

Mit der Sittenwidrigkeit gegen Hooliangewalt – das Ende der „Dritten Halbzeit“?

Ein Beitrag zu den Grundlagen und zur Reichweite der Einwilligungsschranke des § 228 StGB nach der Rechtsgutslösung*

Von Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg

I. Einführung

Der Begriff des Hooliganismus steht im heutigen Sprachgebrauch vor allem für gewaltbereite Fangruppen des Fußballsports.¹ Während das Spielresultat zweitrangig ist, kommt es Hooligans primär darauf an, vor und nach dem Spiel in der sog. Dritten Halbzeit Gewalt austauschen zu können.² Im Zentrum des Interesses stehen nicht nur einzelne „Gewalttäter Sport“,³ die rund um das Stadion Gewalt suchen. Auch für die polizeiliche Gefahrenabwehr sind heute gewaltbereite Gruppen wie die „Brigade Nassau“ oder die „Freecastle Boys“ prägend.⁴ Nachdem Staat und Vereine der Gewalt im und am Stadion verstärkt entgegengetreten sind, hat sich die Hooliangewalt auch auf sog. Matches verlagert, die gegnerische Gruppen an abgelegenen Orten wie Feldern oder Wiesen austragen.⁵ Fernab des Stadions und nicht notwendig in einem direkten Zusammenhang zu einem konkreten Spiel⁶ schlagen und treten sich die verabredeten Gruppen in sog.

Drittort-Auseinandersetzungen. Bei diesen zumeist nur wenige Minuten dauernden Kämpfen, die eine Gruppe als Sieger erweisen sollen,⁷ nehmen sie Verletzungen ihrer Gegner in Kauf.

Wenn Hooligans Unbeteiligte angreifen oder die Auseinandersetzungen mit der gegnerischen Gruppe nicht abgesprochen sind, ruft die Hooliangewalt unschwer insbesondere die Körperverletzungsdelikte auf den Plan.⁸ Wenn sich Hooligans aber verabredungsgemäß auf abgelegenen Plätzen gegenseitig verletzen und sich Dritten gegenüber nicht aggressiv verhalten, wirft die „Dritte Halbzeit“ primär⁹ ein Kernproblem der mindestens rechtfertigend wirkenden¹⁰ Einwilligung auf.¹¹ Wir müssen anhand der Einwilligungsschranke der „guten Sitten“ (§ 228 StGB) Farbe bekennen, ob wir die körperliche Unversehrtheit auch paternalistisch mit dem Strafrecht schützen wollen.

Damit betreten wir das weite Feld der Kriminalisierungsgrenzen. Sie machen seit mehr als einem Jahrzehnt das zentrale Themenspektrum aus, das *Andreas v. Hirsch* instruktiv bearbeitet.¹² Er hinterfragt aus einer liberalen Perspektive

* Der *Andreas v. Hirsch* zu seinem 80. Geburtstag am 16.7.2014 gewidmete Beitrag bespricht zugleich BGH, Beschl. v. 20.2.2013 – 1 StR 585/12 (LG Stuttgart) = BGHSt 58, 140 = HRRS 2013, Nr. 342.

¹ Zum Hooliganismus einschließlich der streitigen Genese des Begriffs in unserem Zusammenhang *Weigelt*, Die Subkultur der Hooligans, 2004, S. 13 ff.; *Krahm*, Polizeiliche Maßnahmen zur Eindämmung von Hooliangewalt, 2008, S. 25 ff.

² *Spoenle*, NStZ 2011, 552; *Böttger*, Forschungsbericht Nr. 71 des KFN Niedersachsen e.V., 1998, S. 9 f.

³ Hier handelt es sich um Personen, die bei der Zentralen Informationsstelle Sparteinsätze (ZIS) in der Datei „Gewalttäter Sport“ wegen des Vorwurfs von (Gewalt-)Straftaten im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen eingetragen sind, siehe zur polizei- und datenschutzrechtlichen Behandlung *Krahm* (Fn. 1), S. 96 f., 110 ff., 137 ff., 146 ff., 225 ff., 368 ff., und *Arzt*, NJW 2011, 352; zur polizeilichen Einordnung als „C-Fan“ und damit als gewaltsuchender Fan *Noll*, StRR 2013, 250 (251 ff.).

⁴ Zu diesen und anderen beispielhaft genannten Gruppen, die Eintracht Frankfurt bzw. dem SC Freiburg nahe stehen, siehe abermals *Weigelt* (Fn. 1), S. 80 ff., 96 ff. Zur polizeirechtlichen Dimension *Krahm* (Fn. 1), S. 61 ff., 137 ff., 413 ff. Etwa zur „Cosa Nostra“ des TSV 1860 München siehe OLG München BeckRS 2013, 18011. Als häufig bezeichnet die Hooligankämpfe *Jahn*, JuS 2013, 945 (946).

⁵ Zum Ablauf sog. Matches bei „Drittortschlägereien“ *Spoenle*, NStZ 2011, 552 f.; *Weigelt* (Fn. 1), S. 102 ff.; *Ryser*, Feld-Wald-Wiese, 2010, passim, und näher unten V. 3. zu einer einschlägigen Gerichtsverhandlung siehe

<http://www.badische-zeitung.de/emmendingen/sportliches-kr-aeftemessen-oder-gefaehrliche-koerperverletzung-33198259.html> (4.10.2014).

⁶ *Spoenle*, NStZ 2011, 552 f.; verfolge auch den Link in Fn. 5.

⁷ *Weigelt* (Fn. 1), S. 104; *Ryser* (Fn. 5), S. 19, 23 ff.; verfolge auch den Link in Fn. 5.

⁸ Dazu nur beispielhaft BGHSt 58, 140 (151 f.). Entsprechende Fälle können auch am Rande geplanter Drittort-Auseinandersetzungen auftreten, siehe *Böttger* (Fn. 2), S. 11 f., 14 f.; OLG München BeckRS 2013, 18011.

⁹ Zu denken ist auch an einen Landfriedensbruch gemäß § 125 StGB. Er liegt indes regelmäßig nicht vor, dazu m.w.N. *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955): Gewalt wird innerhalb einer Menschenmenge verübt; ähnlich letztlich *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (553 f.); *Rackow*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafrechtsgesetz, Stand: 1.7.2014, § 125 Rn. 11.

¹⁰ Insoweit für die bekanntlich lediglich rechtfertigende h.M. nur BGHSt 49, 166 (169 ff.); 35, 246 (250 f.); 45, 219 (224 f.); m.w.N. *Engländer*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafrechtsgesetz, Kommentar, 2013, Vor § 32 Rn. 15. Für den Tatbestandsausschluss *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 12 ff.; *Rönnau*, Jura 2002, 595 (597 f.), der dies auf das Basismodell stützt; für die Interpretation als Zurechnungsausschlussgrund auch m.w.N. *Jäger*, in: Müller-Dietz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag am 23. April 2007, 2007, S. 345 (349 ff.).

¹¹ Bei Hooligankämpfen für die Strafbefreiung AG Esslingen, Urte. v. 30.6.2008 – 3 Ds 2 Js 73015a/05; LG Stuttgart, Urte. v. 2.11.2010 – 42 Ns 2 Js 73015/05: nicht alles Geschmacklose sei verboten (Entscheidungen zitiert nach *Spoenle*, NStZ 2011, 552 f.); siehe auch den Link in Fn. 5; nun anders tendierend BGHSt 58, 140.

¹² Dafür siehe nur *v. Hirschs* Beiträge in seinem Band *Fairness, Verbrechen und Strafe*, 2005, S. 69 ff. (Rechtsgut und

nicht zuletzt die Leistungskraft der Gründe, die einen nur eingeschränkt freien Umgang mit dem eigenen Körper legitimieren sollen.¹³ Nicht immer in Übereinstimmung mit seinem dezidiert transpositivistischen Ansatz,¹⁴ jedoch im Geiste seiner kritischen Fragestellung sollen die folgenden Ausführungen dazu beitragen, die zuletzt freiheitsrechtlich gestützte Schranke der guten Sitten vor einer Remoralisierung zu bewahren. Konkret erörtere ich damit anhand einer jüngeren Leitentscheidung, ob wir den einvernehmlichen Dritort-Auseinandersetzungen mit den Körperverletzungsdelikten entgegnetreten sollten.

Im Einzelnen skizziert und bestätigt der Beitrag zunächst die sog. Rechtsgutslösung, die in der Praxis eine einschränkende und entmoralisierende Auslegung der guten Sitten bewirkt hat (II.). Der Aufsatz zeigt, dass der *I. Strafsenat* des BGH anhand der Gruppengewalt nun eine Renaissance der Sittenwidrigkeit einläutet, die vorwiegend die Hooligangewalt treffen soll (III.). Die damit vom BGH vorgestellte weite Interpretation der Rechtsgutslösung wird auf den Prüfstand gestellt (IV.). Ich werde geltend machen, dass auch für die Dritort-Auseinandersetzungen der Hooligans eine eng konturierte Rechtsgutslösung greifen muss, während uns eher schwach bemäntelte moralische Verurteilungen organisierter Hooligangewalt nicht leiten dürfen (V.).

II. Die Einschränkung der Sittenwidrigkeitsschranke durch die Rechtsgutslösung

Eingangs müssen wir uns die noch immer bemerkenswerte Einschränkung vor Augen führen, die den guten Sitten des § 228 StGB in den letzten Jahren in Gestalt der Rechtsgutslösung widerfahren ist (1.). Obschon sich diesem Ansatz kritische Fragen stellen lassen, ist er doch immerhin de lege lata eine belastbare Grundlage der zukünftigen Rechtspraxis (2.).

1. Enger Rechtsgutsbezug anstatt Moralstandards

Die Sittenwidrigkeit fungiert als objektive Schranke der strafbefreiend wirkenden Einwilligung. Ein Verstoß gegen die guten Sitten wurde ursprünglich als Widerspruch zur moralischen Mehrheitsmeinung konstruiert.¹⁵ Vergleichsweise wort-

Harm Principle), S. 85 ff. (Rechtsgut und Deliktsstruktur), und etwa S. 109 ff. (Belästigungsprinzip).

¹³ Dazu vornehmlich anhand des § 216 StGB v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671, und v. *Hirsch/Neumann/Seelmann* (Hrsg.), *Paternalismus im Strafrecht*, 2010, passim.

¹⁴ Siehe hierfür etwa v. *Hirsch* (Fn. 12), S. 69 ff., 109 ff. Zur eigenen Position insoweit schon näher *Gaede*, *Der Steuerbetrug*, im Erscheinen bei *Nomos* in der Reihe *Neue Schriften zum Strafrecht*, Kap. C III. 2.

¹⁵ Deutlich anders noch RGSt 74, 91 (93 ff., zum Ausschluss der Unzucht); BGHSt 4, 24 (31 f., aber schon mit Kritik und dem Gebot zur engen Auslegung); 4, 88 (91 f.): „gesundes“ Rechtsempfinden entscheidet; heute aber etwa *Jahn*, JuS 2013, 945 (946): Formel „hat ausgedient“; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 228 Rn. 17. Siehe noch in jüngeren Ent-

lautnah sollte in § 228 StGB ein Verweis auf die vorherrschenden und positiv zu bewertenden Sitten liegen. Wenn die Tat dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widersprach und damit moralische Maßstäbe missachtete, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können,¹⁶ entzog das Strafrecht dem Opfer die Befugnis, über seinen Körper selbstbestimmt zu verfügen.

Vornehmlich im Kontext der sadomasochistischen Sexualität hat sich das Meinungsbild aber verschoben. Wir treffen nicht nur auf eine gewandelte Sozialmoral. Seit einer Leitentscheidung des *2. Strafsenats* des BGH¹⁷ aus dem Jahre 2004 herrscht auch in der Praxis eine veränderte Begründungsstruktur vor. Die Schranke der guten Sitten wird nicht mehr durch eine allgemeine moralische Bewertung aus der Perspektive einer sittlich gefestigten Mehrheit ausgefüllt. Mit der sog. Rechtsgutslösung¹⁸ verstehen wir § 228 StGB nun vielmehr ganz wörtlich, indem wir die Sittenwidrigkeit nur noch aus der Tat im engen strafrechtsdogmatischen Sinne ableiten: Einzig die von der Tathandlung drohenden tatbestandlichen Verletzungen vermögen die Sittenwidrigkeit zu begründen.¹⁹ Danach hat der BGH die Grenze zur Sittenwidrigkeit bisher nur dann als überschritten angesehen, wenn der Einwilligende bei vorausschauender Betrachtung durch die Tathandlung in eine konkrete Lebensgefahr gebracht werden konnte.²⁰

scheidungen BayObLG NJW 1999, 372 (373), und begrifflich BGHSt 49, 34 (41 ff.).

¹⁶ So noch BGHSt 49, 34 (41); im kritischen Sinne *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 2; *Sternberg-Lieben* (JZ 2013, 953 [954]) verweist nur auf Vorstellungen des Rechtsanwenders.

¹⁷ BGHSt 49, 166. Siehe aber auch schon BGHSt 38, 83 (87), und den Hinweis in BGHSt 58, 140 (144).

