

Helmut Fuchs
Ingeborg Zerbes

AT.reloaded

Fälle und Lösungen zum Strafrecht
Allgemeiner Teil I

Fall 2 – November 2018 – Dritte Halbzeit

 **VERLAG**
ÖSTERREICH

Fall 2 – November 2018 – Dritte Halbzeit

Inhaltsverzeichnis

Sachverhalt.....	1
Basisstellen aus Fuchs/Zerbes, AT.....	2
Schwerpunkte der Falllösung	2
1. Tatbestand §§ 83, 84 Abs 4.....	2
2. Tatbestand §§ 83, 84 Abs 5 Z 1	2
3. Tatbestand §§ 83, 84 Abs 5 Z 2	3
4. Mittäterschaft, § 12 Fall 1	3
5. Einwilligung.....	3
a. Vorliegen einer Einwilligung?.....	3
b. Verfügungsbefugnis und Sittenwidrigkeit	4

Schlüsselwörter : Hooligans, Schlägerei, schwere Körperverletzung, Einwilligung, Sittenwidrigkeit

Normen: [§ 83 StGB](#); [§ 84 Abs 4 StGB](#); [§ 84 Abs 5 StGB](#); [§ 90 StGB](#)

Sachverhalt

T1, T2, T3 sind Rädelsführer einer Hooligan-Gruppe L aus Wien. Dabei kommt es immer wieder zu verabredeten Auseinandersetzungen mit anderen Hooligan-Gruppen im Zusammenhang mit Fußballspielen, um die Vormachtstellung im Bezirk zu klären.

Für diese Auseinandersetzung gibt es ungeschriebene, aber in den betreffenden Kreisen anerkannte Regeln. So wird die zB die Gruppenstärke vorher verabredet, mehrere Kämpfer gegen einen Gegner sowie Angriffe von hinten sind erlaubt, Schläge und Tritte – auch gegen den Kopf, nur nicht gegen den Genitalbereich – sind gestattet, dabei darf aber nur leichtes Schuhwerk getragen werden. Wer am Boden liegt und keine Anstalten macht, sich zu erheben, oder wer sonst zu erkennen gibt, dass er nicht wieder in den Kampf eingreifen will, darf nicht mehr angegriffen werden. Allerdings kann es trotzdem dazu kommen, dass solche Personen weiter verletzt werden.

Die zeitlich kurze (Sekunden oder wenige Minuten) Auseinandersetzung endet, wenn alle Gegner am Boden liegen oder eine Mannschaft abdreht oder sonst die Niederlage anerkennt. Kampfrichter, die unmittelbar eingreifen, sind nicht vorgesehen, manchmal werden die Kämpfe aber von nicht mehr aktiven Hooligans beider Gruppen als sogenannte Schiedsrichter beobachtet und Regelverstöße im Anschluss an die Auseinandersetzung mit den Betroffenen erörtert.

Unter diesen Voraussetzungen standen die Mitglieder der L-Gruppe einer verfeindeten Gruppe aus Klagenfurt gegenüber. Ein Kampftrainer hielt die Teilnehmer an, fair zu bleiben. Al-

lein auf Wiener Seite waren 28 Personen beteiligt. Während der wechselseitigen etwa eineinhalb Minuten andauernden Schlägerei schlugen die verfeindeten Gruppen mit Faustschlägen gegen Gesicht, Kopf und Oberkörper aufeinander ein und führten Tritte gegen den Oberkörper aus – unabhängig davon, ob ein Teilnehmer stand oder zu Boden gegangen war. Es wurde auf Asphalt gekämpft. O, ein Mitglied der Klagenfurter Gruppe, wurde von T1, T2, T3 geschlagen und mit Schuhen getreten, auch gegen den Kopf, als er bereits am Boden lag und sich nicht mehr wehren konnte. Er erlitt dabei diverse Brüche der Gesichtsknochen und musste sich einige Zeit einer Intensivbehandlung im Krankenhaus unterziehen.

Quelle: BGH, Urteil vom 22.01.2015, [3 StR 233/14](#) (der in Rz 15 geschilderte Kampf; vergleichbar auch BGH, Urteil vom 22.02.2012, [1 StR 585/12](#)).

Basisstellen aus Fuchs/Zerbes, AT

16/1-36: Einwilligung

Schwerpunkte der Falllösung

Der deutsche BGH hat die Strafbarkeit von T1, T2, T3 wegen gemeinschaftlicher gefährlicher Körperverletzung bestätigt (§§ 223 Abs 1, 224 Abs 1 Nr 4, 25 Abs 2 dStGB).

Nach österreichischem Recht ist **Strafbarkeit wegen schwerer Körperverletzung nach §§ 83, 84 Abs 4 und Abs 5 Z 1 und 2 StGB** zu prüfen. Die Tatbilder lassen sich einigermaßen klar bejahen (unten 1.-4.). Da drei Täter zusammenwirken, liegt **mittäterschaftliche Tatbegehung** (§ 12 Fall 1) nahe (unten 5.).

