

## Entscheidungsbesprechung

### Konsum eines Joints – zur Garantenstellung aus Ingerenz bzw. Schaffung einer Gefahrenquelle

**1. Lose Zusammenschlüsse etwa von Zechkumpanen oder auch Rauschgiftkonsumenten begründen regelmäßig noch nicht die Übernahme einer Beistandspflicht und das Vorliegen einer Garantenstellung aufgrund einer Gefahrengemeinschaft, die über die Hilfeleistungspflicht nach § 323c StGB hinausgeht.**

**2. Die über die genannte Hilfeleistungspflicht hinausgehende strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Dritten entfällt grundsätzlich bei einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung des Geschädigten.**

**3. Wer eine Gefahrenquelle schafft, den trifft eine Erfolgsabwendungspflicht gem. § 13 StGB nur dann, wenn die naheliegende Möglichkeit begründet wird, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden. Verdichtet sich die Gefahr in Richtung eines sich unvorhersehbar Selbstgefährdenden entsteht eine solche Pflicht nicht. (Leitsätze des Verf.)**

StGB §§ 13, 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3, 323c

BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18 (LG Hanau)<sup>1</sup>

#### I. Einleitung

Die Entscheidung befasst sich lehrbuchartig mit Garantenstellungen im Zusammenhang des gemeinsamen Drogenkonsums. Dabei geht der *Senat* auf die Verpflichtungen aus der Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft, tatsächlicher Gewährübernahme, Ingerenz und der Gefahrenherrschaft ein. In diesem Rahmen nimmt sich die Entscheidung der Figur der freiverantwortlichen Selbstgefährdung an und zeigt in Ansätzen die Zusammenhänge zur Garantenstellung auf. Dabei stellt sie im Gesamten einen interessanten Vergleichspunkt zu der bekannten GBL-Rechtsprechung des BGH dar.<sup>2</sup>

#### II. Sachverhalt (leicht gekürzte Darstellung)<sup>3</sup>

Die Angeklagten A, S und K trafen sich abends in der Wohnung von A, um dort zu „chillen“. Als ihnen langweilig wurde, verließen sie die Wohnung und liefen, jeweils mit Mobiltelefonen ausgerüstet, in der Stadt umher. Zwischen 0.00 und 0.30 Uhr befanden sie sich auf dem Gelände der Kreisrealschule und trafen dort zufällig auf den Geschädigten M, der

allen Beteiligten bekannt war. A, S und K erkannten, dass M, der eine Blutalkoholkonzentration von 2,26 Promille aufwies, erheblich alkoholisiert war. In der Folge stand M mit den Angeklagten zusammen. K holte nun einen Joint mit Spice hervor, der von A hergestellt worden war und den Wirkstoff 5F-ADB enthielt.<sup>4</sup> Dieses synthetische Cannabinoid wirkt um ein Vielfaches stärker als normales THC.<sup>5</sup> K und S nahmen im Wechsel einige Züge von dem Joint. M fragte, ob er den Joint auch einmal haben könne. K und S folgten dieser Bitte nicht. Sie hatten zwar keine Kenntnis von gesundheitlich negativen Folgen des Joints, wussten aber, dass es sich nach Aussagen des A um „starkes Zeug“ handele. M rief „Kindergarten“ in Richtung der Angeklagten, nahm K eigenmächtig den Joint aus der Hand und rauchte einen Zug. Danach ging er einen Schritt zurück und nahm einen zweiten Zug. Sodann machte er einen Schritt nach vorne und ging unter dem vernehmbaren Ausspruch „Ups“ zunächst auf die Knie, bevor er nach vorne auf die Wiese fiel und regungslos liegen blieb.<sup>6</sup> Die Angeklagten waren schockiert und rannten einige Meter davon. S beschloss aber sodann, nach dem Geschädigten zu sehen, und lief zu ihm zurück. M erbrach sich nun ein erstes Mal. S und K brachten ihn in eine „Art stabile Seitenlage“, wobei M sich zwei weitere Male erbrach. M war nicht ansprechbar. Die Angeklagten beschlossen, M keine weitere Hilfe, etwa durch einen Notruf, zukommen zu lassen, da sie im Hinblick auf den von dem Geschädigten konsumierten Joint strafrechtliche Konsequenzen fürchteten. K fertigte um 0.30 Uhr ein kurzes Video von M an und äußerte dazu: „Ich hab dem sein Leben gerettet, Alter“.