¹⁸ Diese prägnante und treffende Bezeichnung findet sich schon bei *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (954). Siehe in der Sache bereits früh in diese Richtung *Arzt*, *Willensmängel bei der Einwilligung*, 1970, S. 37 ff.

¹⁹ Für die heutige h.M. BGHSt 49, 166 (173 f.): Ab einem bestimmten Grad der körperlichen Beeinträchtigung oder einer möglichen Lebensgefahr komme der Einwilligung allein grundsätzlich keine rechtfertigende Wirkung mehr zu. Materiell auch BGHSt 49, 34 (40 ff.); zustimmend etwa m.w.N. *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431); *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 61. Aufl. 2014, § 228 Rn. 9a ff.; *Rengier*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 14. Aufl. 2013, § 20 Rn. 2; *Wessels/Hettinger*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 1, 38. Aufl. 2014, Rn. 318 f. Zum Hintergrund des Verbots der Rechtsgutsvertauschung *Sternberg-Lieben*, *Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht*, 1997, S. 512 ff.; *ders.*, JZ 2013, 953 (955 f.).

²⁰ Grundlegend BGHSt 49, 166 (173 f., zur Berücksichtigung des eingetretenen Körperverletzungserfolges und des damit verbundenen Gefahrengrades für Leib- und Leben des Opfers 170 f.). Weithin auch schon BGHSt 49, 34 (40 ff.); grundsätzlich begrüßend *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (954 ff.); später etwa BGHSt 53, 55 (62 f.); BGH HRRS 2012, Nr. 736; zu Faustschlägen gegen die Schläfe BGH HRRS 2010, Nr. 823.

Über diesen Ansatz wirken moralische Urteile nicht länger strafbegründend.²¹ Der strafausdehnend wirkende § 228 StGB wird nicht mehr als moralakzessorische Norm verstanden, die den aktuellen Moralstandard in die Körperverletzungsdelikte importiert. Da sich der Blick des Ansatzes nur auf die Gefahren und Wirkungen für den Körper richtet, werden die mit der Tat verfolgten Zwecke nicht mehr daraufhin geprüft, ob sie negativ zu bewerten sind. Der einschränkende Ansatz fragt lediglich, ob positiv zu bewertende Handlungszwecke das Verdikt der Sittenwidrigkeit ausnahmsweise noch verhindern.²² Dafür steht exemplarisch die Befugnis, in eine zur Lebensrettung gedachte und medizinisch indizierte Operation einwilligen zu dürfen, selbst wenn sie lebensgefährlich ist.

2. Einwände gegen die Rechtsgutslösung

Die geschilderte Deutung des § 228 StGB dominiert das heutige Meinungsbild.²³ Gleichwohl muss sich die jedenfalls für liberale Strafrechtstheoretiker wie *Andreas v. Hirsch* prima facie ansprechende Rechtsgutslösung kritischen Anfragen stellen. Sie sind auch hier knapp aufzugreifen:

a) Abkehr von moralischen Maßstäben und rechtsgutsindifferenten Zwecken

So mag man sich angesichts der Bezugnahme auf die „guten Sitten“ und infolge der traditionellen Einordnung des § 228 StGB als Verweis auf strafrechtsexterne Moralstandards fragen, ob die proklamierte und praktizierte Abwendung von diesen Standards nicht darauf gerichtet ist, das Gesetz wortlautfern zu korrigieren.²⁴ Wir könnten in diesem Sinne einen untauglichen Versuch erleben, eine unauflösbare Verbindung von Recht und Moral zu kappen.

Dem ist indes entgegenzuhalten, dass in der überkommenen Interpretation des § 228 StGB, die auf strafrechtsexterne

Moralstandards abstellt, infolge eines Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip schon keine verfassungskonforme Auslegungsalternative liegt.²⁵ Der Gesetzgeber würde uns nach dieser Ansicht über die guten Sitten auf die zum Tatzeitpunkt feststellbaren Sitten der vernünftigen Bevölkerungsmehrheit verweisen – egal, wie diese beschaffen sein mögen. Damit hätte das Parlament indes seine gemäß Art. 103 Abs. 2 GG nur ihm obliegende Aufgabe der Vorherbestimmung der Strafbarkeit kurzerhand auf eine diffuse und etwa zur Sexualmoral wandelbare gesellschaftliche Mehrheitsmeinung zurückdelegiert, ohne mit dem gesetzlichen Merkmal der guten Sitten auch nur im Ansatz ein im Voraus bestimmendes Programm aufgestellt zu haben. Überdies müsste ein solcher Blankettverweis auf Moralstandards streng genommen die empirische Feststellung der zeitgenössischen Moralvorstellungen voraussetzen.²⁶ Eben dieses Erfordernis hat die früher herrschende Interpretation in der Rechtspraxis indes nie eingelöst.²⁷ Wenn die Rechtsgutslösung demgegenüber von der Interpretation als Verweisungsnorm abkehrt und über das Rechtsgut eine Bestimmung leistet, liegt darin eine verfassungskonforme Auslegung der guten Sitten.²⁸ Ein anders gearteter Wortsinn der „guten Sitten“ steht ihr nicht entgegen, weil dieser denkbar dehnbar, auch von Gegenauffassungen eher als Platzhalter gebrauchte Begriff, die Ausrichtung an den absehbaren Folgen für das Rechtsgut der Norm durchaus gestattet. Schließlich wird gar nicht geleugnet, dass Recht und Moral gemeinsame Sollenssätze teilen und dass Rechtsvorschriften eine zunächst moralisch begründete Norm zu einem Rechtsatz werden lassen können. Hier muss das (Straf-)Recht aber den eigenen Bedingungen wie dem Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werden. Damit sich das Recht nicht freiheitswidrig gestaltet, darf es auf moralische Sätze nur gefiltert Bezug nehmen. Die zu reflektierende Verbundenheit von Moral und Recht spricht daher nicht dafür, über die Strafbarkeit im Wege einer schlichten Delegation auf Moralstandards zu entscheiden.

Verfängt aber vielleicht die ebenso geäußerte Kritik, dass eine exklusive Ausrichtung nach den Kriterien des Rechtsguts und damit nach den mit der Tat verbundenen Gefahren für die körperliche Unversehrtheit von vornherein unzu-

²¹ M.w.N. *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4; v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (162); siehe letztlich klar BGHSt 49, 166 (169 f.): Begriff der guten Sitten muss auf seinen rechtlichen Kern beschränkt werden; für einen Verweis auf außerrechtliche, ethisch-moralische Kategorien noch BGHSt 49, 34 (40 f.), aber bereits mit dem Gebot, sich auf einen (wie festzustellen?) Kern zu beschränken.

²² BGHSt 58, 140 (144); 49, 166 (171, 173, andeutend); *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 9, 10; v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (159 f.); *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 3 f., 6 ff.

²³ *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 6 ff.; *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 8 ff.; *Wessels/Hettinger* (Fn. 19), Rn. 318a; *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 2; *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); v. *der Meden*, HRRS 2013, 158; *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431).

²⁴ Es ist von einem „Abschied von der Sittenwidrigkeit“ die Rede, siehe *Kühl*, in: Pawlik u.a. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs zum 70. Geburtstag am 26. Juli 2007, 2007, S. 293 (299 ff.); für einen Eingriff in Rechte des Gesetzgebers *Kühl*, in: Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 521 (530 f.); siehe auch die primär methodischen Bedenken bei *Duttge*, NJW 2005, 260.

²⁵ Dafür vor allem bereits m.w.N. *Sternberg-Lieben*, in: Böse u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, 2009, S. 325 (332 ff.); *ders.*, JZ 2013, 953 (954): verfassungswidrige Delegation der Entscheidung über die Strafbarkeit; *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 38; *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2013, § 228 Rn. 43 ff.; dazu, dass auch dieser Ansatz die Verbundenheit von Ethik und Recht nicht verleugnen muss, siehe schon *Sternberg-Lieben* (Fn. 19), S. 138 ff.

²⁶ Siehe zunächst so BGHSt 49, 34 (41).

²⁷ So zieht sich BGHSt 49, 34 (41) kurzerhand auf eine vermeintlich zu behauptende Allgemeinkundigkeit der Sittenwidrigkeit zurück.

²⁸ Für eine zwingende, also verfassungskonforme Einschränkung etwa auch BGHSt 49, 166 (169 f.); *Jäger*, JA 2013, 634 (635); v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (159).

reichend sei? Dafür soll vornehmlich die These sprechen, dass sich die Tat nicht losgelöst von ihren Zwecken bewerten lasse.²⁹ Besonders die von der Rechtsgutslösung in die Beurteilung einbezogene medizinische Heilintention soll dies und zugleich die Inkonsequenz jenes Ansatzes belegen.³⁰

Indes bezieht schon das Gesetz die guten Sitten begrenzend auf die begangene Tat. Es rekurriert nicht auf die Beweggründe, die hinter der Einwilligung oder der Tat stehen mögen. Die Rechtsgutslösung berücksichtigt die körperliche Unversehrtheit als Rechtsgut der Norm. Da mit dem Rechtsgut zugleich der Schutzzweck der konkreten Strafnorm berücksichtigt wird, verkennt die Rechtsgutslösung keine Zwecke, die für die Gesetzesauslegung notwendig wären. Ebenso wenig ist sie inkonsequent: Der Zweck des medizinischen Heileingriffes ist berücksichtigungsfähig, weil er sich gerade auf eine langfristig positive Entwicklung des Rechtsgutes der körperlichen Unversehrtheit richtet.³¹ Etwa bei der vor allem in Schönheitsoperationen bestehenden Wunschmedizin kommt es hingegen nicht zu einer Privilegierung. Schließlich wird über die Handlungszwecke im Übrigen durchaus eine wertende Aussage getroffen: Egal wie die Zwecke ausgeprägt sind, werden sie als Ausdruck individueller Selbstbestimmung hingenommen. Sie sind für die Körperverletzungsdelikte, die nicht nebenbei die Menschenwürde oder etwa die öffentliche Ordnung strafrechtlich absichern sollen, gleichermaßen „gut“, weil die von § 228 StGB grundsätzlich vorausgesetzte („handelt nur dann rechtswidrig“) und verfassungsrechtlich geschützte Autonomie des Verletzten die Zwecke als akzeptabel vorgibt.

b) Prämisse der gesetzlichen Bestimmtheit

Allerdings könnte der auf Restriktion und Bestimmtheit bedachten Rechtsgutslösung vorzuhalten sein, dass sie schon an der mangelnden gesetzlichen Bestimmtheit des § 228 StGB scheitert. Infolge seines Rekurses auf die schillernden und beliebig ausfüllbar scheinenden guten Sitten³² könnte das Gesetz von vornherein unbestimmt sein.³³ Es könnte eine Legitimitätsprämisse fehlen, die eine erstmals bestimmende Rechtsprechung auch im Fall der Rechtsgutslösung nicht nachtragen könnte.

²⁹ Dafür *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 228 Rn. 10; *Duttge*, NJW 2005, 260 (261 f.); besonders strikt *Horn/Wolters*, in: *Wolter* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 57. Lfg., Stand: August 2003, § 228 Rn. 9: konstitutive Bedeutung des Zwecks, der auf die Straftatbegehung reduziert wird.

³⁰ So vor allem *Duttge*, NJW 2005, 260 (262): Selbstwiderspruch.

³¹ Gleiches gilt für die Organspende, die der Gesundheit eines Dritten dient, siehe für die Einbeziehung dieses Zwecks auch *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 6.

³² Siehe nur BGHSt 49, 34 (41): Begriff der guten Sitten für sich gesehen konturenlos.

³³ So m.w.N. zusammenfassend *Sternberg-Lieben* (Fn. 25), S. 332 ff.; *ders.*, JZ 2013, 953 (954); *Paeffgen* (Fn. 25), § 228 Rn. 43 ff.; *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, 2001, S. 169 ff.

Dieser Vorhalt hat Gewicht. In der Tat darf die vor einigen Jahren vom BVerfG stärker in den Vordergrund gerückte Mitverantwortung der Gerichte für eine bestimmte Strafrechtspraxis nicht bedeuten, das Gesetz formulierende Parlament aus seiner primären Bestimmungsaufgabe zu entlassen. Die Konkretisierungsleistung der Rechtsprechung setzt ein Gesetz voraus, das im Anschluss an den Gesetzgeber konkretisiert werden kann.³⁴ Der Gesetzgeber darf auf vorhersehbarkeitsfördernde Regelungsalternativen mindestens dann nicht verzichten, wenn er seine Gesetzgebungsziele mit ihnen verwirklichen kann.³⁵ Sieht man die guten Sitten als praktisch beliebig ausfüllbar an und bezieht man ein, dass der Gesetzgeber die Rechtsgutslösung in § 228 StGB wesentlich klarer hätte aussprechen können, liegt die nicht heilbare Unbestimmtheit der aktuellen Fassung des § 228 StGB nahe.³⁶

Gleichwohl darf nicht übersehen werden, dass die Anknüpfung an das von den §§ 223 ff. StGB mit Differenzierungen nach dem Gefahrengrad und dem Folgenausmaß geschützte Rechtsgut im Grunde auf der Hand liegt. Der vom Gesetzgeber geschaffene Normkontext des § 228 StGB, der durch § 216 StGB nochmals unterstrichen wird,³⁷ zeichnet sie vor. Der nicht zu leugnenden sprachlichen Offenheit der guten Sitten steht die am Gesetz ablesbare Ausrichtung der §§ 223 ff. StGB auf einen abgestuften Schutz von Leib und mittelbar des Lebens (siehe etwa die §§ 224 Abs. 1 Nr. 5, 227 StGB) gegenüber.³⁸ Hält man die Forderung, dass der Gesetzgeber vorhandene Alternativformulierungen, die zu einer bestimmteren Regelung führen, stets ausschöpfen muss, für überzogen, weil sie zugleich die Erreichung der vom Gesetzgeber angestrebten Schutz- bzw. Regelungsziele gefährden könnte, ließe sich § 228 StGB infolge der möglichen Anknüpfung an den abgestuften Rechtsgutsschutz der §§ 223 ff.

