

Die sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Jan Rennieke**, Göttingen*

Der Beitrag befasst sich mit der rechtfertigenden Einwilligung in Körperverletzungsdelikte und der durch § 228 StGB gezogene Grenze der Sittenwidrigkeit. Neben einer kurzen Zusammenfassung der allgemeinen Einwilligungsvoraussetzungen wird der Begriff der Sittenwidrigkeit im Strafrecht erläutert und für Klausurzwecke veranschaulicht.

I. Einleitung

Die Körperverletzungsdelikte und der Rechtfertigungsgrund der Einwilligung gehören zur Kernmaterie des strafrechtlichen Examenswissens. Sie sind gleichzeitig in der Regel Stoff des ersten Semesters, sodass die sichere Beherrschung dieser Materie erwartet wird. Um die erforderlichen Kenntnisse zu vermitteln, werden im Folgenden nicht nur der Begriff der Sittenwidrigkeit und das generelle Vorgehen in der Klausur beleuchtet, sondern auch bestimmte prüfungsrelevante Fallgruppen in den Blick genommen.

II. Textaussage

Bevor genauere Ausführungen zur Sittenwidrigkeit vorgenommen werden, soll zunächst die Textaussage des § 228 StGB untersucht werden. Erstens ist dabei die Passage „[...] wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt“ zu betrachten. Sie enthält die Aussage, dass sich die Sittenwidrigkeit gerade auf die Tat, also die Körperverletzung beziehen muss und nicht auf die Einwilligung.¹ Eine „sittenwidrige Einwilligung“ kennt das Gesetz nicht, weshalb dieser Sprachgebrauch auch im Gutachten zu vermeiden ist.

Zweitens muss beachtet werden, welche Aussage § 228 StGB gerade nicht enthält. Ein häufiges Missverständnis ist, dass § 228 StGB eine gesetzliche Normierung der Einwilligung wäre, was zu Sätzen wie „A könnte gem. § 228 StGB eingewilligt haben“ führt. Dieser Satz ist fehlerhaft. In Wahrheit enthält § 228 StGB eher das Gegenteil, nämlich eine Ausnahme von der rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung.² § 228 StGB setzt das Institut der Einwilligung zwar voraus, regelt es aber nicht und enthält auch keine weiteren Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Einwilligung. Die Einwilligung ist vielmehr ein ungeschriebener Rechtfertigungsgrund, der Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts ist.³

* Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter im Institut für Kriminalwissenschaften (Lehrstuhl Prof. Dr. Höffler) an der Georg-August-Universität Göttingen. Er dankt Stud. iur. *Juliane Greschenz* für die sehr wertvolle Unterstützung.

¹ Vgl. *Morgenstern*, JZ 2017, 1146 (1148).

² Es sei darauf hingewiesen, dass die Einwilligung unter dem Stichwort der einvernehmlichen Fremdgefährdung von manchen schon im Tatbestand behandelt wird, siehe etwa *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006 § 13 Rn. 12.

³ Vgl. *Hardtung*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 228 Rn. 1, 2; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht, 5. Aufl. 2019, § 25 Rn. 116; *Gropp*, JZS 2012, 602.

III. Gesetzeshistorie

Das deutsche Strafrecht kannte noch nicht immer einer Regelung zur sittenwidrigen Körperverletzung und damit zur Unwirksamkeit der Einwilligung. Das ursprüngliche StGB enthielt keine dem § 228 StGB entsprechende Regelung. Diese wurde erst durch das Gesetz zur Abänderung strafrechtlicher Vorschriften vom 26.5.1933 als § 226a StGB eingeführt.⁴ Der Wortlaut der Norm ist seitdem fast unverändert geblieben, es wurde lediglich durch den Passus „mit Einwilligung der verletzten Person“ eine geschlechtsneutrale Formulierung gewählt.⁵ Trotz des Gesetzesursprungs in der Frühzeit der nationalsozialistischen Herrschaft dürfte es sich nicht um spezifisch nationalsozialistisch geprägtes Recht handeln, weil entsprechende Gesetzesentwürfe bereits im Kaiserreich und der Weimarer Republik erarbeitet worden sind.⁶ Nachdem das Reichsgericht zuvor davon ausgegangen war, dass eine Einwilligung in Körperverletzungen überhaupt nicht möglich sei⁷, lässt sich der Gesetzesnovelle sogar eine freiheitswahrende Wirkung insoweit beimessen, als die Möglichkeit von Einwilligungen in Körperverletzungen im Grundsatz anerkannt wurden.

In der Bundesrepublik haben Teile der Strafrechtslehre immer wieder die Abschaffung der Norm gefordert und tut dies bis heute.⁸ Entsprechende gesetzgeberische Bestrebungen waren und sind jedoch nicht erkennbar.

IV. Die Sittenwidrigkeit

Die Sittenwidrigkeitsschranke des § 228 StGB ist also eine Einschränkung der Einwilligungsmöglichkeiten und daher eine Einschränkung der Selbstbestimmung des Geschädigten. Die Vorschrift weist damit schwer begründbare paternalistische Züge auf.⁹

Sittenwidrig ist, das dürfte aus dem Zivilrecht bekannt sein, was gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.¹⁰ Aus dieser Definition entnahmen Recht-

⁴ RGBl. I 1933, S. 297.

