

## 1. Sachverhalt

Bei einem zufälligen Zusammentreffen vereinbart A mit B, gemeinsam in dessen Wohnung ein Gramm Heroin zu konsumieren, wie sie es zuvor schon zwei Mal getan haben. Der alkoholranke und auch sonst körperlich stark geschwächte B hat bereits erhebliche Mengen Bier getrunken, was aber nicht weiter auffällt, weil er Alkohol gewöhnt ist. In der Wohnung bereitet A alles vor und injiziert sich das Rauschgift. Dessen Wirkung empfindet er als normal. Als nun B die für ihn vorgesehene Spritze ansetzt, zeigt sich, dass seine Hand zu stark zittert. Auf seine Bitte nimmt A die Injektion vor. Kurze Zeit später stirbt B an einer Lähmung des Atemzentrums. Maßgebliche Ursache dafür ist die Wirkung des Rauschgifts, die durch die erhebliche Alkoholisierung noch verstärkt worden ist.

## 2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Wichtig ist, zu erkennen, dass der Fall vom gewohnten Grundmuster der Rauschgift-Fälle abweicht. Ein typischer Sachverhalt sieht etwa so aus: Ein Drogenlieferant überlässt das Rauschgift einem Kunden, der es im Wissen um die Gefahr selbst konsumiert und daran stirbt.<sup>1</sup> Der zentrale Begriff für die rechtliche Verarbeitung lautet: **freiver-**

<sup>1</sup> Entsprechende Beispiele bei *Roxin*, Strafrecht AT I, 3. Aufl. 1997, § 11 Rn. 92, und *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT, 33. Aufl. 2003, Rn. 186.

April 2004

### Injektions-Fall

*Einwilligung in eine Körperverletzung / Verstoß der Tat gegen die guten Sitten / freiverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung*

§§ 227, 228, 16, 17 StGB

**Leitsatz der Verf.:** In Fällen des Verabreichens von Betäubungsmitteln ist die Grenze moralischer Verwerflichkeit dann überschritten und ein Sittenverstoß nach § 228 StGB gegeben, wenn der Betroffene bei vorausschauender Betrachtung aller maßgeblichen Umstände in konkrete Todesgefahr gebracht wird.

BGH, Urt. v. 11. 12. 2003 – 3 StR 120/03; abgedruckt in NJW 2004, S. 1054.

**antwortliche Selbstgefährdung.** Mit seiner Hilfe wird die Zurechnung so gesteuert, dass der Drogenlieferant lediglich als „Teilnehmer“<sup>2</sup> am selbstgefährdenden Verhalten des anderen gilt und deswegen nicht als Täter einer fahrlässigen Tötung bestraft werden kann.<sup>3</sup> Der auf diese Weise abgegrenzte Bereich der Straflosigkeit wird verlassen, wenn der Mitwirkende kraft überlegenen Sachwissens die Situation besser erfasst als der sich selbst Gefährdende.<sup>4</sup> Diesem in der Literatur entwickelten Ansatz hat sich die Rechtsprechung mit der grundlegenden Entscheidung im Heroin-Fall<sup>5</sup> angeschlossen.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Die Anführungsstriche sollen auf eine begriffliche Ungenauigkeit aufmerksam machen. Der fachlich-juristische Terminus des Teilnehmers passt hier nicht, weil er auf strafbare Formen der Beteiligung gemünzt ist. Auch findet er keine Anwendung, wenn es, wie im Beispielfall, um eine Fahrlässigkeitstatakt geht.

<sup>3</sup> *Rengier*, Strafrecht BT II, 5. Aufl. 2003, § 20 Rn. 3; *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 94; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 186.

<sup>4</sup> Vgl. *Marxen*, Kompaktkurs Strafrecht AT, S. 42; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 187.

<sup>5</sup> BGHSt 32, 262.