³⁴ Dazu näher *Gaede*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), AnwaltKommentar StGB, 2011, § 1 Rn. 25; beispielgebend BGH NJW 2004, 2990 (2991 f.); BGH NJW 2005, 374 (375 f.); noch kritischer etwa *Seebode*, in: *Seebode* (Hrsg.), Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 317 (342 f.); nur schwach angedeutet in BVerfGE 126, 170 (198 f.).

³⁵ Siehe abermals näher bereits m.w.N. *Gaede* (Fn. 34), § 1 Rn. 24 f.

³⁶ Siehe erneut *Sternberg-Lieben* (Fn. 19), S. 136 ff. Dies gilt auch deshalb, weil sie noch heute zu Rekursen auf das „Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden“ verleitet, siehe etwa *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (554); *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431).

³⁷ So verweist auch der BGH für die vorrangige Ausrichtung nach dem Grad der Gefährdung auf die Tötung auf Verlangen gemäß § 216 StGB (BGHSt 49, 166 [173 f.]): gesetzgeberische Wertung; für die Übertragung eines Rechtsgedankens etwa *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.). Zu diesem Punkt aber etwa ablehnend *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 15), Vor §§ 32 ff. Rn. 104 f. m.w.N.

³⁸ Dem kann zwar entgegengehalten werden, dass sich § 228 StGB gleichermaßen auf alle Fälle der §§ 223, 224, 227 StGB bezieht. Dennoch zeigt die Abstufung der Delikte noch immer, wonach der Gesetzgeber selbst differenziert.

StGB noch als hinreichend konkretisierbar erachten. In diesem Sinne legt auch das BVerfG noch immer großzügige Maßstäbe an die Präzision des Gesetzes an, um die Zukunftsfähigkeit der Gesetze und die prinzipielle Regelungsfähigkeit der Pönalisierungsvorstellungen des Parlaments zu erhalten.³⁹ Betrachten wir § 228 StGB aus der Perspektive der Rechtspraxis, welche die Bindungshärte des Bestimmtheitsgrundsatzes nach der Rechtsprechung des BVerfG bemisst, ist von der noch hinreichenden Konkretisierbarkeit des § 228 StGB auszugehen.

Bei der Konkretisierung der Norm ist der Rechtsgutslösung sodann eine bestimmtheitsfördernde Wirkung auch schwerlich abzuspüren. Sie bindet die Auslegung exklusiv an das Rechtsgutskriterium der drohenden Verletzungsgefahren.⁴⁰ Dies schließt insbesondere aus, dass der Normadressat beliebige, nicht schon über die §§ 223 ff. StGB erkennbare Wertungskontexte wie die Menschenwürde⁴¹ oder die öffentliche Ordnung⁴² heranziehen muss, um seine Strafbarkeit beurteilen zu können. Die erforderliche Rückbindung an das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit und damit der auf den Gesetzgeber zurückführbare Zweck der Strafnorm leitet und begrenzt die Auslegung. Erst recht stellt der Lösungsan-

satz nicht mehr auf die wandelbare und kaum belastbar festzustellende Moral der Allgemeinheit ab.⁴³

c) *Legitimation des hart paternalistischen Eingriffs*

Schließlich muss die Rechtsgutslösung noch immer angeben, weshalb die Strafbarkeit in den verbleibenden Fällen der Sittenwidrigkeit überhaupt legitim sein sollte. Darin liegt eine weitere und erneut verfassungsrechtlich verankerte Prämisse ihrer Begriffsarbeit. Wenn der Staat eine einvernehmliche Körperverletzung untersagt und bestraft, greift er nicht allein in Grundrechte des Täters ein.⁴⁴ Er nimmt zugleich dem Verletzten als Rechtsgutshaber Optionen, seinen freien Willen mit der Hilfe Dritter zu verwirklichen. Darin liegt ein indirekter Paternalismus,⁴⁵ der nicht nur in die allgemeine Handlungsfreiheit, sondern auch in die Freiheit der körperlichen Unversehrtheit des Verletzten und damit in sein Recht auf Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper rechtfertigungsbedürftig eingreift. Dieses Recht umfasst die Freiheit, mit seinem Körper ggf. unvernünftig umzugehen.⁴⁶ Allein der positivistische Verweis auf die Existenz des § 228 StGB genügt deshalb schon de lege lata nicht, um eine an den guten Sitten festgemachte Ausdehnung der Strafbarkeit wegen Körperverletzung zu begründen. Die mit § 228 StGB verbundenen Eingriffe in die Selbstbestimmung sind dem Staat vielmehr nur gestattet, wenn er mit ihnen legitime Ziele verhältnismäßig verfolgt.⁴⁷

Zur Tiefe der Eingriffe ist dabei daran zu erinnern, dass § 228 StGB nicht nur einen sog. weichen Paternalismus vorschreibt, der den Verletzten etwa durch strenge Anforderungen an den Nachweis der eigenverantwortlichen Rechtsgutpreisgabe vor übereilten Entscheidungen schützen soll.⁴⁸ Das Strafrecht ignoriert im Fall des § 228 StGB auch langfristig und intensiv durchdachte Entschlüsse; die guten Sitten setzen

³⁹ Dafür etwa BVerfGE 4, 352 (358); 71, 108 (115); 78, 374 (384, 389); 126, 170 (195 f.); auch zur Kritik abermals m.w.N. Gaede (Fn. 14), Kap. D. II. 1. b).

⁴⁰ Wie hier statt vieler Engländer (Fn. 10), § 228 Rn. 2 f.: Zweck muss auf die Verletzung des Körpers bezogen sein; *Hardtung*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 228 Rn. 24 f.; gegen die Rechtsgutsvertauschung auch m.w.N. wieder *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955 f.); siehe auch BGHSt 49, 166 (170), und BGHSt 49, 34 (41 f., 42 f.): gegen eine Automatik bei dem Ziel, Strafgesetze verletzen zu wollen (gegen *Horn/Wolters* [Fn. 29], § 228 Rn. 9). Allerdings wird die Berücksichtigungsfähigkeit der verfolgten Ziele dort noch offen gelassen.

⁴¹ A.A. m.w.N. Duttge, NJW 2005, 260 (261 ff.); speziell dagegen *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 [954]: Mutation der Freiheitsnorm; näher *ders.* [Fn. 25], S. 347 ff.). Andeutend auch BayObLG NJW 1999, 372 (373). Richtig erscheint es, bei einer besonderen Art und Weise der Tathandlung, die etwa durch eine expressive Erniedrigung oder rassistisch-diskriminierende Umsetzung die Menschenwürde verletzt, ein von den §§ 223 ff. StGB unabhängiges und ggf. selbst strafbewehrtes (siehe etwa § 185 Alt. 2 StGB) Verbot zu befürworten. Zum Verstoß gegen das BtMG beispielgebend ablehnend BGHSt 49, 34 (40 f., 42 ff.); *Jäger*, JA 2013, 634 (635).

⁴² Insoweit wäre für die Hooligangewalt zu bedenken, dass Hooligans Dritort-Auseinandersetzungen an Plätzen anstreben, die gerade nicht der allgemeinen Öffentlichkeit zugewandt sind, *Spoenle*, NSTz 2011, 552 (553): verfolgt von der dies missbilligenden Polizei, a.a.O., 554: keine Sittenwidrigkeit wegen der bloßen Möglichkeit der Wahrnehmung durch Außenstehende.

⁴³ Statt vieler so auch Engländer (Fn. 10), § 228 Rn. 2.

⁴⁴ Zu den insoweit zu beachtenden Maßstäben eingehend *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, passim; *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, passim; und *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III.

⁴⁵ Zu dieser Kategorie vgl. etwa *v. Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671; *du Bois-Pedain*, in: von Hirsch/Neumann/Seelmann (Fn. 12), S. 33 ff. Siehe aber für die ebenso verbreitete Erklärung als Tabu, das den einzelnen Betroffenen *gar nicht mehr* in den Blick nimmt, *Hardtung* (Fn. 40), § 228 Rn. 22 f.; siehe auch den Verweis auf die Generalprävention in BGHSt 49, 166 (171). Zur mangelnden Opferstrafbarkeit vgl. aber *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 228 Rn. 23.

⁴⁶ So im Kontext der Zwangsbehandlung zum Umgang mit dem eigenen Körper BVerfG NJW 2011, 2113 (2115): Freiheit zur Schädigung wohlverstandener eigener Interessen.

⁴⁷ Zur allgemeinen Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für staatliche Rechtseingriffe siehe neben den Quellen in der Fn. 43 anhand der Zwangsbehandlung BVerfG NJW 2011, 2113 (2114 f.), sowie *Sachs*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 1 Rn. 135, Art. 20 Rn. 145 ff.

⁴⁸ So aber sympathisch Engländer (Fn. 10), § 228 Rn. 4.

wie § 216 StGB eine hart paternalistische Schranke.⁴⁹ Für fremde Verletzungshandlungen entziehen wir dem Einzelnen noch immer partiell die Hoheit über seinen Leib, um das Tötungs- und Körperverletzungsverbot zu festigen.

Sind diese Eingriffe, die mit der Androhung einer tadelnden und ausgrenzenden Strafe noch vertieft werden, aber auch legitim? Erwägt man jene Frage ohne eine Bindung an die notwendig (verfassungs-)positivistisch ausgeprägte Ordnung des Rechts, spricht nicht zuletzt die fundamentale Bedeutung, die der Autonomie für die freiheitliche Rechtsordnung zukommt, dafür, dass jedenfalls eine hart paternalistische Norm im Umgang mit dem höchstpersönlichen eigenen Körper nicht zu überzeugen vermag.⁵⁰ Wollen wir jedoch für die geltende Verfassungs- und Strafrechtsordnung eine Aussage über die Rechtsgutslösung machen, müssen wir fragen, ob das Parlament befugt war, eine heute auf die Abwendung konkreter Lebensgefahren reduzierte Rechtsgutslösung als Schranke der individuellen Autonomie im Umgang mit dem eigenen Körper zu bestätigen.

Eben dies wird man grundsätzlich bejahen müssen. Die vorherrschende Rechtsgutslösung erklärt die Schranke der Sittenwidrigkeit über ihre Verweise auf § 216 StGB letztlich mit dem Schutz des Lebens.⁵¹ Geht es um eine konkret drohende Tötung von fremder Hand, bei der regelmäßig ein Tötungsvorsatz immerhin in Rede steht und der Täter hinsichtlich der Körperverletzung vorsätzlich handelt, kann sich der Staat wie bei § 216 StGB auf einen wirkungsvoll gebotenen Schutz des verfassungsrechtlich hochrangigen Lebens berufen.⁵² In § 228 StGB liegt insofern eine Ergänzung des primär mit § 216 StGB niedergelegten, im Kontext der medizinischen Behandlung allerdings eingeschränkten⁵³ Fremdtötungstabus. Wird die körperliche Unversehrtheit, welche die Existenz des Lebens vermittelt, einer qualifizierten Gefahr

ihrer Vernichtung durch Dritte ausgesetzt, wendet sich der über den Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG legitimierte Gesetzgeber unter der Billigung von BVerfG und EGMR⁵⁴ gegen eine absolut anerkannte Autonomie des Betroffenen. Er will das Leben als unersetzliche Prämisse der gleichen Existenz eines jeden umfassend sichern, indem er die tätige Auslöschung fremden Lebens als Handlungsoption negiert. Damit löst er den über die körperliche Unversehrtheit vermittelten Lebensschutz zwar in der Tat von der Beurteilung des Trägers jener Individualrechtsgüter ab; er schützt die Rechtsgüter paternalistisch in einer objektiv-rechtlichen Dimension. Darin lässt sich aber noch keine reine Moralisierung erblicken. Der Schutz bleibt auf die körperliche Unversehrtheit und auf das Leben bezogen; es wird nicht etwa eine allgemeine öffentliche Ordnung geschützt. Körperliche Unversehrtheit und Leben sind als Inhalte des Rechts schon in der Verfassung anerkannt (Art. 2 Abs. 2 GG). Ihre Beeinträchtigung betrifft nicht nur das Forum Internum, sondern die äußerliche Wirkungssphäre des jeweils anderen.⁵⁵ Vor diesem Hintergrund war der Gesetzgeber zwar nicht gezwungen, den noch über § 216 StGB hinausgehenden § 228 StGB zu erhalten. Bezieht man die Einschätzungsprärogativen des Parlamentes⁵⁶ und den prominenten Rang des Lebens in der Verfassung ein, lässt sich dem Gesetzgeber aber keine verfassungswidrige Entscheidung vorhalten.⁵⁷

Zudem ist zu betonen, dass die Rechtsgutslösung in ihrer bisherigen Form den Konflikt mit dem Selbstbestimmungsrecht erheblich vermindert. Entsprechend hat schon der BGH für diesen Ansatz geltend gemacht, dass der Staat mit ihm nur zur Vermeidung gravierender Verletzungen in die Selbstbestimmung des Rechtsgutshabers eingreift.⁵⁸ Die Autonomie des Rechtsgutshabers setzt sich demnach in einem größeren

⁴⁹ Hierfür nur v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671 (676 ff.).