⁵ *Paeffgen/Zabel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 2. Zuvor hieß es dort „mit Einwilligung des Verletzten“.

⁶ *Paeffgen/Zabel* (Fn. 5), § 228 Rn. 1; *Grünwald*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 7, 12. Aufl. 2019, § 228 Fn. 2; anders aber *Schmitt*, in: *Schroeder/Zipf* (Hrsg.), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 113 (119).

⁷ RGSt 2, 442 (443); 6, 61 (63).

⁸ Siehe *Freund*, ZStW 109 (1997), 455 (473); *Morgenstern*, JZ 2017, 1146 (1156).

⁹ *Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 228 Rn. 3.

¹⁰ Für das Zivilrecht siehe nur BGH NJW 2009, 1346 (1347); *Armbrüster*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limperg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Aufl. 2018 § 138 Rn. 14. Für das Strafrecht siehe etwa:

sprechung und die frühere Lehre lange Zeit, dass es für die Bewertung der Tat als sittenwidrig vor allem auf die Ziele und Beweggründe der Körperverletzung ankäme.¹¹ Das betraf Körperverletzungen im Rahmen des Sexualverkehrs, aber auch alle Körperverletzungen, die zur Vorbereitung einer rechtswidrigen Tat dienen sollten.

Die Auffassung der Rechtsprechung hierzu änderte sich 2004 mit Entscheidungen des 2. und 3. *Strafsenats* des BGH.¹² Auf Grund des Gebots der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafers dürfe der Sittenwidrigkeitsbegriff nicht auf die Wertvorstellungen einzelner Gruppen oder gar des Strafgerichts bezogen sein, sondern müsse vielmehr auf einen rechtlichen Kern beschränkt werden.¹³ Dies führte den BGH zu einer mehr rechtsguts- als moralbezogenen Auslegung, nach der zur Begründung des Sittenwidrigkeitsurteils, jedenfalls grundsätzlich, nur auf das Gewicht der Verletzung und möglichen Lebensgefahr abzustellen sei.¹⁴ Dafür sei aus der Perspektive „ex ante“ zu entscheiden, ob die Möglichkeit bestimmter körperlicher Beeinträchtigungen oder einer Lebensgefahr bestehe. Somit ist die Sittenwidrigkeit jedenfalls bei einer ex ante festzustellenden konkreten Lebensgefahr zu bejahen.¹⁵ Dafür lässt sich auch die von § 216 StGB gezogene Disponibilitätschranke bezüglich des Lebens geltend machen: Wenn nicht in die eigene Tötung eingewilligt werden kann, liegt es nahe, dass auch das Eingehen von erheblichen Lebensgefahren zumindest nicht ohne guten Grund möglich ist.¹⁶

Zur erforderlichen Schwere einer möglichen Verletzung ohne Lebensgefahr nimmt der BGH bisher leider keine Stellung. Zur Vermeidung von Unbestimmtheit und zur bestmöglichen Orientierung am Gesetz wird es sich anbieten, regelmäßig auf die konkrete Gefahr des Eintritts einer schweren Körperverletzung im Sinne der §§ 226, 226a StGB abzustellen.¹⁷

Dem ist die h.L. – mit Recht – gefolgt.¹⁸ In der Tat ist eine rechtsgutsbezogene Auslegung, die das Sittenwidrigkeitsurteil nur mit dem Gewicht der Tat begründet, die einzige mit einem modernen Strafrecht vereinbare Lösung. Das Abstellen auf reine Moralsätze ist nicht nur wegen seiner mangelnden Bestimmtheit mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG problematisch.¹⁹ Darin läge vielmehr auch ein im pluralistisch verfass-

ten Staat nicht mehr legitimierbarer Eingriff in die Autonomie des Bürgers. Es ist nicht Aufgabe des Staates und erst recht nicht des Strafrechts, den Einzelnen zu bevormunden. Auch passt diese Auslegung zu der Tatsache, dass das Gesetz die Sittenwidrigkeitsschranke nur bei den Körperverletzungsdelikten zieht. Ginge es allein um den Zweck der Tat und dessen sozialetische Bewertung, würde sich die Frage aufdrängen, weshalb ähnliche Grenzen nicht auch bei anderen Delikten, etwa der Sachbeschädigung, gezogen wurden. In diesem Sinne spricht auch die systematische Auslegung des § 228 StGB für eine rechtsgutsbezogene Herangehensweise.

Damit ist der Zweck der Körperverletzung regelmäßig unbeachtlich, um eine mit einem freiheitlichen Strafrecht unvereinbare Moralisierung zu verhindern. Allerdings kann der Zweck der Körperverletzung im Einzelfall die Sittenwidrigkeit als Rückausnahme wieder entfallen lassen.²⁰ Wie noch zu zeigen sein wird, kann es gute Gründe für die Vornahme auch lebensgefährdender Körperverletzungen geben.

