



# BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

## AUS DER PRAXIS

*Dr. Jakob Degen und Kristin Dortans*

Arbeitsrecht skurril – Geschichten, die das Leben schreibt

## ZIVILRECHT

*Helena Ferber*

Corporate Digital Responsibility –  
Einsatz von KI in der Unternehmensleitung

## ÖFFENTLICHES RECHT

*Jakob S. Feddersen*

Keine Steuern für Digitalkonzerne? – zur beihilfen-  
rechtlichen Kontrolle von Steuervorteilen für Internetgiganten

*Adrian Kaufmann*

Öffentliche Blockchains im Spannungsfeld zur  
datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit der DSGVO

## STRAFRECHT

*Jan Breede*

Die einverständliche Fremdgefährdung

## GRUNDLAGEN DES RECHTS

*Jann Maatz*

Willensfreiheit und Privatrecht

*Charles E. Müller*

Die Sozialbindung des Eigentums –  
Rudolf von Jherings Vorarbeit für § 906 BGB

3. Jahrgang | Seiten 89–176

[www.berlinerrechtszeitschrift.de](http://www.berlinerrechtszeitschrift.de)

ISSN (Print) 2699-948X | ISSN (Online) 2699-2132

# AUSGABE 2/2022

Jan Breede\*

## Die einverständliche Fremdgefährdung

Die einverständliche Fremdgefährdung ist ein Streitthema im Allgemeinen Teil des Strafrechts, das sich partout weigert, gelöst zu werden. Das liegt nicht nur an einer zweifelhaften Rechtsprechung, sondern auch an einer lückenhaften Gesetzgebung. Weil zugehörige Fälle wieder vermehrt Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen werden (Stichwort: gemeinsame Risikounternehmungen), bleibt der Problembereich von aktueller Relevanz. Schnittmengen ergeben sich dabei nicht nur zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung, sondern auch zur Einwilligung und damit den §§ 216, 228 StGB. Ein Verständnis der Positionen rund um die einverständliche Fremdgefährdung hilft daher auch bei der Orientierung in diesen angrenzenden Gebieten. Gleichzeitig soll die Abhandlung neue Gründe für die Regelungsbedürftigkeit aufzeigen.

### Inhaltsübersicht

A. Einführung.....	141
B. Beispiele aus der Praxis .....	141
C. Einverständliche Fremdgefährdung als von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung unabhängige Rechtsfigur? .....	142
I. Einleitende Begriffsunterscheidungen .....	142
1. Gefährdung oder Schädigung.....	142
2. Selbst- oder Fremdverursachung.....	142
3. Eigenverantwortlichkeit und Einverständlichkeit.....	143
II. Die (straflose) eigenverantwortliche Selbstgefährdung .....	143
III. Die einverständliche Fremdgefährdung.....	143
1. Keine Eigenständigkeit (Gleichbehandlungsansätze).....	143
2. Begründung einer Eigenständigkeit .....	144
IV. Abgrenzungskriterium.....	146
1. Die Diskussion um das Tatherrschaftskriterium .....	146
2. Die „Quasi-Mittäterschaft“ .....	147
D. Der Diskussionsstand um die Rechtsfolgen der einverständlichen Fremdgefährdung .....	148
I. Überholte Anschauungen.....	148
II. Die Zurechnungslösung .....	148
1. Bedingte Gleichstellung .....	148

2. Bewertung.....	149
III. Die Einwilligungslösung .....	150
1. Bewertung.....	150
2. Die weite Einwilligungslösung .....	154
E. Stellungnahme.....	154

### A. Einführung

Der Streit um die Berechtigung und Behandlung der strafrechtlichen Figur der „einverständlichen Fremdgefährdung“ hat auch fast fünf Jahrzehnte nach ihrer Einführung durch *Roxin* im Jahr 1973<sup>1</sup> nicht abgenommen. Die Gründe für die fortbestehenden Unsicherheiten sind vielschichtig und korrelieren mit einer ganzen Reihe von dogmatischen Fragen. Insofern verwundert es nicht, wie schwer es Rechtsprechung und Literatur fällt, die Figur einzuordnen.<sup>2</sup>

Über diese Diskussion hinaus wird der Problematik mitunter eine Bedeutung für das „Verständnis von Recht und Staat“ insgesamt beigemessen.<sup>3</sup> Angesichts der tangierten Grundrechtspositionen (Art. 2 Abs. 1 und 2 GG) dürfte dieses Verständnis nicht überzogen sein.

Diese hohe praktische Bedeutung und die oft als undurchsichtig kritisierten<sup>4</sup> Judikate werden dazu beitragen, dass das Thema auch in Zukunft Diskussionsstoff bietet. Die vorliegende Untersuchung möchte zu diesem Zweck die „schier unübersehbare Meinungs- und Informationsflut“<sup>5</sup> aufschlüsseln und die wichtigsten Positionen bewerten.

Zunächst sollen dafür einige Beispiele aus der Praxis dargestellt werden (B.), vor deren Hintergrund sich Rechtsprechung und Literatur mit dem Thema befasst haben. Anschließend soll die Existenzberechtigung der Figur der einverständlichen Fremdgefährdung in Abgrenzung zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung beleuchtet (C.) und der aktuelle Diskussionsstand um ihre Behandlung bewertet werden (D.). Eine abschließende Stellungnahme zeigt mögliche Perspektiven der Figur auf (E.).

### B. Beispiele aus der Praxis

Um Bedeutung und Inhalt der Problematik zu illustrieren, sei auf folgende Entscheidungen eingegangen:

In dem prominenten *Memel-Fall*<sup>6</sup> hatte sich ein Fährmann auf Drängen zweier Gäste trotz Hochwassers zur Fahrt über

\* Der Autor studiert im achten Fachsemester Rechtswissenschaft an der Humboldt Universität zu Berlin. Die Abhandlung beruht auf einer Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich Deutsche und Internationale Strafrechtspflege. Die Themenstellung erfolgte durch Prof. Dr. Luis Greco.

<sup>1</sup> *Roxin*, in: FS Gallas, 1973, S. 241 (250).

<sup>2</sup> *Fiedler*, Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung – unter besonderer Berücksichtigung des viktimodogmatischen Prinzips, 1989, S. 14; *Lotz*, Die einverständliche, beidseitig bewusst fahrlässige Fremdschädigung, 2017, S. 25, 148; *Rengier*, StV 2013, 27 (30) attestiert der Praxis eine „erhebliche Handhabungsschwierigkeit“.

<sup>3</sup> So *Murmann*, in: FS Puppe, 2011, S. 767; s. auch *Menrath*, Die Einwilligung in ein Risiko, 2013, S. 38.

<sup>4</sup> *Eisele*, in: FS Kühl, 2014, S. 159; *Brüning*, ZJS 2009, 194 (197); *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 4 Rn. 89.

<sup>5</sup> *Lasson*, ZJS 2009, 359 und *Fiedler* (Fn. 2), S. 14; *Stratenwerth*, in: FS Puppe, 2011, S. 1017; *ders./Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 15 Rn. 36 spricht von einer „verworrenen“ Diskussion.

<sup>6</sup> RGSt 57, 172.

die Memel bereit erklärt. Infolge des Unwetters sank der Kahn jedoch und einer der Beförderten fiel dem Sturm zum Opfer. Das RG erkannte in dem Verhalten des Fährmanns keine Sorgfaltspflichtverletzung und sprach ihn von der Schuld frei.

Im sog. *Autosurfer-Fall*<sup>7</sup> hielten sich mehrere Jugendliche abwechselnd und mit Zustimmung des Fahrers auf dem Dach eines fahrenden Fahrzeugs fest. Einer der Jugendlichen stürzte und verletzte sich schwer. Das OLG versagte dem Angeklagten die Wirkung einer rechtfertigenden (Risiko-)Einwilligung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 226a StGB a.F.) und bejahte die Strafbarkeit gem. § 229 StGB.

Weitere praxisrelevante Sachverhalte betreffen die Mitfahrt im Wagen eines betrunkenen Autofahrers<sup>8</sup> und den im gegenseitigen Einvernehmen erfolgten ungeschützten Geschlechtsverkehr mit HIV-Infizierten<sup>9</sup>.

All diesen Fällen ist gemein, dass sich die jeweils gefährdete Person freiwillig und in Kenntnis der Risiken in die Situation begeben hat, während der beteiligte Dritte ohne Verletzungsvorsatz handelte.<sup>10</sup> Beiden Parteien war somit zwar das Risiko der Erfolgsverwirklichung bewusst, sie vertrauten jedoch auf dessen Ausbleiben.<sup>11</sup>

### C. Einverständliche Fremdgefährdung als von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung unabhängige Rechtsfigur?

Schwerer fällt jedoch die Feststellung, ob sich in den betreffenden Fällen die Person selbst und eigenverantwortlich in die Gefahrensituation begeben hat (eigenverantwortliche Selbstgefährdung) oder ob sie sich in Einverständnis mit dem Dritten von diesem gefährden ließ (einverständliche Fremdgefährdung). Damit zusammen hängt die Frage, welcher der Beteiligten den Eintritt des strafrechtlichen Erfolges letztlich zu verantworten hat.

Diese Frage ist für die Strafbarkeit des beteiligten Dritten von hoher Bedeutung. Denn während die Beteiligung an einer Selbstgefährdung bei Eigenverantwortlichkeit des Gefährdeten als straflos anzusehen ist, wird eine unbedingte Straflosigkeit bei der einverständlichen Fremdgefährdung nur selten angenommen.

Vor diesem Hintergrund sei zunächst auf die verwendeten Begrifflichkeiten (I.) und in Grundzügen auf die straflose Selbstgefährdung (II.) eingegangen. Sodann soll die Frage beantwortet werden, ob die einverständliche Fremdgefähr-

dung überhaupt einen davon trennbaren Falltypus verkörpert oder nicht vielmehr gleich zu behandeln ist (III.). Bejaht man eine Abgrenzbarkeit, muss schließlich ein Kriterium für die Abgrenzung gefunden werden (IV.)

## I. Einleitende Begriffsunterscheidungen

### 1. Gefährdung oder Schädigung

Abgrenzen lässt sich in einem ersten Schritt die Gefährdung von der Schädigung. Die Termini verwirren auf den ersten Blick, handelt es sich doch in den relevanten Konstellationen um Erfolgsdelikte. Es kann daher nicht um die Feststellung eines bestimmten Deliktstypus gehen. Vielmehr werden die Begriffe verwendet, um zu unterscheiden, ob im Zeitpunkt der Handlung nur eine Gefährdung oder der Eintritt eines Schadens in Kauf genommen wird. Die Abgrenzung erfolgt somit anhand der inneren Einstellung der Beteiligten.<sup>12</sup>

Als „Schädigung“ können daher Fälle bezeichnet werden, in denen das Motiv des Handelnden auf einen Schadenseintritt gerichtet war. Sie liegt vor, wenn der Handelnde mit zumindest bedingtem Vorsatz handelte.<sup>13</sup>

In den Gefährdungskonstellationen geht es hingegen, wie unter B. angedeutet, um Fälle, in denen die Beteiligten bewusst fahrlässig handeln, d.h. die Gefahr zwar erkennen, aber auf das Ausbleiben ihrer Verwirklichung vertrauen.<sup>14</sup> Selbst bei Erfolgseintritt ist in diesem Zusammenhang daher von einer „Gefährdung“ zu sprechen.

### 2. Selbst- oder Fremdverursachung

Sowohl bei den (vorsätzlichen) Schädigungs- als auch den (fahrlässigen) Gefährdungsfällen lässt sich in einem zweiten Schritt begrifflich nach der Verursachung unterscheiden. Von praktischer Bedeutung im Rahmen der Schädigung ist insbesondere die Differenzierung von straflosem Suizid (Selbstschädigung) und strafbarer Tötung auf Verlangen (Fremdschädigung).<sup>15</sup>

Bei den im Folgenden zu beurteilenden Gefährdungssachverhalten lassen sich schematisch betrachtet drei Varianten ausmachen: (1) Das Opfer selbst ruft die Gefahr hervor (Selbstgefährdung), (2) das Opfer und der Täter wirken gemeinsam an der Gefahrschaffung oder (3) der Täter verursacht die Gefahr und das Opfer ist dieser ausgeliefert (Fremdgefährdung).<sup>16</sup>

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf NSTz-RR 1997, 325.

<sup>8</sup> Siehe etwa OLG Hamm VRS 40, 25; BayObLG VRS 23, 113; AG Saalfeld VRS 107, 181.

<sup>9</sup> LG Kempten NJW 1989, 2068; BayObLG JR 1990, 473.

<sup>10</sup> Otto, in: FS Tröndle, 1989, S. 157 (169 f.); Walter, in: LK-StGB, Band 1, 12. Aufl. 2007, Vor § 13 Rn. 126.

<sup>11</sup> Fiedler (Fn. 2), S. 6; Weber, in: FS Spendel, 1992, S. 371 (372 f.).

<sup>12</sup> Lotz (Fn. 2), S. 66 f.; Jetzer, Einverständliche Fremdgefährdung im Strafrecht, 2015, S. 7; Eisele, JuS 2012, 577 (578).

<sup>13</sup> Otto (Fn. 10), S. 169; Puppe, JZ 2011, 910 (911).

<sup>14</sup> Hellmann, in: FS Roxin, 2001, S. 271 (280); Geppert, ZStW 83 (1971), 947 (981); Eisele, JuS 2012, 577 (582); Krawczyk/Neugebauer, JA 2011, 264 (265); Puppe, GA 2009, 486 (493).

<sup>15</sup> Lotz (Fn. 2), S. 155; Otto (Fn. 10), S. 157, 163; Timpe, ZJS 2009, 550 (555).

<sup>16</sup> Menrath (Fn. 3), S. 17; Beulke, in: FS Otto, 2007, S. 207.

Während bei der vorgelagerten Unterscheidung von Gefährdung und Schädigung keine Abgrenzungsschwierigkeiten bestanden, ist die Unterteilung innerhalb der Gefährdung weniger eindeutig. Streitig ist dabei sowohl das *Ob* als auch das *Wie* der Abgrenzung der Fremdgefährdung von der Selbstgefährdung.

