

Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 212, 228 StGB

- 1. Einverständnis vorgenommene sadomasochistische Praktiken, die zu Körperverletzungen führen, verstoßen in der Regel nicht gegen die "guten Sitten" im Sinne von § 228 StGB.**
- 2. Sittenwidrig ist die Tat jedoch, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung der Einwilligung durch die Körperverletzungshandlung in konkrete Todesgefahr gebracht wird.**

BGH, Urteil vom 26.05.2004, Az.: 2 StR 505/03

Tenor:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Kassel vom 3. September 2003 mit den Feststellungen, ausgenommen diejenigen zum äußeren Tatgeschehen, aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die Revision des Angeklagten gegen das genannte Urteil wird verworfen.

3. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Entscheidungsgründe:

I.

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen fahrlässiger Tötung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt.

Nach den Feststellungen zeigte die Lebensgefährtin des Angeklagten, Irene R., großes Interesse an der Ausübung außergewöhnlicher sexueller Praktiken, vor allem sogenannter "Fesselspiele". Hierzu gehörte unter anderem, daß der Angeklagte, der an diesen "Spielen" kein Interesse hatte und dabei selbst angekleidet blieb, mit einem Gegenstand Druck auf ihren Kehlkopf, ihr Zungenbein oder ihre Luftröhre ausüben mußte, um auf diese Weise den von ihr erstrebten vorübergehenden Sauerstoffmangel hervorzurufen, der für sie eine erregende Wirkung hatte. In der Vergangenheit fanden dabei für diesen Würgevorgang Stricke oder Seile Verwendung.

Nachdem eine zeitlang derartige Fesselspiele nicht mehr stattgefunden hatten, weil der Angeklagte Sicherheitsbedenken geäußert hatte, verlangte Frau R. von ihm am 18. Mai 2002, dem Tattag, 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. Wegen der Leibesfülle von Frau R., die in letzter Zeit deutlich an Körperumfang zugenommen hatte, äußerte er aber Bedenken, da er auf Grund der Fixierung der Beine über den Bauch hinweg zum Kopf befürchtete, diese könnte keine Luft mehr bekommen. Sie zerstreute seine Bedenken jedoch und verlangte, er solle dieses Mal statt des bisher verwendeten Stricks das Metallrohr benutzen.

Der Angeklagte äußerte auch insoweit zunächst Vorbehalte, ließ sich dann aber umstimmen und fesselte seine Lebensgefährtin wie von ihr gewünscht. Zunächst benutzte er für den Würgevorgang das bereit gelegte Holzstück, ging dann auf Wunsch seiner Lebensgefährtin dazu über, das Metallrohr zum Würgen zu verwenden. Dabei erkannte er, daß die Verwendung eines sich nicht den Konturen des Halses anpassenden Gegenstandes gefährlich war und erklärte ihr dies auch, ließ sich dann aber von seiner Lebensgefährtin zur Verwendung überreden und verstärkte auf deren Wunsch hin sogar die Einwirkung noch. Den Eintritt eines tödlichen Verlaufs infolge seiner gewaltsamen Einwirkung auf den Hals des Opfers hielt er für möglich, vertraute jedoch darauf, daß dies nicht geschehen werde. Nach seinen persönlichen Fähigkeiten und dem Maß seines individuellen Könnens war er imstande, die Gefährlichkeit seines Tuns zu erkennen und die sich daraus ergebenden Sorgfaltsanforderungen zu erfüllen.

Im Verlauf der intervallartigen, gegen den Hals der Frau R. gerichteten mehrfachen und mindestens drei Minuten währenden Aktionen drückte er dann mit dem Metallrohr zu. Dadurch erzielte er die gewünschte Kompression der Halsgefäße und insbesondere der arteriellen und venösen Blutversorgung des Gehirns, allerdings auch eine von ihm nicht gewollte, massive, durch den Einsatz des Metallrohrs hervorgerufene knöcherne Verletzung des Kehlskeletts. Diese Verletzungen waren aber nicht tödlich, vielmehr verstarb Frau R. an den Folgen der massiven Kompression der Halsgefäße und der dadurch unterbundenen Sauerstoffzufuhr zum Gehirn mit nachfolgendem Herzstillstand.

