

Rechtsanwältin Dr. Kerstin Stirner, Köln

Marc Menrath: Die Einwilligung in ein Risiko

Duncker & Humblot, Berlin 2013, 228 Seiten, 66,90 €

I. Die von der juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf im Jahre 2012 als Dissertation angenommene und von Herrn Prof. Dr. Helmut Frister betreute Arbeit befasst sich mit einem in Strafrechtswissenschaft und -praxis bislang nach wie vor zu wenig beachteten Thema: Der Einwilligung des Opfers in die *Gefährdung* seiner Rechtsgüter. Anhand der allgemein anerkannten Grundsätze zur Einwilligung in eine Verletzung eigener Rechtsgüter stellt der Verfasser die Rechtsfigur der sog. Risikoeinwilligung dar und ordnet diese dogmatisch ein.

II. Nach einer kurzen Einführung in die Thematik widmet sich *Menrath* im ersten Kapitel seiner Arbeit der strafrechtlichen Würdigung des Opferverhaltens, die – so der Verfasser – zwar von der "Kernthematik noch etwas entfernt", aber dennoch "elementar für den Fortgang der Untersuchung" ist (S. 18). Als Basis der anschließenden Untersuchung stellt er zunächst die Rechtsfigur der Selbstschädigung und deren fehlenden Unrechtsgehalt dar und geht sodann auf die Frage der Strafbarkeit einer Beteiligung an einer fremden Selbstschädigung ein. Hierbei erfolgt insbesondere eine Darstellung des vom Reichsgericht in Zusammenhang mit der Beteiligung an einer fremden Selbstschädigung entwickelten *Teilnahmearguments* (vgl. RGSt 70, 313), welches bis heute Diskussionen um die strafrechtliche Einordnung mitverantwortlichen Opferverhaltens prägt. Nach einer Auseinandersetzung mit der Kritik am Teilnahmeargument gelangt *Menrath* zu dem Ergebnis, dass dieses nicht geeignet ist, die fehlende strafrechtliche Haftung des Mitwirkenden an der Selbstschädigung zu begründen, da es zwar in der Regel zu richtigen Ergebnissen führe, aber den von der Rechtsprechung selbst entwickelten Grundsätzen des Allgemeinen Teils des Strafrechts widerspreche. Nach Auffassung des Autors resultiere die Straflosigkeit vielmehr daraus, dass die Ermöglichung einer Selbstschädigung des Opfers keine rechtlich missbilligte Gefahr für das verletzte Rechtsgut begründe.

Dem Kernthema der Arbeit näher rückend erfolgt sodann eine Abgrenzung zwischen den Rechtsinstituten der eigenverantwortlichen Selbstschädigung und der im weiteren Verlauf der Arbeit interessierenden einverständlichen Fremdschädigung, der der Verfasser nach Feststellung der Unterschiedlichkeit beider Rechtsinstitute jedenfalls die Tatbestandsmäßigkeit zuspricht.

III. In einem kurzen zweiten Kapitel steigt *Menrath* sodann in die eigentliche Problematik der Risikoeinwilligung ein. Dabei klärt er zunächst auf, dass hiervon nicht diejenigen Fälle erfasst sind, in denen das Opfer mit einem Zugriff eines Dritten auf seine Rechtsgüter einverstanden ist, sondern dass es ausschließlich um diejenigen Konstellationen geht, in denen der Geschädigte mit einem Verhalten einverstanden ist, welches die *Gefahr* einer Rechtsgutsverletzung in sich birgt. Da diese Sachverhaltskonstellationen von der Rechtsprechung bisher uneinheitlich behandelt wurden, gibt der Verfasser im zweiten Kapitel seiner Arbeit einen Überblick über die grundlegenden Entscheidungen zu dieser Thematik und verdeutlicht dadurch insbesondere die stetige Entwicklung dieser Form der Einwilligung.

