

Tobias Brandt

Einverständliche Gefährdungssachverhalte und deren Sittenwidrigkeit



Nomos

Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 170

Tobias Brandt

Einverständliche Gefährdungssachverhalte und deren Sittenwidrigkeit



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Düsseldorf, Univ., Diss., 2021

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

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

1. Auflage 2021

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

Vorwort

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

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

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

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

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

Inhaltsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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