Tragweite seines Entschlusses bewusst sein.⁴⁹ Mangelhaft und damit nicht „ernstlich“ ist die Einwilligung etwa, wenn sie auf nötigem Zwang, arglistiger Täuschung, Depression, Trunkenheit oder Drogeneinfluss beruht, geistige oder seelische Erkrankung, Jugendlichkeit oder Senilität die Einsichtsfähigkeit beeinflussen oder der Entschluss aus einer Augenblicksstimmung heraus getroffen wird.⁵⁰ Fehlt es an der Ernstlichkeit des sich Gefährdenden, führt dies zum Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit und damit zur Strafbarkeit des Beteiligten in mittelbarer Täterschaft. Dies eröffnet ein weites Feld möglicher Strafbarkeit für den Beteiligten.

b) Exkulpationslösung

Eine andere Richtung in der Lehre zieht demgegenüber in analoger Anwendung die Exkulpationsregeln heran.⁵¹ Danach handeln nicht eigenverantwortlich: Kinder (§ 19 StGB analog); Geisteskranke, Volltrunkene, unter Drogen Stehende und psychisch Kranke, wenn sie jeweils unter § 20 StGB analog fallen; Menschen, die in einer Notlage entsprechend § 35 Abs. 1 StGB stehen und Jugendliche, die nicht die Einsichtsfähigkeit entsprechend § 3 JGG besitzen.⁵² Weiterhin wird zum Teil auch Personen, die im Zustand verminderter Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB analog handeln, die Eigenverantwortlichkeit abgesprochen.⁵³ Bei Letzteren wird dabei unterschieden, ob Mängel in der Einsichtsfähigkeit oder in der Steuerungsfähigkeit vorliegen: Ist der Handelnde sich der Tragweite seines selbstgefährdenden Tuns nicht bewusst (fehlt es also bereits an der Einsicht), so muss dem Beteiligten, der das Risiko besser überblickt, der Erfolg als täterschaftliches Handeln zugerechnet werden.⁵⁴ Gefährdet sich das Opfer hingegen trotz besserer Einsicht und im vollen Bewusstsein des Risikos bei noch vorhandener, aber verminderter Hemmungsfähigkeit, so handelt es weiterhin eigenverantwortlich und der Mitwirkende ist lediglich strafloser Teilnehmer.⁵⁵

c) Würdigung

Gegen die Exkulpationslösung wird vor allem angeführt, die Entschuldigungsgründe setzten allesamt das Bestehen strafbaren Unrechts voraus, gerade daran fehle es aber im Falle

⁴⁴ BGHSt 32, 262.

⁴⁵ So auch Roxin, NSTZ 1984, 411.

⁴⁶ Heinrich, in: Dölling/Duttge/Rössner (Hrsg.), Handkommentar, Gesamtes Strafrecht, 2008, Vor § 13 StGB Rn. 138.

⁴⁷ Zunächst Geilen, JZ 1974, 145 (151 f.) und Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 36 ff.; dem folgend Amelung, NJW 1996, 2393 (2395); Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2006, Vor § 211 Rn. 36 f. u.a.

⁴⁸ Herzberg, JA 1985, 336 (337 u. 343).

⁴⁹ Schneider, in: Joecks/Miebach (Fn. 35), § 216 Rn. 19.

⁵⁰ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 56. Aufl. 2009, § 216 Rn. 9.

⁵¹ So u.a. Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 25 Rn. 139 ff.; Dölling, GA 1984, 71 (76 f. u. 78 f.); Zaczyk (Fn. 32), S. 36 u. 43.

⁵² Vgl. Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 8. Aufl. 2009, § 20, Rn. 3 ff.

⁵³ Roxin (Fn. 51), § 25 Rn. 150.

⁵⁴ Roxin (Fn. 51), § 25 Rn. 152.

⁵⁵ Roxin (Fn. 51), § 25 Rn. 152; zu Unrecht die Unterscheidbarkeit von Einsichts- und Hemmungsfähigkeit ablehnend Schaffstein, NSTZ 1989, 153 (157).

von Selbstschädigungen bzw. -gefährdungen.⁵⁶ Dies kann jedoch nicht überzeugen, kommt es doch in diesem Zusammenhang nicht auf die Strafbarkeit des Opferverhaltens an, sondern auf die Frage, inwieweit der Einzelne aufgrund persönlicher Merkmale sein Tun verantworten kann und muss.⁵⁷ Folgerichtig werden die Exkulpationsregeln auch nicht unmittelbar, sondern analog angewendet.

Deren Anwendbarkeit lässt sich allerdings weiter entgegenhalten, dass sie solche Fälle nicht erfassen, in denen der Außenstehende durch das Hervorrufen von Motivirrtümern (unterhalb der Schwelle des § 20 StGB) beim Opfer dessen selbstgefährdendes/-schädigendes Verhalten erst auslöst.⁵⁸ Nach der Einwilligungslösung würden solche Motivirrtümer zum Ausschluss der Eigenverantwortlichkeit des Opfers und damit zur mittelbaren Täterschaft des Beteiligten führen. Doch führt auch hier die Exkulpationslösung zum sachgerechten Ergebnis: Denn die Rechtsordnung muss davon ausgehen, dass der Mensch „fremden Einflüsterungen nicht blindlings folgt“ – andernfalls würde jeder Anstifter durch die Erregung oder Ausnutzung von Motivirrtümern zwangsläufig zum mittelbaren Täter werden.⁵⁹ Ist die Täuschung allerdings so gravierend, dass der Getäuschte in einen dem § 20 StGB vergleichbaren Panikzustand gerät, ist auch nach der Exkulpationslösung die Freiverantwortlichkeit ausgeschlossen und der Täuschende mittelbarer Täter.