V. Vorgehen in der Klausur

Bevor auf die Sittenwidrigkeit eingegangen wird, sollten die übrigen objektiven Voraussetzungen der Einwilligung behandelt werden. An diese Voraussetzungen sei hier in aller Kürze erinnert. Im ersten Schritt muss das Rechtsgut disponibel sein, der Rechtsgutsträger also darüber verfügen dürfen.²¹ Die körperliche Unversehrtheit ist als Individualrechtsgut disponibel.²² Zweitens muss die Einwilligung ausdrücklich oder konkludent erklärt worden sein.²³ Die Erklärung muss vor der Tat erfolgen und darf zum Tatzeitpunkt nicht widerrufen sein.²⁴ Eine Genehmigung von Rechtsgutseingriffen im technischen Sinne kennt das Strafrecht dagegen nicht.²⁵ Drittens muss der Einwilligende einwilligungsfähig sein. Dabei kommt es nicht wie bei der zivilrechtlichen Geschäftsfähigkeit auf bestimmte Altersgrenzen an, sondern allein darauf, ob der Einwilligende grundsätzlich über die Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, die erforderlich ist, um Wesen und Reichweite der Rechtsgutsverletzung zu erfassen.²⁶ Enthält der Sachverhalt hierzu keine Angaben, kann bei Erwachsenen in der Regel von dieser Fähigkeit ausgegangen werden. Bei Minderjährigen gibt es, noch einmal, keine festen Altersgrenzen. Das Alter kann jedoch ein Indiz für die Urteilsfähigkeit sein, die bei einem 17-Jährigen sicher stärker ausgeprägt ist als bei einem 6-Jährigen. Viertens muss die Einwilligung frei von relevanten Willensmängeln sein. Relevante Willensmängel können durch Drohung, Täuschung oder einen sons-

BGHSt 4, 24 (32); *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 49. Aufl. 2019, Rn. 573.

¹¹ RGSt 74, 91 (94); BGHSt 4, 24 (31); *Schmidt*, JZ 1954, 369 (374).

¹² BGHSt 49, 34; 49, 166.

¹³ BGHSt 49, 166 (169).

¹⁴ BGHSt 49, 34 (42); 166 (171).

¹⁵ BGHSt 49, 166 (173).

¹⁶ Ähnlich *Gropp*, ZJS 2012, 602 (605), der aus dieser Erwägung heraus eine Lösung über die Sittenwidrigkeit für überflüssig hält, weil es schon an der Disponibilität des Rechtsguts fehle.

¹⁷ So auch *Grünwald* (Fn. 6), § 228 Rn. 12.

¹⁸ Statt vieler: *Grünwald* (Fn. 6), Rn. 12; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 10), Rn. 575; *Bott/Wolz*, JA 2009, 421 (423 f.).

¹⁹ Für Verfassungswidrigkeit daher: *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), § 228 Rn. 4; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 5), § 228 Rn. 53.

²⁰ BGHSt 49, 166 (171).

²¹ *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 9 Rn. 28; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 23 Rn. 9.

²² *Sternberg-Lieben* (Fn. 9), Vor. §§ 32 ff. Rn. 36; *Momsen-Pflanz/Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 228 Rn. 6.

²³ *Murmann* (Fn. 3), § 25 Rn. 125.

²⁴ *Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 22), Vor. §§ 32 ff. Rn. 39.

²⁵ *Kühl* (Fn. 21), § 9 Rn. 31.

²⁶ *Kühl* (Fn. 21), § 9 Rn. 33.

tigen (d.h. nicht von Täter verursachten) Irrtum entstehen. Ob die Einwilligung durch diese Willensmängel tatsächlich berührt wird, ist Fallfrage und kann hier nicht weitergehend erörtert werden.²⁷ Fünftens muss sich, das erklärt sich von selbst, die Tat im Rahmen der Einwilligung halten, darf also nicht schwerwiegender ausfallen als das Opfer bereit war hinzunehmen.

Sind diese fünf Punkte festgestellt worden, kann als letztes objektives Kriterium noch vor dem subjektiven Rechtfertigungselement auf § 228 StGB eingegangen werden. Ist die Sittenwidrigkeit der Tat fernliegend, verbieten sich natürlich größere Ausführungen. Es genügt ein kurzer Satz mit dem Inhalt, dass Gründe für eine Sittenwidrigkeit der Tat im Sinne des § 228 StGB nicht ersichtlich sind.

Stellt die Sittenwidrigkeit dagegen einen Schwerpunkt der Fallbearbeitung dar, ist weiter auszuholen. Zunächst sollte die Sittenwidrigkeit als Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden definiert werden. Sodann ist mit den vorstehend genannten Argumenten (insb. den Bestimmtheitsproblemen mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG, sowie der Tatsache, dass ein freiheitliches Strafrecht nicht dem Schutz der Mehrheitsmoral zu dienen bestimmt ist) festzustellen, dass nicht etwa eine sozialetische Abwägung, sondern eine rechtsgutsbezogene Auslegung vorzunehmen ist. Daraus ist zu folgern, dass eine Körperverletzung nur dann sittenwidrig im Sinne des § 228 StGB ist, wenn sie die nicht unerhebliche Gefahr des Todes oder einer schweren Verletzung beinhaltet. Kann die Körperverletzung als lebensgefährlich eingestuft werden, bedarf es keiner weiteren Ausführungen zur nötigen Schwere der Verletzung und die Sittenwidrigkeit kann bejaht werden.