A, S und K begaben sich anschließend in eine Spielothek, die sie 30 Minuten später wieder verließen. Auf dem Nachhauseweg kamen sie nochmals an der Kreisrealschule vorbei, wo M unverändert an der gleichen Stelle lag. S sah nach ihm und stellte fest, dass er noch immer gleichmäßig atmete. Die Angeklagten erkannten weder den tödlichen Ausgang des Geschehens noch nahmen sie Ms Tod billigend in Kauf. Eine Kenntnis von einer tödlichen Wirkung des Joints hat das Landgericht ausgeschlossen, da die Angeklagten S und K mehrfach selbst an dem Joint gezogen hatten, was sie anderenfalls definitiv unterlassen hätten.<sup>7</sup> M verstarb vermutlich spätestens um 4.00 Uhr an einem zentralen Regulationsversagen, verursacht durch eine Mischintoxikation von Alkohol und dem synthetischen Cannabinoid 5F-ADB sowie einer bestehenden Vorerkrankung. M wurde gegen 6.10 Uhr tot aufgefunden. Bei unverzüglichem Absetzen eines Notrufs unmittelbar nach dem Zusammenbruch des Geschädigten wäre eine Rettung zwar möglich, aber nicht überwiegend wahrscheinlich gewesen.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist abgedruckt in StV 2020, 373 und online abrufbar unter

<https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&Sort=I&nr=102908&pos=28&anz=473&Blank=1.pdf> (14.12.2020).

<sup>2</sup> BGH NSTZ 2012, 319 (GBL I); BGH NSTZ 2016, 406 (GBL II); BGH NSTZ 2017, 223 (GBL III).

<sup>3</sup> Im Originalfall trafen sich im Laufe des gleichen Tages ein Teil der Angeklagten bereits bei einem Verwandten, wobei es zum Konsum eines vergleichbaren Joints kam und ein Verwandter massive körperliche Schäden davontrug. Davon hat-

ten die Angeklagten jedoch keine Kenntnis, da sie zuvor die Wohnung des Verwandten verlassen hatten. Dieses Ereignis spiegelt sich daher auch nicht in der Begründung des BGH wider; BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 2.

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 3.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 2.

<sup>6</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 3.

<sup>7</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 4.

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 5.

### III. Einführung in die Problematik

Wie auch die bekannte GBL-Rechtsprechung trifft auch dieser Fall den Kern zweier Problemkreise des unechten Unterlassungsdelikts, namentlich die Garantenstellung und die freiverantwortliche Selbstgefährdung.

#### 1. Garantenstellung

Ein unechtes, dem aktiven Tun gleichgestelltes Unterlassen setzt gem. § 13 StGB eine besondere rechtliche Einstandspflicht für einen tatbestandlichen Erfolg voraus. Zu unterscheiden sind Beschützergaranten, die für den Schutz einzelner Rechtsgüter verantwortlich sind, und Überwachergaranten, die für die Absicherung bestimmter Gefahrenquellen zuständig sind.<sup>9</sup> Fehlt es an einer solchen Garantenstellung, bleibt die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit gem. § 323c Abs. 1 StGB.<sup>10</sup>

#### a) Beschützergaranten

Eine Beschützergarantenstellung kann sich zunächst aus einer engen familiären Verbundenheit, klassischerweise zwischen Eltern und Kind oder unter Eheleuten ergeben.<sup>11</sup> Außerdem kann sich eine Garantenstellung bei Lebens- und Gefahrengemeinschaften ergeben, wenn erkennbar eine wechselseitige Schutzgemeinschaft begründet wird.<sup>12</sup> Abzugrenzen ist sie von losen Zusammenschlüssen bei gemeinschaftlichem Alkohol- oder Rauschgiftkonsum.<sup>13</sup> Zwar basieren diese Zusammenschlüsse in der Regel auf einer Freiwilligkeit, aus ihrem Zuschnitt lässt sich aber kaum eine konkludente gegenseitige Hilfszusage erkennen.<sup>14</sup>

Eine Beschützergarantenstellung kann sich auch außerhalb dieser Lebens- oder Gefahrengemeinschaften ergeben, wenn

einseitig Schutzfunktionen übernommen werden, die eine berechnete Erwartung des Rechtsgüterschutzes begründen.<sup>15</sup>

#### b) Überwachergaranten

Sicherungspflichten können sich aus der Verantwortlichkeit für eine bestimmte Gefahrenquelle ergeben. So entsteht eine Garantenstellung aus Ingerenz, wenn durch ein pflichtwidriges Vorverhalten die nahe Gefahr des konkreten tatbestandsmäßigen Erfolgs verursacht wurde; die Gefahrenquelle besteht hier in der vorangegangenen Pflichtwidrigkeit.<sup>16</sup>

In Abgrenzung zur Ingerenz kann auch ohne pflichtwidriges Vorverhalten eine Garantenstellung aus der Beherrschung einer Gefahrenquelle entstehen.<sup>17</sup> Ausreichend ist, dass eine Gefahrenquelle geschaffen und unterhalten wird. Werden die gebotenen Schutzvorkehrungen, die nach Würdigung der Gesamtumstände – insbesondere des Gefahrengrades – notwendig und zumutbar sein müssen, nicht getroffen, kann sich eine Unterlassensstrafbarkeit ergeben.<sup>18</sup> Begründen lässt sich diese Garantenstellung wiederum mit der Vertrauenserwartung potenziell Geschädigter, die an die Kontrollherrschaft der Unterlassenden anknüpft.<sup>19</sup>