### 3. Eigenverantwortlichkeit und Einverständlichkeit

Der genaue Inhalt der Eigenverantwortlichkeit im Rahmen der Selbstgefährdung ist umstritten und dreht sich im Kern um die Frage, ob nur bestimmte (§§ 20, 35 Abs. 1 StGB, § 3 JGG) Willensmängel oder auch Motivirrtümer die Eigenverantwortlichkeit entfallen lassen.<sup>17</sup>

Währenddessen wird das Kriterium der Einverständlichkeit bei der Fremdgefährdung kaum beleuchtet. Der von *Roxin* eingeführte Begriff kann zunächst einmal nicht in einem streng wörtlichen Sinne verstanden werden. Denn die hier relevanten Körperverletzungs- und Tötungsdelikte fordern auf Tatbestandsebene kein Handeln gegen den Willen des Verletzten. Eine Einordnung als tatbestandsausschließendes Einverständnis würde der Figur somit ihren Hauptanwendungsbereich rauben.<sup>18</sup>

Vielmehr ist die Einverständlichkeit umschreibend zu verstehen. Sie erfasst, wie schon oben angeklungen, die Konstellation, dass Täter und Opfer bei Vornahme der Handlung das Risiko gleichermaßen erfassen. Die oben dargelegte Fremdgefährdung ist demnach einverständlich, wenn sich das Opfer bewusst und in Kenntnis der Risiken der Lage aussetzt. Weil die Einverständlichkeit nicht im Sinne eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses zu verstehen ist, müssen Willensmängel sie wie auch die Eigenverantwortlichkeit berühren können.

## II. Die (straflose) eigenverantwortliche Selbstgefährdung

Die Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung wird mit großer Übereinstimmung als straflos angesehen. Für die Begründung der Straflosigkeit bedient

sich der BGH eines zweifachen Erst-Recht-Schlusses (*argumentatio a maiore ad minus*).<sup>19</sup> Wenn die *vorsätzliche* Beteiligung (*maius*) an einer Selbstschädigung straflos sei,<sup>20</sup> müsse dies erst recht für die *fahrlässige* Mitwirkung (*minus*) gelten (sog. Teilnahmeargument).<sup>21</sup> Sodann schlussfolgert der BGH nach dem gleichen Schema von der Straflosigkeit der Beteiligung an einer Selbstschädigung (*maius*) auf die an einer bloßen Selbstgefährdung (*minus*).<sup>22</sup>

Auf die in weiten Teilen berechtigte Kritik an dieser Herleitung kann im Einzelnen nicht eingegangen werden. Richtig ist, dass es sich um keinen dogmatisch zwingenden Schluss handelt. Denn das Fahrlässigkeitsdelikt ist kein *minus* zum Vorsatzdelikt, sondern ein *aliud*.<sup>23</sup> Alternativ wird vorgeschlagen, auf Zurechnungsebene die Schaffung einer rechtlich missbilligten Gefahr abzulehnen, oder das Autonomieprinzip in den Fokus zu rücken, um so nach Verantwortungsbereichen abzuschichten.<sup>24</sup> Die Straflosigkeit wird dann aus der vorrangigen Zuständigkeit des Opfers abgeleitet.<sup>25</sup>

Unabhängig von der genauen rechtlichen Verankerung kann im Ergebnis nur die Straflosigkeit des Beteiligten überzeugen. Andernfalls entstünden Wertungsfriktionen, die nicht zu rechtfertigen sind.<sup>26</sup>

## III. Die einverständliche Fremdgefährdung

Während die Straflosigkeit der Selbstgefährdung weitgehend anerkannt ist, harrt die Frage nach der Bedeutung der Fremdgefährdung noch weiterer dogmatischer Durchdringung.<sup>27</sup>

Die erste Hürde, die die Fremdgefährdung nehmen muss, ist die Frage nach ihrer Daseinsberechtigung als eigenständige Rechtsfigur.

### 1. Keine Eigenständigkeit (Gleichbehandlungsansätze)

Unsicherheiten bestehen dabei bzgl. der Frage, ob die einverständliche Fremdgefährdung sinnvoll von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung getrennt werden kann. Da

<sup>17</sup> Zum Streit siehe etwa *Walter*, NStZ 2013, 673 (677).

<sup>18</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 29.

<sup>19</sup> BGHSt 32, 262 ff.; 46, 279 (288 f.); 49, 34 (39); *Bernsmann/Zieschang*, JuS 1995, 775 (778); *Eisele*, JuS 2012, 577 (578, 581); *ders.* (Fn. 4), S. 163; *Frisch*, JuS 2011, 116 (119); *Kaspar*, JuS 2012, 112 (113); *Lackner/Kühl*, in: Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage 2018, Vor § 211 Rn. 12.

<sup>20</sup> BGHSt 32, 262 (263 f.); 32, 367 (371); *Lasson*, ZJS 2009, 359 f. (Fn. 21) bezeichnet die a.A. als überholt; *Mitsch*, ZJS 2011, 128 (130).

<sup>21</sup> BGHSt 24, 342 ff.; 32, 262 (263 f.); 53, 55 (60); *Gimbernat*, in: FS Wolter, Teilband I, 2013, S. 389 ff.; *Timpe*, JR 2014, 52 (54); *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, S. 319 ff.

<sup>22</sup> BGHSt 32, 262 (264 f.); 46, 279 (288); 53, 55 (60); *Eisele*, JuS 2012, 577 (578); *Menrath* (Fn. 3), S. 57, 64; a.A. *Puppe*, in: NK Band 1, StGB, 5. Aufl. 2017, Vor § 13 Rn. 183; krit. *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993, S. 53; *Lotz* (Fn. 2), S. 171.

<sup>23</sup> BGHSt, 4, 340 (341, 344); 17, 210 (211); *Menrath* (Fn. 3), S. 35, 37; *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 191 f.; *Walther*, Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung, 1990, S. 74 ff.; *Radtke*, in: FS *Puppe*, S. 836 f.; *Herzberg*, JA 1985,

265 (270 f.); *Spendel*, JuS 1974, 750; Überzeugend geht *Puppe* (Fn. 22), Vor §§ 13 Rn. 182 ff. sogar weiter und begreift die Gefährdung als *maius* ggü. der Schädigung. Während der Rechtsgutträger bei der Selbstverletzung den Willen habe, das Rechtsgutobjekt preiszugeben, habe er dies bei der Selbstgefährdung nicht. Die Gefährdung wiege daher schwerer. Dies hätte zur Folge, dass der zweite Erst-Recht-Schluss des BGH umzukehren wäre. Im Ergebnis verneint jedoch auch *Puppe* eine Strafbarkeit mit Blick auf die Entscheidungsfreiheit des sich selbst Gefährdenden.

<sup>24</sup> Für eine Ablehnung einer rechtlich missbilligten Gefahr: *Menrath* (Fn. 3), S. 66 f.; *Murmann* (Fn. 21), S. 397; *Frisch*, JuS 2011, 116 (119); für ein Abstellen auf das Autonomieprinzip: *Baumann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 10 Rn. 109; *Lotz* (Fn. 2), S. 172 – 179; *Radtke* (Fn. 23), S. 831 (837); *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (373 f.); *Christmann*, Jura 2002, 679 (680 ff.); *Eisele* (Fn. 4), S. 163 f.; *ders.*, JuS 2012, 577 f. (582).

<sup>25</sup> *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (373 f.).

<sup>26</sup> BGHSt 32, 262 (264); *Lasson*, ZJS 2009, 359 (360); *Mitsch*, ZJS 2011, 128 (130); *Roxin*, NStZ 1984, 410 (411); *Stree*, JuS 1985, 179 (181); a.A. *Walther* (Fn. 23), S. 76 f.

<sup>27</sup> *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 5. Aufl. 2020, § 11 Rn. 136.

sich das Opfer in beiden Fällen freiwillig in die Gefahrenlage begeben hat, halten einige jede Unterscheidung für sinnlos und plädieren für eine einheitliche Betrachtung.<sup>28</sup> Eine Bedeutung als eigenständige Rechtsfigur würde der einverständlichen Fremdgefährdung auf diese Weise verwehrt und die eingangs gestellte Frage nach dem *Ob* der Abgrenzung müsste verneint werden. Einige Vertreter dieser Gleichbehandlungslösung lehnen dabei schon die äußerliche Differenzierbarkeit ab,<sup>29</sup> während andere eine solche für normativ irrelevant halten<sup>30</sup>. Mit unterschiedlicher Herangehensweise will man die Gefährdungskonstellationen einer einheitlichen Lösung zuführen.

*Puppe* plädiert etwa für eine gleiche Behandlung nach Sorgfaltsmaßstäben.<sup>31</sup> Entsprechend dem Prinzip der Selbstverantwortung sei der Geschädigte nicht schutzwürdig, wenn er sich freiwillig in Gefahr begeben hat. Aufgrund der rechtsgültigen Disposition bringe der Rechtsgutsträger vielmehr zum Ausdruck, dass er an dessen Erhaltung kein schutzwürdiges Interesse mehr habe.<sup>32</sup> Ein Verletzungserfolg sei daher immer dann in die Verantwortung des Rechtsgutsinhabers zu stellen, wenn dieser das Ausmaß der Gefahr vollständig überblicke.<sup>33</sup>

*Otto* nimmt eine strukturelle Identität zur Selbstgefährdung an und gelangt über ein weites Verständnis der Selbstgefährdung zu einer Gleichbehandlung.<sup>34</sup> Mit seinen Worten liegt eine Selbstgefährdung vor, „wenn [sich] jemand freiverantwortlich und in voller Kenntnis des Risikos [...] in eine Gefahrensituation begibt.“<sup>35</sup> *Otto* definiert die Selbstgefährdung also so weit, dass sie auch Sachverhalte einbezieht, in denen sich das Opfer der Gefahrschaffung eines anderen aussetzt. Als Grund für die Sinnlosigkeit der Unterscheidung zwischen Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung nennt er wie *Puppe* das übergeordnete Verantwortungsprinzip.<sup>36</sup>

Auch *Timpe* möchte die freie Entscheidung des Rechtsgutsinhabers zur Grundlage eines Zurechnungsausschlusses machen. Er sieht in der Fremdgefährdung eine Situation, in der der Gefährder lediglich eine „Schablone“ ausfülle, die

der Gefährdete ihm vorgegeben habe. Erst wenn der Gefährder deren Umriss überschreite, drohe eine Strafbarkeit.<sup>37</sup> Es sei nicht einzusehen, warum jemand, der sich ohne vernünftigen Grund an einem riskanten Vorhaben beteiligt, sich darauf berufen kann, dass der Gefährder seinerwegen die riskante Handlung hätte unterlassen müssen.<sup>38</sup> Aus diesem Grund deutet auch *Timpe* die Selbstgefährdung in einem weiten Sinne und sieht in der einverständlichen Fremdgefährdung lediglich eine „arbeitsteilig realisierte Variante“ der Selbstgefährdung.<sup>39</sup>

Die Zurechnung ist nach *Timpes* Grundsätzen auszuschließen, wenn eine arbeitsteilige Gefährdung vorliegt und das Opfer eigenverantwortlich handelte.

## 2. Begründung einer Eigenständigkeit

Für die Gleichbehandlungsansätze spricht neben den bereits genannten Argumenten ihre besondere Klarheit, da sie Abgrenzungsschwierigkeiten vermeiden. Dennoch finden sich gewichtige Gründe, die für eine Differenzierung sprechen.

### a) Kein Unterfall der Selbstgefährdung (wertungsmäßige Unterscheidung)

Der Ansatz *Timpes*, die einverständliche Fremdgefährdung als arbeitsteilig verwirklichte Variante<sup>40</sup> der Selbstgefährdung auszulegen, ist aufgrund seiner bildhaften Begründung durchaus eingängig. Doch will *Timpe* die Gefährdung im Ergebnis nach den Zurechnungsregeln der „Mittäterschaft, Beihilfe und Anstiftung [...] dem Gefährdeten so zurechnen, als habe er sich selbst gefährdet.“<sup>41</sup> Dabei übersieht er ein gewichtiges Problem: Bei den hier in Rede stehenden Fahrlässigkeitsdelikten gilt der Begriff des Einheitstäters.<sup>42</sup> In der Fremdgefährdung kann also keine dem Opfer nach den §§ 25 ff. StGB zuzurechnende Selbstgefährdung gesehen werden. Jedenfalls für die Teilnahmevorschriften ergibt sich dies auch aus den §§ 26, 27 StGB, welche ausdrücklich eine vorsätzliche Haupttat fordern.<sup>43</sup>

<sup>28</sup> *Otto*, Grundkurs Strafrecht – Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl. 2004, § 6 Rn. 62; *Puppe* (Fn. 22), Vor § 13 Rn. 185, 196; *Radtke* (Fn. 23), S. 841 f., 847; *Stratenwerth* (Fn. 5), S. 1024; *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (368 f., 372 – 379); *Zaczyk* (Fn. 22), S. 64 f.; *Timpe*, ZJS 2009, 170 (175); *Fiedler* (Fn. 2), S. 158 ff., 178 ff. plädiert für eine Interessenabwägung; zweifelnd *Beulke/Mayer*, JuS 1987, 125 (127).

<sup>29</sup> Vgl. Fn. 28.

<sup>30</sup> *Schünemann*, JA 1975, 715 (722 f.); zust. *Enstahler*, Einwilligung und Rechtsgutpreisgabe beim fahrlässigen Delikt, 1983, S. 108; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 116 f.

<sup>31</sup> *Puppe* (Fn. 22), Vor § 13 Rn. 183; mit Ausnahme paternalistischer Sorgfaltspflichten, siehe *dies.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2019, § 6 Rn. 19; ZIS 2007, 247 (252) sowie GA 2009, 486 (494 f.); *Radtke* (Fn. 23), S. 846 f.; ähnlich *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (369 f., 372 ff.); zust. *Hörnle*, GA 2009, 626 (634 Fn. 42); *Fiedler* (Fn. 2), S. 179.

<sup>32</sup> *Puppe*, ZIS 2007, 247 (251).

<sup>33</sup> So auch *Radtke* (Fn. 23), S. 847.

<sup>34</sup> *Otto*, Jura 1984, 536 (540 Fn. 33); *ders.*, JZ 1997, 521 (523); ähnlich *Zaczyk* (Fn. 22), S. 64 f.; *Leupold*, Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der *actio libera in causa* im Lichte

verfassungsrechtlicher Schranken, 2005, S. 121 und *Fiedler* (Fn. 2), S. 194, 159 f. sprechen von lediglich „graduellen“ Unterschieden.

<sup>35</sup> *Otto* (Fn. 10), S. 175; *ders.*, in: FS Geerds, 1995, S. 603 (621); *ders.*, Jura 1984, 536 (540); so auch *Zaczyk* (Fn. 22), S. 64.

<sup>36</sup> *Otto* (Fn. 28), § 6 Rn. 62.

<sup>37</sup> *Timpe*, JR 2014, 52 (61 Fn. 86).

<sup>38</sup> *Timpe*, ZJS 2009, 170 (174).

<sup>39</sup> *Timpe*, ZJS 2009, 170 (175); ähnlich *Fiedler* (Fn. 2), S. 160.

<sup>40</sup> *Timpe*, ZJS 2009, 170 (175).

<sup>41</sup> So ausdrücklich in ZJS 2009, 550 (557).