IV. Das dritte Kapitel der Arbeit befasst sich – so der Titel – mit dem potentiellen Anwendungsbereich der Einwilligung in ein Risiko. Bevor der Autor im anschließenden Kapitel die Frage aufwirft, ob sich die Einwilligung in ein *gefährdendes* Verhalten mit den anerkannten Grundsätzen einer Einwilligung in ein *schädigendes* Verhalten in Einklang bringen lässt, widmet er sich hier zunächst einer Eingrenzung derjenigen Handlungen, die ausschließlich in Zusammenhang mit einer Risikoeinwilligung von Relevanz sind.

Dabei sondert *Menrath* zunächst all jene Formen riskanten Verhaltens aus, bei denen sich die Straflosigkeit des Täters schon aus anderen Umständen als dem Einverständnis mit der riskanten Handlung ergibt. Hierfür geht er nach einer Abgrenzung zwischen den Begrifflichkeiten der "Schädigung" und der "Gefährdung" zunächst auf die Fallgruppen der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und deren Behandlung innerhalb der objektiven Zurechnung ein. Im Anschluss befasst er sich mit der Frage, ob die Rechtsfigur der einverständlichen Fremdgefährdung gleichermaßen der Lehre der objektiven Zurechnung zu unterstel-

len ist. Nach umfassender Auseinandersetzung mit dem Für und Wider einer Gleichbehandlung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung gelangt der Verfasser zu dem Ergebnis, dass eine Vereinheitlichung nicht möglich ist. Zwar sei die Autonomie des Opfers sämtlichen "Gefährdungssachverhalten" gemein, die Gründe, die gegen eine strafbare Beteiligung an einer Selbstgefährdung sprächen, seien jedoch nicht auf sämtliche Gefährdungsfälle übertragbar.

Konsequenterweise erfolgt sodann eine Abgrenzung der beiden Rechtsinstitute voneinander, wobei der Autor zunächst auf die Abgrenzungssituation im Bereich der vorsätzlichen *Schädigung* eingeht, um anschließend darzustellen, inwieweit Rechtsprechung und Schrifttum eine Übertragung dieser Kriterien auf die *Gefährdung* vornehmen. *Menrath* gelangt schließlich zu dem Ergebnis, dass eine einverständliche Fremdgefährdung nur dann vorliegt, wenn "der vom Täter in Lauf gesetzte Kausalverlauf für sich genommen rechtlich missbilligt ist, wobei für das Urteil rechtlicher Missbilligung entscheidend ist, ob der Rechtsgutsträger durch ein eigenverantwortliches Handeln an eine vom Täter offerierte Verhaltensoption anknüpft" (S. 106).

V. Sodann setzt sich *Menrath* im vierten Kapitel seiner Arbeit mit der dogmatischen Einordnung der Risikoeinwilligung auseinander. Nachdem er zunächst feststellt, dass die Berücksichtigung einer Opferentscheidung grundsätzlich auf materiell-rechtlicher Ebene zu erfolgen habe, widmet er sich im Anschluss der Frage nach der "richtigen" Stelle im Delikttaufbau. Dabei geht er zunächst auf die in der Literatur vielfach vertretene Verortung innerhalb der objektiven Zurechnung ein, die auf einer Gleichbehandlung von eigenverantwortlicher Selbstgefährdung und einverständlicher Fremdgefährdung basiert (vgl. etwa *Roxin*, AT I, § 11 Rn. 123). Da der Verfasser eine Vereinheitlichung beider Rechtsfiguren bereits im dritten Kapitel seiner Arbeit ablehnt, erfolgt konsequenterweise auch die Ablehnung einer Gleichstellung innerhalb der objektiven Zurechnung. Insoweit betrachtet er nicht zuletzt die Tatsache kritisch, dass beachtliche Teile der Literatur die Einwilligung in eine *Gefährdung* auf Tatbestandsebene behandeln wollen (vgl. hierzu *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, 29. Aufl., Vor. § 32 ff. Rn. 106), dies aber bei einer Einwilligung in eine *Verletzung* nicht ernsthaft in Erwägung gezogen wird.