#### 2. Freiverantwortliche Selbstgefährdung

Der zweite mit der Entstehung einer Garantenstellung verzahnte Problemkreis der Entscheidung liegt in der Frage nach der freiverantwortlichen Selbstgefährdung des Geschädigten. Eine solche unterbricht zunächst den Zurechnungszusammenhang zum Handelnden im Rahmen des Begehungsdelikts, weil der Erfolg der Verantwortungssphäre des Geschädigten entstammt; der Erfolg ist nicht Werk des Handelnden, sondern Realisierung des freiverantwortlich übernommenen Risikos des Geschädigten.<sup>20</sup> Ob eine freiverantwortliche Selbstgefährdung vorliegt, ist in zwei Schritten zu prüfen:

1. Damit es sich um eine Selbst- nicht um eine Fremdgefährdung handelt, muss der Geschädigte die Tatherrschaft über die letztlich gefährdende Handlung innehaben.<sup>21</sup>

<sup>9</sup> Vgl. zur Funktionslehre *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 6; sowie *Kühl*, JuS 2007, 497 (500 ff.).

<sup>10</sup> Zur Systematik echter und unechter Unterlassungsdelikte vgl. *Kühl*, JuS 2007, 497 (499).

<sup>11</sup> Zu der Bedeutung gesetzlicher Bestimmungen BGH NStZ 2004, 30 (31); dazu *Nikolaus*, JA 2005, 605 (609); ferner *Rudolphi*, NStZ 1984, 149 (153); sowie *Ingelfinger*, NStZ 2004, 409 (411); vgl. zu § 1618a BGB und der Garantenstellung des Kindes ggü. den Eltern auch BGH NStZ 2018, 34 m. Anm. *Kudlich*.

<sup>12</sup> *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 64; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 50. Aufl. 2020, Rn. 1181; vgl. zu sog. Unglücksgemeinschaften *Gaede*, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, § 13 Rn. 40; sowie *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 13 Rn. 24.

<sup>13</sup> BGH NJW 1954, 1047 (1048); BGH NStZ 1983, 454 (454); BayObLG NJW 1953, 556 stellt fest, dass zu der Zechgemeinschaft noch weitere Umstände, wie das Überreden zum übermäßigen Alkoholkonsum, hinzutreten müssen; zum gemeinsamen Rauschgiftkonsum OLG Stuttgart NJW 1981, 182 (182 f.); vgl. auch *Brüning*, ZJS 2012, 691 (695).

<sup>14</sup> *Freund*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, § 13 Rn. 174.

<sup>15</sup> Dabei kommt es auf die tatsächliche Übernahme der Verantwortung, nicht primär auf die vertragliche Situation an: Ist der Vertrag unwirksam, ändert das grundsätzlich nichts an der Garantenstellung. Andersherum reicht die vertragliche Verpflichtung allein nicht aus, damit die Verantwortung auf Dritte übergehen kann. Vgl. *Ransiek*, JuS 2010, 585 (588).

<sup>16</sup> *Bosch* (Fn. 12), § 13 Rn. 32.

<sup>17</sup> Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 1187.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 27; BGH NStZ 2012, 319 (320).

<sup>19</sup> *Gaede* (Fn. 12), § 13 Rn. 46; *Kühl*, JuS 2007, 497 (500, 502) m.w.N. zur Herleitung von Garantenstellungen im Allgemeinen.

<sup>20</sup> Vgl. *Eisele*, JuS 2012, 577 (578) m.w.N.

<sup>21</sup> Vgl. *Rönnau*, JuS 2019, 119 (119 f.); vgl. auch für die freiverantwortliche Selbsttötung BGH NJW 2019, 3089 (3089 f.).

2. Sodann ist zu prüfen, ob die Selbstgefährdung auch freiverantwortlich ist.<sup>22</sup> Liegt nach diesen Kriterien keine Freiverantwortlichkeit vor, ist zu differenzieren: Täuscht der Handelnde das Opfer, sodass ein (beachtlicher) Irrtum entsteht<sup>23</sup>, nutzt er seine Einwilligungsunfähigkeit aus oder erkennt die Tragweite seiner Entscheidung besser als das Opfer, so ist eine mittelbare Täterschaft gem. § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zu prüfen.<sup>24</sup> Hätte der Handelnde bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt einen Wissensvorsprung erlangen können (etwa weil ihn eine Prüfpflicht trifft), so steht eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Frage.<sup>25</sup>

Wie angedeutet, kann eine freiverantwortliche Selbstgefährdung auch das Entstehen einer Überwachergarantenstellung aus Ingerenz und der Herrschaft über eine Gefahrenquelle verhindern.<sup>26</sup> Die objektive Zurechnung eines Körperverletzungs- oder gar Tötungserfolges zu einem Dritten ist gestört, weil dem Opfer aufgrund seines Verhaltens die Verantwortung für den Erfolg zugeschrieben wird. Eine Verantwortung des Dritten im Rahmen der Unterlassungshaftung zu begründen, sobald sich das Risiko realisiert hat, ist dann zumindest nicht ohne Weiteres erklärbar.<sup>27</sup> Der BGH nimmt u.a. in seiner GBL II-Entscheidung dann eine Ausnahme an, wenn sich die Gefahr für das Leben des Selbstgefährdenden zu realisieren beginnt. In einem solchen Fall soll die eigenverantwortliche Selbstgefährdung die Entstehung einer Erfolgsabwendungspflicht nicht hindern.<sup>28</sup> Der *Senat* begründet diese Entscheidung damit, dass bei der Selbstgefährdung – anders als bei der Selbsttötung – nur das Risiko eines Erfolgsintritts eingegangen werde. Entwickle sich das auf die Gefährdung angelegte Geschehen jedoch erwartungswidrig in Richtung auf den Verlust des Rechtsguts, erfasse die ursprüngliche Entscheidung der Hinnahme des Risikos nicht den Ver-