<sup>42</sup> *Kubink*, in: FS Kohlmann, 2003, S. 53 (59); *Stefanopoulou*, Verantwortlichkeit und Schuldzumessung in Mitwirkungsfällen, 2018, S. 124; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 794 f.; *Puppe*, ZIS 2007, 247 (249).

<sup>43</sup> Für § 25 StGB ist dies weniger eindeutig, wird doch mitunter die Möglichkeit einer fahrlässigen Mittäterschaft vertreten, siehe *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, Vor §§ 25 ff. Rn. 111 ff. Gegen diese Sichtweise spricht, dass sie einen Verzicht auf wesentliche Merkmale der Mittäterschaft bedeutet: Sowohl die Voraussetzung des Tatvorsatzes und des gemeinsamen Tatplans gerichtet auf Verwirklichung

Aber auch darüber hinaus scheint es nur schwer möglich, die Gefährbegründung durch *eigenes* Verhalten der Gefährdung durch *fremdes* Verhalten gleichzustellen. Denn es macht nicht nur begrifflich, sondern insbesondere auch wertungstechnisch einen Unterschied, ob der Beteiligte aktiv die Rechtsgüter der Person gefährdet oder ob er den Rechtsgutininhaber bei dessen Gefährdung nur unterstützend begleitet.<sup>44</sup>

Das Wertgefälle wird mit Blick auf die Opferperspektive noch auffälliger. Während das Opfer im Fall einer Selbstgefährdung die riskante Handlung zu jedem Zeitpunkt abbrechen kann, hat es im Fremdgefährdungsfall wenige bis keine Möglichkeiten, aktiv in das Geschehen einzugreifen.<sup>45</sup> In dem Moment, in dem das Opfer die Gefährdung des anderen akzeptiert, liefert es sich dem Geschehen vielmehr aus. Deutlich zeigt dies der *Autosurfer-Fall*, wo der auf dem Dach „Surfende“ sein Schicksal mit Beginn der Fahrt in die Hände des Fahrers legt. In derartigen Konstellationen lassen sich auf Opferseite deutliche Defizite erkennen, was Kontrollierbarkeit und Überschaubarkeit angehen.<sup>46</sup>

Anders als *Otto* und *Timpe* meinen, bestehen zwischen eigenverantwortlicher Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung also doch beachtliche (Wertungs-)Unterschiede, bei denen auch nicht erkennbar ist, wie sie durch das Prinzip der Selbstverantwortung beseitigt werden sollten.

### b) Rechtlich vorgesehene Unterscheidung

Möglicherweise haben sich diese Unterschiede auch rechtlich niedergeschlagen. Dass der Gesetzgeber zumindest Selbst- und Fremdschädigung unterschiedlich behandelt, zeigen die §§ 216, 228 StGB.<sup>47</sup> Diese schränken implizit auch das Selbstverantwortungsprinzip ein.<sup>48</sup>

Im Fahrlässigkeitsbereich fehlt jedoch eine mit § 216 StGB vergleichbare Norm. Teilweise will man daher einen Rückschluss von der Notwendigkeit der Abgrenzung bei vorsätzlichem Handeln auf die der Abgrenzung von Gefähr-

dungskonstellationen ablehnen.<sup>49</sup> § 216 StGB wolle nur die vorsätzliche Vernichtung fremden Lebens ahnden und zudem die Möglichkeit der Schutzbehauptung, mit Willen des Getöteten gehandelt zu haben, ausschließen.<sup>50</sup> Diese Aspekte seien nicht auf Gefährdungsfälle übertragbar. Zum einen liege diesen keine bewusste Entscheidung über die Vernichtung des Rechtsguts zugrunde, sondern das Vertrauen auf einen guten Ausgang. Und zum anderen sei das Vorliegen einer Zustimmung prozessual nicht schwieriger zu überprüfen als die Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung.<sup>51</sup>

Die Bedenken greifen nur bedingt. § 216 StGB statuiert zwar ein generelles „Fremdtötungstabu“ zum Schutz des Lebens,<sup>52</sup> gleichzeitig kommt der Norm aber Strafmilderungscharakter zu und wirkt damit privilegierend.<sup>53</sup> Zudem dient § 216 StGB nicht der Vermeidung von Beweisschwierigkeiten. Eine solche „Verdachtsstrafe“ ist nicht mit dem Schuldprinzip in Einklang zu bringen.<sup>54</sup> Begreift man § 216 StGB als eine dem Schutz des Lebens dienende, dabei den aber Täter privilegierende Rechtsnorm, scheint es nicht ausgeschlossen, dass die in § 216 StGB enthaltene Wertung der Unterscheidbarkeit von Fremd- und Selbstschädigung dem Gesetz generell zugrunde liegt.

Diese rechtlichen Aspekte werden von der Gegenansicht missachtet, wenn sie allein auf das Prinzip der Selbstverantwortung abstellt. Schon im Ausgangspunkt ist es sehr fragwürdig, warum eine Differenzierung von Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung dem Gefährdeten die Selbstbestimmungsfreiheit nehmen soll.<sup>55</sup> Denn dies wäre nur der Fall, wenn es keine Alternative gäbe, um dessen Autonomie zu wahren und das Gesetz keinen anderen Grundsatz nennt, der neben dem Prinzip der Eigenverantwortung Anerkennung fordert.

Beides ist aber der Fall. Eine beispielhafte Alternative, um die Autonomie des Gefährdeten abzusichern, wäre etwa die Lösung nach Einwilligungsprinzipien.<sup>56</sup> Ferner lässt sich dem Gesetz in den §§ 211 ff., 222 StGB ein anderer Grundsatz entnehmen, der Anerkennung fordert. Der Gesetzgeber bringt dort zum Ausdruck, dass er die Tötung *anderer*

eines Tatbestands entfallen als auch die Voraussetzung der Kausalität, da bei nachgewiesener Kausalität die Beteiligten bereits wegen nebensächlichlicher Verletzung bestraft werden können, siehe auch *Puppe*, JR 1992, 30 (32).

<sup>44</sup> *Beulke* (Fn. 16), S. 214; *Dölling*, in: FS Gössel, 2002, S. 209 (213); *ders.*, GA 1984, 71 (80); *Lasson*, ZJS 2009, 359 (366); *Trüg*, JA 2002, 214 (220).

<sup>45</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 250; *ders.*, GA 2012, 655 (658) spricht von geringerer „Vermeidemacht“; *Neumann*, Jura 2017, 160 (162); *Walter*, NStZ 2013, 673 (676).

<sup>46</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 250; *ders.*, JZ 2009, 399; *ders.*, GA 2012, 655 (657 f.); *Saal*, NVZ 1998, 49 (53); zust. *Trüg*, JA 2002, 214 (219 f.); *Kudlich*, JA 2009, 389 (390 f.); OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325 (327); die a.A., die auf die Fähigkeiten des Opfers abstellt [*Hellmann* (Fn. 14), S. 284; *Jetzer* (Fn. 12), S. 88; *Murmann* (Fn. 21), S. 417] überzeugt nicht. Denn das Opfer kann die Fahrt nicht durch eigenständige Bemühungen abbrechen, sondern höchstens durch Zeichen auf sich aufmerksam machen. Es ist dem Fahrer aber weiterhin ausgeliefert.

<sup>47</sup> *Otto* (Fn. 10), S. 157; *Roxin* (Fn. 1), S. 250; *ders.*, NStZ 1984, 410 (412); vgl. bereits oben I. 2.

<sup>48</sup> *Gimbernat* (Fn. 21), S. 401.

<sup>49</sup> So *Radtke* (Fn. 23), S. 840; *Otto* (Fn. 10), S. 157; *Frisch* (Fn. 30), S. 171, Fn. 66; auch *Roxin*, NStZ 1984, 410 (412) erkennt dies.

<sup>50</sup> *Radtke* (Fn. 23), S. 840.

<sup>51</sup> *Radtke* (Fn. 23), S. 840 f.; *Otto*, Jura 1984, 536 (540); *Duttge*, in: FS Otto, 2007, S. 227 (231).

<sup>52</sup> *Otto* (Fn. 10), S. 158; *Murmann* (Fn. 21), S. 517 ff.; *Lindner*, NStZ 2020, 505 (507).

<sup>53</sup> *Hauck* GA 2012, 202 (210); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 43), § 216 Rn. 1 f.; *Schneider*, in: MüKo Band 4, StGB, 3. Aufl. 2017, § 216 Rn. 1; *Eschelbach*, in: BeckOK, 49. Ed. 2021, § 216 Rn. 1.

<sup>54</sup> *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 43), § 216 Rn. 1a; *Müller*, § 216 StGB als Verbot abstrakter Gefährdung, 2010, S. 186 Fn. 546; *Dölling*, GA 1984, 71 (85); krit. *Murmann* (Fn. 21), S. 523 ff.

<sup>55</sup> So aber *Puppe*, ZIS 2007 (251); *Otto* (Fn. 10), S. 171 f.; *Frisch* (Fn. 30), S. 149 f.

<sup>56</sup> *Grünwald*, GA 2012, 364 (367); *Arzt*, in: FS Geppert, 2011, S. 1 (7).

verbieten will.<sup>57</sup> Dieses Verbot der vorsätzlichen oder fahrlässigen Tötung anderer stellt ein Prinzip dar, das durch den Eigenverantwortungsgrundsatz nur selten verdrängt wird.<sup>58</sup> Gleichzeitig zeigt es, dass der Gesetzgeber nicht nur in § 216 StGB Taten gegen die eigene und gegen eine fremde Person unterscheidet, sondern generell.

Das Prinzip der Selbstverantwortung vermag es also nicht die im Gesetz angelegten Wertungsunterschiede zwischen Selbst- und Fremdschädigung im Fahrlässigkeitsbereich vollständig einzuebnen.<sup>59</sup> Vielmehr spricht vieles dafür, dass die in § 216 StGB zum Ausdruck kommende Unterscheidung zwischen strafloser Selbsttötung und strafbarer (aber mildernd zu berücksichtigender) Tötung auf Verlangen auch in Gefährdungskonstellationen sinnvoll ist.<sup>60</sup>

#### IV. Abgrenzungskriterium

Begreift man die einverständliche Fremdgefährdung als selbstständige Figur, muss sie in einem zweiten Schritt von der Selbstgefährdung abgegrenzt werden. In ständiger Rechtsprechung benennt der BGH die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme als maßgebliches Abgrenzungskriterium. Liege die Herrschaft über die rechtsgutsbeeinträchtigende Handlung allein beim Gefährdeten, so sei eine tatbestandslose Selbstgefährdung gegeben.<sup>61</sup> Dann scheidet auch eine Strafbarkeit des Beteiligten aus – fehlt es doch an der für die akzessorisch geprägte Teilnahme notwendigen Haupttat.<sup>62</sup> Hat der Beteiligte hingegen diese sog. „Gefährdungsherrschaft“ inne, sei eine Fremdgefährdung anzunehmen, deren Strafbarkeit von weiteren Bedingungen abhängt.<sup>63</sup>

Der Rückgriff auf diese spezielle Form der objektiven Tatherrschaft verwundert, wo der BGH sonst in erster Linie subjektive Kriterien zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme heranzieht.<sup>64</sup> Er dürfte der Tatsache geschuldet sein, dass die vorgelagerte Abgrenzung in den Schädigungskonstellationen nicht nach subjektiven Kriterien erfolgen kann. Denn im Rahmen von § 216 StGB kommt es darauf an, dass der Täter durch das Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden ist.<sup>65</sup> Ein eigen-

nütziges Interesse am Taterfolg wird meist gerade nicht vorliegen.

Damit wird die Inkonsistenz der Rechtsprechung aber nicht verständlicher. Vielmehr lädt sie zu weiteren Fragen nach der Plausibilität des Abgrenzungskriteriums ein.

#### 1. Die Diskussion um das Tatherrschaftskriterium

Überwiegend begegnet dem BGH die Kritik, die Abgrenzung nach Tatherrschaftskriterien sei im Fahrlässigkeitsbereich dogmatisch verfehlt.<sup>66</sup> Denn dort gilt der Begriff des Einheitstäters, d.h. jeder sorgfaltspflichtwidrige Beitrag kann zur Tatbestandsverwirklichung ausreichen<sup>67</sup> – eine strukturelle Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme erübrigt sich. Auch begrifflich könne das Geschehen nicht „beherrscht“ werden, da ansonsten vorsätzliches Handeln anzunehmen wäre.<sup>68</sup>

Dem BGH wird ferner eine Missachtung der Funktion der Tatherrschaft vorgeworfen. Zutreffend ist das insoweit, als dass die Tatherrschaft es nicht zum Ziel hat, festzustellen, ob eine Verantwortlichkeit besteht, sondern vielmehr wie die bestehende Verantwortlichkeit zwischen den Beteiligten aufzuteilen ist.<sup>69</sup>

Diese Bedenken können zerstreut werden, wenn man die unübersichtliche Verwendung der Begrifflichkeiten ordnet.

So lässt der BGH zwar Tatherrschaftskriterien einfließen, er versteht diese aber nicht im Sinne einer „Tatbestandsverwirklichungsherrschaft“, sondern im Sinne einer „Geschehensherrschaft“.<sup>70</sup> Dadurch untersucht er gerade nicht, wer die Tat „als eigene“ will, sondern wem die rechtsgutsbeeinträchtigende Handlung zugerechnet werden kann. In der Sache verlagert der BGH das Abgrenzungskriterium also auf die Ebene der objektiven Zurechnung.<sup>71</sup> Die neu begründete Figur der „Gefährdungsherrschaft“ kann auf diese Weise von der traditionellen Tatherrschaftslehre abgelöst werden und Reibungen mit dem Einheitstäterbegriff sowie der Funktion der Tatherrschaft können vermieden werden.<sup>72</sup>

Zudem stellt der BGH neuerdings verstärkt darauf ab, wer die unmittelbar zum Erfolg führende Handlung vorgenommen

<sup>57</sup> Beulke (Fn. 16), S. 214; *Atens*, Objektive Zurechnung und Tatherrschaft, 2019, S. 96 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 19), Vor § 211 Rn. 1, 9.

<sup>58</sup> *Gimbernat* (Fn. 21), S. 394.

<sup>59</sup> *Gimbernat* (Fn. 21), S. 393, 394 f., 400 f.

<sup>60</sup> So i.E. auch *Leupold* (Fn. 34), S. 121 ff.; *Dölling*, in: FS Geppert, 2011, S. 53 (55); *Grünwald*, GA 2012, 364 (365 ff.); *Rönnau*, JuS 2019, 119 (120); *Meier*, GA 1989, 207 (218); *Menrath* (Fn. 3), S. 80, 84.

<sup>61</sup> BGHSt 49, 34 (39); 49, 166 (169); 53, 55 (60 f.); *Eschelbach* (Fn. 53), § 222 Rn. 26; *Eisele* (Fn. 4), S. 364; *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2019, Rn. 1049; *Kudlich*, JA 2009, 389; *Saal*, NVZ 1998, 49 (53).

