

Indisponibilität statt Sittenwidrigkeit

Überlegungen zu BGHSt 49, 166*

Von Prof. Dr. Dr. h.c. **Walter Gropp**, Gießen

Die Lebensgefährtin R des Angeklagten zeigte großes Interesse an der Ausübung außergewöhnlicher sexueller Praktiken, vor allem sogenannter „Fesselspiele“. Hierzu gehörte unter anderem, dass der Angeklagte mit einem Gegenstand Druck auf ihren Kehlkopf, ihr Zungenbein oder ihre Luftröhre ausübte, um auf diese Weise den von ihr erstrebten vorübergehenden Sauerstoffmangel hervorzurufen, der für sie eine erregende Wirkung hatte.

Am Tag verlangte R erneut die Durchführung eines Fesselspiels und bereitete die dazu erforderlichen Utensilien (Stricke, ein Holzstück sowie ein Metallrohr) selbst vor. Der Angeklagte sträubte sich zunächst und kam ihrem Wunsch dann doch nach. Er befürchtete, R könnte keine Luft mehr bekommen. Sie zerstreute seine Bedenken jedoch und verlangte, er solle dieses Mal statt des bisher verwendeten Stricks das Metallrohr benutzen. Im Verlauf der intervallartigen, gegen den Hals der R gerichteten mehrfachen und mindestens drei Minuten währenden Aktionen drückte er dann mit dem Metallrohr zu. R verstarb an den Folgen der massiven Kompression der Halsgefäße und der dadurch unterbundenen Sauerstoffzufuhr zum Gehirn mit nachfolgendem Herzstillstand.

Das Landgericht sah einen (bedingten) Tötungsvorsatz des Angeklagten nicht als erwiesen an und verurteilte den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung. Eine Verurteilung wegen einer Körperverletzung mit Todesfolge lehnte es ab, weil R in die Körperverletzung eingewilligt habe.

Der BGH hob die Entscheidung auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere als Schwurgericht zuständige Kammer des Landgerichts zurück. In das lebensgefährdende Vorgehen des Angeklagten habe R nicht wirksam einwilligen können, weil es gegen die guten Sitten verstoßen habe.

I. Einleitung

Die Entscheidung des BGH befasst sich mit den Grenzen der Einwilligung. Sie ist von grundlegender Bedeutung und deshalb auch in der Literatur auf Aufmerksamkeit gestoßen.¹ Es hat den Anschein, als konkretisierte der BGH den Begriff und die Bedeutung der Sittenwidrigkeit im Rahmen der Einwilligung. Der Sache nach aber schafft der BGH die Sittenwidrigkeit als Grenze einer wirksamen Einwilligung bei lebensgefährlichen Eingriffen ab und ersetzt sie durch die Unverfügbarkeit/Indisponibilität des preisgegebenen Interesses. Mag sich der 2. Strafsenat dessen auch nicht unbedingt bewusst gewesen sein, so ist jener Schritt im Ergebnis doch uneingeschränkt zu begrüßen.

* Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH, Urt. v. 26.5.2004 – 2 StR 505/03.

¹ Vgl. u.a. Arzt, JZ 2005, 103; Duttge, NJW 2005, 260; Hauck, GA 2012, 230; Hirsch, JR 2004, 475; Stree, NSStZ 2005, 40; Vahle, Kriminallistik 2005, 309.

Die Bedeutung der Entscheidung erschließt sich, wenn man zunächst die für den Fall wesentlichen Elemente der Einwilligung klärt (II.), den Gang der Entscheidung analysiert (III.) und ihn schließlich mit den Elementen der Einwilligung in eine Beziehung setzt (IV.).

II. Disponibilität und fehlende Sittenwidrigkeit der Tat als notwendige Elemente einer wirksamen Einwilligung

1. Die Handlungsfreiheit als Grundlage der Einwilligung

Die Möglichkeit, auf den strafrechtlichen Schutz eigener Interessen zu verzichten, ist trotz des Fehlens einer Verankerung der Einwilligung im Strafgesetzbuch keine Gnade, sondern die Konkretisierung der verfassungsrechtlich gewährten Handlungsfreiheit.² Mag Art. 2 Abs. 1 GG als Auffanggrundrecht und wegen seiner Schrankentrias faktisch auch noch so wenig Durchschlagskraft aufweisen, so gilt doch, dass die Handlungsfreiheit die Regel ist und Einschränkungen einer Begründung bedürfen. Wer die Möglichkeit einer Einwilligung als Konkretisierung der Handlungsfreiheit einschränken will, muss somit Gründe nennen, die wiederum im Lichte der Handlungsfreiheit tragfähig sind. In diesem Sinne bedeutet auch die Formulierung einer jeden Voraussetzung für eine wirksame Einwilligung eine Einschränkung der Handlungsfreiheit, die der Legitimation bedarf.