zicht auf Maßnahmen zum Erhalt des Rechtsguts.<sup>29</sup> Diese Auffassung wird im Schrifttum zutreffend als wertungswidersprüchlich kritisiert.<sup>30</sup> Sie droht das Verantwortungsprinzip zu unterlaufen und dem Herrschenden über eine Gefahrenquelle zum „Vormund und Hüter aller derer zu machen, die sich freiverantwortlich dieser Gefahrenquelle aussetzen.“<sup>31</sup>

#### IV. Die Entscheidung des BGH und ihre Bewertung

Die Strafkammer hatte die Angeklagten wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB (a.F., jetziger Abs. 1) verurteilt.<sup>32</sup> Die Revision der Staatsanwaltschaft hat der BGH verworfen und die Entscheidung der Strafkammer, weder auf versuchten oder vollendeten Totschlag oder fahrlässige Tötung durch Unterlassen noch auf Aussetzung mit Todesfolge zu erkennen, als rechtsfehlerfrei erachtet. Dabei hat der *Senat* dahinstehen lassen, ob die angegriffene Beweiswürdigung des Landgerichts zur Ablehnung des Tötungsvorsatzes Rechtsfehler aufweist. Ebenso offengelassen wurde, ob es in den Urteilsgründen an einer hinreichenden Darlegung der Angaben der Sachverständigen zu deren Schlussfolgerung fehlt, dass auch bei einem sofortigen Absetzen des Notrufs eine Rettung des Geschädigten nicht hinreichend wahrscheinlich gewesen wäre. Denn einer über § 323c StGB hinausgehende Strafbarkeit mangle es schon an einer Garantenstellung der Angeklagten.<sup>33</sup> Der *Senat* setzt sich in seiner Begründung mit den in Frage kommenden Beschützergarantenstellungen aus der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft (1.) und der tatsächlichen, freiwilligen Übernahme der Schutzaufgabe (2.) auseinander, um sodann eine Überwachergarantenstellung aus pflichtwidrigem Vorverhalten (3.) oder aus der Herrschaft über eine Gefahrenquelle (4.) zu diskutieren.

##### 1. Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft

Zunächst lehnt der *Senat* eine Garantenstellung aus Zugehörigkeit zu einer Gefahrengemeinschaft ab:

„Das bloße Zusammenstehen in nächtlicher Runde und auch das gemeinsame Rauchen einer Zigarette lässt – vergleichbar der Rechtsprechung zu Zech- oder Konsumgemeinschaften – noch keine Gefahrengemeinschaft entstehen, die die Gewähr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge in bestimmten Gefahrenlagen einschließt.“<sup>34</sup>

Zwar wird durchaus gesehen, dass der Joint den Wirkstoff 5F-ABD enthielt, dessen Konsum objektiv und vor allem in Kombination mit Alkohol weitaus gefährlicher sein dürfte als das Rauchen anderer Cannabissorten. Das allein vermag für

<sup>22</sup> Die Kriterien, nach denen die Freiverantwortlichkeit zu bestimmen ist, sind umstritten. Vgl. zur „Exkulpationslösung“ *Brand/Lotz*, JR 2011, 513 (517); zur „Einwilligungslösung“ *Eser/Sternberg-Lieben* (Fn. 12), Vorb. §§ 211 ff. Rn. 36; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 12), Rn. 273; vgl. weiter auch *Eisele*, JuS 2012, 577 (580).

<sup>23</sup> Zu der Unterscheidung von beachtlichen rechtsgutsbezogenen und unbeachtlichen Motivirrtümern vgl. *Kühl* (Fn. 12), § 9 Rn. 39; *Paeffgen/Zabel* (Fn. 12), § 228 Rn. 26 f.

<sup>24</sup> Letztlich wird so überprüft, ob dem Handelnden nicht doch eine Willens- oder Wissenherrschaft zukommt. Daher ist die Freiverantwortlichkeit auch kein von der Tatherrschaft losgelöster Prüfungspunkt, sondern hat Rückwirkungen auf diese. Vgl. auch BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 20; sowie *Eisele*, JuS 2012, 577 (581).

<sup>25</sup> BGH NJW 2009, 2611 (2611 f.); *Lange/Wagner*, NStZ 2011, 67 (68 f.); sowie ferner BGH NStZ 2011, 341.

<sup>26</sup> Vgl. auch *Jasch*, NStZ 2005, 8 (11).

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 19; Vgl. auch *Fünfsinn*, StV 1985, 57 (58).

<sup>28</sup> BGH NStZ 2016, 406 (407); vgl. auch bereits BGH NStZ 1984, 452 sowie BGH NStZ 2017, 219 (220); BGH NStZ 2017, 223 (225).