<sup>62</sup> BGHSt 49, 34 (39); *Neumann*, Jura 2017, 160 (162).

<sup>63</sup> BGH NJW 2003, 2326 (2327); siehe auch Fn. 61.

<sup>64</sup> BGHSt 7, 70 (73); 8, 393 (396); 16, 12 (13); 18, 87 (89 f.); 28, 346 (348); *Heinrich* (Fn. 61), Rn. 1205; *Menrath* (Fn. 3), S. 85 f.; *Hinderer/Brutscher*, JA 2011, 907 (909 f.); *Krawczyk/Neugebauer*, JA 2011, 264

(265); *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1158); *Renzikowski*, HRRS 2009, 347 (349 f.).

<sup>65</sup> *Renzikowski*, HRRS 2009, 347 (350); siehe auch *Eisele*, JuS 2012, 577 (580 aE).

<sup>66</sup> *Stratenwerth* (Fn. 5), S. 1019; *Puppe*, ZIS 247 (249).

<sup>67</sup> *Eisele*, JuS 2012, 577 (581); *Gropp*, GA 2009, 265 (274); siehe auch Fn. 42.

<sup>68</sup> *Jetzer* (Fn. 12), S. 86; *Puppe*, ZIS 2007, 247 (249); *dies.* (Fn. 31), § 6 Rn. 6; *Roxin*, GA 2012, 655 (659 f.); *ders.*, GA 2018, 250 (258).

<sup>69</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 158, 169; *Menrath* (Fn. 3), S. 94; *Murmann* (Fn. 21), S. 331; *Neumann*, JuS 1985, 677 (679); *ders.*, JA 1987, 244 (246 ff.); krit. *Luzón Peña*, GA 2011, 295 (308).

<sup>70</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 195; BGHSt 53, 55 (61); BGH NStZ 2011, 341 (342).

<sup>71</sup> *Eisele*, JuS 2012, 577 (581).

<sup>72</sup> *Renzikowski*, HRRS 2009, 347 (350); *Luzón Peña*, GA 2011, 295 (298); *Lotz* (Fn. 2), S. 199 f.; *Murmann* (Fn. 21), S. 409 f.; a.A. *Menrath* (Fn. 3), S. 94 ff.

men hat.<sup>73</sup> Damit baut er die vielfach vorgeschlagene Orientierung an der letzten rechtsgutbeeinträchtigenden Handlung<sup>74</sup> in seine Lösung mit ein. Dies überzeugt. Denn bis zu dem Eintreten des „*point of no return*“ hat der Gefährdete noch die Möglichkeit, sich gegenteilig zu äußern oder Einfluss auf das Geschehen zu nehmen.<sup>75</sup>

Die Verwendung der Formel führt auch nicht zu Zufälligkeiten in dem Sinne, als dass stets „den letzten die Hunde beißen“ würden.<sup>76</sup> Denn das In-den-Händen-Halten des letzten Aktes entscheidet nicht allein über die strafrechtliche Haftung. Vielmehr hängt sowohl die Straflosigkeit der Selbstgefährdung als auch die Strafbarkeit der Fremdgefährdung jeweils von weiteren Voraussetzungen ab.<sup>77</sup>

Insofern geht auch Puppes Einwand fehl, es sei nicht einsichtig, warum derjenige, der die letzte Ursache gesetzt handelt, strenger zu behandeln sei<sup>78</sup>. Erkennt man nämlich, wie hier geschehen, der Opferperspektive eine höhere Bedeutung zu und sieht, dass das Opfer bis zur letzten Ursache noch einen gewissen Einfluss besitzt, kann dem letzten Akt durchaus eine höhere normative Relevanz beigemessen werden.

## 2. Die „Quasi-Mittäterschaft“

Die Formel hat jedoch mit Abgrenzungsschwierigkeiten zu kämpfen, wenn es um Fälle geht, in denen die Handlungen nicht zeitlich aufeinander folgen, sich also kein „*point of no return*“ ausmachen lässt, der eindeutig nur von einer Person beherrscht wird.<sup>79</sup> Gemeint sind Konstellationen, in denen Täter und Opfer gemeinsam an der Risikoschaffung wirken. Sie haben schon unter I. 2. Erwähnung gefunden (zweite Gruppe). Unklar ist hier, welcher Gefährdungsform die Handlung zuzuordnen ist. Beide Beteiligte haben die „Tatherrschaft“ inne, sodass eine „Mittäterschaft“ und damit eine einverständliche Fremdgefährdung anzunehmen sein könnte. Aus diesem Grund wird die Fallgruppe auch als „Quasi-Mittäterschaft“ bezeichnet.<sup>80</sup>

Die überwiegende Meinung geht in solchen Fällen zu Recht von einer Selbstgefährdung aus.<sup>81</sup> Hierfür spricht, dass der Tatbeitrag des Gefährdeten schon nicht tatbestandsmäßig ist und eine Zurechnung gem. § 25 Abs. 2 StGB unter diesen Umständen nicht möglich sein kann.<sup>82</sup> Aber auch die unter III. 2. a) beschriebene Wertung ist auf die zweite Gruppe nicht übertragbar. Denn anders als bei der Fremdgefährdung hat das Opfer hier noch die Möglichkeit, aktiv in das Geschehen einzugreifen – liefert sich dem anderen also nicht aus.<sup>83</sup>

Exemplarisch zeigt sich dies am im gegenseitigen Einvernehmen erfolgten Geschlechtsverkehr mit einem HIV-Infizierten.<sup>84</sup> Beide Partner haben die Möglichkeit, den Sexualkontakt jederzeit abubrechen, sodass richtigerweise eine Selbstgefährdung anzunehmen ist.<sup>85</sup> Denn der Geschlechtsverkehr ist, wenn freiwillig vollzogen, „so sehr vom eigenen Handeln bestimmt, dass er sich nicht mehr als Handlung eines anderen definieren lässt“.<sup>86</sup>

Nicht überzeugend sind Stimmen, die eine Fremdgefährdung generell für den Teil annehmen wollen, der als Infizierter die „Gefahrenquelle“<sup>87</sup> darstellt oder der die aktive Rolle<sup>88</sup> beim Geschlechtsverkehr innehatte.<sup>89</sup> Denn es kann weder auf die Eigenschaft als Virusträger noch auf Zufälligkeiten wie die angewandten Sexualpraktiken ankommen. Vielmehr stellt der ungeschützte Geschlechtsverkehr die gefährliche Handlung dar, die richtigerweise von beiden beherrscht wird, da es sonst bereits an der Einvernehmlichkeit fehlt.<sup>90</sup>

Die Fälle, in denen es keinen sukzessiven Handlungsvorgang gibt, sind nach dem Gesagten also der Selbstgefährdung zuzuordnen. Denn es ist zumindest „auch“ ein aktives Tun des Gefährdeten, das den Erfolg als zeitlich letzte Ursache herbeiführt. Es genügt, dass die Handlung bis zuletzt auch durch das Opfer abgebrochen werden konnte.<sup>91</sup> Ein Abstellen auf den „*point of no return*“ begründet dann kein Hindernis.

<sup>73</sup> BGHSt 53, 55 (61).

<sup>74</sup> Lotz (Fn. 2), S. 183; Otto (Fn. 10), S. 162, 170; Dölling, GA 1984, 71 (76); Roxin, GA 2012, 659; ders., GA 2018, 250 (258); Walter, NSTZ 2013, 673 (675); ders. (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 130 – 133; krit. Eisele, JuS 2012, 577 (582).

<sup>75</sup> Walter (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 132 spricht gar von einer „Vollverantwortlichkeit“; Lotz (Fn. 2), S. 183 f.; krit. Menrath (Fn. 3), S. 86 f.

<sup>76</sup> So Puppe, GA 2009, 486 (493); dies., ZJS 2008, 600 (606); dies. (Fn. 22), Vor § 13 Rn. 181; vgl. hierzu auch Frisch (Fn. 30), S. 116 f.; Beulke (Fn. 16), S. 212; Dach, NSTZ 1985, 24 (25).

<sup>77</sup> Exemplarisch Dölling, JR 1990, 473 (477, Nr. 4); Lotz (Fn. 2), S. 196 ff.; Walter, NSTZ 2013, 673 (675).

<sup>78</sup> Puppe, ZIS 2007, 247 (249); ebenso von der Meden, JuS 2015, 22 (27).

<sup>79</sup> Walter, NSTZ 2013, 673 (676); ders. (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 131 f.

<sup>80</sup> Duttge, in: MüKo Band 1, StGB, 4. Aufl. 2020, § 15 Rn. 159; Eisele (Fn. 4), S. 165; ders., JuS 2012, 577 (579, 582); Murmann (Fn. 21), S. 415; Rönnau, in: LK Band 3, StGB, 13. Aufl. 2019, Vor § 32 Rn. 167; vgl. zu den Schädigungsfällen Kühl, Jura 2010, 81 (82 f.); Hecker/Witteck, JuS 2005, 397 ff.

<sup>81</sup> BayObLG JR 1990, 473 f.; LG Kempten NJW 1989, 2068 f.; Eisele, JuS 2012, 577 (581).

<sup>82</sup> Dölling, JR 1990, 473 (475); Duttge, NSTZ 2009, 690 (692); Schünemann, JR 1989, 89 (90); Zaczek (Fn. 22), S. 41; Lotz (Fn. 2), S. 187 f. Fn.

218 nimmt zwar eine Zirkularität dieser Argumentation an, stützt sich aber i.E. dennoch auf die enthaltene Wertung.

<sup>83</sup> So auch Dölling, JR 1990, 473 (475); Prittwitz, NJW 1988, 2942 (2943).

<sup>84</sup> LG Kempten NJW 1989, 2068; BayObLG JR 1990, 473; Eisele, JuS 2012, 577 (582); Herzog/Nestler-Tremel, StV 1987, 360 (366 f.); Christmann, Jura 2002, 679 (683), der jedoch einen Schädigungsfall annimmt; Zaczek (Fn. 22), S. 58 f.; siehe auch Frisch (Fn. 30), S. 87; Geppert, Jura 1987, 668 (671).

<sup>85</sup> BayObLG JR 1990, 473 (474); Jäger, in: FS Schünemann, 2014, S. 421 (422 f.); Kühl (Fn. 4), § 4 Rn. 89; Meier, GA 1989, 207 (219); Prittwitz, NJW 1988, 2942 (2943); Sternberg-Lieben (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 107.

<sup>86</sup> Fahl, GA 2018, 418 (429).

<sup>87</sup> Hellmann (Fn. 14), S. 273, 284; Frisch, JuS 1990, 362 (369); Helgerth, NSTZ 1988, 261 (262); Lasso, ZJS 2009, 359 (368); Mayer, JuS 1990, 784 (787); Roxin, GA 2018, 250 (254); ders., JZ 2009, 399 (401).

<sup>88</sup> Brand/Lotz, JR 2011, 513 (516).

<sup>89</sup> Otto (Fn. 10), S. 167; Walter, NSTZ 2013, 673 (673); ders. (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 133.

<sup>90</sup> Fahl, GA 2018, 418 (429); Prittwitz, NJW 1988, 2942 (2943); siehe auch Fn. 89.

<sup>91</sup> Walter (Fn. 10), Vor § 13 Rn. 131 f.; ders., NSTZ 2013, 673 (676); i.E. ähnlich Lotz (Fn. 2), S. 187; siehe auch Eisele (Fn. 4), S. 165; BGHSt 53,



## D. Der Diskussionsstand um die Rechtsfolgen der einverständlichen Fremdgefährdung

Nach alledem lässt sich sagen, dass die gewichtigeren Gründe für eine Differenzierung sprechen. Formale Aspekte wie mögliche Abgrenzungsschwierigkeiten vermögen für sich genommen nicht die qualitativen Unterschiede von Selbst- und Fremdgefährdung zu beseitigen.<sup>92</sup> Aber auch materielle Gesichtspunkte wie die Selbstbestimmungsfreiheit des Gefährdeten werden nicht verletzt, da diese auf anderem Weg gewahrt werden können. Damit ist das *Ob* der Abgrenzbarkeit zu bejahen. Zugleich ist mit der Gefährdungsherrschaft ein Kriterium für das *Wie* der Abgrenzung gefunden, dessen dogmatische Einkleidung zwar zu kritisieren ist, sich bei entsprechender Strukturierung aber bewährt.<sup>93</sup>

Die zweite Hürde, die die einverständliche Fremdgefährdung nehmen muss, ist die ihrer Behandlung. Eine mit § 254 BGB vergleichbare Regelung kennt das Strafrecht nicht.<sup>94</sup> Trotz der Mitwirkung des Opfers scheint also nur eine „Alles-oder-Nichts“-Lösung möglich.<sup>95</sup> Das wäre unbefriedigend, weil nicht alle Nuancen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit berücksichtigt würden.<sup>96</sup> Es erklärt aber, warum die Debatte um die einverständliche Fremdgefährdung derart polarisiert und einer „Diskussion ohne Ende“<sup>97</sup> gleicht.

## I. Überholte Anschauungen

Als mittlerweile überholt können insbesondere die Pflichtwidrigkeitslösung<sup>98</sup> und der viktimodogmatische Ansatz<sup>99</sup> angesehen werden. Gegen diese Theorien spricht bereits, dass sie letztlich auf ein Mitverschulden des Opfers abstellen. Wie gesehen, existiert aber keine § 254 BGB entsprechende Norm im Strafrecht und auch dessen Wertung lässt sich infolge der unterschiedlichen Struktur des Zivilrechts nicht übertragen.<sup>100</sup>

55 (60 f.); *Grünwald*, GA 2012, 364 (368 f.); *Eisele*, in: Baumann/Werber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage 2016, § 10 Rn. 113.

<sup>92</sup> Dies eingestehend *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (368, Fn. 39); *Roxin* (Fn. 1), S. 250 Fn. 28; *Grünwald*, GA 2012, 364 (366 f.).

<sup>93</sup> So auch *Grünwald*, GA 2012, 364 (368 f.); a.A. *Menrath* (Fn. 3), S. 94–98.

<sup>94</sup> *Anastasopoulou*, in: FS Roxin II, 2011, S. 1927; *Hellmann* (Fn. 14), S. 274; *Jetzer* (Fn. 12), S. 115; *Menrath* (Fn. 3), S. 69; *Sternberg-Lieben*, Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht, 1997, S. 213 f.

<sup>95</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 21, 151, 178; *Sternberg-Lieben* (Fn. 94), S. 214.

<sup>96</sup> *Rössner*, in: FS Hirsch, 1999, S. 313 (317 f.); *Menrath* (Fn. 3), S. 107.

<sup>97</sup> *Roxin*, GA 2018, 250.