VI. Einzelfälle

Zur Verdeutlichung des Vorstehenden, wie auch zur Schärfung des Auges für die Klausur, sollen abschließend einige Einzelfälle zur Sittenwidrigkeit erörtert werden.

1. Die studentische Mensur

Einen Klassiker stellt die strafrechtliche Bewertung der studentischen Mensur dar. Dabei handelt es sich um eine von manchen Studentenverbindungen praktizierte Art des Fechtens mit scharfen oder stumpfen Waffen, sogenannten Schlägern. Dabei sind Oberkörper, Hals und Augen geschützt, der Rest des Gesichts dagegen nicht. Messuren werden ärztlich von sog. Paukärzten begleitet.

Zur strafrechtlichen Problematik wurde die Mensur vor allem in der Nachkriegszeit mit dem sog. Göttinger Messurenprozess.²⁸

Der BGH stellte zu dieser Zeit noch nicht auf die Schwere der möglichen Verletzung, sondern das Anstandsgefühl ab.²⁹ Auf dieser Grundlage argumentierte er, dass die Zulässigkeit der Mensur gesellschaftlich umstritten sei und auch nicht all

ihre Gegner ihre Strafbarkeit fordern würden.³⁰ Daher verstieße die Mensur nicht gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und die Einwilligung der Teilnehmer sei wirksam.

Auch die Schweretheorie kommt hier zu keinem anderen Ergebnis. Durch die Beschaffenheit der Schläger, das zu beachtende Regelwerk, sowie die ärztliche Begleitung sind schwere oder lebensgefährliche Verletzungen sehr unwahrscheinlich.³¹ Das soll auch dann gelten, wenn die Mensur ohne Schutzausrüstung („sine-sine“) geschlagen wird.³² Zwar kann es bei der Mensur zu Verletzungen und Narben (sog. Schmiss) im Gesicht kommen. Diese werden jedoch hingenommen oder sind von den Beteiligten sogar erwünscht. Wenn, was soweit ersichtlich nicht bezweifelt wird, schon die Einwilligung in eine vollständige Gesichtstätowierung möglich ist, müssen diese Schmissee als regelmäßig geringere Eingriffe auch zulässig sein.

Das heißt aber noch nicht, dass die Mensur keine strafrechtliche Relevanz mehr haben kann. Messuren folgen recht strengen Regelwerken, den sog. Fechtcomments. Wer an einer Mensur teilnimmt und damit in Körperverletzungen einwilligt, wird das nur im Rahmen dieses Regelwerks tun. Überschreitet nun einer der Teilnehmer die Regeln, ist zu fragen, ob die beigebrachte Verletzung noch von der Einwilligung gedeckt ist. Diese Frage dürfte parallel zu Regelverletzungen im Rahmen des Sports zu lösen sein. Dort sind leichte und vorhersehbare Regelverstöße noch von der Einwilligung gedeckt, schwere und insbesondere vorsätzliche Verstöße dagegen nicht.³³

2. Sodomasochistische Praktiken

Lange Zeit waren sodomasochistische Sexualpraktiken das vielleicht wichtigste Beispiel für eine sittenwidrige Körperverletzung. Früher wurden entsprechende Praktiken, etwa das Schlagen oder Würgen des Partners zum Lustgewinn, als Verstoß gegen das Anstandsgefühl und damit die guten Sitten behandelt.³⁴ Im Ausland, etwa in England und Wales, wird das auch heute noch ähnlich gesehen.³⁵

Die bereits erwähnte Entscheidung des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2004 befasste sich mit dieser Fallgruppe³⁶:

„R interessierte sich für sodomasochistische Praktiken und verlangte daher von ihrem Lebensgefährten A, sie beim Geschlechtsverkehr zu fesseln und zu würgen. Eines Tages forderte sie A auf, dass er sie, statt wie bisher mit Stricken, mit einem Metallrohr würgen solle. A erkannte die erhebliche Gefahr und erhob Einwände, wurde jedoch letztendlich von R überredet. Über einen Zeitraum von 3 Minuten drückte er das Metallrohr in Intervallen auf R's Hals, wobei er trotz der

³⁰ BGHSt 4, 24 (32).

³¹ BGHSt 4, 24 (25).

³² Paeffgen/Zabel (Fn. 5), § 228 Rn. 109.

³³ BGHSt 4, 88, 92; Hardtung (Fn. 3), § 228 Rn. 44; Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (432).

³⁴ Vgl. die Nachweise bei Paeffgen/Zabel (Fn. 5), § 228 Rn. 37.

³⁵ Siehe Loveless, Criminal Law, 5. Aufl. 2016, S. 492.

³⁶ BGHSt 49, 166.

²⁷ Siehe dazu die Ausführungen bei Kühl (Fn. 21), § 9 Rn. 35 ff.; Murmann (Fn. 3), § 25 Rn. 127 ff.

²⁸ BGHSt 4, 24.