2. Notwendige Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Die Voraussetzungen der Wirksamkeit einer rechtfertigenden Einwilligung sind – bis auf eine enge Ausnahme – gesetzlich nicht festgelegt. Die Ausnahme bildet die Aussage des Gesetzgebers in § 228 StGB, dass bei der Körperverletzung die Tat nicht gegen die guten Sitten verstoßen darf. Dieser Hinweis lässt immerhin erkennen, dass sich der Gesetzgeber mit der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund überhaupt befasst hat. Freilich bildet § 228 StGB nicht eine gesetzliche Grundlage für den Rechtfertigungsgrund „Einwilligung“. Eine solche gibt es nicht. § 228 StGB bildet lediglich eine Begrenzung des gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtfertigungsgrundes. Die positiven, straffreiheitsbegründenden Elemente der Einwilligung sind vielmehr ungeschrieben und durch Literatur und Rechtsprechung im Laufe der Zeit entwickelt worden. Zu diesen Elementen gehören im Wesentlichen die Disponibilität des betroffenen Interesses, die Einsichtsfähigkeit des Einwilligenden, die Freiheit der Willensbildung und -entschließung, die Einwilligungserklärung und ein Handeln

² Vgl. Frister, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2011, Kap. 15 Rn. 18, der von „Rechtsgütern als gespeicherter Freiheit“ spricht; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 9 Rn. 23, sprechen vom „Akt wirklicher Selbstbestimmung“; zur abweichenden Situation im englischen Strafrecht Fateh-Moghadam, in Beck u.a. (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung, 2011, S. 60.

in Kenntnis der Einwilligung als subjektives Rechtfertigungselement.³ Als negatives Element tritt bei Körperverletzungen gem. § 228 StGB hinzu, dass die Tat nicht gegen die guten Sitten verstoßen darf.

Die genannten Elemente sind insoweit allesamt *notwendige Voraussetzungen* einer Einwilligung, als eine Einwilligung unwirksam ist, wenn auch nur eines der Elemente fehlt.

Für die Entscheidung BGHSt 49, 166 ist zunächst die *Disponibilität* des betroffenen Interesses von Bedeutung. Die Rolle der Disponibilität als Einwilligungsvoraussetzung ist unumstritten. Auch darüber, welche rechtlich geschützten Interessen disponibel sind, besteht weitgehend Einigkeit. Als prinzipiell disponibel können die Freiheit, das Eigentum und die körperliche Unversehrtheit angesehen werden,⁴ als indisponibel insbesondere das menschliche Leben. Diese Indisponibilität ergibt sich in Bezug auf eine Beendigung durch Dritte aus § 216 StGB. Den §§ 174 ff. StGB wiederum lässt sich entnehmen, dass die sexuelle Selbstbestimmung bestimmter Personen, insbesondere Minderjähriger, geschützt ist, selbst gegen deren Willen, während sich der Gesetzgeber im Übrigen nicht in das Sexualverhalten der Bürger einmisch.

Was die hier in Frage stehende körperliche Integrität angeht, zieht § 228 StGB eine weitere Grenze: Die Wirksamkeit einer Einwilligung in die Körperverletzung wird durch die *Sittenwidrigkeit der Tat* begrenzt. Dieses Kriterium begrenzt die Einwilligungsmöglichkeit nur bei der Körperverletzung. Eine analoge Anwendung auf die Einwilligung in sonstige disponible Interessen schließt das Verbot der analogia in malam partem aus. Die Einwilligung in eine Sachbeschädigung oder Freiheitsberaubung wäre deshalb auch dann wirksam, wenn die Sachbeschädigung gegen die guten Sitten verstößt.