Alternativ setzt sich *Menrath* sodann mit den Argumenten für eine Verortung auf Ebene der Rechtswidrigkeit, nämlich in Form einer rechtfertigenden Einwilligung, auseinander. Dabei erörtert er zunächst die Frage, ob eine Einwilligung in ein Risiko überhaupt konstruktiv möglich, mithin nicht nur bloße "Fiktion" ist. Dies wird von Teilen der Literatur mit dem Argument verneint, dass das Opfer durch das Einverständnis mit einem Risiko zugleich seine Rechtsgüter preisgebe und somit eine Risikoeinwilligung auch gleichzeitig die Inkaufnahme einer Rechtsgutsverletzung bedeute, dieser mithin im Verhältnis zur Verletzungseinwilligung keine eigenständige Bedeutung mehr zukomme (vgl. etwa *Rönnau*, in: *LK-StGB*, 12. Aufl., Vor § 32 Rn. 168). Nach kritischer Auseinandersetzung mit diesen Stimmen bejaht der Verfasser schließlich die konstruktive Möglichkeit einer Risikoeinwilligung mit der nachvollziehbaren Begründung, dass für eine rechtfertigende Wirkung die billigende Inkaufnahme des Erfolgseintritts durch den Rechtsgutsinhaber nicht erforderlich sei.

In einem nächsten Schritt geht der Autor sodann auf die Anforderungen an eine insoweit rechtfertigende Einwilligung ein, wobei er den Schwerpunkt auf diejenigen Voraussetzungen legt, die sich von denen für die Verletzungseinwilligung unterscheiden. Dabei stellt *Menrath* zunächst fest, dass das Opfer in Kenntnis des Risikos gehandelt haben muss, wobei eine bloße Erkennbarkeit jedoch nicht ausreiche. Er geht insbesondere auf denkbare Irrtümer in der Person des Opfers ein, die zur Unwirksamkeit der Einwilligung führen. Als ein spezifisches Problem der Risiko-Einwilligung hält er die Offenheit des Handlungsverlaufs und die damit einhergehende Unvorhersehbarkeit sämtlicher Risiken fest. In diesem Zusammenhang hebt *Menrath* insbesondere hervor, dass in Fällen mangelhafter Handlungsausführung oder eigenmächtiger Risikoerweiterung von einem Exzess des Täters auszugehen ist, der zur Unwirksamkeit der Einwilligung führt. Als weitere Voraussetzung einer wirksamen Einwilligung konstatiert der Verfasser, dass in subjektiver Hinsicht ein bewusstes Setzen von Prioritäten zugunsten des Risikos und gegen die Bestandssicherheit des Rechtsguts zu erkennen sein muss. Dies bejaht er mit der h. M. jedenfalls dann, wenn der Geschädigte die Risikoschaffung gutheißt, mag es ihm hierauf auch nicht final ankommen. Die Gleichgültigkeit des Geschädigten ist nach seiner Auffassung hingegen nur dann als wirksame Risikoeinwilligung zu werten, wenn sich diese auch gegenüber dem Erfolg fortsetzt. Nicht zur Unwirksamkeit führt nach Ansicht des Autors ein "böser Wille" des Täters, solange die miss-

billigte objektive Gefahrschaffung im Rahmen des von allen Teilnehmern erkannten und gebilligten Risikos bleibt.

VI. Im fünften Kapitel widmet sich *Menrath* schließlich den gesetzlichen Schranken einer Einwilligung. Hat sich die Arbeit bis dahin im Wesentlichen an den Strafrechtswissenschaftler gerichtet, so ist dieses Kapitel nun auch für den Praktiker höchst relevant, da von einer Anwendung der gesetzlichen Einwilligungsschranken letztlich abhängt, ob die für eine Strafbarkeit des Täters vorausgesetzte Unrechtsqualität der Tat vorliegt.