Im vorliegenden Fall liegt die Sache anders.<sup>7</sup> B gefährdet sich nicht selbst, sondern lässt sich im Bewusstsein des Risikos von A gefährden, der ihm die Spritze setzt. Die Tatherrschaft liegt bei A. Er ist also kein bloßer Teilnehmer einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung, sondern Täter einer **einverständlichen Fremdgefährdung**.<sup>8</sup>

Über den Unterschied ist man sich in der Sache und in der Begrifflichkeit im Wesentlichen einig.<sup>9</sup> Doch wie mit der Rechtsfigur der einverständlichen Fremdgefährdung umgegangen werden soll, gilt als „weitgehend ungeklärt“<sup>10</sup>. Teilweise wird eine vergleichende Bewertung vorgeschlagen: Die Tat soll mit der Begründung mangelnder Zurechenbarkeit straflos bleiben, wenn der Vorgang einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung „gleichsteht“<sup>11</sup>. Auch wird die Lösung beim Merkmal der Pflichtverletzung gesucht: An ihr soll es in diesen Fällen fehlen, sofern nicht gegen ein rechtliches Verbot verstoßen wurde.<sup>12</sup>

Rechtsprechung und die überwiegende Meinung in der Literatur lösen das Problem anders. Sie sprechen es erst auf der Prüfungsebene der Rechtswidrigkeit an. Geprüft wird, ob die Tat unter dem Gesichtspunkt der **Einwilli-**

**gung** als gerechtfertigt angesehen werden kann.<sup>13</sup>

Der Ansatz wird mit einem aus § 216 StGB abgeleiteten Argument bekämpft.<sup>14</sup> Es sei mit dem Verbot, sich durch fremde Hand töten zu lassen, unvereinbar, in fremdgesetzte tödliche Risiken einwilligen zu können. Der h. M. geht dieser Schluss zu weit. Sie sieht durch § 216 StGB nur die Befugnis ausgeschlossen, seinem Leben durch andere definitiv ein Ende setzen zu lassen.<sup>15</sup> Für sie spricht, dass die heutige technikgeprägte Welt die Inkaufnahme auch tödlicher Risiken geradezu voraussetzt.<sup>16</sup>

Nach dem Einstieg in die Prüfung einer rechtfertigenden Einwilligung liegt der Schwerpunkt regelmäßig bei der Frage, ob die nötige Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben war und der Betroffene das Risiko in seiner ganzen Tragweite richtig eingeschätzt hat.

War die Fremdgefährdung mit einer vorsätzlichen Körperverletzung verbunden, so ist noch das **Korrektiv in § 228 StGB** zu beachten: Eine Rechtfertigung ist ausgeschlossen, wenn **die Tat gegen die guten Sitten verstößt**. Damit sind wir beim Kernproblem unseres Falles. Mit der Injektion des Heroins verletzte A den B körperlich, so dass der gegen ihn erhobene Tatvorwurf auf Körperverletzung mit Todesfolge gem. § 227 Abs. 1 StGB lautet. Ihm entgeht A, wenn B rechtfertigend eingewilligt hat. Es bleibt jedoch bei dem Vorwurf, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstieß, weil sie dann nicht durch die Einwilligung des B gerechtfertigt werden konnte.

Was aber ist sittenwidrig? Die geläufige Antwort – der Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und ge-

<sup>6</sup> Gleichwohl kommt die Rechtsprechung in Rauschgift-Fällen gelegentlich mit besonderer Begründung zur Strafbarkeit; BGH NStZ 1984, 452 f.: Garantienpflicht des Drogenlieferanten; BGHSt 37, 179: spezifischer Schutzzweck von §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 b, 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG.

<sup>7</sup> Vgl. auch das Beispiel bei *Wessels/Beulke* (Fn. 1), § 6 Rn. 190.

<sup>8</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 105 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), § 6 Rn. 190.

<sup>9</sup> Die Umsetzung der Abgrenzung kann sich jedoch praktisch als sehr schwierig erweisen; vgl. etwa die umstrittene Entscheidung des BayObLG zu einem AIDS-Fall in JR 1990, 473 f.

<sup>10</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 1), § 6 Rn. 190.

<sup>11</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 11 Rn. 107.

<sup>12</sup> *P. Frisch*, Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten, 1973, S. 118 ff.

<sup>13</sup> *Eser*, in Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, § 216 Rn. 11 a; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 191.

<sup>14</sup> *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 1996, S. 590 f.

<sup>15</sup> *Z. B. Kühl*, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2002, § 17 Rn. 87; *Rengier*, (Fn. 3) § 20 Rn. 12.

<sup>16</sup> Um so mehr gilt das Wort Erich Kästners: Leben ist immer lebensgefährlich.

recht Denkenden<sup>17</sup> – ist eigentlich keine, weil sie nur einen unscharfen Begriff durch eine unscharfe Formel ersetzt.