Nach der Einwilligungslösung soll es beispielsweise auch bei Selbstmorden, zu denen sich der Suizident in einer besonderen Gemütslage (wie Liebeskummer etc.) entschlossen hat, an der erforderlichen „Ernstlichkeit“ fehlen. Diese Betrachtung verkennt jedoch, dass die Ernstlichkeit des Ansinns angesichts eines vollendeten Suizids kaum bestritten werden kann. Vielmehr wird hier die „Vernünftigkeit“ der Gründe für den Suizid bewertet und den Gerichten damit ein gesetzlich in keiner Weise umrissener Interpretationsspielraum gegeben für die doch äußerst schwerwiegende Frage, ob für den Beteiligten eine straflose Teilnahme oder eine täterschaftliche Tötung anzunehmen ist. Dies verstößt eklatant gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG.⁶⁰

Die Exkulpationslösung hingegen zeichnet sich, indem sie sich an den §§ 19, 20, 35 StGB, 3 JGG orientiert, durch „strenge Gesetzestreue“ aus.⁶¹ Nach den oben angeführten Argumenten und vor allem vor dem Hintergrund des Art. 103 Abs. 2 GG ist sie damit insgesamt vorzugswürdig. Auch die analoge Einbeziehung des § 21 StGB für die Fälle, in denen der Außenstehende das Geschehen besser überblickt, ist von der Systematik wie vom Ergebnis zu befürworten.

3. Zusammenfassung

Das bisher Gesagte lässt sich nach alledem wie folgt zusammenfassen: Die Mitwirkung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung ist grundsätzlich straflos, es sei denn, die Eigenverantwortlichkeit des Opfers ist mit beachtlichen Mängeln behaftet. Ob Mängel beachtlich sind, ist in analoger Anwendung der Exkulpationsregeln zu ermitteln.

Vorausgesetzt ist dabei stets, dass eine Selbstgefährdung vorliegt, d.h. das Opfer selbst die unmittelbare Gefährdungsursache setzt. Eine Differenzierung wird dann notwendig, wenn nicht das Opfer, sondern der Außenstehende (mit Einverständnis des Opfers) die entsprechende Ursache setzt. Hierzu muss die eigenverantwortliche Selbstgefährdung von der einverständlichen Fremdgefährdung abgegrenzt werden.

IV. Die einverständliche Fremdgefährdung

1. Äußere Abgrenzung der Fremd- und Selbstgefährdung

Um die äußere Abgrenzung der Fremdgefährdung von der Selbstgefährdung vorzunehmen, ist mit der ganz h.M.⁶² danach zu fragen, wer das Geschehen beherrscht: Dabei werden die Grundsätze der Tatherrschaftslehre, die sonst zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dienen, in entsprechender Anwendung herangezogen. Liegt die Handlungsherrschaft beim Opfer, handelt es sich um eine Selbstgefährdung, liegt sie beim Täter, um eine Fremdgefährdung. Präziser ausgedrückt nimmt das Opfer bei der Selbstgefährdung die Handlung selbst vor oder begibt sich in eine schon bestehende Gefahr hinein; bei der Fremdgefährdung hingegen setzt es sich der durch einen anderen erst drohenden Gefahr aus, sodass sein Schicksal letztlich in den Händen des Täters liegt.⁶³

2. Rechtliche Behandlung

Schwieriger ist die Frage der rechtlichen Behandlung der einverständlichen Fremdgefährdung. Auch hier sollen die einzelnen Ansätze in Rechtsprechung und Lehre dargestellt und kritisch gewürdigt werden.

a) Normative Irrelevanz der Unterscheidung

Teile der Lehre lehnen die rechtliche Unterscheidung der einverständlichen Fremdgefährdung von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung völlig ab. *Schünemann* gesteht zwar die äußerliche Differenzierbarkeit nach dem Tatherrschaftskriterium zu, hält sie aber für normativ irrelevant.⁶⁴ Denn die mangelfrei ausgeübte Selbstbestimmung des Opfers führe in beiden Fällen zur Straflosigkeit des Beteiligten, die defizitäre hingegen jeweils zur Erfolgszurechnung.⁶⁵

⁵⁶ *Herzberg*, JA 1985, 336 (337).

⁵⁷ *Roxin*, in: Jescheck u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag, 1977, S. 331 (S. 346).

⁵⁸ *Schneider* (Fn. 49), Vor §§ 211 ff. Rn. 51.

⁵⁹ *Bottke*, Suizid und Strafrecht, 1982, S. 266 f.

⁶⁰ Ganzer Gedankengang bei *Roxin* (Fn. 57), S. 345.

⁶¹ *Bottke*, GA 1983, 22 (36 f.).

⁶² Statt vieler *Schneider* (Fn. 49), § 216 Rn. 33 ff. m.w.N.; a.A. *Zaczyk* (Fn. 32), S. 56, der auf die Opferperspektive abstellen will.

⁶³ BayObLG NJW 1990, 131 (132).

⁶⁴ *Schünemann*, JA 1975, 715 (722 f.).