²⁹ BGHSt 4, 24 (31).

erkannten Gefahr darauf vertraute, dass nichts ernsthaftes geschehen werde. Der Würgevorgang führte zu erheblichen Verletzungen im Halsbereich, einer Sauerstoffunterversorgung des Gehirns und letztlich zum Tode.“

Das LG sah die vorsätzliche Körperverletzung durch die Einwilligung der R als gerechtfertigt an und verurteilte A wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB. Der BGH hielt die Tat dagegen im Sinne des § 228 StGB für sittenwidrig und die Einwilligung für Unwirksam. Somit käme auch eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge in Betracht. Diese Entscheidung beruht aber ausdrücklich nicht auf der Missbilligung sadomasochistischer Praktiken. Hierbei handle es sich um eine „existierende und praktizierte Form des Sexuallebens“, über die kein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil gefällt werden könne.³⁷ Stattdessen stellt er auf die oben dargestellte rechtsgutsbezogene Auslegung ab. Weil das Würgen mit dem Metallrohr auch aus der ex-ante-Perspektive konkret lebensgefährlich wirkte, ließ sich das Sittenwidrigkeitsurteil hier begründen.

An dieser Entscheidung sollte man sich bei der Fallbearbeitung orientieren. Tatsächlich wird man nicht mehr behaupten können, dass sadomasochistische Praktiken per se gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Die Sexualmoral hat sich in den letzten Jahrzehnten enorm liberalisiert. Das zeigt auch das moderne Konzept der Sexualdelikte, die nicht mehr dem Schutz der Sittlichkeit sondern der sexuellen Selbstbestimmung dienen.³⁸ So die sexuellen Handlungen einvernehmlich erfolgen, was ohnehin Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 228 StGB ist, ist die Körperverletzung nicht etwa Verletzung sondern gerade Ausdruck dieser Selbstbestimmung. Daher ist ein Sittenverstoß auch beim Abstellen auf herrschende Moralvorstellungen heute nicht mehr mit hinreichender Sicherheit begründbar.

Ob die Schwere und Gefährlichkeit der Körperverletzung von ausreichendem Gewicht ist, um die Sittenwidrigkeit zu begründen, ist auch hier Fallfrage. Während die Sittenwidrigkeit im vorstehenden Fall aufgrund der konkreten Lebensgefahr bejaht werden muss, muss sie überall abgelehnt werden, wo keine bleibenden Schäden drohen. Dazwischen ist die Abgrenzung zwischen sittenwidriger und gerechtfertigter Tat schwierig. Auch hier dürfte es sich aus Bestimmtheitsgründen anbieten, auf §§ 226, 226a StGB zu rekurrieren, wobei natürlich stets auf den Einzelfall abzustellen ist.

3. Verabredete Schlägereien

Praktisch aktuell von großer Relevanz sind verabredete Schlägereien zwischen gewaltbereiten Anhängern konkurrierender Fußballclubs, die sog. 3. Halbzeit.³⁹ In diesen und ähnlichen Fällen hält die Rechtsprechung die Taten regelmäßig für sittenwidrig, auch wenn es tatsächlich nicht zu einem Todes-

fall oder einer erheblichen Verletzung kommt.⁴⁰ Begründet wird dies mit der erheblichen Eskalationsgefahr, die von tätlichen Auseinandersetzungen zwischen einer Mehrzahl von Personen ausgeht.⁴¹ Dafür spräche auch die vom Gesetz in § 231 StGB getroffene Wertung, nach der gewaltsame Auseinandersetzungen mit mehreren Beteiligten grundsätzlich eine gesteigerte Gefährlichkeit aufwiesen.⁴² Allerdings sei die Tat auch hier nicht stets sittenwidrig, vor allem dann nicht, wenn die Gefährlichkeit durch Regeln und Absprachen reduziert werde.⁴³

Diese Rechtsprechungslinie ist in der Literatur auf Kritik gestoßen. Die Annahme des BGH, § 231 StGB erkläre sämtliche Gruppenauseinandersetzungen für besonders gefährlich, gehe fehl, weil auch die Strafbarkeit nach § 231 StGB gerade den Eintritt einer schweren Folge voraussetzt.⁴⁴ Zudem würde die Sittenwidrigkeitsbegründung so vom Individualrechtsgut zum Allgemeininteresse verschoben.⁴⁵ Schließlich ließe sich diese Rechtsprechung nicht auf den Gesetzeswortlaut stützen.⁴⁶

Im Ergebnis ist der Rechtsprechung jedoch zuzustimmen. Zunächst ist noch einmal festzustellen, dass es nach der rechtsgutsbezogenen Auslegung auf die Gefährlichkeit der Tathandlung ankommt, nicht auf den Eintritt einer schweren Folge.⁴⁷ Welche Folgen seine Tat genau haben wird, ist für den Täter vor der Tat nicht stets vorhersehbar. Er kann bei der Vornahme der Tathandlung nur ihre Gefährlichkeit einschätzen. Ob diese Gefahr sich dann im Tod oder schweren Verletzungen realisiert, hängt auch von Umständen ab, die sich seiner Kontrolle entziehen. Faktoren sind etwa die bisherige körperliche Beschaffenheit des Opfers oder, gerade bei Schlägereien, dessen Abwehr- oder Ausweichfähigkeiten. Für den Täter, der auf Grund einer Einwilligung handelt, ist es aber von höchster Bedeutung schon bei der Vornahme der Handlung wissen zu können, ob er gerechtfertigt sein wird. Für diese Bewertung auf den Erfolgseintritt zu warten, der auch vom Zufall abhängen kann, würde zu kaum erträglicher Rechtsunsicherheit führen. Auch die kritischen Stimmen stellen für die Bewertung der Tat auf ihre Gefährlichkeit und nicht den Erfolgseintritt ab.⁴⁸ Unter dieser Voraussetzung erschließt sich aber nicht, weshalb für die Einschätzung der Handlungsgefährlichkeit nicht auf gesetzliche Wertungen

⁴⁰ BGHSt 58, 140; 60, 166.