Menrath setzt sich in diesem Kapitel mit der Frage auseinander, inwieweit die §§ 216, 228 StGB, die der verfassungsmäßig garantierten Freiheit im Hinblick auf das Leben und die körperliche Unversehrtheit Schranken setzen, auf die Risikoeinwilligung übertragbar sind. So ist nach der aus § 216 StGB resultierenden Indisponibilität des Rechtsguts Leben grundsätzlich keine rechtfertigende Einwilligung in eine Tötung möglich. Eine rechtfertigende Einwilligung in eine Körperverletzung ist hingegen nach § 228 StGB möglich, sofern diese nicht gegen die guten Sitten verstößt. Eine Anwendung von § 216 StGB auf die Risikoeinwilligung lehnt der Verfasser zum Einen vor dem Hintergrund ab, dass eine Heranziehung der Norm auf diese Fälle wegen der Ausklammerung fahrlässiger Taten durch den Wortlaut "auf Verlangen" gegen das Analogieverbot verstoße. Zum Anderen könne auch eine Fernwirkung des Strafgrundes der Norm nicht erfolgen, da die von § 216 StGB erfassten Schutzgüter, Achtung des Lebens oder gar Staatsinteressen, bei einer fahrlässigen Lebensgefährdung nicht berührt seien.

Einer Anwendung von § 228 StGB stimmt der Autor hingegen in nur schwer nachvollziehbarer Weise zu. So verneint er zwar einen Verstoß gegen das Analogieverbot mit dem Argument, dass § 228 StGB anders als § 216 StGB offener gefasst sei und aufgrund des Wortlauts "Körperverletzung" auch *fahrlässige* Taten erfasse. In Anbetracht der im dritten Kapitel erfolgten strikten Abgrenzung zwischen der Verletzung und der Gefährdung eines Rechtsguts erstaunt es jedoch, dass eine Anwendung von § 216 StGB und § 228 StGB nicht auch vor dem Hintergrund betrachtet wird, dass die Normen ausdrücklich nur eine *Verletzung* erfassen. Auch insoweit stellt sich die Frage eines Verstoßes gegen das Analogieverbot.

Nach der Feststellung der generellen Anwendbarkeit von § 228 StGB auf die einverständliche Fremdgefährdung, führt der Verfasser abschließend aus, dass für die Sittenwidrigkeit der Tat der Anlass und das Gewicht der Körperverletzung maßgeblich sei. So sei von einer sittenwidrigen Tat auszugehen, "wenn sie bei Betrachtung aller Umstände eine hohe Risikodimension aufweist und nicht aus einem noch objektiv verständlichen Grund vorgenommen worden ist" (S. 206).

VII. Insgesamt gelingt es *Menrath* in seiner Arbeit einen umfassenden Überblick über die rechtliche Einordnung der Risikoeinwilligung zu geben. Dabei hilft dem Leser nicht zuletzt der hervorzuhebende Schluss der Arbeit, in welchem der Autor seine Thesen noch einmal in prägnanter Form zusammenstellt. Insbesondere für den Strafrechtswissenschaftler, aber auch für den interessierten Praktiker, ist das Werk von *Menrath* daher uneingeschränkt zu empfehlen.

Daniel Wölky, Köln

Goya Tyszkiewicz: Tatprovokation als Ermittlungsmaßnahme

Strafrechtliche Abhandlungen – Neue Folge, Band 250, Duncker & Humbolt, Berlin 2014, 258 Seiten, 69,90 €

Tyszkiewicz setzt sich in ihrer von Prof. Dr. Saliger an der *Bucerius Law School* betreuten Dissertation mit den Problemen der Beweiserhebung und -verwertung beim Einsatz polizeilicher Lockspitzel im Strafprozess auseinander

I. Obwohl für den Einsatz eines Lockspitzels keine explizite Gesetzesgrundlage besteht, gehen Rechtsprechung und Literatur von der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Einsatzes aus. Die Begründungsansätze sind dabei zuweilen unterschiedlich und die Grenzen