⁶⁵ *Schünemann*, JA 1975, 715 (723) und öfter.

b) Reduzierung der Sorgfaltspflichten des Beteiligten

P. Frisch will demgegenüber bereits die Sorgfaltswidrigkeit des Außenstehenden entfallen lassen, wenn das Opfer kein „Interesse am Schutz seiner Rechtsgüter“ habe und sich eigenverantwortlich in Gefahr begeben.⁶⁶ Maßstab der Eigenverantwortlichkeit soll dabei sein, ob das Opfer die Gefährdung erkannt hat bzw. hätte erkennen und vermeiden können, es sei denn, der Beteiligte hatte überlegenes Wissen bzgl. der Gefahr.⁶⁷

In ähnlicher Weise wollte auch die frühere Rechtsprechung⁶⁸ mit einem Teil der Literatur⁶⁹ die Sorgfaltspflichten des Mitwirkenden reduzieren. So handle der Dritte nicht pflichtwidrig, wenn das Opfer „eine gewisse Gefahr in deren klarer Erkenntnis in Kauf genommen und der Täter seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht genügt“⁷⁰ habe. Was dabei als „allgemeine“ Sorgfaltspflicht anzusehen ist, soll jeweils „von den Umständen des Falles“⁷¹ abhängig sein.

c) Strafflosigkeit bei Sozialadäquanz/erlaubtem Risiko

Wie schon bei der Bewertung der Eigenverantwortlichkeit selbstgefährdenden Verhaltens werden zum Teil auch für die einverständliche Fremdgefährdung die Institute der Sozialadäquanz und des erlaubten Risikos herangezogen: Sei das Verhalten des Beteiligten durch sozialadäquates Verhalten oder das erlaubte Risiko gedeckt, werde damit die Tatbestandsmäßigkeit ausgeschlossen.⁷²

d) Einwilligungslösung

Sehr weite Teile in Literatur⁷³ und Rechtsprechung⁷⁴ vertreten auch im Zusammenhang mit der einverständlichen Fremdgefährdung eine Einwilligungslösung. Habe das Opfer wirksam in die Gefährdung durch den Dritten eingewilligt, so entfalle die Strafbarkeit des Außenstehenden.⁷⁵ Eine Einwilligung kann gemäß den allgemeinen Regeln entweder ausdrücklich oder konkludent kundgetan werden. Da sich bei einer Fremdgefährdung andere Einwilligungsprobleme stellen als im Kontext der Selbstgefährdung, muss eine eigene Auseinandersetzung mit diesem Ansatz stattfinden.

Die Ansicht sieht sich vor allem zwei Problemen gegenüber: Es ist letztlich unumstritten, dass sich eine Einwilligung bei vorsätzlichen Erfolgsdelikten sowohl auf die Handlung als auch auf den Erfolg beziehen muss.⁷⁶ Bei der einverständlichen Fremdgefährdung begibt sich das Opfer zwar vorsätzlich in die Gefährdungslage, wird aber in aller Regel mit dem Verletzungserfolg nicht einverstanden sein, da es je gerade auf dessen Ausbleiben hofft⁷⁷ – damit stellt sich die Frage, ob eine Einwilligung nicht am Kriterium der Erfolgsbezogenheit scheitert (sogleich unter aa). Lässt man sie nicht an dieser Frage scheitern, ist zu klären, ob nicht (bei Tötungs- und Körperverletzungsfällen) die §§ 216, 228 StGB eine Disposition des Opfers über seine Rechtsgüter verhindern (unter bb).⁷⁸

aa) Erfolgsbezogenheit der Einwilligung

Das Erfordernis der Erfolgsbezogenheit wird mit zum Teil unterschiedlichen Begründungen⁷⁹ abgelehnt. Schaffstein führt aus, der Handlungsunwert für sich allein begründe das Unrecht beim fahrlässigen Erfolgsdelikt und lasse es deshalb „als Gefährdungsdelikt erscheinen“ – folglich genüge eine nicht erfolgs-, sondern rein gefährdungsbezogene Einwilligung.⁸⁰ Für Hirsch ergibt sich das Gleiche aus dem Wesen der Einwilligung als Verzicht auf Rechtsschutz bzgl. einer bestimmten Verbotsnorm: Da man bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht die ungewollte Erfolgsverursachung, sondern lediglich das diesbezüglich sorgfaltswidrige Verhalten verbieten könne, müsse sich der Rechtsschutzverzicht auch nur auf dieses Verhalten beziehen.⁸¹ Zudem müsse auch eine bzgl. des Erfolgeintritts offene Einwilligung gültig sein, da angesichts des Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen die Gründe für dessen Rechtsgutsverzicht nicht der fremden Beurteilung unterlägen.⁸² Die Rechtsprechung sieht demgegenüber – zumindest bei fahrlässigem Verhalten des Täters – die Erfolgseinwilligung in der bewussten Einwilligung in ein erkanntes Risiko enthalten.⁸³

bb) Disponibilität des Rechtsguts

Folgt man der vorstehenden Argumentation, so stellt sich anschließend die bereits aufgeworfene Frage nach der Dispositionsbefugnis des Opfers über seine Rechtsgüter. Denn

⁶⁶ P. Frisch, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, 118.

⁶⁷ P. Frisch (Fn. 66), S. 126.

⁶⁸ RGSt 57, 172; BGHSt 4, 88 (93); BGHSt 7, 112 (115).

⁶⁹ So noch Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (992 f.); Preuß, Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht, 1974, S. 160 f.

⁷⁰ BGHSt 4, 88 (93).

⁷¹ BGHSt 7, 112 (115).

⁷² Vgl. Dölling, GA 1984, 71 (81) m.w.N.

⁷³ Etwa Dach, NStZ 1985, 24 (25); Frisch, NStZ 1992, 62 (66 f.); Trüg, JA 2004, 597 (598); Murmann (Fn. 4), S. 432 f.

⁷⁴ So auch wieder der BGH im jüngsten Urte. v. 20.11.2008 – 4 Str 328/08, Rn. 28 m.w.N.