⁴¹ BGHSt 58, 140 (151).

⁴² BGHSt 60, 166 (180 ff).

⁴³ BGHSt 58, 140 (147).

⁴⁴ Gaede, ZIS 2014, 489 (498 f.); Zabel, JR 2015, 619 (624); Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1151). Die pauschale Gefährlichkeit von Gruppenauseinandersetzungen bestreiten auch Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433).

⁴⁵ Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1151).

⁴⁶ Momsen-Pflanz/Momsen (Fn. 22), § 228 Rn. 10; Mitsch, NJW 2015, 1545.

⁴⁷ Zur generell strittigen Frage, ob das Opfer in die Handlung oder gerade auch in den Erfolg einwilligen muss siehe Murrmann (Fn. 3), § 25 Rn. 139.

⁴⁸ Zabel, JR 2015, 619 (620 f.); Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1150).

³⁷ BGHSt 49, 166 (172).

³⁸ Wolters, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 22), Vor. §§ 174 ff. Rn. 1.

³⁹ Siehe dazu Morgenstern, JZ 2017, 1146 (1151). Vergleichbare Situationen kommen in der Praxis etwa zwischen verfeindeten Jugendgruppen vor, siehe Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429.

abgestellt werden solle. Die besondere Gefährlichkeit von Gruppenauseinandersetzungen lässt das Gesetz gleich an zwei Stellen erkennen, neben § 231 StGB auch in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Dort wird die gemeinschaftliche Begehung mit anderen gefahrträchtigen Verhaltensweisen, unter anderem auch einer Lebensgefährdung, gleichgesetzt. Das Gesetz sieht in dieser Begehungsform also eine erhebliche Rechtsgutsgefährdung, was eine rechtsgutsbezogene Auslegung des Sittenwidrigkeitsbegriffs nicht ignorieren darf. Diese Grundannahme wird auch von kritischen Stimmen in der Literatur geteilt.⁴⁹ Dabei sollte auch nicht übersehen werden, dass der BGH die Taten nicht pauschal als sittenwidrig bewertet, sondern den Teilnehmern der Schlägerei offenlässt, durch Absprachen und andere Sicherungen die Gefahr auf ein sittengemäßes Niveau zu reduzieren. Soweit dagegen argumentiert wird, die Auslegung habe sich am Gesetzeswortlaut und nicht an gesetzlichen Wertungen zu orientieren⁵⁰, kann dem nicht gefolgt werden. Der Gesetzeswortlaut gibt gerade keinen Anhalt für die Ausfüllung des Begriffes „Sittenwidrigkeit“, sodass eine möglichst gesetzesnahe Auslegung überhaupt nur mit gesetzlichen Wertungen gelingen kann.

4. Ärztliche Behandlungen

Ärztliche Behandlungen können einen ähnlichen oder sogar höheren Gefährlichkeitsgrad aufweisen als die bisher behandelten Praktiken. Insbesondere Operationen an vitalen Organen wie Herz und Gehirn bringen stets eine Lebensgefahr mit sich. Unter Umständen kann eine schwere Verletzung des Patienten sogar Ziel der Behandlung sein, wenn etwa ein Körperteil amputiert werden soll, um eine lebensbedrohliche Infektion des restlichen Körpers zu verhindern. Folgt man zu Recht der herrschenden Meinung, so sind ärztliche Heileingriffe tatbestandsmäßige Körperverletzungen, die durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden können.⁵¹ Bei lebensbedrohlichen Eingriffen stellt sich dann die Frage, ob die Einwilligung nicht gem. § 228 StGB unwirksam sein müsste. Das wäre im Ergebnis natürlich kaum haltbar, weil das Eingehen gewisser Lebensgefahren medizinisch notwendig sein kann, um andere, eventuell schwerwiegendere Lebensgefahren abzuwehren. Ebenso untragbar wäre es, Amputationen unter Strafe zu stellen und damit eine tödliche Infektion des Gesamtorganismus hinzunehmen. Hier greift nun die erwähnte Rückausnahme ein und der positive Zweck der Tat ist zu berücksichtigen.⁵² Der zu Heilzwecken vorgenommene Eingriff ist daher auch bei großer Lebensgefahr nicht als sittenwidrig im Sinne des § 228 StGB einzustufen.