<sup>98</sup> Insbesondere die frühere Rechtsprechung wollte die Sorgfaltspflichten des Mitwirkenden reduzieren. So handelte der Beteiligte nicht pflichtwidrig, wenn das Opfer „eine gewisse Gefahr in deren klarer Erkenntnis in Kauf genommen und der Täter seiner allgemeinen Sorgfaltspflicht genügt“ habe, BGHSt 4, 88 (93), siehe auch RGSt 57, 172 (173 f.); BGHSt 4, 88 (93); *Geppert*, ZStW 83 (1971), 947, 991 ff.; *Puppe* (Fn. 22), Vor § 13 Rn. 196; zust. *Stratenwerth* (Fn. 5), S. 1017, 1024; *Lasson*, ZJS 2009, 359 (364); *Lotz* (Fn. 2), S. 206–209.

<sup>99</sup> Der Lösungsansatz ist im Wesentlichen von *Fiedler* (Fn. 2), S. 178–182 geprägt. Unter Beachtung von Viktimologie, Eigenverantwortungsprinzip sowie Gedanken der §§ 254, 242 BGB will er das Opferverhalten statt auf

Denn im Strafrecht muss bereits vor der Tat festgelegt sein, welches Verhalten erlaubt ist und welches nicht.<sup>101</sup> Für die Bewertung kann daher nur relevant sein, ob dem Täter eine Sorgfaltswidrigkeit zur Last gelegt werden kann. Diese Sorgfaltswidrigkeit kann nicht von dem Verhalten Dritter abhängen, weil sie Merkmal der Handlung selbst ist.<sup>102</sup> Ein eventuelles Mitverschulden erlangt daher allenfalls für die Strafzumessung Bedeutung – es vermag jedoch keine Verantwortlichkeiten herabzusetzen.<sup>103</sup>

## II. Die Zurechnungslösung

Die Zurechnungslösung gehört zu den wichtigsten Positionen rund um die Frage der Behandlung der einverständlichen Fremdgefährdung. Sie geht im Wesentlichen auf *Roxin* zurück – ist aber auch darüber hinaus auf viel Zustimmung gestoßen.<sup>104</sup>

### 1. Bedingte Gleichstellung

*Roxins* Vorschlag ist, „die einverständliche Fremdgefährdung als Fall der tatbestandlichen Schutzzweckbegrenzung zu behandeln und eine Zurechnung zum objektiven Tatbestand dort auszuschließen, wo die einverständliche Fremdgefährdung unter allen Aspekten einer Selbstgefährdung gleichsteht.“<sup>105</sup> Unter besonderer Beachtung des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit müsse eine analoge Anwendung der Regeln zur eigenverantwortlichen Selbstgefährdung erfolgen, wenn der Gefährdete das Risiko „übernommen“ hat. Denn in diesem Fall werde die Fremdgefährdung genauso wenig vom Schutzbereich des Tatbestands umfasst wie eine Selbstgefährdung.<sup>106</sup>

Damit will *Roxin* die – auch von ihm befürwortete – Differenzierung der Gefährdungskonstellationen aber nicht zu einem „bloßen Topos“<sup>107</sup> verkommen lassen. Denn aufgrund der geringeren „Vermeidemacht“ des Gefährdeten sieht er die Fremdgefährdung als grundsätzlich strafbar-

Zumessungsebene schon auf Tatbestandsebene berücksichtigen. Er stößt dann aber auf das auch von ihm offen gelassene Problem, dass es „im Strafrecht nicht nur ein bisschen Unrecht geben kann“, hierzu *Lotz* (Fn. 2), S. 202–206.

<sup>100</sup> *Lasson*, ZJS 2009, 359 (365 f.) nimmt zudem einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG an; *Hellmann* (Fn. 14), S. 274; *Lotz* (Fn. 2), S. 204, 207; vgl. *Menrath* (Fn. 3), S. 68 ff.

<sup>101</sup> *Lasson*, ZJS 2009, 359 (366); *Geppert*, ZStW 81 (1969), 947 (990).

<sup>102</sup> *Roxin*, JZ 2009, 399 (400); *Stefanopoulou* (Fn. 42), S. 98; vgl. auch *Renzikowski* (Fn. 23), S. 249.

<sup>103</sup> *Hellmann* (Fn. 14), S. 274; *Jäger* (Fn. 85), S. 431; *Sternberg-Lieben* (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 106; *ders.*, in: FS Geppert, 2011, S. 723 (742).

<sup>104</sup> *Hellmann* (Fn. 14), S. 280 ff.; *Niedermair*, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, S. 121; *Sternberg-Lieben* (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 106; *Rönnau* (Fn. 80), Vor § 32 Rn. 169; *Geppert*, Jura 2001, 490 (494); *Hammer*, JuS 1998, 785 (788); *Kretschmer*, NSTZ 2012, 177 (180); *Lasson*, ZJS 2009, 359 (366); *von der Meden*, JuS 2015, 22 (27); ähnlich *Luzón Peña*, GA 2011, 295 (302 ff.); *Weigend*, ZStW 98 (1986), 44 (71, Fn. 97); *Lotz* (Fn. 2), S. 251 ff.

<sup>105</sup> *Roxin*, GA 2012, 655 (663 f.); siehe zuvor *Schünemann*, JA 1975, 715 (723).

<sup>106</sup> *Roxin*, GA 2012, 655 (664); *Hammer*, JuS 1998, 785 (788).

<sup>107</sup> So der Vorwurf von *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (370).

keitsnäher und knüpft die Gleichstellung an spezielle Bedingungen, die dieses Defizit ausgleichen sollen.<sup>108</sup> Der Ansatz lässt sich daher auch als bedingte Gleichstellungslösung bezeichnen.

*Roxin* nennt drei Voraussetzungen für eine solche Gleichstellung: Zunächst sei erforderlich, dass der Gefährdete das Risiko in all seinen Dimensionen erfasst habe (*Risikowissen*). Der eingetretene Schaden müsse ferner Ergebnis des eingegangenen Risikos sein und nicht anderer hinzutretender Fehler (*kein „Exzess“*). Und schließlich müsse der Gefährdete dieselbe Verantwortung für das Geschehen tragen wie der Gefährdende, sich also insbesondere der Gefahr aus freien Stücken ausgesetzt haben (*gleichrangige Verantwortlichkeit*).<sup>109</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, sei die Fremdgefährdung einer Selbstgefährdung gleichzustellen und der Erfolg könne dem Gefährder nicht zugerechnet werden.<sup>110</sup>

## 2. Bewertung

Für *Roxins* Ansatz sprechen zunächst die dahinterstehenden Wertungen. Denn tatsächlich scheint es unbefriedigend, wenn die autonome Entscheidung des Geschädigten bei der Selbstgefährdung vollständig, bei der Fremdgefährdung aber kaum berücksichtigt wird.<sup>111</sup> Eine derartige Überbewertung der Unterscheidung scheint *Roxin* vermeiden zu können.

### a) Die Verortung auf Tatbestandsebene

Überlegt werden muss jedoch, ob dafür bereits der Tatbestand der richtige Standort ist. Zu den Zielen der Zurechnungslehre gehört der Ausschluss solcher Erfolge, denen die verletzte Verhaltensnorm nicht vorbeugen will.<sup>112</sup> Rückt man das Prinzip der Selbstverantwortung in den Mittelpunkt, ließe sich argumentieren, dass die Rechtsordnung es nicht zum Ziel hat, den sich einer Gefährdung bewusst Aussetzenden vor sich selbst zu schützen.

Mit Blick auf *Roxins* Begründung überrascht dieser Schritt jedoch. Denn *Roxin* erkennt die strukturellen Gemeinsamkeiten von Schädigung und Gefährdung an, wenn er aus den §§ 216, 228 StGB eine Unterscheidbarkeit auch für die Gefährdungsfälle ableitet.<sup>113</sup> Eine einheitliche Behandlung auf Zurechnungsebene muss daher verwundern, ist eine solche doch bei den Schädigungsfällen nicht anerkannt.<sup>114</sup>

Daneben lässt sich aber auch die Begründung des Zurechnungsausschlusses anhand des Schutzzweckgedankens nicht nachvollziehen. Wie schon unter C. III. 2. b) ausgeführt, vermitteln die Normen zum Schutz des Lebens das Verbot der Tötung anderer. Dieses objektive Verbot kann nicht vom subjektiven Opferwillen abhängig sein. Denn Aufgabe des Tatbestandes ist es, zu bestimmen, welches Verhalten *generell* verboten ist.<sup>115</sup> *Roxin* bleibt eine Begründung schuldig, wie die Zustimmung des Opfers es zustande bringt, dass den Täter bereits dieser tatbestandliche Appell nicht erreicht. Aus dem Wortlaut der §§ 222, 229 StGB ergibt sich dies jedenfalls nicht.<sup>116</sup>

*Roxins* Prämisse steht zudem auf unsicheren Füßen, wenn man bedenkt, dass die Schutzzwecklehre nur mit großer Vorsicht als Rechtsfindungsinstrument genutzt werden kann.<sup>117</sup> Werden nämlich neben dem Zweckgedanken keine objektiven Kriterien angeführt, entsteht der Eindruck, dass nur dasjenige als „vom Schutzwillen des Gesetzes erfasst“ angesehen wird, „was dem eigenen Rechtsgefühl entspricht“.<sup>118</sup> Derartige objektive Gesichtspunkte lässt *Roxin* aber vermissen.

### b) Konturlosigkeit der Gleichstellungskriterien

Ein Blick auf die von *Roxin* aufgestellten Kriterien bestätigt diesen Eindruck. Bei dem ersten Kriterium (*Risikowissen*) lässt sich bereits bezweifeln, worin die gegenüber der Selbstgefährdung zusätzliche Voraussetzung liegt. Denn auch bei der Selbstgefährdung wird häufig eine (mittelbare) Täterschaft des anderen anzunehmen sein, wenn das Opfer das Risiko nicht in gleichem Maße überblickt.<sup>119</sup> *Roxin* stützt seine Gleichstellung damit auf einen Aspekt der Eigenverantwortlichkeit.

Genauso wenig bedarf das zweite Kriterium einer eigenen Erwähnung. Denn wenn der Schaden auf einem anderen Fehler – einem Exzess – beruht, bezog sich schon das ursprüngliche Einverständnis nicht darauf.<sup>120</sup> Dann liegt aber gar keine *einverständliche* Fremdgefährdung mehr vor, die unter den genannten Voraussetzungen mit der Selbstgefährdung gleichgestellt werden könnte. Die Überflüssigkeit dieser Voraussetzung deckt zugleich den Widerspruch in *Roxins* Argumentation auf: Mit den von ihm aufgestellten Bedingungen der Gleichstellung definiert *Roxin* eigentlich nur, *wann* die Fremdgefährdung als einverständlich anzu-

<sup>108</sup> *Roxin*, GA 2012, 655 (658, 664); *ders./Greco* (Fn. 27), § 11 Rn. 123 f.

<sup>109</sup> Zum Ganzen *Roxin/Greco* (Fn. 27), § 11 Rn. 123 f.; *Roxin* (Fn. 1), S. 252; *ders.*, NSTZ 1984, 410 (412); *ders.*, JZ 2009, 399 (400 f.); *Lotz* (Fn. 2), S. 252 ff.; *Niedermair* (Fn. 104), S. 121.

<sup>110</sup> Siehe Fn. 109; ähnlich *Niedermair* (Fn. 104), S. 135.

<sup>111</sup> *Menrath* (Fn. 3), S. 107.

<sup>112</sup> *Walter*, NSTZ 2013, 673 (674).

<sup>113</sup> *Roxin* (Fn. 1), S. 250; *ders.*, NSTZ 1984, 410 (412).

<sup>114</sup> *Menrath* (Fn. 3), S. 108; *Schneider* (Fn. 53), § 216 Rn. 31–53; auch *Lotz* (Fn. 2), S. 267–293, 312 irritiert insoweit.

<sup>115</sup> *Grünwald*, GA 2012, 364 (367).

<sup>116</sup> *Duttge* (Fn. 51), S. 235; *Menrath* (Fn. 3), S. 113; *Otto*, in: GS Schlüchter, 2002, S. 77 (84); *Renzikowski* (Fn. 23), S. 193 f.

<sup>117</sup> *Derksen*, Handeln auf eigene Gefahr, 1991, S. 37, 40; *ders.*, NJW 1995, 240 (241); *Duttge* (Fn. 51), S. 235; *Frisch* (Fn. 30), S. 82–86; *Murmann* (Fn. 21), S. 392.

<sup>118</sup> *Frisch* (Fn. 30), S. 83.

<sup>119</sup> *Derksen*, NJW 1995, 240 (241); *ders.* (Fn. 117), S. 72 f.; *Duttge* (Fn. 80), § 15 Rn. 159; siehe auch *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 113; *Menrath* (Fn. 3), S. 115.

<sup>120</sup> Dies sehen auch *Roxin/Greco* (Fn. 27), § 11 Rn. 124; *Jetzer* (Fn. 12), S. 102 f. sowie *Hellmann* (Fn. 14), S. 281, wobei nur letzterer die darin enthaltene Widersprüchlichkeit erkennt und deshalb für eine Streichung der ersten zwei Bedingungen plädiert; siehe schon *Schünemann*, JA 1975, 185 (193).

sehen ist. Zur Diskussion steht aber, wie die Fremdgefährdung zu behandeln ist, wenn sie denn einverständlich erfolgt ist. Diese Frage beantwortet *Roxin* in Wahrheit gar nicht.<sup>121</sup> In den zwei genannten Ausgleichskriterien liegen keine gegenüber der Selbstgefährdungsteilnahme zusätzlichen Voraussetzungen. Insoweit entpuppt sich sein Ansatz als bloße Gleichstellung der Gefährdungskonstellationen auf Tatbestandsebene,<sup>122</sup> die aus den bereits genannten Gründen nicht überzeugt.