⁷⁵ Ob die Einwilligung bereits tatbestandsausschließend oder erst rechtfertigend wirkt, mag hier dahinstehen, da beides zum gleichen Ergebnis führt.

⁷⁶ S. nur Lenckner, in: Schönke/Schröder (Fn. 47), Vor § 32 Rn. 34.

⁷⁷ Vgl. Dölling, GA 1984, 71 (83).

⁷⁸ Dölling, GA 1984, 71 (83).

⁷⁹ So u.a. Dölling, GA 1984, 71 (83 f.); ders., JR 1994, 520 (521); W. Frisch (Fn. 32), S. 149; Schaffstein, in: Stratenwerth u.a. (Fn. 21), S. 557 (S. 564 ff.).

⁸⁰ Schaffstein (Fn. 79), S. 567.

⁸¹ Hirsch, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 2, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 107.

⁸² Murmann (Fn. 4), S. 430.

⁸³ OLG Celle NJW 1964, 736; OLG Celle MDR 1969, 69 (70); OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325 (327); ebenso Dölling, GA 1984, 71 (83 f.).

wenn das Opfer in eine fremde Gefährdungshandlung bewusst einwilligt und dabei zu Tode kommt oder sich verletzt, ist fraglich, ob der Wirksamkeit dieser Einwilligung nicht die Wertungen der §§ 216, 228 StGB entgegenstehen. Dazu haben sich zwei verschiedene Lösungsansätze entwickelt, die jedoch von den gleichen Überlegungen ausgehen:

Das Leben sei – trotz seines Wesens als Individualrechtsgut⁸⁴ – nach der Ratio des § 216 StGB der Disposition des Einzelnen zunächst deshalb entzogen, um es im langfristigen Interesse der Person zu schützen, auch wenn diese in der konkreten Situation mit der Vernichtung einverstanden sei.⁸⁵ Überdies sei der Wille zur Selbsttötung in der Regel durch den Selbsterhaltungstrieb stark gehemmt – im Falle der Fremdtötung müsse diese Funktion als „Gegenmotiv“ § 216 StGB übernehmen.⁸⁶ Insgesamt konstituiere die Norm – abgesehen von wenigen Ausnahmen wie der Notwehr – eine umfassende „Tabuisierung“ fremden Lebens.⁸⁷

Für Teile von Rechtsprechung⁸⁸ und Lehre⁸⁹ soll dieser Achtungsanspruch nun aber allein für Vorsatztaten gelten – da sich fahrlässige Tötungen nicht final auf die Vernichtung fremden Lebens richteten, sei § 216 StGB auf sie nicht anwendbar, eine rechtfertigende Einwilligung daher prinzipiell möglich. Ausgeschlossen sei sie lediglich bei Sittenwidrigkeit nach Maßgabe des § 228 StGB, wobei sich die Sittenwidrigkeit hier auf die Gefährdungshandlung und nicht auf den Todeserfolg beziehen müsse.⁹⁰ Die jüngste Entscheidung des BGH nimmt in konsequenter Fortsetzung der eigenen Rspr.⁹¹ Sittenwidrigkeit an „bei konkreter Todesgefahr, unabhängig von der tatsächlich eingetretenen Rechtsgutsverletzung“.⁹²

Dölling geht demgegenüber in seinem Lösungsansatz zwar von den gleichen Grundüberlegungen aus, will den Wertungen aus § 216 StGB jedoch nicht jeden Gehalt für die fahrlässige Tötung absprechen.⁹³ Er kommt zu dem Schluss, § 216 StGB sei grundsätzlich auch auf fahrlässige Tötungen anwendbar und die Einwilligung in eine Fremdgefährdung damit auch grundsätzlich unwirksam.⁹⁴ Die Einwilligung könne eine Tat jedoch „ausnahmsweise dann [...] rechtferti-

gen, wenn die mit der Tat verwirklichten Werte einschließlich der durch die Einwilligung betätigten Opferautonomie den in der fahrlässigen Tötung liegenden Unwert“ beseitigten – eine solche „qualifizierte Einwilligung“ sei in der Regel dann gegeben, wenn Werte wie Leben, körperliche Unversehrtheit, Interessen der Allgemeinheit oder sonstige existentielle Belange betroffen seien.⁹⁵ So sei etwa im bekannten Memel-Fall⁹⁶ der Fährmann, der die drängenden Passagiere trotz Unwetters überzusetzen versuchte, mangels wirksamer Einwilligung für deren Tod durch Ertrinken nach § 222 StGB haftbar zu machen – gerechtfertigt wäre er hingegen gewesen, wenn die Passagiere ein existentielles Interesse an der Überfahrt gehabt hätten, also beispielsweise den kranken Vater ein letztes Mal am Sterbebett hätten besuchen wollen.⁹⁷

e) *Schutzzweck der Norm*

Zu guter Letzt wird die Ansicht vertreten⁹⁸, die Behandlung der einverständlichen Fremdgefährdung sei wie die der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung über die objektive Zurechnung unter dem Aspekt des Schutzzwecks der Norm zu lösen. So erfasse der Schutzzweck des jeweiligen Tatbestandes nicht die Fälle, in denen „die einverständliche Fremdgefährdung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung unter allen relevanten Aspekten“ gleichstehe.⁹⁹ Der Erfolg müsse dabei aus dem eingegangenen Risiko und nicht aus hinzukommenden, anderen Fehlern resultieren, da sich auf letztere das Einverständnis des Opfers nicht erstrecke.¹⁰⁰ Es wird also vor allem wieder auf das Kriterium der Eigenverantwortlichkeit abgestellt: Begibt sich das Opfer eigenverantwortlich – in dem Sinne wie für die eigenverantwortliche Selbstgefährdung herausgearbeitet¹⁰¹ – in Gefahr, so liegt das Risiko in seinem Verantwortungsbereich und eine Zurechnung zum Außenstehenden ist ausgeschlossen.¹⁰²