Mit der Sittenwidrigkeit ist das in BGHSt 49, 166 einschlägige zweite und negative Element der Einwilligung im Bereich der Körperverletzung angesprochen. Das Problem besteht hier darin, dass der Begriff der Sittenwidrigkeit bis zur Unkenntlichkeit unbestimmt ist. Dies mag in einer Zeit anders gewesen sein, als man die Sexualdelikte als Delikte gegen die Sittlichkeit verstand. Denn damit waren tatbestandsmäßige sexuelle Handlungen auf jeden Fall sittenwidrig und darüber hinaus wohl auch jedes Sexualverhalten, das dem christlichen Sittengesetz widerspricht. Dass ein im Sinne der §§ 174 ff. StGB nicht tatbestandsmäßiges Verhalten aber nicht schon dadurch sittenwidrig wird, dass es einen sexuellen, insbesondere sado-masochistischen Charakter aufweist – wie seltsam es auch immer sein mag –, hat der BGH in der hier besprochenen Entscheidung mit erfreulicher Deutlichkeit klargestellt.⁵

Löst man den Zusammenhang zwischen Sittenwidrigkeit und Sexualbezogenheit der Handlung aber auf, dann bleibt fast nichts mehr, was den Begriff der Sittenwidrigkeit positiv

prägt,⁶ wodurch der Begriff als verzichtbar erscheinen mag.⁷ In einer pluralistischen Gesellschaft, in der die Handlungsfreiheit *rechtlich* begründet und begrenzt wird, sind die Taten einer auf einen Verstoß gegen die guten Sitten gegründeten Strafbarkeit gezählt.

III. Die Entscheidung des BGH

Die Herausforderung, vor der sich der BGH sah, bestand nun darin, das starke Kriterium der Disponibilität und das „morbide“ Kriterium der Sittenwidrigkeit der Tat aus § 228 StGB zur Entscheidungsfindung über eine Wirksamkeit einer Einwilligung der R in die Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) heranzuziehen.

1. Gang der Entscheidung

Zunächst stellt der BGH fest, dass die *tatbestandlichen* Voraussetzungen der Körperverletzung mit Todesfolge gegeben sind.⁸ Insbesondere liege eine einverständliche Fremdgefährdung des Angeklagten als Täter vor und nicht etwa die Teilnahme an einer tatbestandslosen Selbstgefährdung.⁹ Eine Rechtfertigung durch Einwilligung lehnt der BGH ab, weil die Tat *gegen die guten Sitten* verstoßen habe.¹⁰ Für den Begriff der *Sittenwidrigkeit* seien Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs und der Grad der möglichen Lebensgefahr ausschlaggebend.¹¹

Im Laufe der weiteren Argumentation zur Sittenwidrigkeit wird nun – im Unterschied zur Entscheidung des 3. Strafsenats vom 11.12.2003¹² – die gedankliche Brücke zur *Disponibilität* geschlagen: Ein positiver oder jedenfalls einsehbarer Zweck der Tat könne die *Sittenwidrigkeit* kompensieren, denn dann sei der *Bereich der freien Disposition* des Rechtsgutsinhabers nicht überschritten.¹³ Man wird dies so zu verstehen haben, dass die Annahme von Sittenwidrigkeit in diesen Fällen die Möglichkeit zur Einwilligung ausschließen und damit die *Dispositionsfreiheit* des Interessenträgers ungerichtet einschränken würde. Oder umgekehrt formuliert: Erst wenn mit der Tat kein positiver oder einsehbarer Zweck verbunden ist, ist die Dispositionsfreiheit des Betroffenen nicht verletzt, wenn Sittenwidrigkeit angenommen und damit die Möglichkeit zur Disposition abgelehnt wird. Bezüglich

⁶ Zu sittenwidrigen *Körperverletzungen als Initiationsritual* bei der Aufnahme in eine Jugendgang vgl. BayObLG, Beschl. v. 7.9.1998 – 5 St RR 153-98 = NJW 1999, 372; in der Entscheidung BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03 = NJW 2004, 1054, begründete der 3. Strafsenat die Sittenwidrigkeit unmittelbar mit der *Lebensgefährlichkeit* der Tathandlung, ohne auf die Indisponibilität zurückzugreifen.

⁷ Vgl. hierzu umfassend *Niedermair*, Körperverletzung mit Einwilligung und die Guten Sitten, 1999, passim.

⁸ BGHSt 49, 166 (169).

⁹ BGHSt 49, 166 (169).

¹⁰ BGHSt 49, 166 (169 f.).

¹¹ BGHSt 49, 166 (171).

¹² BGH, Urt. v. 11.12.2003 – 3 StR 120/03 = NJW 2004, 1054.