Es ist daher gut verständlich, dass die Anwendbarkeit von § 228 StGB mit dem Einwand der Verfassungswidrigkeit bezweifelt wird.<sup>18</sup> Die Vorschrift wirke strafbegründend, weil sie einen Rechtfertigungsgrund einschränke, und sei daher am Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen. Der völlig unbestimmte Begriff des Sittenverstoßes beeinträchtigt die Vorhersehbarkeit staatlichen Strafens.

Durchgesetzt hat sich diese Auffassung zwar nicht. Sie hat aber Spuren in der Anwendung der Vorschrift hinterlassen. Einig ist man sich darin, dass sie restriktiv ausgelegt werden muss und dafür feste Bezugspunkte nötig sind. In diesem Zusammenhang wird insbesondere auf das Gewicht des Rechtsguttsangriffs abgestellt.<sup>19</sup> Zusätzlich soll der mit der Tat verfolgte Zweck berücksichtigt werden, was freilich umstritten ist.<sup>20</sup> Meinungsunterschiede bestehen auch darüber, ob ein Sittenverstoß allein daraus abgeleitet werden kann, dass die Tat Rechtsvorschriften verletzt. Teilweise wird ein solcher Schluss abgelehnt.<sup>21</sup> Gerade im Zusammenhang mit dem Konsum von Rauschgift wird aber auch die gegenteilige Auffassung vertreten. Danach soll sich unmittelbar aus dem Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz die Sittenwidrigkeit ergeben.<sup>22</sup>

Dieser disparate, schwer überschaubare Meinungsstand lässt den Wunsch aufkommen, dass die Rechtsprechung Klarheit schaffen möge.

<sup>17</sup> So die im Zusammenhang mit § 138 BGB vom Reichsgericht entwickelte Formel.

<sup>18</sup> Z. B. NK-Paeffgen, StGB, § 228 Rn. 43, 50.

<sup>19</sup> Z. B. Hirsch in LK, StGB, 11. Aufl., § 228 Rn. 9; Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 9 Rn. 20.

<sup>20</sup> Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl. 2001, § 228 Rn. 10; LPK-Kindhäuser, StGB, 2002, § 228 Rn. 10 f.

<sup>21</sup> Stree, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 228 Rn. 11.

<sup>22</sup> Arzt/Weber, Strafrecht BT, 2000, § 6 Rn. 33.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Nach Klärung einer Vorfrage zu den Konkurrenzen<sup>23</sup> gelangt die Entscheidung sehr zügig zur Annahme tater-schaftlichen Handelns des A, zur Bejahung einer vorsätzlichen Körperverletzung durch Herbeiführung eines Rauschzustandes und zu der Feststellung, dass der Tod des B, wie nach § 227 StGB erforderlich, aus der spezifischen, durch die Körperverletzung hervorgerufenen Gefahr resultierte. Danach befasst sie sich mit der Frage einer Rechtfertigung durch Einwilligung, insbesondere mit dem Merkmal der Sittenwidrigkeit in § 228 StGB und damit zusammenhängenden Irrtumsproblemen.

In einigen der umstrittenen Fragen zur Sittenwidrigkeit **legt der BGH sich fest:**

- Wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken muss der Begriff der Sittenwidrigkeit auf seinen Kern beschränkt werden. Das Anstandsgefühl aller<sup>24</sup> billig und gerecht Denken, also nicht nur das einzelner Gruppen oder des Strafgerichts, muss verletzt sein, und zwar zweifelsfrei.
- Die Verletzung gesetzlicher Verbote begründet, für sich genommen, noch keine Sittenwidrigkeit. Das gilt vor allem dann, wenn die Verbote vorwiegend Rechtsgüter der Allgemeinheit schützen, wie die Strafvor-

<sup>23</sup> Die Frage lautet: Wird § 227 StGB durch § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG (Verabreichen von Betäubungsmitteln mit Todesfolge) im Wege privilegierender Spezialität verdrängt, weil diese Regelung höhere Anforderungen an die Fahrlässigkeit (Leichtfertigkeit) stellt und eine niedrigere Strafraumenuntergrenze aufweist? Nein, sagt der BGH und führt dafür an, dass eine Tat nach § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG nicht zwingend mit einer Körperverletzung verbunden sei (NJW 2004, 1054).