<sup>29</sup> BGH NStZ 2016, 406 (407); vgl. zum Rechtssprechungswandel im Fall des Tatherrschaftswechsels bei der freiverantwortlichen Selbsttötung BGH NJW 2019, 3089.

<sup>30</sup> *Eisele*, JuS 2016, 276 (278); *Jäger* JA 2016, 392 (394); *Lorenz*, NStZ 2017, 226 (226 f.); *Roxin*, StV 2016, 428 (428 f.); *Schiemann*, NJW 2016, 176 (178).

<sup>31</sup> *Jäger*, JA 2016, 392 (394).

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 9.

<sup>33</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 10.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 14.

den *Senat* aber nicht die lose Verbindung zu einer Gefahrengemeinschaft zu festigen, „weil sich die Angeklagten K und S darauf beschränkten, selbst einige Züge zu nehmen, und es ablehnten, den Geschädigten selbst rauchen zu lassen.“<sup>35</sup>

Der Klarheit scheint es dienlich, sich zudem auf die Unkenntnis bezüglich der Gefährlichkeit zu stützen. Dieses Argument verwendet der *Senat* auch bei der Behandlung der anderen Garantenstellungen. Denn erst die Kenntnis um die Gefährlichkeit würde rechtfertigen, eine Gefahrengemeinschaft, in Abgrenzung zur einfachen Konsumgemeinschaft, anzunehmen.<sup>36</sup> Diese Unterscheidung würde insbesondere dann relevant, wenn einer der Konsumenten stark auf den Wirkstoff reagierte und deshalb eine Garantenstellung innerhalb der Angeklagten fraglich wäre.

## 2. Tatsächliche, freiwillige Gewährübernahme

Auch in einem sonstigen Verhalten der Angeklagten konnte der *Senat* keine tatsächliche Übernahme der Verantwortung für den M erkennen.<sup>37</sup>

„Der Umstand, dass die Angeklagten es ablehnten, dem Geschädigten den Joint zum Rauchen zu überlassen, stellt sich nicht als Übernahme von Verantwortung dar, die weitergehende Schutzpflichten auslösen könnte. Es handelt sich bei der Zurückweisung dieses Ansinnens lediglich um ein von der Rechtsordnung anderweit gefordertes Verhalten, das in diesem Augenblick der Vermeidung einer strafrechtlichen Haftung aus Ingerenz bzw. einer Verantwortlichkeit für eine Gefahrenquelle dient.“<sup>38</sup>

Dass M K den Joint abnahm, kann ebenfalls keine Einstandspflicht begründen:

„Drittverhalten ist insoweit nicht geeignet, eine Einstandspflicht der Angeklagte(n) mit Gewähr für gegenseitige Hilfe und Fürsorge entstehen zu lassen.“<sup>39</sup>

Letztlich kann ebenso wenig in dem Verbringen des M in eine Art stabile Seitenlage durch K und S eine konkludente Zusage gesehen werden, sich weiter um diesen zu kümmern, sollte sich sein Zustand nicht verbessern.

„Bei dem Tun der Angeklagten handelt es sich vielmehr allein um die (ungenügende) Erfüllung der ihnen aus

§ 323c StGB obliegenden Pflicht, nicht um die Übernahme der Obhut. Allein daraus, dass jemand einem Hilfsbedürftigen beisteht, ergibt sich – jedenfalls dann, wenn damit wie hier keine wesentliche Veränderung der Situation des Hilfsbedürftigen eingetreten ist – noch keine Garantenpflicht zur Vollendung einer begonnenen Hilfeleistung. Wollte man dies anders beurteilen, bedeutete dies eine nicht nachvollziehbare Schlechterstellung desjenigen, der immerhin Maßnahmen zur Rettung ergreift, mögen sie auch letztlich ungenügend sein, gegenüber demjenigen, der gar nicht erst tätig wird.“<sup>40</sup>

Eine wesentliche Veränderung der Situation läge nur dann vor, wenn die freiwillige Übernahme einer Hilfeleistung andere konkrete Rettungsmöglichkeiten vereitelt oder die Situation des Hilfsbedürftigen sonst risikofördernd verändert.<sup>41</sup> Eine solche Konstellation wäre beispielsweise dann gegeben gewesen, wenn die Angeklagten M an einen anderen Ort verbracht hätten, wo ein Auffinden durch Dritte unwahrscheinlicher geworden wäre. Ähnliches gilt, wenn sie die Hilfe anderer nächtlich Spazierender verhindert hätten, indem sie diesen gegenüber geäußert hätten, dass „sie sich schon kümmern würden“.

## 3. Ingerenz

Sodann verneint der *Senat* eine Garantenstellung aus Ingerenz mangels pflichtwidrigen Vorverhaltens.