¹³ BGHSt 49, 166 (171).

³ Vgl. *Gropp*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2005, § 6 Rn. 39 ff., 55. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2010, § 23 Rn. 8 jew. m.w.N.

⁴ Vgl. *Frister* (Fn. 2), Kap. 15 Rn. 24.

⁵ Vgl. BGHSt 49, 166 (172 f.).

der Disponibilität der Gefährdung des eigenen Lebens bringt *Frister*¹⁴ diese Abwägung auf die prägnante Formel, wonach eine Einwilligung in eine Lebensgefährdung wirksam ist, „so lange die Inkaufnahme der Gefahr noch als Ausdruck eines riskanten, den Wert des Lebens aber anerkennenden Lebensstils begriffen werden kann.“

Erklärt man, wie der BGH, Sittenwidrigkeit mit Disponibilität, dann bestimmt die Dispositionsfreiheit über die Sittenwidrigkeit. Die Sittenwidrigkeit wird eine Funktion der Disponibilität, sie hängt von ihr ab. Sittenwidrig ist, was nicht mehr disponibel ist. Dementsprechend „hält der Senat für die Beurteilung der *Sittenwidrigkeit*¹⁵ der Tat nach § 228 StGB vorrangig das Gewicht des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs und damit ein objektives Kriterium für ausschlaggebend. Hierbei sind in erster Linie der Umfang der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und der Grad der damit verbundenen Leibes- oder Lebensgefahr maßgeblich.“¹⁶

2. Ergebnis

Auf Grund des in 1. gebildeten Maßstabes – sittenwidrig sind Handlungen, die nicht mehr im Rahmen der Disponibilität des Interessenträgers liegen – ist die Beurteilung des Falles durch den 2. *Strafsenat* folgerichtig: Die Handlungen des Angeklagten waren lebensgefährlich. Das wusste er auch, und zwar unabhängig davon, ob er einen tödlichen Erfolg billigend in Kauf nahm. Wenn ihm auch mangels eines voluntativen Elementes somit kein Tötungsvorsatz nachzuweisen war, so wusste er doch, dass die R keine Dispositionsbefugnis hatte, in eine so lebensgefährliche Handlung einzuwilligen, jedenfalls sah der BGH keinen Anlass, daran zu zweifeln. Damit verstieß die Handlung des Angeklagten nach den vom 2. *Strafsenat* entwickelten Kriterien gegen die guten Sitten. Denn „die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist jedenfalls dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Tat der Einwilligende durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.“¹⁷ Bestätigt sieht sich der BGH zu Recht durch den „Normzweck des § 228 StGB als auch die aus der Vorschrift des § 216 StGB abzuleitende gesetzgeberische Wertung. Sie begrenzen die rechtfertigende Kraft der Einwilligung in eine Tötung oder Körperverletzung, da das Gesetz ein soziales Interesse am Erhalt dieser Rechtsgüter auch gegen den Willen des Betroffenen verfolgt.“ Denn „der Schutz der Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Leben gegen Beeinträchtigungen durch Dritte wird [...] nicht schlechthin, sondern nur innerhalb eines für die Rechtsordnung tolerierbaren Rahmens zur Disposition des einzelnen gestellt.“¹⁸

IV. Würdigung

1. Plausibilität des Ergebnisses

Es lässt sich im Ergebnis nicht ernstlich bezweifeln, dass R in eine Handlung nicht einwilligen konnte, bei der sie, allein zum Zweck des Gewinnes von Lust, mit dem Verlust ihres Lebens rechnen musste. Wenn man aus § 216 StGB zu Recht schließt, dass über das eigene Leben nicht verfügt werden kann, dann steht auch die *Gefährdung* des eigenen Lebens nicht zur Disposition, soweit damit lediglich ein Lustgewinn erstrebt wird. Die Riskierung des eigenen Lebens nur der Lust wegen ist in der Tat nicht „Ausdruck eines riskanten, den Wert des Lebens aber anerkennenden Lebensstils“.¹⁹ Eine Legitimation des Einwilligungsausschlusses über die Sittenwidrigkeitsklausel in § 228 StGB ist dabei nicht einmal erforderlich, weil auch die mit einer Körperverletzung einhergehende Lebensgefahr an der prinzipiellen Unverfügbarkeit des Lebens aus § 216 StGB teilhat. Entsprechend ist auch in dem im Jahr 2000 vom 4. *Strafsenat* entschiedenen sog. *Benzin-Fall*²⁰ – dort hatte ein Mann eine Frau gebeten, ihn zur Erzielung sexueller Lust mit Benzin zu übergießen und dabei mit Streichhölzern zu spielen, was mit dem Tod des Mannes in einem Feuerball endete – mit keinem Wort davon die Rede, ob denn das Opfer in seine *Lebensgefährdung* im Interesse des Lustgewinns habe einwilligen können, was freilich auch damit zu erklären ist, dass der BGH einen Tötungsvorsatz der Frau problematisierte und letztlich bejahte.