Als Frau R. sich nicht mehr vernehmlich artikulierte, löste der Angeklagte die Fesselungen in dem Glauben, sie sei - wie nach solchen Handlungen in der Vergangenheit üblich - eingeschlafen. Nachmittags kamen ihm wegen des Zeitablaufs Bedenken, er mußte feststellen, daß Frau R. nicht mehr am Leben war. Von einem zunächst geplanten Selbstmord nahm er Abstand und meldete sich bei der Polizei, wo er einen von ihm verfaßten Abschiedsbrief abgab und erklärte, Frau R. getötet zu haben.

Das Landgericht hat einen (bedingten) Tötungsvorsatz des Angeklagten nicht als erwiesen angesehen. Er habe zwar die Gefährlichkeit seiner Gewalthandlung erkannt, habe aber ernsthaft darauf vertraut, daß der Tod nicht eintreten werde. Auch eine Körperverletzung mit Todesfolge hat die Schwurgerichtskammer verneint. Die Tat des Angeklagten sei nicht sittenwidrig gewesen (§ 228 StGB), da er mit wirksamer Einwilligung des Tatopfers die Körperverletzungshandlungen (Kompression der Halsgefäße mittels des Rohres) vorgenommen habe. Das Verhalten des Angeklagten sei daher nur als fahrlässige Tötung zu bewerten.

Gegen diese Entscheidung wenden sich der Angeklagte, der sein Rechtsmittel nicht näher begründet, und die Staatsanwaltschaft mit ihren jeweils auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen. Die Staatsanwaltschaft meint, das Landgericht habe einen, zumindest bedingten, Tötungsvorsatz des Angeklagten zu Unrecht als nicht gegeben angesehen, darüberhinaus habe es rechtsfehlerhaft einen

Verstoß der vom Angeklagten verwirklichten Körperverletzung gegen die guten Sitten verneint.

Das Rechtsmittel des Angeklagten ist unbegründet, das der Staatsanwaltschaft hat Erfolg.

II. Revision der Staatsanwaltschaft

Soweit sich das Rechtsmittel gegen die Verneinung eines vorsätzlichen Tötungsdelikts wendet, ist es unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Das Landgericht ist innerhalb der gebotenen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände (vgl. BGHSt 36, 1, 9 f.; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 24, 41; BGH NStZ 2000, 583) rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, der Angeklagte habe ernsthaft darauf vertraut, der als möglich erkannte Tod von Frau R. werde nicht eintreten.

Keinen Bestand haben kann das Urteil aber deshalb, weil die Schwurgerichtskammer ein Verbrechen der Körperverletzung mit Todesfolge verneint.

1. Der Angeklagte hat durch die massive Kompression der Halsgefäße und die dadurch unterbundene Sauerstoffzufuhr zum Gehirn beim Tatopfer einen Herzstillstand und damit dessen Tod herbeigeführt; die dem Angriff auf den Hals des Tatopfers innewohnende spezifische Gefahr hat sich somit im tödlichen Ausgang niedergeschlagen. Hinsichtlich der Verursachung des Todes ist dem Angeklagten, wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat, Fahrlässigkeit vorzuwerfen, so daß die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 227 StGB (vgl. BGHSt 31, 96, 98; BGH NStZ 1992, 335; 2001, 478; NJW 1971, 152, 153) vorliegen.