In Bezug auf A merkt er an, dass dieser „den Hinweis [gegeben hat], dass es sich um ‚starkes Zeug‘ handle; der Konsum von Spice mit dem Wirkstoff 5F-ADB war zu diesem Zeitpunkt auch nicht mit Strafe belegt, so dass sich hieraus jedenfalls die Pflichtwidrigkeit nicht ergeben kann. Dass mit dem Konsum von Rauschmitteln grundsätzlich Gefahren verbunden sind, vermag allein die Pflichtwidrigkeit des Handelns nicht zu begründen.“<sup>42</sup>

Die Pflichtwidrigkeit auf diese Weise abzulehnen, ist in Anbetracht von Fallkonstellationen, in denen legale Wirkstoffe zum Zwecke des Konsums missbraucht und drogenfreudigen Partygästen frei zugänglich gemacht werden<sup>43</sup>, kritisch zu sehen.<sup>44</sup> In der vorliegenden Entscheidung kann sich diese (verkürzende) Sicht aber schon deshalb nicht auswirken, weil dem Geschädigten der Mitkonsum verwehrt wird.

„Die in diesem Zusammenhang erfolgende Wegnahme des Joints durch den Geschädigten stellt sich (trotz seiner vorangegangenen Frage nach dem Joint) als ein überraschendes und nicht vorhersehbares Tun dar, das den Angeklagten nicht zuzurechnen ist.“<sup>45</sup>

<sup>35</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 15.

<sup>36</sup> Vgl. auch *Kühl*, JuS 2007, 497 (501).

<sup>37</sup> Bei der Beschützergarantenstellung aus Mitgliedschaft einer Gefahrengemeinschaft handelt es sich bei genauer Betrachtung um einen Unterfall der tatsächlichen, freiwilligen Übernahme. Während die Gefahrengemeinschaft aber gegenseitige Beistandspflichten in gleichmäßiger Qualität begründet, umfasst die Fallgruppe der tatsächlichen Gewährübernahme auch verhaltensbedingt einseitige Pflichten; vgl. auch *Ransiek*, JuS 2010, 585 (588).

<sup>38</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 17.

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 17; vgl. insofern die Ausführungen zur Garantenstellung aus Ingerenz.

<sup>40</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 18; so auch *Hoyer*, Anm. zu BGH NSTZ 1994, 84 (85).

<sup>41</sup> *Bosch* (Fn. 12), § 13 Rn. 27; *Kühl* (Fn. 12), § 18 Rn. 75a; eingehend *Mitsch*, JuS 1994, 555 (555 ff.).

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 22.

<sup>43</sup> Vgl. insofern GBL II und III (siehe Fn. 2).

<sup>44</sup> Vgl. auch *Brüning*, ZJS 2017, 727 (731).

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 23.

Der *Senat* gibt zusätzlich den Hinweis, dass „ein nicht pflichtwidriges Verhalten, das zwar kausal eine Gefahr herbeiführt, die unmittelbar aber erst durch das verantwortungsvolle Handeln eines Dritten begründet wird, nicht zu einer Garantstellung führen [kann]“.<sup>46</sup> Diese Bewertung scheint jedenfalls bei der Herrschaft über eine Gefahrenquelle präziser verortet, da die Anforderungen an eine Garantstellung bei pflichtgemäßem Vorverhalten andere sein können.

Ein anderes positives Tun, mit dem K und S die Gefahr der Gesundheitsschädigung des M verursachten, kann auch insbesondere nicht in der Weigerung der Übergabe des Joints gesehen werden, da diese gerade der Vermeidung einer Gefahrschaffung und einer Garantstellung aus Ingerenz dient.<sup>47</sup> Die Nichtverhinderung der Wegnahme oder ein mögliches Herausgabeverlangen stellen indessen keine positiven Handlungen dar und bedürften zur Beachtlichkeit ihrerseits eine Handlungspflicht.<sup>48</sup>

#### 4. Herrschaft über eine Gefahrenquelle

Letztlich widmet sich der Senat einer möglichen Begründung der Einstandspflicht aus der Schaffung einer Gefahrenquelle.

a) S schafft schon keine Gefahrenquelle, da sich sein Verhalten in der zwischenzeitigen Einnahme einiger Züge erschöpfte. Als es zum eigenverantwortlichen Handeln des M kam, hatte S den Joint bereits an K zurückgegeben.<sup>49</sup>

Letztlich hat A zwar durch die Herstellung des Joints mit dem Wirkstoff 5F-ABD und seine Weitergabe die ursprüngliche Gefahrenquelle geschaffen.

„Dabei hatte er allerdings [S und K] mitgeteilt, dass es sich um ‚Spice‘ und ‚starkes Zeug‘ handele, ohne zu diesem Zeitpunkt zu wissen, welche tatsächlichen Gefahren mit dem Genuss des Joints verbunden sein können. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich zum Tatzeitpunkt um einen Stoff gehandelt hat, der weder vom Betäubungsmittel- noch vom Arzneimittelgesetz erfasst war, und dass deshalb der Umgang mit ihm nicht unter Strafe stand. Eine generelle Verpflichtung des Eigentümers eines solchen Mittels, besondere Vorkehrungen gegen selbstschädigenden Missbrauch zu treffen, führte zur Auferlegung von Verpflichtungen, die die freie Verfügbarkeit konterkarieren (vgl. dazu auch *Murmann*, NStZ 2012, 387, 388). Insoweit hat der Angeklagte A. im Augenblick der Übergabe an K. die einerseits notwendigen, aber auch ausreichenden Maßnahmen ergriffen, um andere vor Schaden zu bewahren. Eine nahe liegende Gefahr, dass Rechtsgüter anderer Personen verletzt werden könnten, wurde deshalb mit der Übergabe des Joints an K. nicht begründet.“<sup>50</sup>