Einzig das Kriterium der gleichrangigen Verantwortlichkeit formuliert eine eigenständige Bedingung. Nach *Roxin* ist sie zu bejahen, wenn der Gefährdete sich aus eigenem Entschluss zur Risikoübernahme entschlossen hat, d.h. ohne vom Gefährdenden dazu gedrängt worden zu sein. Maßgebliche Bedeutung misst er der Frage bei, wer die „treibende Kraft“ bei der Entscheidungsfindung war.<sup>123</sup>

Ohne bereits die Unschärfe dieser Begrifflichkeiten kritisieren zu wollen, vermag es *Roxin* jedenfalls nicht zu begründen, wie diese vor dem eigentlichen Tatgeschehen liegenden Aspekte eine objektiv-rechtliche Bedeutung erlangen sollen. Das können sie auch gar nicht. Denn die Frage, auf wessen Initiative hin die Gefährdung erfolgt, kann in der Strafrechtsdogmatik keine Rolle spielen. Den rechtlichen Maßstab für derartige Fälle bildet § 240 StGB und die Frage, ob dem Ansinnen „in besonnener Selbstbehauptung“<sup>124</sup> standzuhalten ist. Unterhalb dieser Schwelle kann ein Drängen sich nicht rechtlich auswirken. Denn das Opfer ist voll zurechnungsfähig und trifft die Entscheidungen eigenverantwortlich sowie im Bewusstsein aller Risiken.<sup>125</sup>

Warum ein „Mehr“ an Initiative seitens des Opfers ein späteres „Weniger“ an Risikobeherrschung bei der Fremdgefährdung ausgleichen soll, ist nicht einsichtig. *Roxin* will hier dem Opfer letztlich eine Mitschuld zuschreiben.<sup>126</sup> Wie jedoch gezeigt, werden in den Tatbeständen der §§ 222, 229 StGB objektiv-generelle Sorgfaltsanforderungen aufgestellt, die durch eine Mitschuld des Opfers nicht herabgesetzt werden können. Die Voraussetzung ist insoweit nichts anderes als eine moralisierende Bemühung und damit ebenfalls rechtlich nicht haltbar.<sup>127</sup>

### c) Zwischenergebnis

Alles in allem sind es nicht die getroffenen Wertungen an sich, die *Roxins* Ansatz scheitern lassen, sondern ihre dogmatische Verortung. Es ist inkonsequent, aus den §§ 216, 228 StGB eine rechtliche Unterscheidbarkeit abzuleiten, dann aber doch für eine einheitliche Behandlung nach Selbstgefährdungsmaßstäben zu plädieren. Aber auch die Rahmenbedingungen einer solchen bedingten Gleichstellung erweisen sich als widersprüchlich und rechtlich nicht fassbar. *Roxin* scheitert daran, seiner Lehre den notwendigen dogmatischen Unterbau zu verleihen.

Richtigerweise sind fremdschädigende Verhaltensweisen grundsätzlich vom tatbestandlichen Schutzzweck erfasst.<sup>128</sup> Die Einverständlichkeit der Fremdgefährdung muss also auf einem anderen normativen Weg berücksichtigt werden.

## III. Die Einwilligungslösung

Wie schon angeklungen, kann der ausgeübten Autonomie auch mit den Grundsätzen der rechtfertigenden Einwilligung begegnet werden. Für eine derartige Lösung auf Rechtfertigungsebene sprechen sich Rechtsprechung<sup>129</sup> und weite Teile der Lehre<sup>130</sup> aus. Nach Ansicht des BGH sei die Einwilligung in die Fremdgefährdung zwar möglich, deren rechtfertigende Kraft werde jedoch durch die Wertungen der §§ 216, 228 StGB begrenzt.<sup>131</sup>

### 1. Bewertung

Die Stichhaltigkeit dieser Einwilligungslösung hängt von der Behandlung zweier Problemkreise ab: des Konflikts um die Erfolgsbezogenheit der Einwilligung (a) sowie der Frage nach der Disponibilität des Rechtsguts (b).

#### a) Einwilligungsgegenstand

Worauf sich die Einwilligung im Fahrlässigkeitsbereich beziehen muss, um ihre rechtfertigende Wirkung zu entfalten, wird kontrovers diskutiert. Für Vorsatzdelikte ist es weitgehend anerkannt, dass sich die Einwilligung sowohl auf die Handlung als auch auf den Erfolg beziehen muss.<sup>132</sup> Die Frage, ob dies auch auf Fahrlässigkeitsdelikte zutrifft, ist von entscheidender Bedeutung für die Behandlung der einverständlichen Fremdgefährdung. Denn hier handelt das

<sup>121</sup> Zu diesem Schluss kommen auch *Murmann* (Fn. 21), S. 424 f. und *Menrath* (Fn. 3), S. 115 f.

<sup>122</sup> Die Identität der ersten zwei Voraussetzungen mit der Gleichbehandlungslösung eingestehend *Roxin*, GA 2012, 655 (664); *Jäger*, in: SK, StGB, 9. Aufl. 2017, Vor § 1 Rn. 150.

<sup>123</sup> *Roxin*, JZ 2009, 399 (401, 403); *ders.*, GA 2012, 655 (664).

<sup>124</sup> BGH NJW 1983, 765 (767); *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 240 Rn. 13; *Sinn*, JuS 2009, 577 (583).

<sup>125</sup> Hierzu insgesamt *Walter*, NSStZ 2013, 673 (678 f.).

<sup>126</sup> Dies wird bei *Roxin*, GA 2012, 655 (664) deutlich.

<sup>127</sup> *Walter*, NSStZ 2013, 673 (679).

<sup>128</sup> Wie hier *Beulke* (Fn. 16), S. 214; *Dölling* (Fn. 60), S. 57; *Hirsch*, in: LK Band 2, StGB, 11. Aufl. 2003, Vor § 32 Rn. 94; *Jäger* (Fn. 85), S. 431;

*Kindhäuser*, in: LPK, StGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 13 Rn. 225; *Murmann* (Fn. 21), S. 427; siehe auch Fn. 115, 121.

<sup>129</sup> BGHSt 53, 55 (62 f.); 49, 34 (40 f.); 49, 166 (169); OLG Düsseldorf NSStZ-RR 1997, 325 (327).

<sup>130</sup> *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 590 f.; *Murmann* (Fn. 21), S. 432 f.; *Dach*, NSStZ 1985, 24 (25); *Eisele*, JuS 2012, 577 (584); *Frisch*, NSStZ 1992, 62 (66 f.); *Neumann*, Jura 2017, 160 (164); *Trüg*, JA 2004, 597 (598 f.); abl. *Cancio Meliá*, ZStW 111 (1999), 357 (365).

<sup>131</sup> BGHSt 53, 55 (62 f.); 49, 166 (175).

<sup>132</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 94), S. 214; *Brüning*, ZJS 2009, 194 f.; *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 228 Rn. 2; krit. *Walter*, NSStZ 2013, 673 (677).

Opfer im Vertrauen darauf, dass sich die Gefährdung nicht realisiert.<sup>133</sup>

Regelmäßig wird daher nur eine Einwilligung in die risiko-reiche Handlung, nicht jedoch in den tatbestandlichen Erfolg vorliegen.<sup>134</sup>

Damit ist die erste Hürde der Einwilligungslösung aufge-deckt: die Frage, ob im Fahrlässigkeitsbereich von der Er-folgsbezogenheit der Einwilligung abgerückt werden kann. Der BGH bejaht dies – ihm genügt der Bezug zur Gefähr-dungshandlung.<sup>135</sup>

#### aa) Ausblendung des Erfolgs – eine Einwilligungsfiktion?

Gegen eine Ausblendung des Erfolgs spricht, dass Tatbe-stände von Verletzungsdelikten, zu denen auch die §§ 222, 229 StGB gehören,<sup>136</sup> zu ihrer Erfüllung stets Handlung und Erfolg einfordern.<sup>137</sup> Es ließe sich daher argumentieren, dass die Einwilligung im Sinne eines vollständigen Rechts-gutsverzichts spiegelbildlich alle Merkmale des Tatbestan-des beinhalten muss, um das strafrechtliche Unrecht zu kompensieren.<sup>138</sup> Mit der Zustimmung zu dem sorgfalts-widrigen Verhalten entfällt aber nur das Handlungsunrecht, während das Erfolgsunrecht weiter besteht. Dieses dürfe nicht einfach ignoriert werden, da es das Fahrlässigkeitsde-likte maßgeblich präge.<sup>139</sup> Zutreffend ist das zumindest in-soweit, als es um die Tatbestandsmäßigkeit geht. Denn dort muss auf den Erfolgsunwert abgestellt werden, weil der fahrlässige Versuch zwar konstruktiv möglich, aber recht-lich nicht relevant ist.<sup>140</sup>

Unter dem Stichwort der „Einwilligungsfiktion“ wird Teil-en der Einwilligungslösung zudem vorgeworfen, sie wür-den das Selbstbestimmungsrecht missachten, indem sie eine Einwilligung in den Erfolg fingieren.<sup>141</sup> Dies vertritt etwa *Beulke* unter der Begründung, es sei widersprüchlich, wenn derjenige, der in die Gefährdung einwilligt, „später einwende, er habe mit dem Eintritt des Schadens nicht ge-rechnet.“<sup>142</sup> Unabhängig davon, dass dem Strafrecht der Verwirkungsgedanke fremd ist,<sup>143</sup> kann die Annahme einer Einwilligung in die Verletzung schon nicht überzeugen. Nicht nur begrifflich ist es schwierig, das Wissen um die

Möglichkeit, Schaden zu erleiden, mit der Billigung dessel-ben gleichzusetzen, sondern auch rechtlich, da auf diese Weise die Grundsätze der bewussten Fahrlässigkeit ange-zweifelt werden.<sup>144</sup>

#### bb) Die Berechtigung der Risikoeinwilligung

Die Einwände gegen die Einwilligungslösung scheinen in vielerlei Hinsicht berechtigt. Dennoch orientieren sich ihre Kritiker zu sehr an der Dogmatik der klassischen Einwilli-gung. Deren Voraussetzungen gelten aber für den Vorsatz-bereich und können nicht bruchlos auf Fahrlässigkeitskon-stellationen übertragen werden.<sup>145</sup> Andernfalls wäre eine Einwilligung in das fahrlässige Delikt so gut wie nie mög-lich, wo doch weder Opfer noch Täter den Erfolg wollen. Das Institut würde im Fahrlässigkeitsbereich jegliche Be-deutung verlieren, was unter Autonomiegesichtspunkten nicht einzusehen ist.<sup>146</sup>

Daraus auf die Notwendigkeit einer Anpassung der Einwil-ligungsgrundsätze zu schließen, ist aber kein Pragmatis-mus,<sup>147</sup> sondern unumgängliche Reaktion auf die Besonder-heiten fahrlässigen Handelns. Die Frage nach der Wirksam-keit der Einwilligung sollte mit dem Zeitpunkt der Einwil-ligung und nicht nach Tatvollendung beantwortet sein.<sup>148</sup> Insoweit besitzt *Beulkes* Argument einen wahren Kern: Der *ex post* vorliegende (vermutete) Wille ändert nichts an der Wirksamkeit der zum maßgeblichen Zeitpunkt geäußerten Zustimmung.

Dem Vorwurf der Fiktion sieht sich die Mehrheit der An-hänger der Einwilligungslösung dabei nicht ausgesetzt, da sie das Konstrukt der „Risikoeinwilligung“ befürwortet, das von vornherein nur handlungsbezogen ist.<sup>149</sup> Für den Verzicht auf den Erfolgsbezug bemühen die Vertreter fol-gende zwei Argumente:

Erstens sei Erfolgsunwert nichts anderes als Handlungsun-wert, der sich im tatbestandsmäßigen Erfolg realisiert hat. Werde der Handlungsunwert durch die Einwilligung beseitigt, so sei dem Erfolg im Falle seines Eintritts der Unwert genommen, da er nicht auf einer missbilligten Handlung beruht.<sup>150</sup> Das „Unwertsgebilde“ bricht gleichsam in sich

<sup>133</sup> *Hellmann* (Fn. 14), S. 275; *Ellbogen/Richter*, JuS 2002, 1192 (1197); *Weber*, in: FS Baumann, 1992, S. 43.

<sup>134</sup> *Brüning*, ZJS 2009, 194 f.

<sup>135</sup> BGHSt 53, 55 (63).

<sup>136</sup> *Kaspar*, JuS 2012, 16 (17).

<sup>137</sup> *Geppert*, ZStW 83 (1971), 947 (971, 974); *Roxin*, JZ 2009, 399 (400).

<sup>138</sup> *Fiedler* (Fn. 2), S. 69; *Duttge*, NStZ 2006, 266 (272 f.); *Hammer*, JuS 1998, 785 (787); *Stefanopoulou*, ZStW 124 (2012), 689 (695); *Sternberg-Lieben* (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 102.

<sup>139</sup> *Hellmann* (Fn. 14), S. 276; *Sternberg-Lieben* (Fn. 94), S. 221; *Lotz* (Fn. 2), S. 218 f., 221 f.

<sup>140</sup> *Duttge* (Fn. 51), S. 233.

<sup>141</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 94), S. 216–221; *ders.*, JuS 1998, 428 (429 f.); *Dach*, Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, 1979, S. 15 f.; *Zaczyk* (Fn. 22), S. 51; *Schünemann*, JA 1975, 715 (724); *Weber* (Fn. 133), S. 45; *Krey/Esser*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 674; *Enstahler* (Fn. 30), S. 68 f.; *Fiedler* (Fn. 2), S. 71 f.; *Jetzer* (Fn. 12), S. 131 ff.

<sup>142</sup> *Beulke* (Fn. 16), S. 215; ähnlich *Ostendorf*, JuS 1982, 426 (432) und *Dölling*, GA 1984, 71 (84); *ders.*, FS Geppert, S. 59; *ders.*, JR 1994, 518 (521); ebenso *Kühl*, ZStW 115 (2004), 385 (391); krit. *Zaczyk* (Fn. 22), S. 51 und *Lotz* (Fn. 2), S. 217.

<sup>143</sup> *Derksen* (Fn. 117), S. 140.

<sup>144</sup> *Stefanopoulou* (Fn. 42), S. 106; *Lasson*, ZJS 2009, 359 (366).

<sup>145</sup> *Walter*, NStZ 2013, 673 (677).

<sup>146</sup> *Grünwald*, GA 2012, 364 (372); *Jäger* (Fn. 85), S. 432; vgl. auch *Zaczyk* (Fn. 22), S. 51.

<sup>147</sup> So der Vorwurf von *Lotz* (Fn. 2), S. 216.

<sup>148</sup> *Brüning*, ZJS 2009, 194 (197); *Lotz* (Fn. 2), S. 136, 88, 91.

<sup>149</sup> *Kühl* (Fn. 4), § 17 Rn. 83; *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 35; *Rönnau*, JuS 2007, 18 (19); *Arzt* (Fn. 56), S. 12; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, S. 252; krit. *Sternberg-Lieben* (Fn. 94), S. 222; *Men-rath* (Fn. 3), S. 122 – 136.

<sup>150</sup> *Dach* (Fn. 141), S. 28, 58 f.; *Hirsch* (Fn. 128), Vor § 32 Rn. 107; *Mur-mann* (Fn. 21), S. 431 f.; *ders.* (Fn. 3), S. 777; *ders.*, Grundkurs Strafrecht,

zusammen, da das Erfolgsunrecht auf dem Handlungsunrecht aufbaut.