Der Angeklagte ist Täter, da er die maßgebliche Tatherrschaft über das zum Tode führende Geschehen innehatte. Daß Irene R. den Ablauf mitsteuerte, indem sie ihm Anweisungen gab und seine Bedenken hinsichtlich der Gefährlichkeit seines Tuns mehrfach zerstreute, steht dem nicht entgegen. Das festgestellte Tatgeschehen ist deshalb nicht als Teilnahme an einer "eigenverantwortlichen Selbstverletzung bzw. Selbsttötung" (vgl. dazu BGH NStZ 2003, 537, 538 m.w.N.; BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03, zum Abdruck in BGHSt bestimmt, S. 8; Lenckner in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. vor § 32 Rdn. 107) zu werten, sondern stellt eine täterschaftlich begangene einverständliche Fremdgefährdung dar.

2. Das Handeln des Angeklagten ist entgegen der Ansicht der Schwurgerichtskammer aber nicht durch die Einwilligung des Tatopfers gerechtfertigt.

a) Gemäß § 228 StGB ist eine mit Einwilligung der verletzten Person vorgenommene Körperverletzung rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt. Der Begriff der "guten Sitten" betrifft weniger außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien. Um dem Gebot der Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens zu genügen, muß der Begriff der guten Sitten auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden. Ein Verstoß gegen die Wertvorstellungen einzelner gesellschaftlicher Gruppen oder des mit der Tat befaßten Strafgerichts genügt nicht. Läßt sich nach rechtlichen Maßstäben die Sittenwidrigkeit nicht sicher feststellen, scheidet eine Verurteilung wegen eines Körperverletzungsdelikts aus (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03 UA S. 10 m.w.N.).

Welche Kriterien im einzelnen als Beurteilungsgrundlage für die Sittenwidrigkeit der Tat heranzuziehen sind, ist umstritten. Streitig ist vor allem, ob die Tat allein nach Art und Umfang des Rechtsgutsangriffs zu betrachten ist oder ob bzw. inwiefern auch der mit der Tat verfolgte Zweck oder die zugrundeliegenden Umstände für das Sittenwidrigkeitsurteil von Bedeutung sind. Nach einer auf das Reichsgericht

zurückgehenden Rechtsprechung und nach einem Teil der Literatur sind der Zweck sowie die der Tat zugrundeliegenden Ziele und Beweggründe der Beteiligten maßgeblich in die Beurteilung einzubeziehen, auch bzw. gerade dann, wenn es sich um "unlautere", d.h. sittlich-moralisch verwerfliche Zwecke handelt (BGHSt 4, 24, 31; RGSt 74, 91, 94; vgl. auch OLG Düsseldorf NStZ-RR 1997, 325, 327; LG Mönchengladbach NStZ-RR 1997, 169, 170, BayObLG NJW 1999, 372, 373 und BayObLGSt 1977, 105, 106 f.; Stree in Schönke/Schröder aaO § 228 Rdn. 8; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl. § 228 Rdn. 10; Berz GA 1969, 145).

Gegen eine allein oder vorrangig auf den Zweck der Handlung abstellende Betrachtung wird vor allem vorgebracht, daß sie häufig zu unklaren Abgrenzungen führe und sich zu sehr vom Rechtsgutsschutz entferne (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 51. Aufl. Rdn. 9; Hardtung in MüKo Rdn. 25 jew. zu § 228). Die grundsätzliche Ausrichtung am Zweckgedanken gebe das vom Gesetz vorgegebene ausschließliche Abstellen auf die Tat als Bezugspunkt der Sittenwidrigkeit der Sache nach auf, weil sie Gesichtspunkte einbeziehe, die nur die Sittenwidrigkeit der Einwilligung selbst betreffen (vgl. Hirsch in LK 11. Aufl. § 228 Rdn. 9 und in 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe der Wissenschaft, Bd. IV S. 199, 218; Otto in Festschrift für Tröndle [1989] S. 157, 168).