Der Schwerpunkt der Entscheidung betrifft die Grenzen der rechtfertigenden **Einwilligung** bei verabredeten Schlägereien (unten 6).

1. Tatbestand §§ 83, 84 Abs 4

Die Täter haben O durch Schläge und Fußtritte nach § 83 Abs 1 **am Körper verletzt**: Sie haben in die körperliche Integrität des O eingegriffen und ihm Brüche – das sind eindeutig Substanzbeeinträchtigungen – zugefügt (BT I⁶ 28). Da Knochenbrüche im Gesicht jedenfalls unter die **an sich schweren Verletzungen** fallen und außerdem eine Heilungsdauer von mehr als 24 Tagen beanspruchen, wurde § 84 Abs 4 erfüllt.

Auch der für die Strafbarkeit nach § 84 Abs 4 erforderliche innere Tatbestand liegt vor: Vorsatz auf eine Verletzungshandlung, die zumindest fahrlässig zur schweren Folge geführt hat. Bei dem hier geschilderten Ablauf – Fußtritte mit harten Schuhen ins Gesicht – liegt sogar Vorsatz auch auf den qualifizierten Erfolg vor.

2. Tatbestand §§ 83, 84 Abs 5 Z 1

§ 84 Abs 5 Z 1 ist eine Handlungsqualifikation: Der erhöhte Strafraum kommt zur Anwendung, wenn die Körperverletzung „in einer Weise“ begangen wird, „mit der Lebensgefahr verbunden ist.“ Nur, wenn das Opfer in konkrete Lebensgefahr gerät, ist der Tatbestand erfüllt (BT I⁶ 46 f). Tritte selbst mit leichten Schuhen gegen den Kopf könnten eine solche verursacht haben: Mit ihnen ist das Risiko einer Hirnblutung gegeben, ein lebensgefährlicher Zu-

stand. Dass O tatsächlich in Lebensgefahr war, wurde allerdings nicht festgestellt. Es muss daher *in dubio pro reo* (4/14) verneint werden.

3. Tatbestand §§ 83, 84 Abs 5 Z 2

Auch § 84 Abs 5 Z 2 ist eine Handlungsqualifikation. Erfasst ist eine Begehung von mindestens drei Personen in einer „verabredeten Verbindung“. Drei Schläger wie hier genügen. Zwischen ihnen muss vor der Tat eine Verabredung zustande gekommen sein, das ist eine Willenseinigung (BT I 47) über die Verletzung. Entscheidend ist, ob sie dem Opfer gegenüber als Einheit auftreten; auch ein spontaner Entschluss knapp vor der Tat reicht aus. Der vorliegende Sachverhalt läuft tatsächlich so ab: T1, T2, T3 stehen dem O als zusammengehöriges Team der L-Gruppe gegenüber.

Auch der Vorsatz auf einen derartigen gemeinsamen Auftritt liegt vor.

4. Mittäterschaft, § 12 Fall 1

T1, T2 und T3 begehen die Verletzungshandlungen in Mittäterschaft.

5. Einwilligung

a. Vorliegen einer Einwilligung?

Angesichts dessen, dass O sich nach der Ansprache durch den «Schiedsrichter» auf den Kampf einlässt, bringt er zum Ausdruck, mit dem Kampf, mit den dazu aufgestellten Regeln und mit den betreffenden Gegnern einverstanden zu sein.

Damit stellt sich die Kernfrage des Falls: Sind die drei Täter durch eine Einwilligung des O gerechtfertigt? – § 90 sieht dazu vor, dass «eine Körperverletzung oder Gefährdung der körperlichen Sicherheit nicht rechtswidrig [ist], wenn der Verletzte oder Gefährdete in sie einwilligt ...»

An der hierfür erforderlichen Entscheidungsfähigkeit des O besteht kein Zweifel. Auch sind keine Willensmängel feststellbar, die die Freiheit seiner Entscheidung, sich in den Kampf zu begeben, ausschließen könnten (16/28-30).

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem **Gegenstand der Einwilligung**. Sie ist umstritten: Muss das Opfer in den Erfolg einwilligen – hier: in die konkreten Verletzungen, die ihm zugefügt werden –, oder genügt es, dass er in die Handlung einwilligt, mit der diese Erfolge riskiert werden?

Nach einer Ansicht muss sich eine Einwilligung auf den **Erfolg** beziehen; es sollen nur jene Rechtsgutsbeeinträchtigungen gerechtfertigt sein, deren Eintritt der Einwilligende ernstlich für möglich gehalten und mit denen er sich abgefunden hat (*Burgstaller/Schütz*, WK² § 90 Rn 24); dass der Einwilligende sich mit der gefährlichen Handlung einverstanden erklärt, reicht dagegen nicht aus (16/11).