⁵⁰ Dazu wieder m.w.N. *Sternberg-Lieben* JZ 2013, 953 (955 f.); *ders.* (Fn. 25), S. 339 ff.: keine Einschränkung auch bei irreversibler Verletzung bei eigenverantwortlichem Handeln ohne Folgen für Dritte; v. *Hirsch/Neumann*, GA 2007, 671; siehe ebenso *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4.

⁵¹ So hält BGHSt 49, 166 (171 f., 173) generalpräventiv-fürsorgliche Eingriffe nur bei einer Reflektion des Grades der möglichen Lebensgefahr (aber ebenso mit Rekurs auf Art und Gewicht des Körperverletzungserfolgs) für legitim, die Lebensrettung wird als kompensierender Zweck akzeptiert. Siehe dann auch BGH HRRS 2008, Nr. 962 (in NStZ 2009, 401 nicht abgedruckt); *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10a, 10b (aber mit Spannung zu Rn. 10: an § 226 StGB heranreichende Verletzungen).

⁵² Zur Anknüpfung an § 216 StGB siehe auch BGHSt 49, 166 (173 f.). Allerdings wird diese Anknüpfung dort verbal noch nicht so vollzogen, dass der Kontext des § 216 StGB stets notwendig wäre. Die bisher (vor BGHSt 58, 140) allein anerkannte Grenze der konkreten Lebensgefahr zeigt jedoch, dass eine Sittenwidrigkeit nach der Rechtsgutslösung bislang nur bei einem Bezug auf das Rechtsgut des Lebens bejaht wurde.

⁵³ Zu dem aktiv und passiv möglichen Behandlungsabbruch siehe nur BGHSt 55, 191.

⁵⁴ So insbesondere im Leitfall *Pretty vs. UK*, siehe zu ihm EGMR NJW 2002, 2851; siehe aber ebenfalls EGMR NJW 2013, 2953 (Koch vs. Germany).

⁵⁵ Dies lehnt sich indes nur partiell an einen etwa bei *Kant* verfolgten Rechtsbegriff an, da er nicht allein die Bezugnahme auf äußerliche Facta fordert, sondern die Konflikte wechselseitiger Willkür thematisiert, *Kant*, *Metaphysik der Sitten*, Original 1797/1798, hier zitiert nach der Akademie-Textausgabe 1902 ff., Bd. 6, Nachdruck, Berlin 1968, S. 203, 229 ff.

⁵⁶ BVerfGE 120, 224 (240 f.); 90, 145 (173, 175 ff., 182 f.); näher auch zu den zu beachtenden Grenzen *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III. 1. a), 2. c), d).

⁵⁷ Dies gilt indes nur dann, wenn die im Übrigen wirksame Einwilligung nach dem privilegierenden Modell des § 216 StGB bei der Strafzumessung berücksichtigt wird, siehe auch *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 9a.

⁵⁸ Für die Rspr. grundlegend BGHSt 49, 166 (170 f.): vom Gewicht der schweren Körperverletzung i.S.d. § 226 StGB; *Hirsch*, in: *Jähne/Laufhütte/Odersky* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11. Aufl. 2005, § 228 Rn. 9; *ders.* (Fn. 25), S. 181 ff.; m.w.N. *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 9a ff.; *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431). Früh in diesem Sinne schon *Arzt* (Fn. 18), S. 36 ff. Vorsichtig „im Grundsatz“ aber in BGHSt 58, 140 (144). Nicht völlig abschließend wohl *Duttge*, NJW 2005, 260 f.

Umfang als bisher durch. Erst recht wird nicht länger versucht, in einer freiheitlich-pluralistischen *Rechtsordnung* scheinbar allgemeine Moralstandards zu erzwingen.⁵⁹

III. Die Renaissance der Sittenwidrigkeit bei der Gruppengewalt

In der eingeschränkten Begriffsbildung nach der Rechtsgutslösung konnte man damit eine verfassungskonforme und de lege lata grundsätzlich befriedigende Klärung des strafrechtlichen Rückgriffs auf die guten Sitten erblicken. Der Burgfriede zur Sittenwidrigkeit ist nun aber Geschichte. Der *1. Strafsenat* des BGH hat in einer Leitentscheidung aus dem vergangenen Jahr die Gruppengewalt aufgegriffen und damit die klärungsbedürftige Reichweite der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsgutslösung ins Zentrum der Debatte gerückt.⁶⁰ Er könnte hiermit nicht nur für die Hooliangewalt eine Renaissance des Sittenwidrigkeitseinwandes auslösen.

1. Fallkonstellation der Entscheidung BGHSt 58, 140

Die Entscheidung des BGH betraf unmittelbar eine eher spontane Schlägerei unter Jugendgruppen. In ihrer Handlungsstruktur ähnelte der behandelte Fall aber weithin den einvernehmlichen Matches unter Hooligans.⁶¹

Nach wechselseitigen Provokationen hatten zwei Jugendgruppen verabredet, ihren Konflikt mit Faustschlägen und Fußtritten gegen Kopf und Körper auszutragen. Die Beteiligten billigten den Eintritt erheblicher Verletzungen. Im Verlauf der wechselseitigen Tätlichkeiten fügte die später angeklagte Gruppe um Z der gegnerischen Gruppe erhebliche Verletzungen zu. Ein Gegner verlor drei Zähne. Ein anderer wurde in einen Kampf in Überzahl verwickelt. Wehrlos am Boden liegende Gegner wurden wiederholt getreten. Es kam zu erheblichen Tritten und Schlägen gegen den Kopf. Eine absehbare oder tatsächlich konkrete Lebensgefahr hatte das Tatgericht nicht festgestellt.

2. Maßstäbe und Argumentation des 1. Strafsenats

Der *Senat* geht davon aus, dass eine wirksame Einwilligung bei einwilligungsfähigen Opfern, die eine zutreffende Vorstellung von der Tat besitzen,⁶² auch bei der Gruppengewalt

nur an der Schranke der guten Sitten scheitern konnte. Er bekräftigt, dass die Sittenwidrigkeit vorrangig nach den ausgelösten Gefahren für Leib und Leben zu bestimmen ist.⁶³ Der BGH bestätigt insbesondere, dass die Tat grundsätzlich sittenwidrig ist, wenn sie einen Menschen bei objektiver Betrachtung ex ante in eine konkrete Todesgefahr bringt.

Der *1. Strafsenat* betont nun aber, dass er die zumindest drohende konkrete Lebensgefahr, an welcher der BGH bisher immer angesetzt hatte, nicht als abschließend begreift.⁶⁴ Die Sittenwidrigkeit soll ebenso aus anderen, für die Rechtsgutgefährlichkeit relevanten Tatsachen folgen können. Bei wechselseitigen Tätlichkeiten zwischen mehreren Beteiligten liege die Sittenwidrigkeit bereits wegen der hier typischen gruppenspezifischen Prozesse und der mit ihnen verbundenen Eskalationsgefahr vor.⁶⁵ Die unkontrollierbare Gesamtsituation der Schlägerei führe generell zu einem hinreichenden Grad an Gefährdung für Leib und Leben. Hierfür stützt sich das Gericht ergänzend auf § 231 StGB. Mit dem Tatbestand der Beteiligung an einer Schlägerei wolle das Parlament Leib und Leben gezielt vor dem Gefährdungspotential der Gruppengewalt schützen.⁶⁶ Darin liege eine negative Bewertung der gruppenspezifischen Prozesse, die bei Einwilligungen unter rivalisierenden Gruppen zu berücksichtigen sei.

Das so naheliegende Verdikt der Sittenwidrigkeit von Gruppenauseinandersetzungen soll nach der Ansicht des *Senats* aber entfallen, wenn sportliche Regeln die Gefahren eindämmen und eine neutrale Person ihre Einhaltung überwacht.⁶⁷ Die fallbegleitende Pressemitteilung unterstreicht,

2000, 87 f.; präzisierend zur Heilbehandlung *Gaede*, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, 2014, S. 46 ff.

⁶³ M.w.N. BGHSt 58, 140 (143 f.); 49, 166 (170 f., 172 ff.); a.A. noch BGHSt 4, 24 (31 f.). Unrichtig dazu *Jäger*, JA 2013, 634 (636), wenn er darauf abstellt, dass für den BGH allein der Maßstab ex ante entscheidend sei (so aber etwa auch *Hardtung* [Fn. 40], § 228 Rn. 27); wie hier *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4; *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (954); *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (431 ff.). Der BGH berücksichtigt auch die tatsächlich eingetretenen und nicht nur die drohenden Rechtsfolgen. Weichen ex post und ex ante-Urteil zu Lasten des Opfers voneinander ab, sind regelmäßig Irrtumfragen entscheidend.

⁶⁴ M.w.N. BGHSt 58, 140 (143 f.); zur früheren Rechtsprechung BGHSt 53, 55 (63): Grenze zur Sittenwidrigkeit bei konkreter Todesgefahr überschritten und BGH HRRS 2012, Nr. 736; 2010, Nr. 823, sowie besonders deutlich, aber nicht tragend BGH HRRS 2008, Nr. 962 (in NSStZ 2009, 401 nicht abgedruckt).

⁶⁵ Zum Ganzen BGHSt 58, 140 (144 f.), mit Verweis auf *Pichler*, Beteiligung an einer Schlägerei (§ 231 StGB), 2010, S. 23 ff.

⁶⁶ BGHSt 58, 140 (149) im Anschluss an *Pichler* (Fn. 65), S. 39; zur überwiegenden, aber streitigen Einordnung als abstraktes Gefährdungsdelikt m.w.N. BGHSt 39, 305 (307 ff.); *Hohmann*, in Joecks/Miebach (Fn. 40), § 231 Rn. 2.

⁶⁷ BGHSt 58, 140 (146 ff.). Das Gericht bezieht sich insbesondere auf BGHSt 4, 88 (92), zum Boxkampf. Fehlt es an

⁵⁹ *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 2: Einzelner von moralischer Billigung anderer nicht abhängig; zum ausscheidenden empirischen Beleg des allgemeinen Urteils zu SM-Fällen BGHSt 49, 166 (173).

⁶⁰ BGHSt 58, 140. Siehe folgend insbesondere OLG München BeckRS 2013, 18011, allerdings zu einem Fall, in dem die Auseinandersetzung nicht an einem abgelegenen Ort stattfand und Dritte in Mitleidenschaft zog.

⁶¹ Zur Übertragbarkeit neben der Pressemitteilung 52/2013 des BGH wie hier etwa *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.); *Jahn*, JuS 2013, 945 (947); *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481): wegweisend für Drittortauseinandersetzungen; sogleich als Kampf unter Fußballfans ausgehend (!) *Noll*, StRR 2013, 250 f.

⁶² Zur maßgeblichen Vorstellung von dem voraussichtlichen Verlauf und den möglichen Folgen des zu erwartenden Angriffs vgl. etwa auch BGH HRRS 2013, Nr. 75; BGH NSStZ

dass gefährliche Mannschaftssportarten damit regelmäßig zulässig bleiben.⁶⁸ Für Schlägereien fernab des organisierten Sports weist der BGH dagegen darauf hin, dass diese selbst dann strafbar sein dürften, wenn die Beteiligten die Art des Kampfes näher verabreden: Die typische, abstrakt-generelle Eskalationsgefahr begründe noch immer die Sittenwidrigkeit, wenn und weil dort keine Instrumentarien absehbar seien, die gravierende Verletzungen verhüten können. Fehlen risikobegrenzende Regeln über die Bedingungen der wechselseitigen Auseinandersetzung, erhöhe dies vielmehr regelmäßig die Gefahr, dass das Tatgeschehen über das von der Einwilligung Gedeckte hinaus führt.⁶⁹ Nur tatsächlich effektive Sicherungen gegen die angeführten Eskalationsgefahren könnten die drohenden Gefahren auf ein für den Staat tolerables Maß begrenzen.⁷⁰

Nach diesen Maßstäben bestätigte der BGH im Fall der Jugendgruppen eine Verurteilung wegen gefährlicher Körperverletzung. Hier lagen wechselseitige Tätlichkeiten rivalisierender Gruppen vor. Es gab keine durchsetzbar vereinbarten Regeln, die eine Eskalation zum Beispiel in Gestalt von Taten gegen Wehrlose verhindern sollten. Der BGH betont vielmehr zusätzlich, dass sich die mangelnden Vorkehrungen in der Kampfsituation tatsächlich risikosteigernd ausgewirkt hätten.⁷¹ Zudem bezieht er sich ergänzend darauf, dass im konkreten Fall infolge der Tritte und Schläge gegen den Kopf eine zumindest abstrakte Lebensgefahr absehbar war.⁷²

Die abermals bemerkenswerte Pressemitteilung kündigt an, dass der *Senat* damit gerade die „strafrechtliche Bewertung verabredeter Schlägereien zwischen rivalisierenden Hooligan-Gruppen“ in der „Dritten Halbzeit“ geprägt habe.⁷³

derartigen Regularien, soll eine Körperverletzung trotz der erteilten Einwilligung grundsätzlich sittenwidrig sein, BGHSt 58, 140 (147); siehe auch BayObLG NJW 1999, 372 (373). Im Anschluss an BayObLG NJW 1961, 2072 (2073); OLG Karlsruhe NJW 1982, 394 f.; zustimmend *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.): „jenseits sportlichen Wettkampfs“.