5. Doping

Fragen der Einwilligung und damit der Sittenwidrigkeit stellen sich auch im Bereich des Dopings. Die durch Verwendung leistungssteigernder Mittel verursachten Veränderungen

im Körper können häufig als körperliche Misshandlung oder Gesundheitsschädigung betrachtet werden.⁵³ Das gilt insbesondere für Spätfolgen, die etwa in Form der Zeugungsunfähigkeit auch den Bereich des § 226 StGB erreichen können.⁵⁴ So das Mittel direkt in die Blutbahn gegeben wird, stellt der Stich mit der Injektionsnadel zudem für sich genommen eine körperliche Misshandlung dar.⁵⁵

In Fällen des Dopings muss allerdings schon im Tatbestand überlegt werden, ob es sich um eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung handelt, die die objektive Zurechenbarkeit und damit die Strafbarkeit ausschließt.⁵⁶ Wann eine solche vorliegt bestimmt sich nach der herrschenden Meinung danach, wem die Tatherrschaft zukommt.⁵⁷ Demnach lässt sich sagen, dass immer dann, wenn der Sportler das Mittel im Bewusstsein der Wirkung selbst einnimmt bzw. die Nadel selbst setzt eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung vorliegt, bei der es auf Sittenwidrigkeitserwägungen nicht ankommt.⁵⁸ Wird das Mittel dagegen von einem Arzt oder einem sonstigen Dritten verabreicht, so hat dieser die Tatherrschaft und eine Rechtfertigung kommt nur durch die Einwilligung des Sportlers in Betracht. Dann stellt sich letztlich auch die Frage, ob die Verabreichung von leistungssteigernden Substanzen eine sittenwidrige Körperverletzung im Sinne des § 228 StGB darstellt. Nach den oben erörterten Grundsätzen kann das zumindest dort bejaht werden, wo die Gabe des Dopingmittels zur konkreten Gefahr des Todes oder einer schweren Körperverletzung führt.⁵⁹ Darüber hinaus ist in der Literatur jedoch vertreten worden, dass Doping in jedem Fall und unabhängig vom Gefährdungspotential für den Sportler als Sittenwidrig zu bewerten sei.⁶⁰ Die Begründungen sind dabei sehr unterschiedlich: Teilweise wird argumentiert, dass die arzneimittelrechtliche Unzulässigkeit des Dopings es verbieten würde, der Einwilligung rechtfertigende Wirkung beizumessen.⁶¹ Teilweise wird auch auf die gesellschaftliche Ächtung des Dopings wegen der Verstöße gegen Chancengleichheit und Fairness oder das durch Doping verursachte

⁵³ *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (585).

⁵⁴ *Kargl*, NStZ 2007, 489 (490).

⁵⁵ *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (585).

⁵⁶ Umfassend hierzu *Murmann* (Fn. 3), § 23 Rn. 70 ff.

⁵⁷ Das sieht sogar die Rechtsprechung so, die bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bekanntlich einer Gesamtbetrachtungslehre folgt, BGHSt 19, 135 (139); 53, 55 (60 f.). Siehe auch *Eser/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), Vor §§ 211 ff. Rn. 36; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 10), Rn. 268; *Kühl*, Jura 2010, 81 ff.

⁵⁸ *Kargl*, NStZ 2007, 489 (490); *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (585).

⁵⁹ *Corsten/Kuse*, ZJS 2013, 453 (458).

⁶⁰ *Z.B. Turner*, NJW 1991, 2943 (2945); *Link*, NJW 1987, 2545 (2550 f.); *Kargl*, NStZ 2007, 489 (491); *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (601).

⁶¹ So *Grotz*, ZJS 2008, 243 (249); *Sternberg-Lieben*, ZIS 2011, 583 (601); *Putzke*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Hrsg.), *AntiDopG*, 2017, § 4 Rn. 78.

⁴⁹ *Gaede*, ZIS 2014, 489 (490)

⁵⁰ *Mitsch*, NJW 2015, 1545

⁵¹ BGH NStZ 2011, 343; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 5), § 228 Rn. 57; *Murmann* (Fn. 3), § 22 Rn. 56; *Zöller*, ZJS 2011, 173 (175).

⁵² *Dölling*, in: *Dölling/Duttge/Rössner/König* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. 2017, § 228 Rn. 14.

Misstrauen gegenüber der gesellschaftlichen Institution des Sports abgestellt.⁶²

Doping generell als sittenwidrige Körperverletzung zu sehen, überzeugt jedoch aus mehreren Gründen nicht. Zunächst läge, weil nicht mehr nur auf die Gefahr für den verletzten Athleten abgestellt wird, hierin eine Rückkehr zur moralbezogenen Auslegung des Sittenwidrigkeitsmerkmals und damit ein Konflikt mit dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Autonomieprinzip.⁶³ Darüber hinaus ist aber auch nicht einzusehen, weshalb gerade die Körperverletzungsdelikte entgegen ihrer eigentlichen Zwecksetzung – dem Schutz des Körpers und der Gesundheit als Individualrechtsgüter – dazu dienen sollen, so fragwürdige, unbestimmte und überindividuelle Rechtsgüter wie das Vertrauen in den Sport zu schützen.⁶⁴ Schließlich zeigt mittlerweile auch § 4 Abs. 1 Nr. 2 des Anti-Doping-Gesetzes, der die Verabreichung von Dopingmitteln unter Strafe stellt, dass der Gesetzgeber dieses Verhalten nicht bereits in jedem Fall als Körperverletzung sieht.⁶⁵ Anderenfalls wäre diese spezielle Strafbarkeitsanordnung mit einem gegenüber § 223 StGB geringeren Strafrahmen überflüssig. Zugleich ist mit dieser Vorschrift jedes etwaige Bedürfnis entfallen, die Fallgruppe stets über §§ 223 ff. StGB zu erfassen, weil vermeintliche oder tatsächliche Strafbarkeitslücken nicht bestehen. Gerade im Gegensatz zur Argumentation von *Grotz* und *Sternberg-Lieben*⁶⁶ führt die spezialgesetzliche Strafbarkeit des Dopings nicht dazu, dass eine entsprechende Einwilligung unwirksam sein müsste, weil das das verwirklichte Unrecht bereits durch speziellere Tatbestände berücksichtigt werden kann.