Nach neuerer Rechtsprechung und in der Literatur überwiegend vertretener Auffassung ist für die Sittenwidrigkeit der Tat entscheidend, ob die Körperverletzung wegen des besonderen Gewichts des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs unter Berücksichtigung des Umfangs der eingetretenen Körperverletzung und des damit verbundenen Gefahrengrads für Leib und Leben des Opfers trotz Einwilligung des Rechtsgutsträgers nicht mehr als von der Rechtsordnung hinnehmbar erscheint. Für das Sittenwidrigkeitsurteil im Sinne des § 228 StGB ist demnach grundsätzlich auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs und den Grad der möglichen Lebensgefahr abzustellen, weil generalpräventiv-fürsorgliche Eingriffe des Staates in die Dispositionsbefugnis des Rechtsgutsinhabers nur im Bereich gravierender Verletzungen zu legitimieren sind (vgl. Hirsch in LK aaO § 228 Rdn. 9 und in BGH-Festgabe S. 199, 219; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 9 zu § 228 StGB; Otto aaO S. 157, 168; Göbel, Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts [1992] S. 55 f.; Arzt, Willensmängel bei der Einwilligung [1970] S. 36 ff.; ähnlich Frisch in Festschrift für Hirsch [1999] S. 485, 487), die in ihrem Gewicht an die in § 226 StGB geregelten erheblichen Beeinträchtigungen heranreichen. Der mit der Tat verfolgte Zweck ist nach dieser Ansicht für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit nach § 228 StGB nur ausnahmsweise von Bedeutung, nämlich dann, wenn die betreffende Körperverletzung für sich allein betrachtet als sittenwidrig anzusehen wäre, eine solche negative Bewertung aber durch einen positiven oder jedenfalls einsehbaren Zweck kompensiert wird. Selbst bei schwerwiegenden Rechtsgutsangriffen ist danach der Bereich der freien Disposition des Rechtsgutsinhabers nicht überschritten, wenn ein positiv-kompensierender Zweck hinzukommt, wie z.B. bei lebensgefährlichen ärztlichen Eingriffen, die zum Zwecke der Lebenserhaltung vorgenommen werden (vgl. Hirsch aaO § 228 Rdn. 9; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 10). Teilweise wird in diesem Zusammenhang vorgeschlagen, eine Güterabwägung vorzunehmen, um die Rechtfertigung eines schweren, mit Einwilligung erfolgten Eingriffs in die körperliche Integrität zu begründen; insbesondere könne ein höherrangiges Interesse im Sinne des § 34 StGB beachtlich sein (vgl. etwa Göbel aaO S. 56; Otto aaO S. 168; Arzt aaO S. 39).

b) In Übereinstimmung mit dem Urteil des 3. Strafsenats vom 11. Dezember 2003 (3 StR 120/03), das zum strafbaren Verabreichen von Betäubungsmitteln mit tödlichen Folgen ergangen ist, und der herrschenden Lehre hält der Senat für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit 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.

c) Diesen rechtlichen Ansatz hat das Landgericht nicht bedacht.

aa) Das Handeln des Angeklagten kann danach nicht allein wegen der speziellen sexuellen Motivation als gegen die guten Sitten verstößend angesehen werden.

Die Ansicht des Reichsgerichts, wonach bei sadomasochistischen Praktiken die Körperverletzungen "zu Unzuchtswirken" erfolgten und deshalb trotz einer etwaigen Einwilligung ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliege (vgl. RG JW 1928, 2229 mit krit. Anmerkung Bohne JW 1929, 1015; HRR 1931, 1611), ist nicht zuletzt wegen der gewandelten Moralauffassungen überholt (vgl. dazu die überwiegende Tendenz in der neueren Literatur, wonach sadomasochistische Handlungen, die zu tatbestandsmäßigen Körperverletzungen führen, nicht bereits wegen eines "abnormen" sexuellen Zwecks als sittenwidrig einzustufen sind: Hirsch aaO § 228 Rdn. 9; Stree aaO § 228 Rdn. 7; Tröndle/Fischer aaO Rdn. 10; Paeffgen in NK-StGB § 228 Rdn. 37; Roxin, Strafrecht AT 13. Aufl. Teilband 1 § 13 Rdn. 38 unter Aufgabe seiner in JuS 1964, 371, 379 geäußerten abweichenden Auffassung; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 8. Aufl. Teilband 1, § 8 Rdn. 14; Frisch in Festschrift für Hirsch S. 485, 502; May, Die Anwendbarkeit des § 226 a StGB bei einverständlichen sadistischen und masochistischen Körperverletzungen [1996] S. 97 f.; Niedermair, Körperverletzung mit Einwilligung und die guten Sitten [1999] S. 192; Sitzmann GA 1991, 71, 79).