f) *Würdigung*

Gewichtige Gründe sprechen zunächst gegen den Ansatz, der nach den oben genannten Kriterien die Sorgfaltswidrigkeit beim Außenstehenden entfallen lassen will. Denn diese Lösung stellt auf ein Mitverschulden des Opfers ab, was aber im Strafrecht, anders als im Zivilrecht, gerade nicht ausreicht, um den Sorgfaltsverstoß eines Dritten entfallen zu lassen¹⁰³. Die Interessen des Opfers werden nicht durch dessen bloße

⁸⁴ Anders noch *Schmidhäuser* (Fn. 21), S. 817.

⁸⁵ *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 9 Rn. 18.

⁸⁶ *Engisch*, in: Geerds/Naucke (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 399 (S. 412.).

⁸⁷ *Engisch* (Fn. 86), S. 399, 415; *Hirsch*, in: Stratenwerth u.a. (Fn. 21), S. 775 (S. 779).

⁸⁸ OLG Zweibrücken, JR 1994, 518 (519); OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325 (327).

⁸⁹ *Lenckner* (Fn. 76), Vor § 32 Rn. 104; *Schröder*, in: Jähne/Laufhütte/Odersky (Fn. 81), Bd. 1, 11. Aufl. 2003, § 16 Rn. 180; *Hirsch* (Fn. 81), Vor § 32 Rn. 95; *Schaffstein* (Fn. 79), S. 571; *Murmann* (Fn. 4), S. 432 f.

⁹⁰ S. nur *Hirsch* (Fn. 81), Vor § 32 Rn. 95 u. 107 m.w.N.; hier nun a.A. OLG Zweibrücken JR 1994, 518 (519).

⁹¹ Vgl. BGHSt 49, 34 (42 u. 44); 166, 173 f.

⁹² BGH Urt. v. 20.11.2008 – 4 Str 328/08, Rn. 29f.

⁹³ *Dölling*, GA 1984, 71 (87).

⁹⁴ *Dölling*, GA 1984, 71 (87 ff. u. 90 f.).

⁹⁵ *Dölling*, GA 1984, 71 (90 f.).

⁹⁶ RGSt 57, 172.

⁹⁷ *Dölling*, GA 1984, 71 (93).

⁹⁸ *Roxin* (Fn. 1), S. 251 f.; *Hammer*, JuS 1998, 785 (788); *Hellmann* (Fn. 43) S. 280; *Geppert*, Jura 2001, 559 (565); anders noch *ders.* [Fn. 69]); ähnlich, in den Ergebnissen aber abweichend, auch *Schünemann*, JA 1975, 715 (722 f.).

⁹⁹ *Roxin* (Fn. 36), § 11 Rn. 123.

¹⁰⁰ *Roxin* (Fn. 36), § 11 Rn. 124.

¹⁰¹ Es darf also kein Mangel i.S.d. §§ 19-21, 35 StGB, 3 JGG vorliegen, vgl. oben III. 2. b).

¹⁰² *Roxin* (Fn. 36), § 11 Rn. 124.

¹⁰³ *Hirsch* (Fn. 81), Vor § 32 Rn. 94.

Unachtsamkeit plötzlich schutzunwürdig.¹⁰⁴ Vielmehr muss die allgemeine Sorgfaltspflicht wegen der objektiven Gefährlichkeit des Täterverhaltens – immerhin ist das Opfer dadurch zu Schaden gekommen! – auf jeden Fall verletzt sein.¹⁰⁵ Indem zur Bestimmung des Umfangs der Sorgfaltspflicht nicht auf eine gesetzliche Wertung, sondern auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalles abgestellt werden soll, verstößt der Ansatz zudem gegen das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.¹⁰⁶

Ebenso wenig kann der Versuch überzeugen, ein für nicht strafwürdig befundenes Täterverhalten als sozialadäquat bzw. als Ausprägung erlaubten Risikos zu betrachten und so die Tatbestandsmäßigkeit auszuschließen. Zwar knüpft dieser Ansatz richtigerweise bei der Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen an; doch hebt er, wie schon im Zusammenhang mit der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung beschrieben, die konkrete Frage nach der Verantwortung des Einzelnen für einen bestimmten Erfolg lediglich auf eine abstraktere Ebene, sodass „der maßgebliche Gesichtspunkt eher verschleiert als erhellt wird“¹⁰⁷.

Gegen die Einwilligungslösung spricht schon die Tatsache, dass die Annahme einer Einwilligung häufig fiktiv sein wird¹⁰⁸ – das Einverständnis in eine Gefährdung als Einwilligung in eine Verletzung anzusehen, ist eine äußerst lebensferne Umdeutung der Realität angesichts der Tatsache, dass das Opfer in den meisten Fällen ja gerade auf ein Ausbleiben des Erfolges hofft.¹⁰⁹ Überdies ist, anders als von den Vertretern der Einwilligungslösung angenommen, das Erfolgsunrecht sehr wohl ein essentieller Teil des fahrlässigen Erfolgsdelikts: Der Erfolg steht zwar als Resultat des Handlungsrechts da, lässt sich aber allein stehend sehr wohl verbieten und kann damit auch für sich genommen Unrecht begründen.¹¹⁰ Handlung und Erfolg stehen in einem Zusammenhang, der „das gegenseitige Verhältnis von Täter und Opfer nicht willentlich umgestaltet, sondern das je in Frage stehende Rechtsgut auf die Zufälligkeit seiner Existenz herabsetzt, wo durch richtiges Verhalten seine Existenz gesichert würde“¹¹¹. Damit ist ein Verzicht auf die Erfolgsbezogenheit der Einwilligung schlechthin unhaltbar.¹¹²