⁶⁸ Siehe BGH, Pressemitteilung Nr. 52/2013. Die Strafbarkeit soll sich hier wie bisher auf Fälle grob regelwidrigen Verhaltens reduzieren. Zustimmend *Jahn*, JuS 2013, 945 (946 f.); *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481); siehe schon BGHSt 4, 88 (92).

⁶⁹ BGHSt 58, 140 (146 f.). Gerade gegen diese Argumentation v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (161 f.): Verwischung des Unterschieds zwischen der tatsächlichen Erfassung der Tat durch den Einwilligungstatbestand und der rechtlichen Beurteilung der wirksamkeitsausschließenden Sittenwidrigkeit.

⁷⁰ Siehe neben dem Leitsatz vor allem BGHSt 58, 140 (151).

⁷¹ Neben dem Vorgehen in Überzahl gegen Wehrlose greift der *Senat* den Übergriff auf Unbeteiligte auf, BGHSt 58, 140 (150 f.).

⁷² M.w.N. BGHSt 58, 140 (149 f.): „Tritte gegen den Kopf sind als solche für das Leben des Getretenen generell gefährlich.“

⁷³ Siehe BGH, Pressemitteilung Nr. 52/2013, und *Jäger*, JA 2013, 634 (636): offensichtliche Zielsetzung des „Beschlusses“, ein für alle Mal die Rechtswidrigkeit einverständlicher

IV. Die Überzeugungskraft der erneuten Ausdehnung

Diese Leitentscheidung dehnt den mit § 228 StGB verbundenen Eingriff in die Autonomie des Rechtsgutsinhabers in jedem Fall erheblich aus.⁷⁴ Das Ausmaß jener Ausdehnung ist noch offen, da die konkret drohende Lebensgefahr nun auch in anderen Lebenskontexten nicht mehr abschließend sein muss.⁷⁵ Es drängt sich die Frage auf, ob jene Rechtsprechung tatsächlich den erklärtermaßen einschränkenden Ansatz der Rechtsgutslösung überzeugend fortführt.⁷⁶ Besonders das offenbar im Zentrum des Senatsinteresses stehende Phänomen der Hooligangewalt legt es nahe, die Überzeugungskraft der vom *I. Strafsenat* befürworteten Wiederausdehnung des § 228 StGB auf die Probe zu stellen. Dies möchte ich in fünf Schritten unternehmen, die meine eigene Ansicht verdeutlichen werden.

1. Leitaspekt der strafrechtlichen Bestimmtheit

Zunächst möchte ich den Bestimmtheitsgrundsatz in seiner Dimension der Auslegungsbestimmtheit aufgreifen. Wenn wir die guten Sitten bei der Strafbegründung von der konkreten Lebensgefahr lösen und zusätzlich andere, noch ungeklärte Gründe für das Votum der Sittenwidrigkeit akzeptieren, erschweren wir dem Bürger die Normorientierung.⁷⁷ Bei unbestimmten Rechtsbegriffen wie den guten Sitten müssen die Fachgerichte heute aber auch nach Ansicht des BVerfG einer Präzisierungspflicht genügen; ihre Obersätze dürfen keine vermeidbare Unsicherheit auslösen.⁷⁸ Vermehrt die Rechtsprechung den Bedarf, das geltende Recht in Zukunft zu konkretisieren, muss sie dies rechtfertigen. Die Bestimmtheit der Auslegung ist insofern durchaus ein Prüfstein für den Ansatz des *I. Strafsenats*.

Gleichwohl wird man bei einer rechtsgutsgebunden erweiterten Auslegung der guten Sitten keinen Verstoß gegen

Massenschlägereien festzustellen, zustimmend 637; *Pichler*, StRR 2013, 218 (221): keine hinreichende Gewährleistung der Abreden, da häufig gegen das Zweikampfgebot verstoßen werde, zudem seien durchsetzungsfähige Schiedsrichter bei Massenschlägereien lebensfremd; a.A. *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (555 f.).

⁷⁴ Dies hebt trotz seiner Zustimmung auch *Jäger* (JA 2013, 634 [636]) hervor; siehe auch *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10b; vehement v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (158 ff., 160 ff.): verfassungswidrige Einschränkung der Dispositionsbefugnis.

⁷⁵ So erwartet und begrüßt *Jäger* (JA 2013, 634 [636 f.]) bereits, dass in Zukunft weitere Aspekte bei der Bejahung der Sittenwidrigkeit Einfluss gewinnen. Krit. aber schon *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433); *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10b: Normativierung der Einwilligungsgrenze bei jeder allgemeinen Gefährdungssteigerung.

⁷⁶ Dazu unten IV. 3. und etwa bereits v. *der Meden*, HRRS 2013, 158, und *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429.

⁷⁷ *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433): Auflösung der vergleichsweise klaren, für Rechtssicherheit sorgenden Rechtsprechung; Kalkulierbarkeit der Strafbarkeit unmöglich.

⁷⁸ BVerfGE 126, 170 (197 ff.); *Kuhlen*, JR 2011, 246 (248 ff.); m.w.N. *Gaede* (Fn. 34), § 1 Rn. 19 f., 24.

Art. 103 Abs. 2 GG bejahen können. Noch immer schließt der Bestimmtheitsgrundsatz nicht jede belastend wirkende Änderung der Rechtsprechung aus. Schon das Leiturteil zum Sodomasochismus deutete an, dass die konkret drohende Lebensgefahr nicht abschließend sein muss. Es ließ streng genommen offen, ab welcher Verletzungsintensität die Sittenwidrigkeit in Betracht kommt.⁷⁹ Obschon sich die Wortlaute späterer Entscheidungen so verstehen ließen, als müsse stets eine konkrete Lebensgefahr in Rede stehen,⁸⁰ bestand daher jedenfalls kein von der Rechtsprechung bereits hinreichend aufgebautes Vertrauen darauf, dass der Sittenwidrigkeit nur noch Fälle einer ex ante konkret drohenden Lebensgefahr unterfallen können.

Zudem hat der *1. Strafsenat* mit dem Rekurs auf die Eskalationsgefahr, die nicht durch Regeln und Sicherungen wie einen Schiedsrichter abgemildert ist, im Ausgangspunkt auch für Laien verständliche Kriterien benannt, an denen sich etwa der Sport seit langem orientiert. Selbst der Umstand, dass in Zukunft weitere Fallgruppen neben die Eskalationsgefahr der Gruppe treten könnten, macht die Auslegung noch nicht unvorhersehbar. Die bereits benannte Rückbindung an das Rechtsgut der körperlichen Unversehrtheit wirkt begrenzend. Sie verhindert, dass die Gerichte in Zukunft disparate Wertungskriterien und nicht absehbar relevante Fallumstände für maßgeblich erklären dürfen. Überdies bedeutet die Pflicht zur Präzisierung nicht, dass die zukünftige Normauslegung *keinerlei* Streitfragen mehr bereithalten dürfte.⁸¹

2. Freiheitsrechtliche Vertretbarkeit bei Eingriffen in die Lebensgestaltung

In einer freiheitlichen Demokratie ist Art. 103 Abs. 2 GG jedoch nicht die einzige Schranke, die Strafgesetzgebung und Strafrechtspraxis beachten müssen.⁸² Die vom *1. Strafsenat* über die abstrakte Eskalationsgefahr betriebene Ausdehnung

⁷⁹ BGHSt 49, 166 (173): „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.“

⁸⁰ Mit einer Tendenz zur abschließenden Natur (jedoch dafür den unlauteren Zweck prüfend) BGH HRRS 2012, Nr. 736; 2008, Nr. 962 (in NStZ 2009, 401 nicht abgedruckt); mehrdeutig BGHSt 53, 55 (62, „jedenfalls“ und 63); eine Abweichung von früheren Entscheidungen sehen aber nun *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 f.; für offen hält die Übereinstimmung zwischen dem *1.* und dem *5. Strafsenat* auch *Pichler*, StRR 2013, 218 (220).

⁸¹ BVerfGE 126, 170 (195 ff., 198 f.): kein Zwang, vorab jeden Zweifel auszuschließen; m.w.N. *Gaede* (Fn. 14), Kap. D. II. 1. b) (1) (a).

⁸² Eingehend dazu an anderem Ort *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III. 2., insbesondere b) (3).

der Strafbarkeit muss mit den Freiheitsrechten der Beteiligten ebenso noch vereinbar sein.

Schon dies wird man dem Ansatz des BGH nicht attestieren können. Der parlamentarische Gesetzgeber mag zwar grundsätzlich befugt sein, die Verfügung über die körperliche Unversehrtheit infolge ihrer organischen Verbindung zum Leben bei erheblichen Gefahren gegen den Willen des Verletzten objektiv-rechtlich und paternalistisch zu schützen. Die strafrechtlichen Rechtssätze, die zu diesem Zweck in die Rechte des Handelnden und in das Selbstbestimmungsrecht des Verletzten eingreifen, müssen aber noch immer verhältnismäßig sein.

Wenn der strafende Staat nun jedoch nach Ansicht des *1. Strafsenats* schon ausreichen lassen kann, dass es zu Eskalationen einer nicht näher bestimmten Schwere etwa durch gebrochene Abreden kommen *könnte*, kann er den begehrten Grundrechtseingriff erstens gar nicht mehr auf den hohen Rang des Lebensschutzes stützen. Der Lebensschutz steht hier nicht mehr als Maßstab im Raum, da der BGH nicht konstitutiv auf eine konkrete oder doch immerhin abstrakte Lebensgefahr abstellt. Der Freiheiten verwehrende Staat würde bei der Verwerfung der Selbstbestimmung bei weitem über die Fälle hinausgehen, die auf der Grenze zum Tötungsvorsatz liegen.

Zweitens würde der Staat die Selbstbestimmung im Umgang mit dem eigenen Körper einer lediglich abstrakten Gefahr weitgehenderer Beeinträchtigungen für die körperliche Unversehrtheit unterordnen, ohne diese Beeinträchtigungsgesfahr noch an ein begrenzendes Schwerekriterium zu binden.⁸³ Das Selbstbestimmungsrecht ist damit jedoch trotz seiner verfassungsrechtlichen Verankerung praktisch gar nicht mehr geachtet, da es sich durch alle immerhin plausibel zu erwägenden Weiterungsgefahren verdrängen ließe. So mag man etwa auch für die bisher nach der Rechtsgutlösung grundsätzlich zulässige Sado-Maso-Gewalt wieder fragen, ob hier nicht ebenfalls in Zukunft besondere Vorkehrungen gegen Exzesse vorzuhalten sind. Im Kontext der Erregung des aktiven Parts könnten gefahrsteigernde Grenzüberschreitungen nach der Lebenserfahrung zu bedenken und zukünftig durch effektiv kontrollierbare Sicherungsmechanismen abzuschirmen sein, die ggf. ein Gericht nachträglich auf ihre Tauglichkeit überprüfen müsste. Vom verfassungsrechtlichen Selbstbestimmungsrecht, das den höchstpersönlichen Körper betrifft und einen objektiv unvernünftigen Umgang mit dem eigenen Körper umfasst, bliebe kaum etwas übrig. Die Tiefe der nun wieder möglichen Grundrechtseingriffe stünde vielmehr zu dem Rekurs auf abstrakte Gefahren in keinem Verhältnis.⁸⁴

⁸³ So richtig v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 (160 f.): jede Eskalationsgefahr ermöglicht die Sittenwidrigkeit.