R hatte somit nicht die Handlungsfreiheit, über die Gefährdung ihres Lebens durch den Angeklagten zu verfügen. Es fehlte ihr insoweit die für eine rechtfertigende Einwilligung erforderliche Dispositionsbefugnis. Diese Argumentation des 2. *Strafsenats* überzeugt.

2. Die Erklärung von Sittenwidrigkeit mittels Indisponibilität

So sehr man der Entscheidung BGHSt 49, 166 insoweit und im Ergebnis zustimmen kann, so sehr wirft die Begründung in der Konstruktion indessen Fragen auf. Beide Kriterien, sowohl das Fehlen eines Verstoßes der Körperverletzungshandlung gegen die guten Sitten als auch die Dispositionsbefugnis über das preisgegebene Interesse sind *notwendige* Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung. Umgekehrt sind die Sittenwidrigkeit der Körperverletzungshandlung und die fehlende Disponibilität des Einwilligenden jeweils *hinreichende* Voraussetzungen für die Unwirksamkeit der Einwilligung. Zur Verneinung einer wirksamen Einwilligung genügt es folglich, dass *eine* der hinreichenden Voraussetzungen gegeben ist. Von den beiden Voraussetzungen ist die eine, die Sittenwidrigkeit, wie erwähnt höchst fragwürdig, die andere, die Indisponibilität, im Wesentlichen unumstritten. In dieser Situation würde man von einem Gericht eher erwarten, dass es sich im Interesse der Tragfähigkeit und Plausibilität seiner Entscheidung auf die sichere Seite schlägt und auf das Element der Indisponibilität als Begründung baut. Denn wenn es gelingt, die Disponibilität von R zu verneinen, dann ist ihre Einwilligung ohne weitere Voraussetzungen unwirksam.

¹⁴ *Frister* (Fn. 2), Kap. 15 Rn. 27.

¹⁵ Hervorhebung vom *Verf.*

¹⁶ BGHSt 49, 166 (171 f.).

¹⁷ BGHSt 49, 166 (173).

¹⁸ BGHSt 49, 166 (174).

¹⁹ *Frister* (Fn. 2), Kap. 15 Rn. 27.

²⁰ BGH, Urt. v. 20.6.2000 – 4 StR 162/00 = NStZ 2000, 583.

Im vorliegenden Fall hätte es danach voll und ganz genügt, der R das Recht abzusprechen, sich um der sexuellen Befriedigung Willen in Lebensgefahr versetzen zu lassen. Die Besonderheit des Falles liegt gerade darin, dass es um ein indisponibles Gut, das menschliche Leben, geht. Hier leuchtet unmittelbar ein, dass die Grenze der Disponibilität überschritten ist. Ein Rückgriff auf den Begriff der Sittenwidrigkeit wäre dann nicht erforderlich gewesen.

3. Die Rolle der Sittenwidrigkeit

Etwas anderes gilt in Fällen, in denen eine Disponibilität an sich gegeben ist, z.B. bei Körperverletzungen, die nicht mit einer Lebensgefährdung verbunden sind. Wer sich zur Aufnahme in eine Jugendgang einem Ritual unterwirft, bei dem ihm entwürdigende Körperverletzungen beigebracht werden, würde zunächst noch im Rahmen seiner grundsätzlichen Dispositionsbefugnis handeln. Hier wäre der Rückgriff auf die Sittenwidrigkeit der Tat erforderlich, um eine Rechtfertigung mittels Einwilligung zu verhindern.²¹

Das Beispiel zeigt, dass der Rückgriff auf die Sittenwidrigkeit der Tat – so fragwürdig der Begriff auch sein mag – überhaupt erst einen Sinn macht, wo die Dispositionsbefugnis an sich gegeben wäre. Umgekehrt zeigt das Beispiel, dass auf den hinkenden Begriff der Sittenwidrigkeit verzichtet werden kann, ja muss, wo der Begriff der Indisponibilität sticht.