Als aussagekräftig erweist sich auch das zweite Argument. Da der Täter eines Fahrlässigkeitsdelikts den Erfolg nicht wolle, müsse auch die Einwilligung einen derartigen Erfolgsbezug nicht aufweisen.<sup>151</sup> Es ist in der Tat nicht begreiflich, wieso bei fahrlässigen Taten die in der Einwilligung enthaltene Billigung weiter reichen soll, als es dem Vorhaben des Täters entspricht. Hieran zeigt sich, dass die klassische erfolgsbezogene Einwilligung nicht mit der Struktur des Fahrlässigkeitsdelikts in Einklang gebracht werden kann.<sup>152</sup> Im Fahrlässigkeitsbereich ist daher von dem Erfolgsbezug abzurücken.<sup>153</sup>

### b) Grenzen der Einwilligung

Der zweite Problemschwerpunkt bezieht sich auf die Frage, ob und inwieweit sich die Einwilligungsschranken der §§ 216, 228 StGB auf die Einwilligung in ein (Lebens-) Risiko übertragen lassen.

#### aa) § 216 StGB als absolute Sperre

Unumstritten ist zunächst, dass § 216 StGB keine direkte Anwendung auf die einverständliche Fremdgefährdung finden kann, da dessen Verbot die gezielte Tötung betrifft.<sup>154</sup> Teilweise versucht man jedoch aus der bloßen Existenz der Norm abzuleiten, dass Einwilligungen in lebensgefährliche Handlungen per se unmöglich sind.<sup>155</sup> Wenn § 216 StGB die Unantastbarkeit fremden Lebens anstrebe, müsse im Interesse eines optimalen Lebensschutzes das Opfer auch vor fahrlässigen Tötungshandlungen geschützt werden.<sup>156</sup>

Dass § 216 StGB eine Fernwirkung im Sinne einer absoluten Schranke zukommen soll, kann nicht überzeugen. Hiergegen spricht schon, dass § 216 StGB als Privilegierungsnorm ausgestaltet ist.<sup>157</sup> Der täterbegünstigende Sinn von § 216 StGB würde aber verkehrt, wenn man ihn als belastende Einwilligungsschranke anerkannte.

Hinzu kommt, dass die Befürworter einer derartigen Lösung die tiefgreifenden Unterschiede zwischen einer bewussten Negierung des Lebensgutes und einem bloßen

Nicht-ernst-Nehmen der Gefahr missachten und dadurch die Wertung des § 216 StGB über den Wortlaut hinaus ausdehnen.<sup>158</sup>

Es werden deshalb sowohl Zweck als auch Wortlaut von § 216 StGB zu Lasten des Täters ausgelegt, obwohl dieser als Ausnahmebestimmung restriktiv zu behandeln wäre.<sup>159</sup> Dem Vorwurf eines Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG wollen sich Befürworter einer Sperrwirkung gleichwohl nicht ausgesetzt sehen, da es im Bereich der gewohnheitsrechtlich anerkannten Einwilligung keine zu beachtende täterbegünstigende Norm gebe.<sup>160</sup> Das ist aber insoweit falsch, als dass es nicht um die Wortlautübertretung einer Rechtfertigungsnorm geht, sondern um die einer Norm des Besonderen Teils.<sup>161</sup> Für die Übertragung des Rechtsgedankens von § 216 StGB muss das Analogieverbot daher Anwendung finden.<sup>162</sup> Entsprechend dem Gesagten ist dieses auch verletzt.

#### bb) Die Schranke der konkreten Todesgefahr (§§ 228, 216 StGB)

Nach dem BGH soll die Einwilligung aber dort keine Wirksamkeit entfalten, wo die Grenze zur Sittenwidrigkeit überschritten ist. Dies sei der Fall, wenn der Einwilligende in eine konkrete Todesgefahr gebracht wird.<sup>163</sup> Den §§ 216, 228 StGB sei die Wertung zu entnehmen, dass das Gesetz auch gegen den Willen des Betroffenen ein Allgemeininteresse am Erhalt dieser Rechtsgüter verfolge.<sup>164</sup> Diese Implementierung der in § 216 StGB enthaltenen Wertung in die höchst problematische Auslegung der Sittenwidrigkeit begegnet erheblichen Bedenken.

Anders als bei § 216 StGB handelt es sich bei § 228 StGB zwar um eine echte Einwilligungsschranke. Ob diese jedoch direkt oder analog auf die §§ 222, 229 StGB Anwendung finden kann, ist mehr als zweifelhaft.

Gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit spricht nicht schon der Wortlaut. § 228 StGB äußert sich zwar nur zur Körperverletzung. Weitgehend unumstritten ist jedoch, dass die Körperverletzung ein notwendiges Durchgangsstadium der Tötung ist<sup>165</sup> – jede fahrlässige Tötung also auch

5. Aufl. 2019, § 25 Rn. 139; *Schaffstein*, in: FS Welzel, 1974, S. 557 (567); zust. *Hillenkamp*, JuS 1977, 166 (171); *Grünwald*, GA 2012, 364 (372 f.); *Menrath* (Fn. 3), S. 133; *Roxin* (Fn. 119), § 10 Rn. 96; *Frisch* (Fn. 30), S. 520; *ders.* NStZ 1992, 62 (66 f.); *Renzikowski*, HRRS 2009, 347 (353); krit. *Enstahler* (Fn. 30), S. 62 und *Stefanopoulou*, ZStW 124 (2012), 689 (696); *dies.* (Fn. 42), S. 107.

<sup>151</sup> KG Berlin JR 1954, 428 (429); *Grünwald*, GA 2012, 364 (374); *Walter*, NStZ 2013, 673 (677); krit. *Geppert*, ZStW 83 (1971), 947 (972 ff.).  
<sup>152</sup> *Grünwald*, GA 2012, 364 (374); *Walther* (Fn. 23), S. 34.

<sup>153</sup> So i.E. auch *Schaffstein* (Fn. 150), S. 572; *Paeffgen*, in: NK Band 2, StGB, 5. Aufl. 2017, § 228 Rn. 12.

<sup>154</sup> *Beulke* (Fn. 16), S. 215; *Kindhäuser*, Strafrecht Besonderer Teil I, 9. Aufl. 2020, § 8 Rn. 15; *Sternberg-Lieben* (Fn. 103), S. 741.

<sup>155</sup> BGHSt 4, 88 (93); *Dölling*, GA 1984, 71 (88); *ders.* (Fn. 60), S. 59; zust. *Lasson*, ZJS 2009, 359 (365 f.); *Saal*, NZV 1998, 49 (54); krit. *Walther* (Fn. 23), S. 231.

<sup>156</sup> *Dölling*, GA 1984, 71 (86 f.); *ders.* (Fn. 43), S. 214; zust. *Stefanopoulou*, ZStW 124 (2012), 689 (699, 703); *dies.* (Fn. 42), S. 109; abl. *Dach* (Fn. 141), S. 65 und *Murmann* (Fn. 150), § 25 Rn. 140.

<sup>157</sup> *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1158 f.); zust. *Lotz* (Fn. 2), S. 134.

<sup>158</sup> *Dach* (Fn. 141), S. 69; *Duttge*, in: GS Schlüchter, 2002, S. 775 (799 f.); *Frisch*, NStZ 1992, 62 (67); *Puppe* (Fn. 22), Vor § 13 Rn. 199; *Schaffstein* (Fn. 150), S. 571.

<sup>159</sup> *Beulke* (Fn. 16), S. 216; *Kindhäuser* (Fn. 128), Vor § 13 Rn. 224; *Schaffstein* (Fn. 150), S. 571.

<sup>160</sup> *Dölling* (Fn. 60), S. 59; *Kudlich*, JA 2009, 389 (391).

<sup>161</sup> *Menrath* (Fn. 3), S. 167.

<sup>162</sup> *Dach* (Fn. 141), S. 69, 74 ff.; *Duttge*, NStZ 2009, 690 (691); *Niedermair* (Fn. 104), S. 140.

<sup>163</sup> BGHSt 49, 34 (44); 49, 166 (173); 53, 55 (62 f.); zust. *Walter*, NStZ 2013, 673 (680); *ders.*, in: LK Band 2, StGB, 12. Aufl. 2006, Vor § 13 Rn. 129; *Jäger* (Fn. 85), S. 434; *Walther* (Fn. 22), S. 231 f.

<sup>164</sup> BGHSt 49, 166 (173 f.); *Zabel*, JR 2015, 619 (621).

<sup>165</sup> *Lackner/Kühl* (Fn. 19), § 212 Rn. 7; s. auch *Dach* (Fn. 141), S. 83 f.

eine fahrlässige Körperverletzung enthält. Allerdings lässt die Systematik erkennen, dass § 228 StGB ausschließlich auf vorsätzliche Delikte Anwendung findet.<sup>166</sup> Für die fahrlässige Körperverletzung zeigt sich dies an der Stellung des § 228 StGB vor § 229 StGB,<sup>167</sup> während der im 16. Abschnitt normierte § 222 StGB sachlich und räumlich sogar noch stärker von § 228 StGB entfernt ist<sup>168</sup>.

Nun sind solche formalen Argumente für sich genommen nicht ausschlaggebend, da sie implizieren, der Gesetzgeber hätte ein perfekt abgestimmtes Rechtskonstrukt geschaffen. Dass die Vorschrift dennoch nicht „aus Versehen“, sondern bewusst hinter §§ 223–227 StGB und vor § 229 StGB gestellt wurde, zeigt zum einen das geäußerte Ziel, Probleme *vorsätzlichen* Handelns regeln zu wollen,<sup>169</sup> und zum anderen die historische Entwicklung des § 228 StGB. Der Gesetzgeber des sechsten StrRG hat nämlich bei der Ummumerierung von § 226a StGB a.F. in § 228 StGB die Stellung vor der fahrlässigen Körperverletzung beibehalten.<sup>170</sup>

Aber auch unter Betrachtung des Zwecks der §§ 216, 228 StGB lässt es sich nicht befürworten, § 228 StGB auf unvorsätzliche Lebensgefährdungen auszudehnen. Denn selbst wenn es sich um unvernünftige Torheiten handelt, gehören diese doch bis zu einem gewissen Grad zum sozialen Gemeinschaftsleben.<sup>171</sup> Das mit § 216 StGB in Verbindung gebrachte Ziel, eine Erschütterung der Achtung vor dem Leben zu verhindern, wird jedenfalls in einem deutlich geringeren Umfang berührt.<sup>172</sup>

Ist nun aber anerkannt, dass die Auslegung der Sittenwidrigkeit infolge der Unbestimmtheit von § 228 StGB eine durchgehend restriktive sein muss,<sup>173</sup> dann ist die Übersetzung von lebensgefährlich in sittenwidrig eine über diesen Maßstab hinausgehende pauschale Moralisierung, die keine Zustimmung verdient.<sup>174</sup> Die Stigmatisierung von Lebensgefährdungen überschreitet den Grad des zulässigen Paternalismus.<sup>175</sup>

Damit bleibt nur eine Anwendung im Wege der Analogie.<sup>176</sup> Auch hier ließe sich zunächst darüber streiten, ob Art. 103 Abs. 2 GG überhaupt auf § 228 StGB Anwendung findet.<sup>177</sup> Gegen ein „Hineinlesen“ des Gedankens von § 216 StGB in § 228 StGB spricht aber bereits, dass so die

oben festgestellte Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG umgangen werden könnte. Wie schon erwähnt, unterliegt die Übertragung des Rechtsgedankens von § 216 StGB dem Analogieverbot. Implementiert man diesen in § 228 StGB, kommt § 216 StGB letztlich doch Schrankencharakter zu – und zwar im vermeintlichen Gewand der Sittenwidrigkeit. Dann setzt sich aber die Missachtung des Privilegierungsaspektes und der Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG bei § 228 StGB gleichsam fort und muss als unzulässige Analogie zu Lasten des Täters behandelt werden.<sup>178</sup>

Selbst wenn aber eine direkte oder analoge Anwendbarkeit von § 228 StGB bestünde, ist nach wie vor unklar, wie die von der Rechtsprechung vorgestellten Kriterien mit den Besonderheiten der Risikoeinwilligung harmonieren sollen. Vielerorts wird für eine Anwendung angeführt, dass, wenn sich die Einwilligung auf die Handlung bezieht, konsequenterweise auch § 228 StGB und dessen Sittenwidrigkeitsmaßstab gelten muss.<sup>179</sup> Dies ließe sich hören, wenn denn das eingeführte Spezifikum der konkreten Todesgefahr sich darin einfügen würde. Hiervon kann aus zwei Gründen nicht die Rede sein.

Schon indem der BGH die Sittenwidrigkeit mit dem Bestehen einer konkreten Todesgefahr gleichsetzt, begibt er sich auf den Weg einer am Erfolg orientierten Lösung, die nicht mit dem handlungsbezogenen Sittlichkeitsurteil harmoniert. Dem wird entgegengehalten, dass die Prüfung aus *ex ante*-Perspektive erfolge, also in Wahrheit untersucht werde, ob ein objektiver Beobachter der Gefährdungshandlung den Eintritt der Verletzung vorhergesehen hätte.<sup>180</sup> Dies scheint der BGH, wenn überhaupt, nur sehr oberflächlich zu tun.<sup>181</sup> Eine derartige Prüfung wirkt aber ohnehin gekünstelt. Denn das Grenzkriterium der konkreten Todesgefahr ist im Fall des § 222 StGB *immer* relevant.<sup>182</sup> Aus dem Todeserfolg wird rückblickend stets eine Todesgefahr zu schließen sein, sodass ihm eine *ex tunc*-Wirkung zukommt.<sup>183</sup>

Wie gesehen<sup>184</sup>, muss die Einwilligung aber im Zeitpunkt der Tat und nicht *ex tunc* beurteilt werden. Wenn die Handlung maßgeblich ist, darf der durch sie bewirkte Erfolg die Einwilligung nicht nachträglich wieder unwirksam werden

<sup>166</sup> *Beulke* (Fn. 16), S. 216; *Roxin/Greco* (Fn. 27), § 13 Rn. 69; *Schöne-mann*, JA 1975, 185 (193); *Stratenwerth* (Fn. 5), S. 1023.

<sup>167</sup> *Hardtung*, in: MüKo Band 4, StGB, 3. Aufl. 2017, § 228 Rn. 4; *Nieder-mair* (Fn. 104), S. 121; *Lotz* (Fn. 2), S. 134, 224; *Niederberg-Lieben* (Fn. 43), § 228 Rn. 20; *ders.* (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 104a.

<sup>168</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 134, 224; *Hauck*, GA 2012, 202 (217); *Kühl* NJW 2009, 1155 (1159).

<sup>169</sup> Siehe etwa BT-Drucks. 17/12374 S. 4; *Hardtung* (Fn. 167), § 228 Rn. 4, 26; *Lotz* (Fn. 2), S. 225 f.

<sup>170</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 226.

<sup>171</sup> *Dach* (Fn. 141), S. 69; *Stratenwerth* (Fn. 5), S. 1022.

<sup>172</sup> *Dach* (Fn. 141), S. 75; *Walther* (Fn. 23), S. 229 f.