Für A ergibt sich auch nichts anderes aus dem Zusammentreffen auf dem Gelände der Kreisrealschule: Es war für ihn

nicht vorhersehbar, dass sich M nach der Verweigerung des K in den Besitz des Joints bringen und diesen konsumieren würde. Insofern habe für A die Gefahr der lebensgefährlichen Gesundheitsschädigung des M nicht nahegelegen.<sup>51</sup>

Nach der Würdigung des *Senats* war K zwar im Besitz eines objektiv gefährlichen Gegenstandes im öffentlichen Raum. Daraus lasse sich aber nicht ableiten, dass es sich um eine Gefahrenquelle handele, die den konkreten Schadenseintritt „nahelegt“.<sup>52</sup> Zwar übergab er in dem Wissen, dass es sich um ein hochwirksames Rauschgift handele, den Joint zwischenzeitlich an S. Dass sich jedoch M des Rauschgifts eigenständig bemächtigen würde und, dass damit die Gefahr in Richtung des M gehen würde, war für K jedoch nicht voraussehbar.<sup>53</sup>

b) Der *Senat* behält im Rahmen eines obiter dictums die oben skizzierte Linie bei, eine Überwachergarantstellung auch dann für möglich zu halten, wenn sich die Gefahr einer freiverantwortlichen Selbstgefährdung erkennbar realisiert.<sup>54</sup> Diese Annahme überzeugt aus oben genannten Gründen nicht, wird von dem *Senat* aber auch nicht in entscheidungstragender Weise verwendet. Stattdessen differenziert er implizit zwischen vorhersehbaren und unvorhersehbaren Selbstgefährdungen. Hier kann besonders anschaulich mit den GBL-Entscheidungen verglichen werden: Bei „GBL I“ stützte sich der BGH darauf, dass der Angeklagte zuvor das Reinigungsmittel „Cleanmagic“ (mit dem Wirkstoff GBL) auf den Wohnzimmertisch der Geschädigten stellte und ihr den Konsum anbot.<sup>55</sup> Im Fall „GBL II“ stellte der Verurteilte eine Flasche mit unverdünntem GBL frei zugänglich für andere Partygäste mit dem Hinweis, dass man GBL nicht unverdünnt zu sich nehmen dürfe, ab.<sup>56</sup> In beiden Fällen eröffneten die Verurteilten eine Gefahrenquelle und sicherten sie nicht hinreichend in Richtung der freiverantwortlich selbstgefährdenden Geschädigten ab.<sup>57</sup> Dass sich die Geschädigten potenziell durch den Konsum selbst gefährden, war dabei durchaus vorhersehbar. Im vorliegenden Fall war die Selbstgefährdung durch Konsum dagegen für die Angeklagten kaum vorhersehbar, sodass der *Senat* bereits die Gefahrschaffung in Rich-

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 32 ff.

<sup>52</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 34.

<sup>53</sup> Vgl. auch *Murmann*, NStZ 2012, 387 (387 ff.).

<sup>54</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 20.

<sup>55</sup> BGH NStZ 2012, 319 (320) m. krit. Anm. *Murmann*, NStZ 2012, 387; ebenfalls krit. *Gaede* (Fn. 12), § 13 Rn. 47.

<sup>56</sup> BGH NStZ 2016, 406 (407).

<sup>57</sup> In der Entscheidung „GBL I“ geht der 1. *Strafsenat* nicht auf eine freiverantwortliche Selbstgefährdung ein, sondern belässt es bei der Verneinung einer freiverantwortlichen Selbsttötung mangels ernsthaften Suizidentschlusses; BGH NStZ 2012, 319 (320). Dennoch verweist der 2. *Strafsenat* in seiner GBL II-Entscheidung bzgl. der freiverantwortlichen Selbstgefährdung auf diese Entscheidung; BGH NStZ 2016, 406 (407). In der Entscheidung „GBL III“ stellte der Verurteilte ebenfalls eine Flasche unverdünnten GBLs ab, jedoch verkannten die Geschädigten mangels Hinweises auf die Dosierung das Risiko des Konsums völlig, sodass der BGH eine Freiverantwortlichkeit ablehnte; BGH NStZ 2017, 223 (225).

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 23.

<sup>47</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 24.

<sup>48</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 25.

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 29.

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 11.9.2019 – 2 StR 563/18, Rn. 30.

tung des Geschädigten ablehnt und daher eine Absicherung in Richtung dieser unvorhersehbar Selbstgefährdenden für nicht notwendig erachtet.<sup>58</sup> Aus diesem Grund scheint sich der *Senat* eine Auseinandersetzung mit der Freiverantwortlichkeit des Geschädigten zu ersparen. In Anbetracht der erheblichen Alkoholisierung (2,26 Promille) und der Unkenntnis über den konkreten Inhalt des Joints dürfte es zweifelhaft sein, von einer Freiverantwortlichkeit auszugehen.