4. Verzichtbarkeit einer ausschließlich auf Indisponibilität begründeten Sittenwidrigkeit als Kriterium

Der BGH setzt indessen auf die Sittenwidrigkeit der Handlung, um die Einwilligung der R in die Handlung des Angeklagten zu verneinen. Daran ist nichts auszusetzen, wenn Kriterien für eine Sittenwidrigkeit gebildet werden und der Sachverhalt an diesen Kriterien gemessen wird.²² Auch das geschieht in der vorliegenden Entscheidung. Das Problem besteht aber darin, dass die Kriterien für das hinreichende Element der Sittenwidrigkeit ausschließlich dem hinreichenden Element der Indisponibilität entnommen werden. Es wird so der Begriff der Sittenwidrigkeit in der Sache durch Elemente der Indisponibilität ersetzt nach der Devise: sittenwidrig ist eine sexuell motivierte Körperverletzung, bezüglich derer keine Dispositionsbefugnis besteht. Soweit ein für eine Rechtsfolge hinreichendes Element A jedoch durch ein für dieselbe Rechtsfolge ebenfalls hinreichendes Element B der Sache nach ersetzt wird, ist es nicht erforderlich, an dem Element A für die Herbeiführung einer Entscheidung formal festzuhalten. Folgerichtig wäre es, auf das Element A völlig zu verzichten.

Daraus folgt, dass in Fällen ausschließlich sexuell motivierter lebensgefährlicher Körperverletzungen eine Einwilligung schon an der fehlenden Disponibilität scheitert und

nicht erst an der Sittenwidrigkeit der Tat. Deshalb kann und braucht auch nicht aus der Indisponibilität auf die Sittenwidrigkeit geschlossen zu werden. Liegt Indisponibilität vor, ist eine Einwilligung unwirksam unabhängig von jeder Sittengemäßheit oder -widrigkeit. Die Indisponibilität sagt über die Sittenwidrigkeit nichts aus. Konsentiertere Eingriffe in ein indisponibles Interesse mögen sittenwidrig sein oder auch nicht – für die Frage der Einwilligung spielt dies angesichts der gegebenen Indisponibilität schlicht keine Rolle mehr.

V. Fazit

Der Fesselspiele-Fall ist durch den BGH im Ergebnis richtig entschieden. Dem BGH ist auch in der Begründung insoweit uneingeschränkt zuzustimmen, als er von der Indisponibilität der seitens der R betroffenen rechtlich geschützten Interessen ausgeht und deshalb die Unwirksamkeit ihrer Einwilligung in die Körperverletzung mit Todesfolge annimmt. Dem BGH ist aber insoweit nicht zuzustimmen, als er der fehlenden Disponibilität der R – vielleicht aus Rücksicht auf die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 11.12.2003 – das Mäntelchen der Sittenwidrigkeit der Handlung des Angeklagten umhängt und die Unwirksamkeit der Einwilligung mit der Sittenwidrigkeit der Tat begründet. Indisponibilität bezüglich des rechtlich geschützten Interesses und Sittenwidrigkeit der Tat in § 228 StGB sind unabhängig voneinander wirkende hinreichende Voraussetzungen für eine Unwirksamkeit der Einwilligung. Schon die Annahme der Indisponibilität ist somit ein hinreichendes Kriterium für eine sachgerechte Lösung des Falles. Eine „Verkleidung“ der Indisponibilität als hinkendes und moribundes Kriterium „Sittenwidrigkeit der Handlung“ des Angeklagten ist somit überflüssig. In der Sache hat der 2. Strafsenat aber Recht: R hatte keine die Handlung des Angeklagten rechtfertigende Dispositionsbefugnis. Deshalb konnte sie nicht einwilligen, Sittenwidrigkeit der Handlung des Angeklagten hin oder her.

²¹ So wohl auch BayObLG, Beschl. v. 7.9.1998 – 5St RR 153/98 = NJW 1999, 372 (373).

²² Vgl. BayObLG NJW 1999, 372 (373), sowie BGH NJW 2004, 1054, die die Sittenwidrigkeit ausschließlich mit der Schwere bzw. Lebensgefährlichkeit der Körperverletzung begründen, ohne auf eine Indisponibilität zurückzugreifen.