⁸⁴ Noch weitergehend ablehnend wieder m.w.N. *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955 f.); *ders.* (Fn. 25), S. 339 ff. Zudem kämen auch mildere Mittel in Betracht. So könnten zum Beispiel nur Fälle einer tatsächlich aufgetretenen Regelüberschreitung oder einer anderweitig realisierten Eskalation zu erfassen sein. Ebenso könnte eine im Sinne des § 224 Abs. 1

Für jene Beurteilung spricht ebenfalls der Umstand, dass sich im Fall des *I. Strafsenats* aber etwa auch bei Dritttort-Auseinandersetzungen konsequenterweise zugleich die verletzten Opfer wegen ihrer zuvor erfolgreich verübten oder doch versuchten Körperverletzungshandlungen strafbar machen müssten.⁸⁵ Regelmäßig wird hierbei § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht kommen. Im konkreten Fall hatte etwa das spätere Opfer W, der aus der unterlegenen Gruppe heraus agierte, zunächst ein Mitglied aus der angeklagten Gruppe um Z im Rahmen eines Faustkampfes in Bedrängnis gebracht. Er wäre von vornherein auf § 60 StGB und auf die Einstellungen nach den §§ 153 ff. StPO verwiesen, deren Anwendung die Betroffenen nicht einklagen können.

Gleichwohl ist zu befürchten, dass das BVerfG den auf Eskalationsgefahren erstreckten Ansatz des BGH nicht verwerfen wird.⁸⁶ Das Verfassungsgericht billigt dem Gesetzgeber bei der Gestaltung strafbewehrter Verhaltensnormen bisher selbst in höchstpersönlichen Kontexten auf allen Ebenen der Verhältnismäßigkeitsprüfung eine schier unbeschränkte Einschätzungsprärogative zu.⁸⁷ Damit plädiert das BVerfG im Strafrecht für eine maßstabsabschwächende Grundrechts-sonderdogmatik, gegen die sich der *Verfasser* schon an anderer Stelle eingehend gewendet hat.⁸⁸ Mit ihr könnte man dem Gesetzgeber auch in unserem Kontext gestatten wollen, über die Angemessenheit zwischen den ausgelösten Eingriffen und dem möglichen Schutz uneingeschränkt selbst zu befinden. Dafür mag man anführen wollen, dass den einschlägigen Schlägereien ein Bezug zum Intimleben fehlt. Vielmehr geht es um Verstöße gegen das Körperverletzungsverbot, bei denen die Freude an einem gewalttätigen Wettstreit ein Selbst-

zweck ist.⁸⁹ Selbst wenn Hooligans abgelegene Orte aufsuchen, agieren sie weiter im öffentlichen Raum.⁹⁰ Und noch immer können Tötungen oder schwere Körperverletzungen etwa nach Tritten gegen den Kopf die Folge der zunächst abstrakten Eskalationsgefahren sein. Entsprechend dürfte das BVerfG die Fachgerichtsbarkeit nicht daran hindern, den weiten Wortlaut des § 228 StGB zugunsten eines über Lebensgefährdungen hinausgehenden Körperverletzungstabus zu interpretieren.

3. Bedeutung des § 231 StGB

Teilt man den hier als verfehlt betrachteten Standpunkt des Verfassungsgerichts, scheidet der Ansatz des *I. Strafsenats* nicht bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen von vornherein aus. Dann bleibt jedoch zu fragen, ob die Ausdehnung der Rechtsgutslösung durch den *I. Strafsenat* einfachrechtlich zu überzeugen vermag. Dies gilt schon deshalb, weil Entscheidungen anderer *Senate* zu einer nicht übersteigbaren Grenze der konkreten Lebensgefahr tendieren.⁹¹

Dem Ansatz des *I. Strafsenats* ließe sich einfachrechtlich vergleichsweise leicht folgen, wenn schon § 231 StGB eine gesetzgeberische Wertung zu entnehmen wäre, nach der jeder gewalttätigen Gruppenauseinandersetzung ein strafrechtlich nicht tolerables Maß an Gefahr für die körperliche Unversehrtheit inne wohnt.⁹² Diese Bewertung, die schon der *I. Strafsenat* nur vorsichtig als unterstützendes Argument einführt, ist § 231 StGB *de lege lata* indes nicht zu entnehmen:

Die Strafnorm des § 231 StGB dient zwar der körperlichen Unversehrtheit.⁹³ Die Beteiligung an einer Schlägerei soll aber in erster Linie ein Auffangdelikt für Fälle schaffen, in denen schwere Tatfolgen einzelnen Beteiligten nicht be-

Nr. 5 StGB abstrakte Lebensgefahr maßgeblich sein. Siehe dazu aber IV. 5.

⁸⁵ Angesichts der auch deshalb nachvollziehbarerweise ausbleibenden Anzeigebereitschaft steht für die gezielt auf abgelegenen Feldern oder Wiesen ausgetragenen Kämpfe unter Hooligans schon eine nennenswerte Eignung der weit ausgedehnten Strafnorm ernsthaft in Frage, andeutend auch *Jahn*, JuS 2013, 945 (947). Infolge der zu beachtenden Einschätzungsprärogativen ließe sich zwar nicht schon die Eignung selbst verneinen. Die Eignungszweifel unterstützen aber die Wertung, dass die ausgelösten Einschnitte in die Selbstbestimmung zu dem Rechtsgutsschutz, der realistisch angestrebt werden konnte, außer Verhältnis stehen.

⁸⁶ Siehe so auch im Ergebnis *Jahn*, JuS 2013, 945 (947): paternalistische Tendenz unter Schutzzweckaspekten noch hinzunehmen (ohne verfassungsrechtliche Begründung); wohl a.A. v. *der Meden*, HRRS 2013, 158: Rückkehr zur objektiv-moralischen Auslegung, aber erstaunlich offen lassend in Fn. 28.

⁸⁷ BVerfGE 120, 224 (240 ff.) (allerdings mit zutreffend ablehnendem Sondervotum *Hassemer*); zustimmend etwa *Gärditz*, Der Staat 49 (2010), 331: anderenfalls drohe eine abzulehnende Gerechtigkeitsexpertokratie.

⁸⁸ Mit umfassenden Nachweisen zu ebenfalls und bereits zuvor abl. Stimmen (etwa *Hörnle*, NJW 2008, 2085 f., und *Roxin*, StV 2009, 544) siehe *Gaede* (Fn. 14), Kap. C. III. 2.

⁸⁹ Zur tragenden Freude an der Gewalt *Böttger* (Fn. 2), S. 1, 9 f.; *Krahm* (Fn. 1), S. 52; *Spoenle*, NSTZ 2011, 552 (555).

⁹⁰ Allerdings dürfte diese Erwägung nicht herangezogen werden, um über die §§ 223 ff. StGB Grenzen der §§ 125 ff. StGB zu überspielen.

⁹¹ So findet sich in BGH HRRS 2008, Nr. 962 (in NSTZ 2009, 401 nicht abgedruckt) jedenfalls verbal eine Bindung an eine konkrete Todesgefahr. Der *I. Strafsenat* hält diese nicht für tragend und erklärt vorsorglich bereits, dass er sich gegen die Fortführung eines dahingehenden Ansatzes wende, BGHSt 58, 140 (145).

⁹² Dem BGH insofern zustimmend *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.): nicht nur Rechtsgedanke des § 216 StGB einzubeziehen; *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481).

⁹³ Dazu *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (956); *Jäger*, JA 2013, 634 (636): Austragung einverständlicher Schlägereien „ohne Wenn und Aber“ verboten, soweit Tatbestand verwirklicht; Vorkehrungen gegen Eintritt der Eskalation sollen unmaßgeblich sein. Zum nicht unzweifelhaften Ausschluss der Einwilligung nach der h.M. *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (956); *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 231 Rn. 10; *Hüttenrauch*, NJ 2013, 480 (481): Gemeininteresse geschützt; *Pichler* (Fn. 65), S. 131.

weisbar zugerechnet werden können.⁹⁴ Vor allem hat der Gesetzgeber mit ihr schon gar nicht die Wertung aufgestellt, dass Gruppengewalt stets strafbedürftig sei. Nur dann, wenn eine Schlägerei wirklich so gefährlich war, dass sie zu einer schweren Folge geführt hat,⁹⁵ darf die Strafbarkeit eingreifen.⁹⁶ Dies schließt es aus, wie der BGH schon die abstrakte Gefahr der Eskalation in einer Gruppe heranzuziehen, um *jede* Körperverletzung zu bestrafen, die in einvernehmlichen Schlägereien begangen wurde.⁹⁷ Überdies würde der BGH aus dem Gefährdungsdelikt des § 231 StGB, das der Gesetzgeber mit seinem Strafrahmen als weniger strafbedürftig eingeordnet hat, anderenfalls die Strafbarkeit nach einem jedenfalls gemäß §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erheblich strafbedürftigeren Verletzungsdelikt ableiten.⁹⁸

4. Tragfähigkeit der Eskalationsgefahr

Gibt § 231 StGB damit keine Wertung vor, die rechtsgutsbezogen gefährliche Gruppengewalt grundsätzlich als sittenwidrig zu behandeln, bleibt zu fragen, ob der Verweis auf die Eskalationsgefahr für sich genommen überzeugen kann.

Hier wird man dem *1. Strafsenat* zunächst durchaus zustehen müssen, dass er mit der Eskalationsgefahr der Gruppengewalt ein real erfahrbares Phänomen zum Ausgangspunkt nimmt, das die Gefahren für Leib und Leben potenzieren kann.⁹⁹ Selbst wenn in der Psychologie auch hemmende

Einflüsse von Gruppen beschrieben werden,¹⁰⁰ bleibt doch zum einen der in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB reflektierte Effekt der gefahrsteigernden Überzahl zu beachten, die aus der Gruppe heraus möglich ist.¹⁰¹ Zum anderen findet die Annahme einer verstärkenden Wirkung gemeinsamer Normübertretungen gerade für die Gewaltausübung eine belastbare Grundlage.¹⁰² Insoweit lässt sich § 231 StGB immerhin entnehmen, dass schwere Folgen, die von Gruppenauseinandersetzungen oder Gruppenübergriffen drohen, dem Gesetzgeber immerhin so relevant erscheinen, dass er ein Gefährdungsdelikt für eben diese Konstellationen vorsieht. In der Gruppengewalt liegt deshalb ein Sachverhaltskontext, den die an der Rechtsgutsgefahr ausgerichtete Rechtsgutslösung aufgreifen und bewerten muss.¹⁰³

Der Ansatz des *1. Strafsenats* ist dennoch im Ergebnis zurückweisen. Die *Senate* des BGH sind mit der Rechtsgutslösung angetreten, die guten Sitten auf ihren rechtlichen *Kern* und auf konkret drohende gravierende Verletzungen zu reduzieren.¹⁰⁴ Der *1. Strafsenat* erklärt nun aber *jede* einvernehmliche Gruppenschlägerei grundsätzlich schon deshalb für strafbar, weil hypothetisch über die Verabredung hinausgehende Taten geschehen könnten. Die konkrete Tat muss weder *ex ante/ex post* das Leben bedrohen noch die Gefahr schwerer Folgen nach § 226 StGB auslösen. Es soll genügen, dass solche Folgen bei Schlägereien *ex ante* schwerer bzw. nie ganz auszuschließen sind.¹⁰⁵ Darin liegt eine handfeste Abkehr von einem einschränkenden Ansatz.¹⁰⁶ Indem der

⁹⁴ M.w.N. BT-Drs. 13/8587, S. 61; BGHSt 15, 369 (370); 16, 130 (132); BGH HRRS 2011, Nr. 1036 (nicht in BGHSt 57, 1 abgedruckt); Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433); etwas offener BGHSt 14, 132 (135); 33, 100 (103); Fischer (Fn. 19), § 231 Rn. 1: kumulative Begründung; a.A. Pichler (Fn. 65), S. 39.

⁹⁵ Zum erforderlichen Zusammenhang etwa m.w.N. Engländer (Fn. 10), § 231 Rn. 7 f.; Pichler (Fn. 65), S. 149 ff.

⁹⁶ Dies wird nicht davon berührt, dass in der schweren Folge regelmäßig eine objektive Bedingung der Strafbarkeit gesehen wird, siehe nur Pichler (Fn. 65), S. 137 ff.; Zöller, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Fn. 34), § 231 Rn. 12 ff. Auch dann zeigt der Gesetzgeber, dass er ohne jene zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung keinen Anlass sieht, allein wegen des Gruppenkontextes Strafsanktionen zur Bekräftigung eines Körperverletzungstabus einzusetzen.

⁹⁷ Ablehnend schon *v. der Meden*, HRRS 2013, 158 (162); Sternberg-Lieben, JZ 2013, 953 (956). Fraglich ist allerdings, ob die ergänzende Argumentation gegen ein erweitert verstandenes Verschleifungsverbot verstößt. So *v. der Meden*, HRRS 2013, 158 (162 f.): § 231 StGB habe anderenfalls keinen konstitutiven Anwendungsbereich; dagegen i.E. Jahn, JuS 2013, 945 (947 Fn. 5), der darauf hinweist, dass das Verschleifungsverbot nur für Tatmerkmale einer Strafnorm gelte, sich mit Gründen für eine Übertragung auf Tatbestände aber nicht befasst.

⁹⁸ Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433): Delikt gegen Kollektivrechtsgut; zum Argument auch Jahn, JuS 2013, 945 (947): Verweis trägt weder systematisch noch inhaltlich.

⁹⁹ Zustimmend auch Jahn, JuS 2013, 945 (947); Hüttenrauch, NJ 2013, 480 (481); Pichler, StRR 2013, 218 (220).