Damit gilt für den Bereich des Dopings nichts anderes als auch sonst: Es bleibt bei der rechtsgutsbezogenen Auslegung, nach der eine Sittenwidrigkeit nur in Betracht kommt, wenn der Sportler durch die Verabreichung des Mittels in die Gefahr des Todes oder einer schweren Verletzung gebracht wird.⁶⁷ Ob das der Fall ist, muss in der Klausur der Sachverhalt mitteilen, in der Praxis muss ein Sachverständiger gehört werden.

6. Irrtümer

Abschließend soll auf mögliche Irrtumskonstellationen in Verbindung mit der Sittenwidrigkeit eingegangen werden. Irrtümer betreffen hier die Einwilligung als Rechtfertigungs-

grund, sodass ein Erlaubnistatbestandsirrtum oder ein Verbotsirrtum gem. § 17 StGB in Betracht kommt. Entscheidend ist, ob der Irrtum auf der tatsächlichen oder der rechtlichen Seite liegt. Hält der Täter eine lebensbedrohliche und damit sittenwidrige Körperverletzung für harmlos, irrt er über Tatsachen. Er stellt sich eine tatsächliche Situation vor, in der die Einwilligung des Verletzten wirksam wäre. Darin liegt ein Erlaubnistatbestandsirrtum, der nach dem bekannten Regeln zu behandeln ist.⁶⁸

Verkennt der Täter die Bedeutung des Begriffes der Sittenwidrigkeit (oder ist ihm, was praktisch näher liegt, die Einschränkung nicht bekannt), irrt er über die Rechtslage. Hält er die Einwilligung für wirksam und sein sittenwidriges Verhalten damit für straflos, so erliegt er einem Verbotsirrtum gem. § 17 StGB. Entscheidend für die Strafbarkeit ist damit, ob der Irrtum für den Täter vermeidbar war. Das ist der Fall, wenn er bei intensiver Anspannung seines Gewissens und seiner Erkenntniskräfte zu der Einsicht hätte gelangen können, Unrecht zu tun.⁶⁹ Dies wird sich unter der Scheretheorie regelmäßig bejahen lassen. Es ist hinlänglich bekannt, dass die aktive Sterbehilfe in Deutschland verboten ist. Bei intensiver Anspannung der Gewissenskräfte wird sich aus dieser Einsicht folgern lassen, dass auch das Beibringen lebensgefährlicher Verletzungen trotz Einwilligung nicht rechtmäßig ist.

Eine anders geartete Irrtumskonstellation liegt vor, wenn der Täter an sich nicht sittenwidrig handelt, aber glaubt, dass seine Tat sittenwidrig sei. So kann jemand harmlose sadomasochistische Praktiken vornehmen und dabei glauben, dass diese auf Grund des sexuellen Bezugs strafbar seien. Dann liegt ein umgekehrter Rechtfertigungsirrtum vor, der die Wirksamkeit der Einwilligung unberührt lässt. Die Tat ist als strafloses Wahndelikt zu behandeln.⁷⁰

⁶² *Link*, NJW 1987, 2545 (2550); *Kargl*, NSStZ 2007, 489 (491). Siehe auch *Grotz*, ZJS 2008, 243 Fn. 71 m.w.N.

⁶³ Siehe schon oben unter IV.

⁶⁴ Zu Kritik und Antikritik an diesem Rechtsgut siehe *Nolte*, in: *Lehner/Nolte/Putzke* (Fn. 61), § 1 Rn. 76 ff.; *Wußler*, in: *Erbs/Kohlhaas*, *Strafrechtliche Nebengesetze*, Kommentar, 224. EL, Stand: März 2019, § 1 AntiDopG Rn. 4 ff. m.w.N.

⁶⁵ Vgl. zu dieser Vorschrift *Freund*, in: *Joecks/Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2017 §§ 1–4 AntiDopG Rn. 67 ff.; *Volkmer*, in: *Körner/Patzak/Volkmer* (Hrsg.), *BtmG*, 9. Aufl. 2019, § 4 AntiDopG Rn. 37 ff.; *Weber*, *BtmG*, 5. Aufl. 2017, § 4 AntiDopG Rn. 110 ff.

⁶⁶ Siehe Fn. 61.

⁶⁷ So auch *Hardtung* (Fn. 3), § 228 Rn. 53.

⁶⁸ Siehe dazu etwa *Heuchemer*, JuS 2012, 795.

⁶⁹ BGHSt 2, 194 (201); *Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Fn. 22), § 17 Rn. 10; *Murmann* (Fn. 3), § 26 Rn. 51.

⁷⁰ *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 9), § 16 Rn. 25.