Mit dem eben Gesagten ist die Einwilligungslösung in beiden Varianten bereits nicht mehr zu halten. Darüber hinaus ist im Anschluss an *Dölling*¹¹³ noch festzustellen, dass der Rechtsgedanke des § 216 StGB der Wirksamkeit einer

Einwilligung auch bei Fahrlässigkeitsdelikten sehr wohl entgegensteht – allerdings nicht nur grundsätzlich, sondern überhaupt.¹¹⁴ Auch die Heranziehung des § 228 StGB, der sich in seiner Unbestimmtheit sowieso am Rande der Verfassungswidrigkeit¹¹⁵ bewegt, ist alles andere als glücklich, zumal da sich die Unbestimmtheit dieser Norm bei Tötungsdelikten noch einschneidender auswirkt.

Gegenüber alledem ist die Schutzzwecklösung vorzuzugewürdigt. Die Unterscheidung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung wegen normativer Gleichheit ganz abzulehnen, würde allerdings zu weit führen. Denn es besteht ein Unterschied darin, ob sich eine Person selbst gefährdet und das Geschehen in der Hand hält, oder ob sie sich einem anderen auf Gedeih und Verderb ausliefert.¹¹⁶ Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung sind aber dann rechtlich gleich zu behandeln, d.h. die Zurechnung auszuschließen, wenn der Verletzte sich eigenverantwortlich in die Gefährdungslage begeben hat – dem steht auch § 216 StGB nicht entgegen, da „die Eigenverantwortlichkeit ebenfalls die Grenze zwischen strafbarer Tötung auf Verlangen und strafloser Beteiligung an einer Selbsttötung markiert“¹¹⁷.

3. Ergebnis

Eine Zurechnung des Erfolgs zum Beteiligten ist bei der einverständlichen Fremdgefährdung ausgeschlossen, wenn sich das Opfer eigenverantwortlich im oben konkretisierten Sinne der Gefährdung ausgesetzt hat. In der Regel wird dies anzunehmen sein, wenn „der Gefährdete das Risiko im selben Maße übersieht wie der Gefährdende, wenn der Schaden die Folge des eingegangenen Risikos und nicht hinzukommender anderer Fehler ist und wenn der Gefährdete für das gemeinsame Tun dieselbe Verantwortung trägt wie der Gefährdende“.¹¹⁸

V. Sonderproblem: Garantenstellung des Dritten

Nachdem die rechtliche Behandlung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und der einverständlichen Fremdgefährdung im Grundsatz geklärt ist, stellt sich noch die Frage, wie sich eine Garantenstellung des Dritten gegenüber dem Opfer auf die erarbeiteten Regeln auswirkt.

So könnte man annehmen, den Beschützergaranten müsse eine Erfolgsabwendungspflicht treffen – tritt der Erfolg ein, so müsste man ihn dem Garanten zurechnen.¹¹⁹ Einer solchen Auffassung ist jedoch entgegenzutreten. Wollte man beispielsweise eine Erfolgsabwendungspflicht des Arztes gegenüber Selbstschädigungen seines Patienten mit verschrie-

¹⁰⁴ *Dölling*, GA 1984, 71 (82) sieht andernfalls die Gefahr eines „unerträglichen ius vigilantibus scriptum“.

¹⁰⁵ *Roxin* (Fn. 3636), § 11 Rn. 123.

¹⁰⁶ *Roxin* (Fn. 36), § 11 Rn. 108.

¹⁰⁷ *Hellmann* (Fn. 43), S. 279.

¹⁰⁸ *Zaczyk* (Fn. 23), S. 51.

¹⁰⁹ *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 15 Rn. 239.

¹¹⁰ *Roxin* (Fn. 36), § 10 Rn. 96; zust. *Hellmann* (Fn. 43), S. 276.

¹¹¹ *Zaczyk* (Fn. 32), S. 51.

¹¹² Ebenso auch *Geppert*, *ZStW* 83 (1971), 947; *Duttge* (Fn. 35), § 15 Rn. 195 u.a.

¹¹³ *Dölling*, GA 1984, 71 (87).

¹¹⁴ Statt vieler: *Roxin* (Fn. 36), § 11 Rn. 121; *BGHSt* 4, 88 (93).

¹¹⁵ Zum Streitstand über die Verfassungsmäßigkeit des § 228 StGB s. nur *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 35), § 228 Rn. 29 m.w.N.

¹¹⁶ Vgl. für die ähnlich gelagerten Schädigungsfälle *Roxin*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 8. Aufl. 2006, S. 689.

¹¹⁷ *Hellmann* (Fn. 43), S. 285.

¹¹⁸ *Roxin* (Fn. 1), S. 252.