Bei Sadomasochismus handelt es sich um eine "existierende und praktizierte Form des Sexuallebens", die in den unterschiedlichsten Erscheinungsformen zutage tritt und etwa in heterosexuellen, homosexuellen, pädophilen oder auf Autoerotik beschränkten Varianten vorkommt. Sadomasochistische Vorgänge stellen sich als sehr uneinheitlich dar und werden von Ehepaaren, Singles, in monogamen oder promiskuitiven Beziehungen praktiziert (May aaO S. 2, 10). Zur Frage der Bewertung sadomasochistischer Handlungen läßt sich überdies - auch unter Berücksichtigung ihrer gesamten Bandbreite - wohl kaum nach allgemeinen Anschauungen in der Bevölkerung ein eindeutiges Sittenwidrigkeitsurteil feststellen. Außerdem läßt sich gegen eine so begründete Bewertung als sittenwidrig anführen, daß dies den Wertungen des 4. Strafrechtsreformgesetzes vom 23. November 1973 (BGBl I 1725) widersprechen würde, welches die frühere Kennzeichnung der Straftatbestände im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB als "Sittlichkeitsdelikte" durch diejenige als "Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung" ersetzt und damit ein anderes Rechtsgut in den Vordergrund gerückt hat (vgl. Roxin aaO § 13 Rdn. 38; Niedermair aaO S. 188).

bb) Wie dargelegt, hält der Senat das Ausmaß oder das Gewicht der drohenden Rechtsgutverletzung für maßgebend mit der Folge, daß ab einem bestimmten Grad der körperlichen Beeinträchtigung oder einer möglichen Lebensgefahr der Einwilligung alleine grundsätzlich keine rechtfertigende Wirkung zukommt. Ob diese Grenze überschritten ist, ist auf Grund einer "ex-ante" vorzunehmenden Beurteilung zu entscheiden. Der Senat kann hier offen lassen, ab welcher Verletzungsintensität Sittenwidrigkeit in Betracht kommt und ob bzw. unter welchen Voraussetzungen weitergehende Zwecke oder sonstige Umstände in die Würdigung der Tat einzubeziehen sind. 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. Für diese Eingrenzung sprechen sowohl der 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. Die Beeinträchtigung durch den Rechtsgutsinhaber selbst (in Form einer Selbsttötung oder -verletzung) ist zwar straflos; im Allgemeininteresse wird aber die Möglichkeit, existentielle Verfügungen über das Rechtsgut der eigenen körperlichen Unversehrtheit oder des eigenen Lebens zu treffen, begrenzt. Der Schutz der Rechtsgüter körperliche Unversehrtheit und Leben gegen Beeinträchtigungen durch Dritte wird demnach nicht schlechthin, sondern nur innerhalb eines für die Rechtsordnung tolerierbaren Rahmens zur Disposition des einzelnen gestellt.

cc) Daran gemessen sind im vorliegenden Fall die Grenzen, innerhalb derer das Handeln des Angeklagten von der Allgemeinheit noch hingenommen werden kann, überschritten. Das über einen Zeitraum von mindestens drei Minuten andauernde, intervallartig - also unter abwechselnder Verstärkung und Verringerung des Drucks - ausgeführte Würgen des Tatopfers mit Hilfe eines starren, sich nicht den Konturen des Halses anpassenden Metallrohrs brachte das Tatopfer für den Angeklagten erkennbar nicht nur in eine abstrakte Lebensgefahr im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB, sondern in eine konkrete Gefahr. Denn bei der hier gewählten Vorgehensweise war das Risiko, durch die Handlung unmittelbar den Tod seiner Lebensgefährtin herbeizuführen, für den Angeklagten weder kalkulierbar noch beherrschbar.