<sup>173</sup> BGHSt 49, 34 (41); *Eschelbach* (Fn. 53), § 228 Rn. 23; *Menrath* (Fn. 3), S. 176; *Nieder-mair* (Fn. 104), S. 127.

<sup>174</sup> *Arzt* (Fn. 56), S. 17 a.E.; *Duttge* (Fn. 158), S. 800; *ders.*, NStZ 2009, 690 (691); *Geppert*, Jura 2001, 490 (494); *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1159); *Radtke* (Fn. 23), S. 841 f.; *Schaffstein* (Fn. 150), S. 570; *Sternberg-Lieben*

(Fn. 43), Vor § 32 Rn. 104a; *Vogel*, in: LK Band 2, StGB, 12. Aufl. 2006, § 15 Rn. 241; *Walther* (Fn. 23), S. 234.

<sup>175</sup> *Lotz* (Fn. 2), S. 112 ff.; 233; *Puppe* (Fn. 22), Vor § 13 Rn. 199.

<sup>176</sup> Hierfür *Hardtung* (Fn. 167), § 228 Rn. 9; *Kreß/Mülfarth*, JA 2011, 268 (273).

<sup>177</sup> Ausführlich *Nieder-mair* (Fn. 104), S. 28 ff.

<sup>178</sup> *Duttge*, NStZ 2009, 690 (691); *Lotz* (Fn. 2), S. 226; siehe auch *Beulke* (Fn. 16), S. 216.

<sup>179</sup> *Hilgendorf* (Fn. 149), § 6 Rn. 37; *Hirsch* (Fn. 128), Vor § 32 Rn. 95; *Murmann* (Fn. 3), S. 780; *Weber* (Fn. 133), S. 47.

<sup>180</sup> *Nieder-mair* (Fn. 104), S. 125 ff.; *Walter*, NStZ 2013, 673 (674); *Zabel*, JR 2015, 619 (621).

<sup>181</sup> Vgl. etwa BGHSt 53, 55 (63 f.).

<sup>182</sup> *Duttge*, NStZ 2009, 690 (691).

<sup>183</sup> *Schaffstein* (Fn. 150), S. 573; *Dach* (Fn. 141), S. 70.

<sup>184</sup> Siehe Fn. 148.

lassen.<sup>185</sup> Andernfalls bestünde im Fall des § 222 StGB kein Anwendungsbereich für die Einwilligung, was deren anfangs betonte Erheblichkeit leerlaufen ließe.<sup>186</sup>

Zum Zweiten scheinen Befürworter einer Schrankenlösung zu missachten, dass sich der Gesetzgeber bisher gegen die Errichtung eines allgemeinen Lebensgefährdungsdelikts entschieden hat. Leitet man aber aus den §§ 216, 228 StGB eine Einwilligungssperre für konkrete Todesgefahren ab, wird diese Wertung zunichtegemacht und über Umwegen doch ein solches Delikt geschaffen.<sup>187</sup>

Diese beiden letzten Einwände erkennt auch *Eisele* an, der aus diesem Grund für eine „reine“ Anwendung des § 228 StGB plädiert.<sup>188</sup> Doch selbst wenn man § 216 StGB und dessen zusätzliche Spannungen nicht überträgt, lassen sich die systematischen Bedenken nicht zerstreuen.

## 2. Die weite Einwilligungslösung

Aufgrund dieser durchschlagenden Einwände mehren sich auch innerhalb der Einwilligungslösung Stimmen, die für eine Nichtanwendung der §§ 216, 228 StGB plädieren.<sup>189</sup> Diese – hier als weite Einwilligungslösung bezeichnete – Auffassung verdient im Ergebnis Zustimmung. Unklar ist bisher die genaue „Weite“ der Einwilligung. *Beulke* plädiert etwa in Anknüpfung an das OLG Zweibrücken<sup>190</sup> für eine Übertragung der *Roxinschen* Gleichstellungsbedingungen.<sup>191</sup> Möglich wäre dies zumindest für die ersten zwei Voraussetzungen, da diese den Einwilligungskriterien in Vielem gleichstehen. Die dritte Voraussetzung kann aus genannten Gründen auch nicht im Rahmen der Einwilligung überzeugen. Richtigerweise bedarf es der Kriterien jedoch nicht. Das Institut der Einwilligung kann die Besonderheiten der einverständlichen Fremdgefährdung mit ihren Kriterien der Einsichtsfähigkeit und des Nichtvorliegens von Willensmängeln<sup>192</sup> bewältigen. Die von *Roxin* aufgelisteten Voraussetzungen lassen sich allenfalls innerhalb dieser Punkte berücksichtigen.

Dann handelt es sich bei der einverständlichen Fremdgefährdung aber um keine Rechtsfigur mit eigenen Rechtsfolgen, sondern um ein besonders bezeichnetes Einwilligungsproblem. Die Ernennung zur einverständlichen Fremdgefährdung dient dann nur noch der Abgrenzung von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung.

Wenn jedoch die Kriterien der Einwilligung nach herrschender Meinung<sup>193</sup> auch für die Bestimmung der Eigen-

verantwortlichkeit gelten, und § 228 StGB nicht anzuwenden ist, wirkt sich diese Abgrenzung auf Rechtsfolgenseite nicht aus.<sup>194</sup> Der weiten Betrachtung der Einwilligung ließe sich also vorwerfen, dass sie die vorangehende Trennung überflüssig macht.

Nun macht es aber einen dogmatischen Unterschied, ob den Gefährder bereits der tatbestandliche Appell nicht erreicht, oder ob sein Verhalten gerechtfertigt ist. Dass sich jener letztlich nicht auswirkt, bedeutet nicht, dass die Gefährdungsfälle in ihrer Struktur nicht trotzdem unterschiedlich sind und deshalb begrifflich getrennt werden können. Es findet mit anderen Worten keine Gleichbehandlung im echten Sinne statt.

Für die weite Einwilligungslösung spricht zudem, dass sie dem Gesetzgeber nicht die Möglichkeit abschneidet, den § 228 StGB zukünftig doch auf Fahrlässigkeitsdelikte zu erstrecken und dem Wertungsunterschied insoweit wieder rechtliche Beachtung zu schenken. Von einer obsoleten Abgrenzung kann dann nicht die Rede sein.

## E. Stellungnahme

Die unüberschaubare Masse an divergierenden Meinungen macht es schwer, die Thematik einer zufriedenstellenden Lösung zuzuführen.

Aus der Ferne lassen sich drei Wege erkennen, die der Rechtsanwender beschreiten kann: den Weg der Gleichbehandlungsansätze, der eigenständigen Zurechnungslösung oder den der Einwilligungslösung. Auf jedem der Wege gibt es weitere Verzweigungen, die mitunter auf einen der anderen ursprünglichen Wege zurückführen können. Bei keinem lässt sich überzeugend sagen, dass nur dieser zum Ziel einer sachgerechten Behandlung führt.

Erschwerend kommt hinzu, dass häufig vom Standpunkt des (kriminal-) politisch gewünschten Ergebnisses argumentiert wird<sup>195</sup>. Dadurch wird die Debatte mit Wertvorstellungen aufgeladen, die – wie die Intensität der Diskussion zeigt – nicht unterschiedlicher sein könnten. Bei einer rein ergebnisorientierten Betrachtung geht aber immer ein Stück dogmatische Schlüssigkeit verloren – insbesondere, wenn die Begründung dem gewünschten Ausgang ange-

<sup>185</sup> *Schaffstein* (Fn. 150), S. 573; *Lotz* (Fn. 2), S. 88, 90 f.

<sup>186</sup> *Sternberg-Lieben* (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 104a; *Duttge*, NStZ 2009, 690 (691); *Eisele*, Strafrecht – Besonderer Teil, 5. Aufl. 2019, Rn. 230.

<sup>187</sup> *Niedermair* (Fn. 104), S. 129; *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1159); *Sternberg-Lieben* (Fn. 43), Vor § 32 Rn. 104a; *Geppert*, Jura 1996, 47 (51); abl. *Hinderer/Brutscher*, JA 2011, 907 (911).

<sup>188</sup> *Eisele*, JuS 2012, 577 (584 a.E.); ähnlich *Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2020, § 12 Rn. 71.

<sup>189</sup> *Beulke*, Klausurenkurs im Strafrecht III, 5. Aufl. 2018, Rn. 342; *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1159); *Kaspar*, JuS 2012, 112 (115); *Wessels/Beulke* (Fn. 42), Rn. 281; *Neumann*, Jura 2017, 160 (165); für eine restriktivere

Handhabung *Kindhäuser* (Fn. 188), § 12 Rn. 71; in diese Richtung auch *Grünwald*, GA 2012, 364 (376); *Renzikowski*, HRRS 2009, 347 (354); *Frisch*, NStZ 1992, 62 (67).

<sup>190</sup> OLG Zweibrücken, JR 1994, 519 f.

<sup>191</sup> *Beulke* (Fn. 189), Rn. 342.

<sup>192</sup> *Paefgen/Zabel* (Fn. 153), § 228 Rn. 14, 23; *Rönnau*, JuS 2007, 18 (19); bzgl. Exzessen vgl. OLG Düsseldorf, NStZ-RR 1997, 325 (327).

<sup>193</sup> *Eisele*, JuS 2012, 577 (580); *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 43), Vor § 211 Rn. 36.

<sup>194</sup> *Eisele*, JuS 2012, 577 (584).

<sup>195</sup> Vgl. z.B. *Krey/Esler* (Fn. 141), Rn. 672; *Rengier*, StV 2013, 27 (33).

passt wird.<sup>196</sup> Damit wird letztlich der Gesetzgeber übergegangen, der für die Fixierung solcher Wertungen allein zuständig ist.

So erscheint z.B. die von *Rengier*<sup>197</sup> befürwortete Abschreckung vor „Mutproben“ und anderen gefährlichen Auswüchsen mithilfe des § 222 StGB nicht angemessen. Die Begründung strafrechtlicher Mechanismen obliegt dem Gesetzgeber und nicht dem Richter.<sup>198</sup> Nach hier vertretener Ansicht ist das Instrument des § 222 StGB aber zu scharf, als dass es auf derartige Fälle Anwendung finden sollte. Den Befürwortern einer Versagung der Einwilligung gem. § 228 StGB geht es um die Bekämpfung unvernünftigen und gefährlichen Verhaltens.<sup>199</sup> Diesem wäre jedoch besser mit abstrakten Gefährdungsdelikten begegnet. Insofern ist allein der Gesetzgeber in der Verantwortung, die er, wie etwa an der Schaffung von § 315d StGB im Kontext der sog. „Raserfälle“ zu sehen ist, auch wahrzunehmen bereit ist.

Bis dahin stellt die weite Einwilligungslösung den gangbarsten Weg dar. Für die Lösung auf Rechtfertigungsebene spricht entscheidend, dass es zur Aufgabe des Tatbestandes gehört, zu bestimmen, welche Verhaltensweise generell verboten ist. Dieses Verbot besteht grundsätzlich unabhängig vom Opferwillen.<sup>200</sup>

Die Nichtanwendung der §§ 216, 228 StGB führt dabei sicher zu als unliebsam empfundenen Strafbarkeitslücken. Ein pauschaler Verweis auf diese stellt jedoch kein Argument dar.<sup>201</sup> Zudem kann die Konstruktion einer entsprechenden Anwendung der §§ 216, 228 StGB entgegen deren systematischer Stellung, Historie und Zweck nicht überzeugen. Die damit verbundene erhebliche Strafbarkeitsausweitung lässt sich im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG nicht rechtfertigen. Die weite Einwilligungslösung erlaubt es vielmehr, die Fälle einer dem Strafrecht als *ultima ratio* angemessenen Lösung zuzuführen.

Dem wird sich der BGH vermutlich nicht anschließen. Als zu groß wird er die Gefahr wahrnehmen, dass er die Tür der Strafflosigkeit nicht mehr schließen kann, wenn er sie einmal geöffnet hat. Erst recht sollte sich daher der Gesetzgeber in der Pflicht sehen und Tatbestände schaffen, die den von der Rechtsprechung erkannten Wertungen auch rechtliche Geltung verleihen. Dass das StGB hier Lücken aufweist, zeigt die Tatsache, dass es im Fahrlässigkeitsbereich keine den §§ 216, 228 StGB vergleichbaren Normen gibt. Wenn der Vorsatztäter im Fall der Fremdschädigung nach § 216 StGB gegenüber § 212 StGB privilegiert wird, sollte der Fahrlässigkeitstäter im Fall der Fremdgefährdung ebenfalls gegenüber § 222 StGB privilegiert werden. Dies wäre auch aus Sicht der Rechtsprechung eigentlich konsequent, wo sie doch einen solchen Rückschluss von der Selbstschädigung auf die Selbstgefährdung annimmt.

Unterdessen missachtet der BGH den Privilegierungsaspekt, wenn er die §§ 216, 228 StGB sogar gegenteilig als täterbelastende Einwilligungssperren interpretiert. Eine Reform der §§ 216, 228 StGB würde der allgemeinen Debatte daher sicher guttun – aufgrund des ohnehin schon großen Legitimationsdrucks wohl aber kaum Zuspruch erfahren.<sup>202</sup>

Für die einverständliche Fremdgefährdung gilt es daher Folgendes festzuhalten: Sie ist eine von der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung abzugrenzende Rechtsfigur, die sich trotz berechtigter Existenz in ihrer Bedeutung als besonders bezeichnetes Einwilligungsproblem erschöpft. Eine unterschiedliche Behandlung zur Selbstgefährdung auf Rechtsfolgenebene ist bei dem hier zugrunde gelegten Verständnis zwar denkbar, nach jetzigem Rechtsstand jedoch dogmatisch nicht durchführbar. Um eine ziellose Fortführung der Diskussion zu vermeiden, sollte der Gesetzgeber versuchen, eine neue, interessengerechte Lösung zu finden.

<sup>196</sup> Diese Befürchtung teilen *Meier*, GA 1989, 207 (bzgl. HIV-Fällen); *Gepfert*, Jura 2001, 490 (493 f.) und *Lotz* (Fn. 2), S. 230 (bzgl. §§ 216, 228 StGB).

<sup>197</sup> *Rengier*, StV 2013, 27 (33).

<sup>198</sup> Vgl. die Kritik bei *Kühl*, NJW 2009, 1155 (1158 f.); *Arzt* (Fn. 56), S. 15, 17 zweifelt jede präventive Wirkung an; *Duttge* (Fn. 158), S. 800.

<sup>199</sup> Exemplarisch *Dach* (Fn. 141), S. 79 f.

<sup>200</sup> *Grünwald*, GA 2012, 364 (367).

<sup>201</sup> *Beulke* (Fn. 16), S. 217.

<sup>202</sup> In diese Richtung nur *Duttge* (Fn. 158), S. 802 und *Renzikowski*, HRRS 2009, 347 (354).