¹¹⁹ So *BGH JR* 1979, 429; *BayObLG StV* 1993, 641 (642).

benen Medikamenten bejahren, dann stünde der Arzt „immer schon mit einem Bein im Gefängnis“¹²⁰ – denn eine (vorsätzliche oder fahrlässige) Selbstschädigung eines Patienten durch Arzneimittel kann nie ganz ausgeschlossen werden.¹²¹ Eine Unterlassensstrafbarkeit nach § 13 StGB kann nur dort möglich sein, wo auch positives Tun strafbar ist; soweit die aktive Teilnahme an eigenverantwortlich gewollten Schädigungen straffrei ist, kann eine Garantenstellung des Teilnehmers daher nichts anderes ergeben.¹²² Wenn sich der Dritte strafbar macht, so nicht aus seiner Garantenstellung heraus, sondern – nach den obigen Ergebnissen – weil der Verletzte in seiner Selbstbestimmung eingeschränkt war und der Außenstehende das Risiko besser überblicken konnte.¹²³

Ebenso wenig kann sich eine Haftung aus Ingerenz ergeben, wenn ein Dritter an einer freiverantwortlichen Gefährdung des Opfers beteiligt ist und er es anschließend unterlässt, den Erfolg abzuwenden.¹²⁴ Denn ist die Verursachung der Gefahrenlage nicht zurechenbar, kann sie auch keine Garantenpflicht begründen.¹²⁵ Der erforderliche Schutzzweckzusammenhang ließe sich nicht ohne Wertungswiderspruch herstellen.

Eine über die oben erarbeiteten Regeln hinausgehende Haftung des Garanten ist demnach insgesamt ausgeschlossen.

VI. Gesamtergebnis

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Dreh- und Angelpunkt der rechtlichen Bewertung sowohl bei der Fremd- als auch bei der Selbstgefährdung die Eigenverantwortlichkeit des Opfers ist. Handelt das Opfer eigenverantwortlich, so wird die Beteiligung an einer Selbstgefährdung genauso wie die Fremdgefährdung aufgrund des Autonomieprinzips nicht vom Schutzzweck der jeweiligen Strafnorm erfasst und der Erfolg kann dem Täter nicht zugerechnet werden. Für die Abgrenzung zur täterschaftlichen Verwirklichung eines Straftatbestandes durch den Außenstehenden muss daher untersucht werden, ob und inwieweit das Opfer in seiner Selbstbestimmungsfreiheit eingeschränkt war.

Insgesamt ergibt sich folgendes Prüfschema: (1.) Anhand des Tatherrschaftskriteriums muss ermittelt werden, ob eine Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt. (2.) Ergibt die analoge Anwendung der Exkulpationsregeln, dass das Opfer eigenverantwortlich gehandelt hat, ist eine Erfolgszurechnung beim Beteiligten ausgeschlossen. (3.) Bestehen hingegen Mängel in der Eigenverantwortlichkeit, so ist der Beteiligte im Fall der Fremdgefährdung unmittelbarer, im Fall der Beteiligung an einer Selbstgefährdung mittelbarer Täter.

¹²⁰ Roxin (Fn. 36), § 11 Rn. 111.

¹²¹ Dannecker/Stoffers, StV 1993, 642 (644).

¹²² Hirsch, JR 1979, 429 (432); Roxin, NStZ 1984, 411 (412); Horn, JR 1995, 304; Körner, MedR 1995, 332 (333); ebenso OLG Zweibrücken JR 1995, 304; BayObLG NStZ 1995, 188 (189); a.A. Herzberg, NJW 1986, 1635 (1638).

¹²³ So auch OLG Naumburg NStZ-RR 1996, 229 (231).

¹²⁴ So aber BGH NStZ 1984, 452 f.; BGH NStZ 1985, 319 (320).

¹²⁵ Roxin (Fn. 36), § 11 Rn. 112; ders., NStZ 1985, 320 f.; ähnlich Fünfsinn, StV 1985, 57 (58).

VII. Lösung der Fallbeispiele

Anmerkung zum jüngsten BGH-Urteil¹²⁶: Der *Senat* folgt mit diesem Urteil konsequent der neueren BGH-Rechtsprechung, kann jedoch in Begründung wie Ergebnis nicht überzeugen. Nach der Einordnung als Fremdgefährdung nach dem Tatherrschaftskriterium (Rn. 22 ff.) wird direkt die Möglichkeit einer Einwilligung in diese Gefährdung aufgrund der Wertungen der §§ 216, 228 StGB abgelehnt (Rn. 25 ff.). Die Unzulässigkeit einer solchen Einwilligung ist zwar dem Grunde nach zu bejahen, systematisch an dieser Stelle aber verfehlt: Denn auf die Ebene der Disponibilität des Rechtsguts kommt nur, wer zuvor das Erfordernis der Erfolgsbezogenheit der Einwilligung abgelehnt hat. Dass ein Verzicht auf dieses Erfordernis auch mit Begründung geradezu unvertretbar ist, haben die obigen Ausführungen gezeigt¹²⁷ – der *Senat* hingegen hat sich zu dieser Frage nicht einmal geäußert.

Der verstorbene Beifahrer hatte sich im Bewusstsein der Lebensgefahr auf das Autorennen eingelassen und konnte den Grad der Gefahr ebenso gut überblicken wie die beiden Fahrer.¹²⁸ Daher handelte es sich um eine einverständliche Fremdgefährdung, die der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung unter allen relevanten Aspekten gleichsteht. Der Tod des Beifahrers hätte den Fahrern somit (wie in der Vorinstanz richtigerweise geschehen) nicht zugerechnet werden dürfen. Eine Verurteilung nach § 222 StGB war fehlerhaft.

Lösung Fall 1: Da J die Herrschaft über das Geschehen selbst in der Hand hat, handelt es sich um eine Selbstgefährdung. Soweit J dabei eigenverantwortlich i.S.d. Exkulpationslösung agiert, kommt eine Strafbarkeit des D gem. § 222 StGB nicht in Betracht.