¹⁰⁰ Zur sog. Polarisierung m.w.N. Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433 f.), deren Urteil, der BGH betreibt nicht viel mehr als eine plausibel klingende „Hobbypsychologie“, vor dem Hintergrund der dort selbst gegebenen Nachweise zum sog. Risikoschub etwas hart erscheint.

¹⁰¹ Zum entsprechenden Verständnis des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB vgl. etwa Engländer (Fn. 10), § 224 Rn. 12.

¹⁰² Dazu BGHSt 14, 132 (134 f.); Pichler (Fn. 65), S. 23 ff.; Engländer (Fn. 10), § 231 Rn. 1: besonders gefährliche tätliche Auseinandersetzungen; Hohmann (Fn. 66), § 231 Rn. 2; siehe selbst Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433 f.).

¹⁰³ So im Ansatz richtig BGHSt 58, 140 (145): Maßstab des Gefährlichkeitsgrades der Körperverletzung gebietet die kontextbezogene Ausdifferenzierung für bisher nicht zu beurteilende Sachverhalte.

¹⁰⁴ BGHSt 49, 166 (170 f.); siehe auch BGH HRRS 2012, Nr. 736: Schädel-Hirn-Trauma; Nasenbein- und Jochbeinfraktur auch bei erforderlicher Operation und Krankenhausaufenthalt nicht zwingend sittenwidrig.

¹⁰⁵ Bezeichnend in diese Richtung Pichler, StRR 2013, 218 (220): Eskalationsgefahr bzw. gruppendynamische Prozesse seien nie auszuschließen. Er verweist dafür auf die unkontrollierbare Einnischung Dritter, die Hooligans jedoch regelmäßig aktiv zu verhindern suchen, indem sie gezielt abgelegene Orte aufsuchen.

¹⁰⁶ Eine zweifelhafte Normativierung der Rechtsgutslösung kritisiert bereits Fischer (Fn. 19), § 228 Rn. 10b: Ausweitung des § 228 StGB; zu Widersprüchen zu Zweikämpfen bei körperlich unterlegenen Gegnern (am Rande einer Schlägerei) Pichler, StRR 2013, 218 (220 f.). Der Einwand der Abkehr

Senat nicht mehr länger eine Verdichtung zur konkreten Gefahr fordert und zudem das Erfordernis gravierender Verletzungen aufgibt, geht es ihm nicht länger um die Beschreibung eines unverfügbaren Kerns. Er richtet sein Augenmerk vielmehr darauf, die mit der Rechtsgutslösung noch immer konstruierbare Pönalisierung möglichst auszuschöpfen. Der freiheitsrechtliche Rechtfertigungsbedarf, den andere *Strafsenate* des BGH zur Begründung der Rechtsgutslösung früher deutlich akzentuiert haben, leitet den *1. Strafsenat* nicht mehr. Er orientiert sich nur an den Buchstaben, nicht aber mehr am Sinn der Rechtsgutslösung.

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der *1. Strafsenat* immerhin Ausnahmen gestattet, wenn unabhängig auf ihre Einhaltung kontrollierte Regelwerke die abstrakt erhöhte Verletzungsgefahr eindämmen. Damit verschiebt der *Senat* die Argumentationslasten noch immer bemerkenswert zulasten der Bürger und ihrer hier auf allen Seiten betroffenen Freiheitsrechte. Etwa der scheinbar unbeeinträchtigte Sport hängt nun schon bei abstrakt gesteigerten Gefahren davon ab, ob seine Regeln tatsächlich geeignet sind, Eskalationen und ernsthaftere Verletzungen hinreichend sicher auszuschließen. Streng genommen besteht jedoch etwa beim Boxen kein belastbarer Rückschluss, dass ein harter Schlag gegen den Kopf des Gegners allein deshalb weniger gefährlich ist, weil er regelkonform war.¹⁰⁷ Ebenso wenig leisten Schiedsrichter im Rugby, im Ultimate Fight, im Rennsport oder Fußball den Ausschluss jeder gefährlichen Regelverletzung. Zum Beispiel bei der sprichwörtlichen „Blutgrätsche“ sichern sie eher die verbandsrechtliche Ahndung des Regelverstoßes. Und für das Training fehlen regelmäßig externe Schiedsrichter. So muss etwa im Boxsparring oder bei eskalationsgeneigten Zweikämpfen im Fußballsport durchaus ein Fragezeichen hinter einer hinreichenden Gefahrindämmung gesetzt werden.

Wenn man sodann aber die Anforderungen an eine Gefahrabschirmung nur noch so hoch ansetzen würde,¹⁰⁸ wie sie im traditionellen Sport durchgehend zu leisten ist, ergäbe sich für verabredete Hooligankämpfe eine beachtliche Konsequenz: Obwohl der BGH auf diese Fälle abzielt, könnte er sie mit seinem Ansatz gar nicht flächendeckend erfassen. Nach den hierzu verfügbaren Schilderungen treten die Gegner dieser Kämpfe immerhin regelmäßig in gegenüberstehenden Reihen an.¹⁰⁹ Der Einsatz von hartem Schuhwerk oder von Waffen

von der früheren Rechtsprechung trifft auch deshalb zu, weil abstrakte Gefahren der Eskalation auch in anderen Kontexten der Gewaltausübung zum Beispiel bei SM-Praktiken in die Beurteilung einzubeziehen wären.

¹⁰⁷ Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (432 f.): Art und Gewicht vielleicht folgender Körperverletzungen nicht zwangsläufig beeinflusst. Siehe auch zum Regelverstoß BayObLG NJW 1961, 2072 (2073): Schwere der Verletzung allein hindert auch bei fahrlässigen Verstößen nicht die Einwilligung beim Fußballsport.

¹⁰⁸ Siehe auch bereits Hüttenrauch, NJ 2013, 480 (481 f.): unklar, welcher Grad an Absicherung der Gefahrindämmung zu fordern ist.

¹⁰⁹ Dazu und zum Folgenden Spoenle, NStZ 2011, 552 (mit Hinweisen auf den Schutz von Genitalien und von Gegnern,

ist ebenso untersagt wie der Kampf in Überzahl. Schutzvorkehrungen wie Sturmhauben, Mundschutz oder Knieschützer sind zulässig und verbreitet. Viele Gruppen demonstrieren etwa durch eine gleiche Bekleidung einen erheblichen Organisationsgrad. Schließlich stellen die Gruppen mehrere Schiedsrichter. Obwohl danach noch immer Regelverletzungen auftreten,¹¹⁰ soll es in den bisher vor Gericht verhandelten Fällen nur zu Platzwunden oder ausgekugelten Fingern gekommen sein.¹¹¹ Soweit die Bedingungen der Hooligankämpfe gravierenden Verletzungen damit tatsächlich ganz regelmäßig entgegenstehen, dürfte die „Dritte Halbzeit“ die Kriterien, nach denen der *1. Strafsenat* die Sittenwidrigkeit bejahen will, nur in nachzuweisenden Einzelfällen erfüllen.¹¹² Trotz des regelmäßig bedeutend stärkeren Organisationsgrades des Sports, der sich etwa in geschriebenen Regeln niederschlägt, dürfte eine im Vergleich zu gefährlichen Sportarten stets nennenswert erhöhte Verletzungsgefahr fehlen. Polizeirechtliche Untersagungsverfügungen, denen der BGH offenbar eine Steilvorlage über das polizeirechtliche Schutzgut der öffentlichen Sicherheit geben wollte, könnten nicht ohne weiteres mit dem knappen Hinweis auf die allgemeine Strafbarkeit der Dritort-Auseinandersetzungen begründet werden.

Falls der *1. Strafsenat* dagegen seine Andeutung wahr macht, die „Dritte Halbzeit“ über ein striktes Verständnis der gefahrindämmenden Wirkung der Regelwerke allgemein für strafbar zu erklären, während er die tatsächliche Leistungskraft der Regelwerke des Sports nicht hinterfragt, würde dies zusätzliche und besonders ernste Zweifel an einer tatsächlich rechtsgutsbezogenen Motivation seiner Rechtsprechung aufwerfen.¹¹³ Der *Senat* würde nicht länger auf die grundsätzli-

die am Boden liegen, sowie auf den Ausschluss von Frauen/Freunden); dem folgend Hüttenrauch NJ 2013, 480 (481 f.); mit Hinweisen auf ein Ehrgefühl der Beteiligten Zöller/Lorenz, ZJS 2013, 429 (433 f.); siehe auch die Schilderungen zu Schweizer Hooligans bei Ryser (Fn. 5), S. 15 ff., 21 ff.: „Hassduelle, bei denen grosse Rechnungen beglichen werden, will offenbar niemand“.

¹¹⁰ Spoenle, NStZ 2011, 552 (555): zum Teil auch erhebliche. Erhebliche Regelverstöße treten aber bekanntlich auch im Boxen, im Kickboxen, im Rugby oder dem Fußballsport auf. Zur Einordnung als „Mannschaftskickboxen“ Spoenle, NStZ 2011, 552 (555).

¹¹¹ Spoenle, NStZ 2011, 552 und Fn. 5. Siehe auch Ryser (Fn. 5), S. 17.

¹¹² So i.E. vor der Entscheidung des *1. Strafsenats* grundsätzlich Spoenle, NStZ 2011, 552 (555 f.), wenn die Regeln prinzipiell durchgesetzt sind und die Schiedsrichtertätigkeit ernst genommen wird. Siehe schon Stree/Sternberg-Lieben (Fn. 15), § 228 Rn. 17: bei eigenen Regeln nur angemessene Sicherheitsvorkehrungen vorauszusetzen; wohl auch Hüttenrauch, NJ 2013, 480 (481 f.), und Hardtung (Fn. 40), § 228 Rn. 35; Paeffgen (Fn. 25), § 228 Rn. 109a. Siehe ebenso zum Einsatz von Schutzvorkehrungen bei der „Bestimmungsmensur“ BGHSt 4, 24 (24 ff., 30 ff.).

¹¹³ So ablehnend bereits v. der Meden, HRRS 2013, 158 (161 f.): sämtliche nichtsportliche Zwecksetzungen sanktioniert, a.a.O., S. 163: offenkundige Abneigung der erkennenden

che Einhaltung real gefahrenenkender Regeln abstellen, sondern ungenannte Unterschiede zwischen dem organisierten Sport und den Hooligankämpfen entscheiden lassen.¹¹⁴ Die privilegierte Behandlung des Sports¹¹⁵ wäre auf eine vom Rechtsgutsbezug unabhängige Kategorisierung zurückzuführen. Auf der einen, guten Seite stünde der gesellschaftlich nach der vorherrschenden Moral wertgeschätzte Sport, der wegen seiner positiven Effekte den Sitten gemäß sein soll, obschon jedenfalls einige (Gruppen-)Sportarten erhebliche und öffentlich sichtbare Rechtsgutsgefahren mit sich führen. Auf der anderen, schlechten Seite stünden die von der Allgemeinheit als abstoßend verurteilten Drittort-Auseinandersetzungen, die den guten Sitten widersprechen sollen. Mit diesem impliziten Rekurs auf die Bewertungen der Handlungszwecke und auf die soziale Anerkennung des Sports, der im unterschiedlich strengen Blick auf die verbleibenden Gefahrenpotentiale versteckt wäre, würde der *Senat* den Boden der einschränkenden Rechtsgutslösung endgültig verlassen. Obschon sich der *1. Strafsenat* bemüht, im Rahmen der Rechtsgutslösung zu argumentieren, wird doch letztlich offenbar, dass hinter seinen Ergebnissen eine Zweckbewertung steht, mit der eine – nicht empirisch aufgenommene – Mehrheitsmoral transportiert wird.

Die in die bemerkenswert fallferne Pressemitteilung eingehende Argumentation über die Eskalationsgefahr, die bei Hooligankämpfen nicht hinreichend abgeschirmt sein soll, erscheint danach eher als Bemäntelung und nicht als eigentliche Ratio hinter den Ergebnissen des *Senats*. Der *1. Strafsenat* differenziert nicht die Rechtsgutslösung für einen besonderen Sachverhaltskontext überzeugend aus. Er gibt vielmehr sowohl ihre einschränkende Zielrichtung als auch die Abkehr von einer Strafbegründung über die aktuelle Mehrheitsmoral auf.

5. Grenzfunktion der konkreten Lebensgefahr

Was aber sollte an die Stelle des BGH-Ansatzes treten? Lässt sich für den konkreten Fall des *1. Strafsenats* und für die

Richter gegen einen Freizeitsport des „Sich-Zusammenschlagens“ (siehe auch *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 [432]); ihm zustimmend *Sternberg-Lieben* JZ 2013, 953 (954 f.). Gegen die Übertragung auf Hooligans ablehnend auch *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (432 f.).

¹¹⁴ Siehe bemerkenswert BGHSt 58, 140 (147 f.): „Der Abschluss der Rechtswidrigkeit durch Einwilligung selbst von erheblichen Körperverletzungen, die im Rahmen von Sportwettkämpfen verursacht werden, beruht [...] jedenfalls auch auf dem Aspekt der durch das Aufstellen und Einhalten der Wettkampffregeln bewirkten Begrenzung des Gefährlichkeitspotentials der entsprechenden Verhaltensweisen“ (*Hervorhebung des Verf.*). Auch wenn der *1. Strafsenat* die anderen Aspekte des Sportes offen lassen will, spielt hier schon mit, dass sich der Sport in seinen Augen ganz grundsätzlich von Hooligan-Auseinandersetzungen unterscheiden könnte.