<sup>24</sup> Die Unterstreichung ist so auch in der Entscheidung enthalten (Urteil v. 11. 12. 2003 – 3 StR 120/03, S. 10, veröffentlicht unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)).

schriften des Betäubungsmittelrechts.<sup>25</sup>

- Da die Sittenwidrigkeit der Tat zu beurteilen ist, sollte maßgeblich darauf abgestellt werden, „ob die Körperverletzung wegen des besonderen Gewichts des jeweiligen tatbestandlichen Rechtsgutsangriffs, namentlich des Umfangs der vom Opfer hingenommenen körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung und des Grades der damit verbundenen weiteren Leibes- oder Lebensgefahr, als unvereinbar mit den guten Sitten erscheint“<sup>26</sup>.

Dagegen meint der BGH sich nicht festlegen zu müssen in der Frage, ob für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit auch mit der Tat verfolgte weitergehende Zwecke zu berücksichtigen sind. Solche lägen hier nicht vor, weil die Beteiligten nicht mehr als den Körperverletzungserfolg, nämlich den Rauschzustand, bezweckt hätten.<sup>27</sup>

Bei der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben auf den Fall gelangt der BGH zu dem Ergebnis, dass die Tat des A wegen der **Schwere des Rechtsgutsangriffs** sittenwidrig gewesen sei, denn der körperlich stark geschwächte und alkoholisierte B sei durch das Verabreichen des Betäubungsmittels in konkrete Todesgefahr geraten.

In der anschließenden Erörterung möglicher Irrtümer macht das Gericht darauf aufmerksam, dass es Hinblick auf die Schwere des Rechtsgutsangriffs zur Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB kommen kann. Habe der Täter das Ausmaß der Gefahr verkannt, etwa weil er nicht gewusst habe, wie stark B kör-

perlich geschwächt und alkoholisiert gewesen sei und weil er die Wirkung des Heroins als normal empfunden habe, so sei er einem **Erlaubnistatstandsirrtum** erlegen gewesen. Unter Anwendung von § 16 Abs. 1 StGB müsse dies zur Verneinung einer Strafbarkeit wegen Körperverletzung mit Todesfolge führen. A könne dann nur wegen fahrlässiger Tötung gem. § 222 StGB bestraft werden.

Auf einen methodischen Aspekt der Entscheidung ist noch hinzuweisen. Der BGH meint, die Sittenwidrigkeit sei weniger normativ-wertend als vielmehr **empirisch** zu ermitteln, weil außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien anzuwenden seien. Wer nun erwartet, auf soziologische Untersuchungen zu Moralvorstellungen in der Gesellschaft zu treffen, wird enttäuscht. Die Empirie erschöpft sich in dem Satz: „Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass der Konsum illegaler Drogen nach heute allgemein anerkannten, nicht anzweifelbaren Wertvorstellungen generell noch als unvereinbar mit den guten Sitten angesehen wird.“<sup>28</sup>

Dieser – durchaus bemerkenswerte – Satz ist in der Sache allerdings nicht das letzte Wort, weil der BGH, wie dargelegt, maßgeblich auf die Schwere der Rechtsgutsverletzung abstellt.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Empfohlen sei, sich als **Tendenz** der Entscheidung zu merken: **Weniger Moral, mehr Rechtsgutsbezug!** Der BGH verstärkt damit eine Position, die auch in der Literatur vorherrscht.

Danach müssen in der Fallbearbeitung sorgfältig die Gefahrenmomente analysiert werden, die mit der Körperverletzung verbunden sind. Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist stets dann überschritten, wenn sich aus den Fallumständen eine konkrete Todesgefahr ergibt.

<sup>25</sup> Als primäres Schutzgut des Betäubungsmittelstrafrechts gilt die Volksgesundheit; vgl. *Körner*, BtMG, 5. Aufl. 2001, § 29 Rn. 209.

<sup>26</sup> BGH NJW 2004, 1054, 1056.

<sup>27</sup> Überzeugend ist das nicht. Eine Körperverletzungshandlung, auf die sogar § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB anwendbar ist, liegt bereits mit dem Einstich in den Arm vor. Mit ihr wurde der weitergehende Zweck des Konsums illegaler Drogen angestrebt.

<sup>28</sup> BGH NJW 2004, 1054, 1056.