Wie ist aus diesem Blickwinkel die vorliegende Erklärung des O auszulegen: Hat er in die ihm zugefügten Körperverletzungen – die Knochenbrüche im Gesicht – eingewilligt? – Wohl nicht. Einverstanden war O mit einem Kampf nach anerkannten Regeln; einverstanden war er daher allenfalls mit Schlagverletzungen, solange er steht und sich wehren kann. Nicht einverstanden war er jedoch mit Verletzungen durch Fußtritte, die ihm beigebracht werden, als er bereits am Boden liegt. Geht man vom Erfolg als Gegenstand der Einwilligung aus, sind daher die Brüche diverser Gesichtsknochen **nicht durch die Einwilligung** des O in den Kampf **gedeckt**.

Diese Ansicht wird allerdings kritisiert: Sie findet keine sachgerechte Lösung für ein *ex ante* erlaubtes Risiko, durch das aber eine der Disposition des Einzelnen entzogene Rechtsgutsverletzung (dazu unten) eintritt. Das ist insbesondere der Fall bei einer *lege artis* durchgeführten Organspende – erlaubtes Risiko –, an der der Spender allerdings stirbt. Denn in diesen Erfolg kann er gar nicht einwilligen (16/12).

Die Einwilligung wird in jüngerer Zeit auch auf die **Gefährlichkeit der Handlung** bezogen (16/12-13). Wird sie gegeben, deckt sie alle Erfolge, die mit der betreffenden Handlung *ex ante* riskiert werden. Es ist daher zu prüfen, ob O in jene Handlungen eingewilligt hat, mit denen der Erfolg – die Knochenbrüche – riskiert wurden. O müsste einverstanden gewesen sein, Fußtritte auch noch am Boden liegend entgegen zu nehmen. Das kann allerdings nicht behauptet werden. Also sind die Täter auch dann **nicht gerechtfertigt**, wenn die gefährliche Handlung als Gegenstand der Einwilligung gesehen wird.

Auch mit diesem Ansatz lassen sich folgende Fallgruppen nicht sachgerecht lösen. Das Opfer willigt in eine Handlung ein, die aber wegen ihrer zu großen Gefährlichkeit dennoch sittenwidrig und nicht gerechtfertigt ist. Wenn aus einer solchen Handlung nur eine geringfügige Verletzung folgt, in die vom Opfer auch eingewilligt wurde, müsste der Täter dennoch strafbar sein.

Im vorliegenden Fall ist die Einwilligung schließlich auch nach jener Lösung abzulehnen, nach der sie **entweder den Erfolg oder die gefährliche Handlung** betreffen muss, um als Rechtfertigung zu wirken (16/14). Denn O hat weder in den Erfolg multipler Knochenbrüche im Gesicht eingewilligt noch hat er in das Risiko einer Verletzung durch Tritte eingewilligt.

Interessanterweise dürfte der deutsche **BGH** dennoch davon ausgegangen sein, dass O in die Schläge und Tritte gegen Oberkörper und Kopf **eingewilligt** hat; das spricht er zwar nicht klar aus, er entkräftet aber auch nicht die Beurteilung des Untergerichts. Hintergrund ist offensichtlich, dass er den vereinbarten Kampf als eine Einheit betrachtet und davon ausgeht, dass O mit seiner Teilnahme an diesem Kampf einerseits in alle *regelkonformen* Schläge eingewilligt hat. Andererseits sollen alle *Regelverstöße* von der Einwilligung gedeckt sein, die «lediglich aus Gründen des Übereifers, der Erregung, der technischen Unvollkommenheit oder der mangelnden Körperbeherrschung» begangen wurden. Zu derartigen Übergriffen werden wohl auch das (regelwidrige aber übliche) Schlagen und Treten der bereits am Boden liegenden Teilnehmer gezählt. Der Einwilligende habe sie vorhergesehen und sich daher auch mit für sie typischen Verletzungen abgefunden. Insoweit werden auch multiple Knochenfrakturen im Gesicht als **von der Einwilligung erfasst** angesehen.

b. Verfügungsbefugnis und Sittenwidrigkeit

Geht man daher anders als nach der oben gefundenen Lösung mit dem BGH von einer Einwilligung aus, folgt als nächster Schritt die Prüfung der Verfügungsbefugnis des O über das verletzte Rechtsgut.

In Verletzungen von Leib und Leben kann man nämlich nur beschränkt einwilligen. Erstens ist keine wirksame **Einwilligung in eine Tötung** möglich, dies ergibt sich aus den Wertungen der Strafvorschriften der § 77, Tötung auf Verlangen, und § 78 StGB, Mitwirkung am Selbstmord (16/18).