Dies führt zur Aufhebung des Urteils auf die Revision der Staatsanwaltschaft. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum äußeren Tatgeschehen können dagegen aufrecht erhalten bleiben. Hierdurch ist der neue Tatrichter aber nicht gehindert, ergänzende Feststellungen, namentlich zur subjektiven Seite (vgl. dazu IV. 1), zu treffen.

III. Revision des Angeklagten

Das Rechtsmittel des Angeklagten ist unbegründet. Die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung weist keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten auf.

1. Das Landgericht hat unter Zugrundelegung seiner Rechtsauffassung zu Recht fahrlässiges Tun des Angeklagten bejaht. Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg herbeigeführt hat. Die Einzelheiten des durch das pflichtwidrige Verhalten in Gang gesetzten Kausalverlaufs brauchen dagegen nicht vorhersehbar zu sein (vgl. BGH NJW 2001, 1075 = NStZ 2001, 143). Diese Voraussetzungen liegen nach den Feststellungen vor.

2. Den Angeklagten beschwert nicht, daß die Schwurgerichtskammer die Frage der Einwilligungsfähigkeit des Tatopfers (vgl. BGHSt 4, 90; 5, 362; 8, 358; 12, 382; 23, 1) nicht erörtert hat, da eine etwa fehlende Einwilligungsfähigkeit eine Rechtfertigung ausgeschlossen hätte.

3. Den Angeklagten beschwert auch nicht, daß das Landgericht nicht geprüft hat, inwieweit die nach seiner Ansicht die Rechtswidrigkeit beseitigende Einwilligung des Tatopfers im Rahmen von § 227 StGB auch Auswirkungen auf die der Verurteilung zugrundegelegte Fahrlässigkeitstat hatte. Dies ist hier unschädlich, da auch unter Zugrundelegung der nach Meinung des 3. Strafsenats (Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03 S. 15; vgl. aber Urteil des 4. Strafsenats vom 20. Juni 2000 - 4 StR 162/00, [insoweit in NStZ 2000, 583 nicht abgedruckt] unter Hinweis auf BGHSt 4, 88, 93; 7, 112, 115) beachtlichen Argumente in der Wissenschaft für die Auffassung, eine rechtfertigende Einwilligung in eine fahrlässige Tötung sei grundsätzlich möglich (vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, StGB vor §§ 32 ff. Rdn. 104; Hirsch in LK vor § 32 Rdn. 95; Samson in SK-StGB Anhang zu § 16 Rdn. 33; Schlehofer in MüKo vor §§

32 ff. Rdn. 114; Schroeder in LK § 16 Rdn. 180; Schaffstein in Festschrift für Welzel [1974], S. 557, 571; Dölling GA 1984, 71, 85 ff. und JR 1994, 520, 521; Otto Jura 1984, 536, 540; Weber in Festschrift für Baumann [1992], S. 43, 48; Herzberg NSTZ 2004, 1, 8, 9), hier eine solche Rechtfertigung der Tat angesichts des höchst riskanten Verhaltens des Angeklagten, welches Irene R. in konkrete Todesgefahr brachte, ausscheidet. Denn wenn schon die Einwilligung in die Gefährdungshandlung wegen der Höhe der Gefahr und des Gewichts des konkret drohenden Erfolgs keine rechtfertigende Wirkung entfalten konnte, gilt dies erst recht für den Erfolg, in dem sich die Gefährdung realisiert hat.

4. Eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung scheidet auch dann nicht aus, wenn sich der Angeklagte über das Maß der Gefährlichkeit seines Tuns geirrt haben sollte. Selbst wenn dies als Tatbestandsirrtum im Rahmen von § 16 Abs. 1 StGB angesehen werden sollte (vgl. unten IV. 1), blieb angesichts der festgestellten Umstände ein Schuldspruch wegen fahrlässiger Tötung nach § 229 StGB unberührt (§ 16 Abs. 1 Satz 2 StGB).

IV. Hinweise für die neue Hauptverhandlung

1. Falls die neu zur Entscheidung berufene Schwurgerichtskammer zu einer Verurteilung des Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge kommen sollte, wird ein möglicher vorsatz- oder schuldausschließender Irrtum des Angeklagten zu erörtern sein.

Nach den bisherigen Feststellungen liegt ein Irrtum über die tatsächlichen Umstände der Tat eher fern. Insbesondere hatte der Angeklagte, wie aus seinem Verhalten deutlich wird, die Gefährlichkeit seines Tuns erkannt. Es ist nicht davon auszugehen, daß er einem Irrtum über das Bestehen der konkreten Lebensgefahr unterlag, welcher als Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes entsprechend den Regeln des Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB zu behandeln wäre (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 120/03, S. 14; BGHSt 31, 264, 286 f.).

In Betracht kommt möglicherweise ein Irrtum über die Bewertung der vorgenommenen Körperverletzung als sittenwidrig. Dies wäre aber nur ein Verbotsirrtum, wenn die Sittenwidrigkeit der in Aussicht genommenen Tat unrichtig beurteilt (vgl. Hirsch in LK aaO § 228 Rdn. 51; Stree aaO § 228 Rdn. 12; Paeffgen in NK-StGB [1998] § 228 Rdn. 109; Jescheck/Weigend Strafrecht AT 5. Aufl. S. 466; Schaffstein, Göttinger Festschrift für das OLG Celle (1961) S. 175, 194 ff.; OLG Düsseldorf NSTZ-RR 1997, 325, 327; OLG Hamm JMBINW 1964, 128, 129; a. A. Engisch ZStW 70 (1958) 566, 585 f.; Tröndle/Fischer aaO § 228 Rdn. 25) oder wenn eine unwirksame Einwilligungserklärung für wirksam gehalten worden ist (vgl. BGHSt 4, 113, 119; 16, 309, 313; BGH NJW 1978, 1206). Da es bei der Beurteilung der Körperverletzung als sittenwidrig um eine rechtliche Bewertung geht, wäre ein Irrtum des Angeklagten nach § 17 StGB zu beurteilen, der angesichts der sehr hohen Gefahr für das Leben der Irene R. für den Angeklagten vermeidbar gewesen sein könnte. Insoweit kann es geboten sein, zu den Vorstellungen des Angeklagten nähere Feststellungen zu treffen.

2. Darüber hinaus wird die zur Entscheidung berufene Schwurgerichtskammer bei einer Verurteilung wegen Körperverletzung mit Todesfolge die Möglichkeit einer Strafmilderung aufgrund der nicht rechtfertigenden, aber tatsächlich immerhin vorliegenden Einwilligung zu bedenken haben (vgl. BGH MDR bei Dallinger 1969, 194; Stree in Schönke/Schröder aaO § 228 Rdn. 1 und § 46 Rdn. 25; Jescheck/Weigend aaO S. 334; Dölling GA 1984, 71, 93; Geppert ZStW 83 [1971], 947, 999). Auch die Annahme eines minder schweren Falles gemäß § 227 Abs. 2

StGB wird zu erwägen sein, da die bisherigen Feststellungen nahelegen, daß Irene R. in voller Kenntnis der Tragweite ihrer Entscheidung eingewilligt hat.