Gleichzeitig lässt der *Senat* die Chance ungenutzt, im Rahmen seines obiter dictums die skizzierte Rechtsprechungslinie in Richtung der Literatur zu korrigieren. Auch nach der faktischen Aufgabe der Wittig-Rechtsprechung zum Bestehen der Garantenstellung des Arztes zum Zeitpunkt des Tatherrschaftswechsels bei der Suizidassistentz<sup>59</sup> scheint eine Revisi- on dieser – durch die GBL-Entscheidungen gefestigten Linie – geboten. Der Eigenverantwortlichkeit sollte unter Aufgabe der (künstlichen) Aufspaltung der Geschehen ein höheres Gewicht beigemessen werden und das Vorliegen freiverantwortlicher Selbstgefährdungen unabhängig von ihrer Vorhersehbarkeit eine Garantenstellung aus Gefahrenherrschaft ausschließen.

c) Interessant ist schließlich der Hinweis des *Senats*, dass weitere Schutzmaßnahmen vor Selbstschädigungen auch nicht geboten waren, weil die Annahme einer Überwachungspflicht die freie Verfügbarkeit des Mittels konterkariere. Dieser Verweis auf *Murmanns* Anmerkung zur „GBL I“-Entscheidung scheint bedenklich: Sie bezieht sich auf das frei im Handel verfügbare und GBL enthaltende Reinigungsmittel „Cleanmagic“, das durch den Angeklagten als Droge zweckentfremdet wurde.<sup>60</sup> Ähnliches für das synthetische Cannabinoid 5F-ABD anzunehmen, scheint sowohl den Begriff der „freien Verfügbarkeit“ als auch das dahinterliegende Restriktionsbestreben überzustrapazieren. Auch wenn der Wirkstoff 5F-ABD erst gut einen Monat nach dem Tatzeitpunkt in die Anlage II des BtMG aufgenommen wurde<sup>61</sup>, lässt es sich nicht vollständig mit einem im freien Handel verfügbaren Reinigungsmittel vergleichen.<sup>62</sup> Denn *Murmann* begründet seine Einschränkung u.a. damit, dass die Geschädigte sich das Mittel ohne Weiteres in jedem Supermarkt hätte verschaffen können.<sup>63</sup> Für „Spice“ mit dem Wirkstoff 5F-ABD sollte gerade bei Unkenntnis über die konkrete Gefährlichkeit bei dem abstrakten Wissen um die Wirkung erwartet werden können, dass eine verstärkte Überwachung durch Hersteller und Besitzer vorgenommen wird. Diese Erwartung kann hier dennoch nicht so weit gehen, besondere Maßnahmen zum Schutze vor der vollverantwortlichen Wegnahme durch Dritte zu verlangen. Für andere Fallkonstellationen scheint aber eine Bewertung angemessen, die in ihrer Differenziertheit über

die Einteilung in legale und illegale Substanzen hinausgeht. Denn selbst möchte man die Pflichtwidrigkeit im Rahmen der Ingerenz stark an dem Bestehen eines strafrechtlichen Verbots orientieren<sup>64</sup>, so bietet die Kategorie der Gefahrenherrschaft hinreichend „Spiel“ für Graduierungen.

## V. Fazit

Die Entscheidung ist nicht nur in Gänze lehrreich, sondern dürfte auch für Prüfungen äußerst attraktiv sein. Zum einen, weil fundierte Kenntnisse im Bereich der Garantenstellung und der freiverantwortlichen Selbstgefährdung zum Kern des Pflichtfachstoffes gezählt werden dürfen. Zum anderen bietet der Sachverhalt in seinen Verästelungen viel Argumentationsmaterial, das vom Kandidaten strukturiert präsentiert werden will. Letztlich stellt die Entscheidung für Prüfer eine interessante Alternative zu den GBL-Fällen, die sich längst als Klassiker der Ausbildung begreifen lassen.

*Wiss. Mitarbeiter Maximilian Nussbaum, Hannover\**

<sup>58</sup> Vgl. *Murmann*, NStZ 2012, 387 (387 ff.).

<sup>59</sup> BGH NJW 2019, 3089 (3090 ff.).

<sup>60</sup> Vgl. *Murmann*, NStZ 2012, 387 (388); vgl. zur arzneimittelrechtlichen Einordnung *Brüning*, ZJS 2017, 728 (729 ff.).

<sup>61</sup> Vgl. die vom 9.6.2016 an geltende 31. BTMÄndV.

<sup>62</sup> GBL ist aufgrund seiner legalen Verwendung in der Industrie nicht durch das BtMG erfasst; vgl. *Weber*, BtMG, 5. Aufl. 2017, § 1 Rn. 585 f.

<sup>63</sup> *Murmann*, NStZ 2012, 387 (388).

<sup>64</sup> Vgl. unter IV. 3.

\* Der *Autor* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Strafrechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Leibniz Universität Hannover (Prof. Dr. *Susanne Beck*, LL.M. [LSE]).