Zweitens legt § 90 fest, dass die Einwilligung des Opfers den Täter nur rechtfertigt, wenn «die **Verletzung oder Gefährdung als solche nicht gegen die guten Sitten verstößt**.» Durch die gesetzliche Formulierung «als solche» ist dabei vorgegeben, dass in erster Linie die Verletzungshandlung bzw der Verletzungserfolg selbst nicht gegen die guten Sitten verstoßen darf, auf das dahinterstehende Motiv kommt es nicht an (OGH 13 OS 102/02; 16/19-20). Das Risiko, dass **schwere, insbesondere unwiderrufliche Verletzungen** eintreten, ist trotz Einwilligung grundsätzlich **sittenwidrig** und darf daher nicht eingegangen werden. Nur wenn es ausnahmsweise aus ethisch besonders hochstehenden Gründen hingenommen wird, ist es erlaubt (16/19).

Im vorliegenden Fall hat der BGH die Einwilligung auf sämtliche Verletzungshandlungen bezogen, die in einer Gruppenschlägerei der beschriebenen Art typisch sind, auch auf die durch die Täter gesetzten Fußtritte gegen das Gesicht des Wehrlosen O (siehe oben 5.a.). Es ist daher zu fragen, ob derartige Verletzungshandlungen «als solche» so schwerwiegend sind, dass sie verboten sind.

Die Grenze zur Sittenwidrigkeit ist jedenfalls dann überschritten, wenn der Einwilligende *ex ante* in **konkrete Todesgefahr** gebracht wird. Aber auch, wenn, wie hier (oben 2.), gerade noch keine Todesgefahr festgestellt wird, können die Verletzungshandlungen sittenwidrig sein (16/22-23). Im vorliegenden Fall geht es um gezielte Fußtritte gegen den Kopf, in das Gesicht, noch dazu auf einer harten Unterlage (Asphalt). Trotz des leichten Schuhwerkes werden mit derartigen Misshandlungen einerseits komplizierte Frakturen riskiert; es handelt sich dabei um **schwere Körperverletzungen** nach § 84 Abs 4 StGB (oben 1.). Die Wahrscheinlichkeit, dass sie tatsächlich eintreten, ist äußerst hoch; hier sind sie sogar tatsächlich zustande gekommen. Alleine aufgrund der hohen Wahrscheinlichkeit derartig schwerer Verletzungen sind die Fußtritte der beschriebenen Art sittenwidrig. Ein gesellschaftlich anerkannter Zweck, der die Sittenwidrigkeit trotz massiver Körperverletzungen entfallen lassen könnte, liegt nicht vor.

Andererseits drohen bei Tritten gegen den Kopf noch schwerere Verletzungen als die zustande gekommenen Frakturen, etwa eine Hirnblutung, Wirbel- oder Schädelbrüche, Herzstillstand. *Ex ante* waren solche Folgen ebenfalls nicht bloß möglich, sondern durchaus wahrscheinlich. Insgesamt lässt sich daher klar feststellen, dass, wenn man mit dem BGH tatsächlich eine Einwilligung bejahen will (anders als oben 5.a.), diese aufgrund der **sittenwidrigen Schwere der riskierten Verletzungen** nicht rechtswirksam ist. T1, T2 und T3 sind daher **nicht gerechtfertigt**.

Das deutsche Urteil ergänzt dieses Ergebnis durch zwei weitere Gedanken. Zum einen muss – so der BGH wie bereits in früheren Entscheidungen – «bei Auseinandersetzungen rivalisierender Gruppen ... [die] **Eskalationsgefahr** berücksichtigt werden.» Von einer solchen Eskalationsgefahr sei immer dann auszugehen, wenn, wie hier, «eingrenzende Regeln» oder die «effektive Durchsetzbarkeit etwaiger Absprachen» fehlen. In einem solchen Fall verstoßen die Taten trotz der Einwilligung der Verletzten selbst dann gegen die guten Sitten, wenn mit den einzelnen Körperverletzungserfolgen keine konkrete Todesgefahr verbunden war.

Zum anderen bringt der BGH die Strafbarkeit des in Österreich mit «**Raufhandel**» benannten Delikts (§ 91 StGB) ins Spiel, und zwar die gleich strukturierte deutsche Variante «Beteiligung an einer Schlägerei» (§ 231 dStGB). Gegen die Wertung, die hinter *diesem* Delikt steht, werde nämlich dann verstoßen, wenn, wie in diesem Fall, durch die Tat voraussichtlich die konkrete Gefahr einer schweren Körperverletzung entsteht. Allein aus der Existenz dieses Tatbestandes sei ableitbar, dass der Gesetzgeber bereits in der Teilnahme an einer Schlägerei oder an einem Angriff mehrerer unkontrollierbare sowie schwerwiegende Gefahren für Leib und Leben erblickt, der zur Sittenwidrigkeit führt.