¹¹⁵ Siehe auch für einen besonders positiven Zweck beim regelgerechten Sport *Hardtung* (Fn. 40), § 228 Rn. 35; *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.); *Spoenle*, NSTz 2011, 552 (555): gesellschaftlicher Wert wiege Verletzungsrisiko im Sport auf.

Drittort-Auseinandersetzungen schlicht auf das Kriterium der konkreten Lebensgefahr verweisen?

Selbst wenn man die weitreichenden Obersätze des *1. Strafsenats* ablehnt, bleibt die bisher in der Rechtsprechung nicht klar festgelegte Reichweite der Rechtsgutslösung zu präzisieren. Bereits heute wird der konkreten Lebensgefahr im Schrifttum oft gleichrangig die konkrete Gefahr schwerwiegender Verletzungen vom Ausmaß des § 226 StGB (und zum Teil darüber hinaus) zur Seite gestellt.¹¹⁶ Zum Teil wird die abstrakte Lebensgefahr als Anwendungsfall der Sittenwidrigkeit nach der Rechtsgutslösung gesehen.¹¹⁷ So wäre die konkrete Entscheidung des BGH im Fall der Jugendgruppen im Ergebnis nicht zwingend zurückzuweisen. In ihm waren keine Begrenzungen verabredet, und die Gefahr der Gruppengewalt hatte sich in abstrakt lebensgefährlichen Tritten und in Überzahlangriffen manifestiert. Es bestand nicht nur die abstrakte Gefahr einer in ihrem Verletzungsausmaß beliebig bleibenden Eskalation, die der *1. Strafsenat* zu Unrecht genügen lassen will.

Jene Frage kann hier nicht mehr in aller Ausführlichkeit thematisiert werden. Gleichwohl sprechen jedenfalls drei Gründe dafür, die Schranke der zumindest ex ante konkret drohenden Lebensgefahr, die schon heute oft als Quintessenz der jüngeren Rechtsprechung begriffen wird,¹¹⁸ in Zukunft klar anzuerkennen:

Erstens streitet die größere Klarheit in der Rechtsanwendung und vor allem bei der Befolgung der strafrechtlichen Rechtsnormen für jenen Ansatz. Ließe man eine Ausdehnung des Sittenwidrigkeitseinwandes auf Fälle des § 226 StGB oder auf vergleichbar schwere Verletzungsfolgen zu, würde dies ein Schwerekriterium einführen, das von vielen rechtlichen Wertungen abhängig ist¹¹⁹ und das der Bürger als medizinischer und rechtlicher Laie regelmäßig nicht verlässlich

¹¹⁶ In der Literatur lassen die konkrete Gefahr schwerwiegender Gesundheitsschädigungen genügen *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 4, 6, 9; *Jäger*, JA 2013, 634 (636 f.); *Hirsch*, in: Böse u.a. (Fn. 25), S. 181 (197 ff.); *Hardtung* (Fn. 40), § 228 Rn. 24 (allerdings nur bei einer zusätzlichen Abwägung hinsichtlich angestrebter Vorteile); *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 41 ff.; *Rengier* (Fn. 19), § 20 Rn. 5. Zum Teil auch *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10, 22, anders wohl Rn. 10a, 10b. Andeutend BGHSt 49, 166 (170 ff.): gravierende Verletzungen, die in ihrem Gewicht an die in § 226 StGB geregelten erheblichen Beeinträchtigungen heranreichen.

¹¹⁷ BayObLG NJW 1999, 372 (373, dazu v. *der Meden*, HRRS 2013, 158 [160]: Feststellungen trugen nur diese); die lebensgefährliche Behandlung lässt genügen *Engländer* (Fn. 10), § 228 Rn. 9; ablehnend etwa *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 65.

¹¹⁸ So wohl *Fischer* (Fn. 19), § 228 Rn. 10a, 10b (aber mit Rn. 10); *Paeffgen* (Fn. 25), § 228 Rn. 41, und *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (433, 435): keinesfalls sei die erhöhte Handlungsfährlichkeit hinreichend. Nur de lege ferenda *Kühl* (Fn. 24), S. 534.

¹¹⁹ Siehe nur in § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB: „in erheblicher Weise dauernd entstellt“.

einschätzen könnte.¹²⁰ Will der Bürger Strafe sicher meiden, müsste er in der kaum auszuräumenden tatsächlichen und rechtlichen Unsicherheit nicht zuletzt wegen des bereits hinreichenden *dolus eventualis* von der Betätigung seiner Freiheit bei jeder nennenswerten Gefahrsteigerung Abstand nehmen. Er müsste jedes Ansinnen ablehnen, das in Selbstbestimmung an ihn gerichtet wurde.

Zweitens ist die Grenze der konkreten Lebensgefahr geboten, um die mit der Rechtsgutslösung angestrebte freiheitsbewahrende Einschränkung des § 228 StGB belastbar auszugestalten. Die wertende Anlehnung an eine § 226 StGB entsprechende Schwere würde das von § 228 StGB ausgehende Strafbarkeitsrisiko erheblich ausdehnen. Dies würde geschehen, obgleich das Argument eines objektiv-rechtlichen Schutzes der Existenz des Lebens eines anderen Menschen nicht mehr ausschlaggebend wäre. Vielmehr würde der Staat sich anmaßen, seinen Bürgern im Wege eines indirekten Paternalismus auch für die Gestaltung ihres zukünftigen Lebens Vorschriften zu machen. Sie wären etwa auf die Vermeidung von Entstellungen, von Unfruchtbarkeit oder von Behinderungen gerichtet,¹²¹ die normativ als objektiv weniger werthaltige Lebenszustände qualifizierbar sein müssten.¹²² Würde man dagegen alternativ auf abstrakte Lebensgefahren abstellen, wäre der Lebensbezug zwar im Ansatz hergestellt. Indes ist Beeinträchtigungen des Körpers, dessen Gesundheit das Leben notwendig vermitteln muss, eine abstrakte Gefahr für das Leben nahezu stets eigen. Sie kann sich bei vergleichsweise leichten Verletzungen zum Beispiel durch eine ausbleibende oder unkundige Behandlung leicht verdichten. Gäbe man das Erfordernis der konkreten Lebensgefahr zugunsten einer abstrakten Lebensgefahr auf, wäre abermals eine beträchtliche Ausdehnung des Sittenwidrigkeitseinwandes die Folge. Von einer Einschränkung des Sittenwidrigkeitseinwandes könnte kaum noch die Rede sein. Vielmehr wären abstrakte Lebensgefahren, die etwa Tritten oder Schlägen gegen empfindliche Körperteile eigen sind, etwa beim Sport leicht zu bejahren. Versuche, die abstrakten Gefahren nach unterschiedlichen Lebenskontexten und damit nach den Bedeutungen der Handlungen differenzierend zu behandeln, müssten hingegen wieder auf verdeckte Differen-

zierungen nach der rechtsgutsfernen allgemeinen moralischen Beurteilung der Sachverhalte hinauslaufen, wie sie bereits bei der abstrakten Eskalationsgefahr der Schlägerei zu beobachten war.¹²³

Drittens spricht für eine strikte Ausprägung der Rechtsgutslösung, dass Alternativen zur Verfügung stehen, um erhebliche Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit insgesamt angemessen zu beurteilen. Nicht zuletzt bei den Hooligankämpfen darf sich der Blick nicht allein auf die Sittenwidrigkeit verengen. Ein Hooligan, der tatsächlich durch gefährlichere Handlungen über die Verabredung hinausgeht, kann sich gar nicht auf eine hinreichend weite Einwilligung berufen.¹²⁴ Zudem müssen wir besonders bei Jugendlichen stets von neuem hinterfragen, ob sie zur drohenden Gefahr keine falschen Vorstellungen hatten, die einer wirksamen und damit auch willensmängelfreien Einwilligung entgegenstehen.¹²⁵ Schließlich ist es nicht von vornherein indiskutabel, dass der (Straf-)Gesetzgeber in Zukunft Hooligankämpfe unter einem anderen objektiv-rechtlichen Gesichtspunkt durch eindämmende Regelungen aufgreift. Sollten Dritort-Auseinandersetzungen etwa in nennenswerter Zahl nicht in der Abgeschiedenheit schwer einsehbarer Felder oder Wiesen stattfinden oder sich etwa als Brutstätten verfassungsfeindlicher Ideologien erweisen, kann es immerhin erwägenswert sein, eine gezielte polizeirechtliche oder strafrechtliche Regelung unter dem Rückgriff auf andere Regelungsziele zu erlassen. Als verfehlt müsste es hingegen erscheinen, die an Leben und körperlicher Gesundheit orientierte Schwelle des § 228 StGB unter Inkaufnahme unabsehbarer Ausdehnungspotentiale mit Bedacht so zu modellieren, dass sich mit ihr die einvernehmliche Hooligangewalt (polizeirechtlich) „bekämpfen lässt“.

V. Zusammenfassung

Ich kann nun mein Fazit ziehen, das ich in drei Kernthesen fassen möchte:

1. Einvernehmlichen Körperverletzungen treten wir heute zu Recht mit einem tatbezogen begrenzten Begriff der guten Sitten entgegen, der einer Transformation vermeintlich aktu-

¹²⁰ Eine Prognose darüber, ob eine Handlung ein beträchtliches Todesrisiko herbeiführen wird, dürfte dem Laien dagegen leichter möglich sein.

¹²¹ Für eine solche Sichtweise streitet dabei nicht etwa die Existenz des § 226 StGB und die mit ihm gesetzlich ausgeprägte Wertung einer besonders gravierenden Rechtsgutsverletzung. Jene Wertung trifft zwar zu. Sie greift jedoch nur auf, dass der aufgedrängte Eintritt der genannten schweren Folgen dem Betroffenen regelmäßig die Lebensführung wesentlich erschwert. Eine Aussage, dass der Betroffene selbst das Risiko eines Eintritts gerade dieser Folgen meiden soll, trifft jene Norm indes nicht.

¹²² Letzteres wäre schon unter dem Aspekt des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG fragwürdig. Für andere Standpunkte siehe indes zum Beispiel *Roxin* (Fn. 10), § 13 Rn. 43 ff., mit dem Hinweis, dass Behinderte vielfach staatliche Betreuung und Unterstützung in Anspruch nehmen müssen.

¹²³ Eine Ausnahme gilt erneut nur für die rechtsgutsintern positiv zu wertenden Eingriffe, wie sie vornehmlich bei Heileingriffen in Betracht kommen.

¹²⁴ Siehe auch schon BGHSt 4, 88 (92 f.); BGH NStZ 2000, 87 (88), und selbst BayObLG NJW 1961, 2072 (2073). Für den Hooliganismus schon – zu spät ansetzend – *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (434 f.): subjektives Rechtfertigungselement fehle, wenn jemand die verabredeten Regeln bewusst missachtet.

¹²⁵ Ohne Bindung an Minderjährige schon *Sternberg-Lieben*, JZ 2013, 953 (955): Überprüfungsanlass (nicht aber ein hinreichendes Indiz) bei gemeinhin als unvernünftig angesehene Entscheidungen; *Stree/Sternberg-Lieben* (Fn. 15), § 228 Rn. 13. *Zöller/Lorenz*, ZJS 2013, 429 (434 f.): genaue Vorstellung vom Verlauf kann bei unklarer Regellage oder bei Unkenntnis über Gruppendynamik fehlen. Für Einzelfälle im Hinblick auf minderjährige Beteiligte setzt dagegen an der Sittenwidrigkeit an *Spoenle*, NStZ 2011, 552 (554 f.).

ell bestehender Moralstandards in das Strafrecht entgegensteht.

2. Die Rechtsgutslösung ist auch für einvernehmlich begangene Körperverletzungen, die aus Gruppen heraus begangen werden und zum Beispiel aus Drittort-Auseinandersetzungen unter Hooligans resultieren, nicht durch einen Rekurs auf abstrakte Eskalationsgefahren auszudehnen.

3. Tathandlungen, die aus einer Gruppenschlägerei heraus begangen werden, sind nur sittenwidrig, wenn sie die Grenze zur konkreten Lebensgefahr überschreiten.

Damit ist einer erneuten Zurückdrängung der Autonomie im Umgang mit dem eigenen Körper eine Absage zu erteilen. Die einvernehmlichen Drittort-Auseinandersetzungen dürfen weder offen noch verdeckt allein deshalb als strafbare Körperverletzungen behandelt werden, weil die Bevölkerungsmehrheit die hier verfolgten Zwecke als unkultiviert zurückweist. Einer entsprechenden freiheitswidrigen Remoralisierung des Rechts der Körperverletzung ist – ganz im Geiste *Andreas v. Hirschs* – mit einer Rechtsgutslösung entgegenzutreten, die ihre begrenzende Stoßrichtung auch in Zukunft bewahrt.