Haben damit die „**billig und gerecht Denkenden**“ ausgedient? Wohl nicht. Einmal deswegen nicht, weil offen geblieben ist, ob auch weitergehende Zwecke die Sittenwidrigkeit begründen können. Diese lassen sich kaum ohne Rückgriff auf allgemeine ethisch-normative Erwägungen bewerten. Zum anderen ist auch die Rechtsgutbetrachtung ethisch-normativ fundiert. Denn auch dafür bildet das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden die Grundlage. Wenn der BGH auf die Herbeiführung einer konkreten Todesgefahr abstellt, so beruft er sich dabei auf das „allgemeine sittliche Empfinden“<sup>29</sup>. Also: Die Argumentationsfigur des „Anstandsgefühls aller billig und gerecht Denkenden“ ist weiterhin für die Prüfung der Sittenwidrigkeit verwendbar. Man sollte auch von ihr Gebrauch machen, weil viele Prüfer sie erwarten. Mehr als ein Prüfungseinstieg ist mit ihr aber nicht zu bewerkstelligen. Danach sollten sofort Konkretisierungsbemühungen einsetzen. Nimmt man die BGH-Entscheidung zum Vorbild, dann müssten sie hauptsächlich eine rechtsgutsbezogene Gefahrenanalyse zum Gegenstand haben.

Was die offen gebliebene Frage nach der **Bedeutung von Zwecken** angeht, so gilt Folgendes. Es ist durchaus vertretbar, zusätzlich zu rechtsgutsbezogenen Erwägungen auch mit der Tat verfolgte weitergehende Zwecke zu berücksichtigen. Dagegen sollte die Sittenwidrigkeit nicht allein mit derartigen Zwecken begründet werden.<sup>30</sup> Das verbietet schon der Gesetzeswortlaut, der die „Tat“ zum Bezugspunkt der Sittenwidrigkeitsbeurteilung macht.

Die Entscheidung gibt noch Anlass zu **zwei Hinweisen für die Fallbearbeitung**, die nicht mehr das Kernproblem betreffen.

Bei der Abgrenzung zwischen der Teilnahme an einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung und der täterschaftli-

chen einverständlichen Fremdgefährdung sollte die subjektive Theorie der (älteren) Rechtsprechung<sup>31</sup> auch deswegen nicht zugrunde gelegt werden, weil der BGH sie selbst in diesem Zusammenhang nicht benutzt. Wie schon in früheren Entscheidungen<sup>32</sup> verwendet er das Kriterium der Tatherrschaft. Ohnehin wird eine Konvergenz der Theorien konstatiert.<sup>33</sup> Daher gilt auch generell: Bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme sollte die rein subjektive Theorie lediglich noch als abzulehnende Meinung verarbeitet werden; ernsthaft vertreten lässt sie sich nicht mehr.<sup>34</sup>

Wie unter 2. gezeigt, kann das Problem der einverständlichen Fremdgefährdung auch schon auf der Tatbestandsebene angesprochen werden. Das ist allemal vertretbar. Dabei kann es allerdings zu einem Verbrauch der Argumente kommen. Wird etwa schon bei der objektiven Zurechenbarkeit und / oder bei der Pflichtwidrigkeit ausgiebig das Ausmaß der Gefährdung behandelt, so kann die nochmalige Erörterung im Rahmen der Einwilligung zu gebetsmühlenartigen Wiederholungen führen. Das lässt es zweckmäßig erscheinen, die Problematik erstmals im Zusammenhang mit der Einwilligung anzusprechen.

Ein abschließendes Wort noch zur Bedeutung der Entscheidung für die **Verfahrenspraxis**. Der Hinweis auf die Notwendigkeit empirischer Feststellungen zu gesellschaftlichen Überzeugungen könnte Verteidiger dazu anregen, entsprechende Beweisanträge zu stellen. Sie dürften jedoch erfolglos bleiben. Den Ablehnungsgrund gibt der BGH vor, wenn er die „allgemein gültigen, vernünftigerweise nicht anzweifelbaren sittlichen Maßstäbe“ als „allge-

<sup>29</sup> BGH NJW 2004, 1054, 1056.

<sup>30</sup> Vgl. *Stree*, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 228 Rn. 11.

<sup>31</sup> Darstellung bei *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 515.

<sup>32</sup> Vgl. *Eser*, in Schönke/Schröder (Fn. 13), § 216 Rn. 11.

<sup>33</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rn. 516.

<sup>34</sup> So z. B. auch *Ebert*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 189.

meinkundig<sup>35</sup> bezeichnet.<sup>36</sup> Merkwürdig daran ist jedoch, dass er gleichwohl mehrere Seiten benötigt, um diese all-gemeinkundigen Wertmaßstäbe heraus-zuarbeiten.