Abwandlung: Die Tatherrschaft liegt hier bei D, es liegt also Fremdgefährdung vor. Handelt J bei der Bitte um Injektion selbstbestimmt und überblickt er das Risiko in gleichem Maße wie D, so scheidet auch in diesem Fall eine Strafbarkeit des D nach § 222 StGB aus.

Probleme ergeben sich nur bei der Frage, bis zu welcher Schwelle ein Drogenabhängiger eigenverantwortlich zu handeln in der Lage ist. Hierzu sind die Dauer des Drogenkonsums, das Ausmaß missbrauchsbedingter Persönlichkeitsveränderungen, die Entzugerscheinungen und der Beschaffungsdruck¹²⁹ in die Beurteilung nach den Exkulpationsregeln einzubeziehen. Eine abschließende Bewertung kann allerdings nur der jeweilige Einzelfall ergeben.¹³⁰

¹²⁶ Urt. v. 20.11.2008 – 4 StR 328/08 = NStZ 2009, 148, vgl. oben Fn. 2; zum Sachverhalt vgl. die verkürzte Darstellung in der einleitenden Bemerkung zu diesem Beitrag. Siehe auch bereits die Entscheidungsanmerkung von Brünig, ZJS 2009, 199 sowie die Falllösung von Timpe, ZJS 2009, 170.

¹²⁷ Vgl. oben IV. 2. f).

¹²⁸ Hier a.A. und dem *Senat* im Ergebnis, nicht aber der Begründung zust. Roxin, NStZ 2009, 399 (402), der für verschiedene Etappen des Rennens differenzierte Einschätzungen trifft.

¹²⁹ OLG Frankfurt a. M. NStZ 1991, 235 (236).

¹³⁰ Zur Verantwortlichkeit Drogensüchtiger eingehend Ame- lung, NJW 1996, 2393.

Lösung Fall 2: W hat, indem er in Bergnot geriet, zwar die Ursache für den Tod des B gesetzt. Doch ist ihm dies nicht zuzurechnen, da B selbst über den Rettungsversuch entscheiden konnte. Insbesondere lag der Rettungsversuch weit über der Schwelle des § 323c StGB.¹³¹

Lösung Fall 3: Auf den ersten Blick könnte man zu einer anderen Lösung als im Fall 2 gelangen, wenn sich der Retter im Rahmen einer Dienstpflicht in Gefahr begibt. Doch auch bei Berufsrettern besteht keine Selbstaufopferungspflicht – geht der Retter über die Grenze des Zumutbaren hinaus, so handelt auch er freiverantwortlich.¹³²

Abwandlung: Etwas anderes ergibt sich erst hier: V, der sein Kind retten will, befindet sich in einer Zwangslage analog § 35 StGB. Nach der Exkulpationslösung handelt er damit nicht freiverantwortlich, sein Tod ist dem B im Rahmen des § 222 StGB zuzurechnen.¹³³

Lösung Fall 4: Allein problematisch ist hier die Frage, ob Selbst- oder Fremdgefährdung vorliegt. Entscheidend ist, welchen Anknüpfungspunkt für das Tatherrschaftskriterium man wählt. Da die Gefährdung nicht allein dadurch entsteht, dass der eine Partner infiziert ist, sondern erst durch den ungeschützten Geschlechtsverkehr mit ihm, könnte man annehmen, der gesunde Partner setze sich dem Risiko aktiv aus und es handle sich damit um eine Selbstgefährdung.¹³⁴ Vorzugswürdig ist aber, an der Gefahrenquelle anzuknüpfen: Da die Gefahr ausschließlich vom Infizierten ausgeht, muss es sich um eine Fremdgefährdung handeln.¹³⁵

Lösung Fall 5: Die Rechtsprechung will die Zurechnung zum Erstverursacher nur in solchen Fällen ausschließen, in denen die Verweigerung „offenkundig unvernünftig“¹³⁶ ist. Eine solche Ausweitung im Rahmen einer Vernünftigeitsrechtsprechung ist jedoch abzulehnen: Denn es handelt sich hierbei um Sachverhalte der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, soweit die Verweigerung freiverantwortlich getroffen wurde und nicht Behandlungsrisiken sie vertretbar machen.¹³⁷ Der Tod des O ist T daher im Ausgangsfall nicht zuzurechnen.

Abwandlung: Eine Mortalitätsquote von 20% bei der Behandlung hingegen macht eine Verweigerung vertretbar, von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung ist in einem solchen Fall nicht auszugehen. Zurechenbarkeit ist somit gegeben.

¹³¹ Ebenso Roxin (Fn. 36) § 11 Rn. 115; Schönemann, JA 1975, 715 (722); a.A. Freund in: Joecks/Miebach (Fn. 35), Vor §§ 13 ff. Rn. 389.

¹³² Bernsmann/Zieschang, JuS 1995, 775 (779).

¹³³ Ebenso BGH NStZ 1994, 83.

¹³⁴ So BayObLG JR 1990, 473 (474); ebenso Dölling, JR 1990, 474 (475); Bruns, NJW 1987, 2281 (2282).

¹³⁵ Vgl. dazu die Definition oben IV. 1.; wie hier Roxin (Fn. 36), § 11 Rn. 133; Hellmann (Fn. 43), S. 273; Helgerth, NStZ 1988, 261 (262).

¹³⁶ BGHSt 39, 322 (326); OLG Celle StV 2002, 366 (367) m. Bespr. Walther, StV 2002, 367.

¹³⁷ Wie hier u.a. Roxin (Fn. 36), § 11 Rn. 118 m. Fn. 255.