## 5. Kritik

Lob verdient, dass der BGH die verfas-sungsrechtlichen Bedenken gegen § 228 StGB ernst nimmt und um eine restriktive Auslegung bemüht ist. Ob mit der vom Einzelfall abhängigen Ori-entierung an der Gefahrenlage viel an Rechtssicherheit gewonnen ist, kann bezweifelt werden. Es ändert sich nichts am Grundproblem des § 228 StGB: Das Merkmal der Sittenwidrigkeit ist ein **Fremdkörper** im Strafrecht (und mög-licherweise im Recht überhaupt). Das zeigt ein kurzer Blick auf Rechtsge-schichte und Rechtsphilosophie.

In der Philosophie der Aufklärung vollzieht sich die begriffliche Trennung von positivem Recht und moralischen Wertvorstellungen.<sup>37</sup> Danach kann und darf die Einhaltung des Rechts, welches das äußere Zusammenleben der Men-schen regelt, erzwungen werden (bei-spielsweise durch Strafe); dagegen ist die Ausrichtung an moralischen Anfor-derungen der freien Entscheidung des Einzelnen zu überlassen, die er nach seiner inneren Überzeugung zu treffen hat.<sup>38</sup>

Es hat immer wieder Einwände ge-gen eine strikte Trennung von Recht und Moral gegeben. Die Gegenpositio-nen führen jedoch geradewegs zu den

Problemen, die für den Umgang mit § 228 StGB kennzeichnend sind.

Als Beispiel sei Georg Jellinek (1851–1911) genannt. Er sah im Recht das „ethische Minimum“<sup>39</sup>, also so et-was wie den moralischen Mindeststan-dard der Gesellschaft. Was moralisch richtig sei, könne aus dem jeweiligen Zustand der Gesellschaft unter Verwen-dung empirisch-wissenschaftlicher Me-thoden<sup>40</sup> leicht abgeleitet werden.<sup>41</sup>

Damit wird aus der Moral ein Pro-dukt von Umfragen. Und der Einzelne muss sich, soweit die Moral mit Rechts-zwang verbunden ist, der Mehrheits-moral fügen. Das ist unvereinbar mit dem Leitbild menschlicher Freiheit, an dem sich das moderne Recht orientiert. Auch methodisch ist ein solcher Ansatz nicht hinnehmbar. Verkannt wird der fundamentale Unterschied zwischen Sein und Sollen; aus Tatsachen, seien sie naturwissenschaftlich oder soziolo-gisch ermittelt, lassen sich keine mora-lischen Wertentscheidungen ableiten.<sup>42</sup>

Was folgt daraus? Man streiche die Sittenwidrigkeitsklausel! Soweit es un-umgänglich ist, die Einwilligung in Kör-perverletzungen zu begrenzen, sollte eine gesetzliche Regelung gefunden werden, die den Rückgriff auf die Moral vermeidet und den verfassungsrechtli-chen Bestimmtheitsanforderungen ge-recht wird. Mit der Orientierung an der Rechtsgutsgefährdung weist der BGH immerhin einen gangbaren Weg. Der Gesetzgeber sollte handeln.<sup>43</sup>

(Dem Text liegt ein Entwurf von Stefan Zimmermann zugrunde.)

<sup>35</sup> BGH NJW 2004, 1054, 1056.

<sup>36</sup> Die Allgemeinkundigkeit ist ein Unterfall der Offenkundigkeit (vgl. *Volk*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. 2002, § 23 Rn. 11), auf die die Ab-lehnung eines Beweisantrags gem. § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gestützt werden kann.

<sup>37</sup> *Hofmann*, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, 2002, S. 8

<sup>38</sup> Vgl. *Kant*, Metaphysik der Sitten, Tugend-lehre, Werkausgabe Bd. 8, hrsg. von Wilhelm Weischedel, 1997, S. 512: „Die Tugendpflicht ist von der Rechtspflicht wesentlich darin zu unterscheiden, daß zu dieser ein äußerer Zwang moralisch möglich ist, jene aber auf dem freien Selbstzwang allein beruht.“

<sup>39</sup> *G. Jellinek*, Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 1878, S. 42.

<sup>40</sup> Vgl. *Kersten*, Georg Jellinek und die klassi-sche Staatslehre, 2000, S. 332 ff.

<sup>41</sup> *G. Jellinek* (Fn. 39), S. 19.

<sup>42</sup> *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Bd. 1, 1992, S. 69 ff.; vgl. auch *Hof-mann* (Fn. 37), S. 10.

<sup>43</sup> Vgl. auch *Mosbacher*, Strafrecht und Selbst-schädigung, 2001, S. 188.