

Vahlens Kommentare

## Strafgesetzbuch: StGB

von

Prof. Dr. Holger Matt, Prof. Dr. Joachim Renzikowski, Prof. Dr. Karsten Altenhain, Dr. Denis Basak, Dr. Christian Becker, Dr. Marcus Bergmann, Dr. Heike Bußmann, Eva Dannenfeldt, Dr. Frank Dietmeier, Dr. Lutz Eidam, Prof. Dr. Armin Engländer, Dr. Ralf Eschelbach, Prof. Dr. Karsten Gaede, Prof. Dr. Volker Haas, Prof. Dr. Martin Heger, Dr. Dr. des. Milan Kuhli, Stefan Maier, Dr. Ali B. Norouzi, Felix Rettenmaier, Prof. Dr. Christoph Safferling, Prof. Dr. Frank Saliger, Dr. Jens Schmidt, Prof. Dr. Christian Schröder, Dr. Stefan Sinner, Dr. Jan Steinmetz, Susan Vogel, Dr. Christopher Wietz

1. Auflage

[Strafgesetzbuch: StGB – Matt / Renzikowski / Altenhain / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafgesetzbuch – Strafrecht](#)

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

[www.vahlen.de](http://www.vahlen.de)

ISBN 978 3 8006 3603 7

sachlicher Natur sein; sie können auch personeller Natur sein.<sup>227</sup> Fraglich bleibt dessen ungeachtet, ob nicht eine **gesetzliche Regelung** der Geschäftsherrenhaftung erforderlich ist, weil der Gesetzgeber darüber befinden muss, ob der Betrieb oder das Unternehmen als **Sondergefahr** einzustufen ist.

Bei Bejahung der Geschäftsherrenhaftung bedarf es der Nennung von **Kriterien**, wann die erforderliche **Betriebsbezogenheit der Tat** und nicht nur ein Handeln bei Gelegenheit einer betrieblichen Tätigkeit vorliegt. Die Rspr. stellt darauf ab, ob sich die Straftat auch außerhalb des Betriebs ereignen könnte bzw. ob diese in einem inneren Zusammenhang m. der im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeiten oder der Art des Betriebs steht.<sup>228</sup> Ähnlich wird in der Lit. danach unterschieden, ob sich die Straftat auch außerhalb des Betriebs ereignen würde bzw. ob der untergeordnete Mitarbeiter in Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben tätig ist.<sup>229</sup> Die Betriebsbezogenheit wird des Weiteren bejaht, wenn der untergebene Mitarbeiter nicht im eigenen Interesse, sondern im Interesse des Unternehmens bzw. für das Unternehmen handelt.<sup>230</sup> Schließlich stellt man unter Zurückweisung der vorgenannten Kriterien darauf ab, ob der untergeordnete Mitarbeiter die Straftat unter Ausnutzung der tatsächlichen und rechtlichen Wirkungsmöglichkeiten seiner Beschäftigung begeht<sup>231</sup> bzw. ob er seine betriebliche Stellung und den Betrieb zu seiner Tat missbraucht.<sup>232</sup> Ganz überwiegend wird bei Bestechungen oder Betrugstaten die notwendige Betriebsbezogenheit bejaht,<sup>233</sup> vereinzelt jedoch abgelehnt.<sup>234</sup> Die Betriebsbezogenheit ist zu verneinen, wenn Beschäftigte Straftaten zu Lasten anderer Beschäftigter begehen. Dem folgt der BGH im Falle körperlicher Übergriffe. Die Gefahr wiederholter Körperverletzungen bestehe in jeden Unternehmen mit mehr als einem Mitarbeiter. Sie sei daher keine dem konkreten Betrieb innewohnende Gefahr. Unerheblich soll dabei der Umstand sein, dass das auf seinen Arbeitsplatz angewiesene Opfer den sich im abgegrenzten sozialen Raum des Betriebs ereignenden Körperverletzungen nicht auszuweichen vermag.<sup>235</sup> Diese Grundsätze gelten auch für sonstige Straftaten, wie zB Diebstähle, sexuelle oder sonstige Belästigungen bzw. Übergriffe.<sup>236</sup>

**c) Die Verantwortlichkeit für vorangegangenes Tun. aa) Grundsatz.** Str. sind die Voraussetzungen, unter denen eine Garantenstellung kraft Ingerenz begründet wird. Als Grundlage wird idR das allg. **Schädigungsverbot** („neminem laede“) genannt.<sup>237</sup> Urspr. war die Rspr. der Auffassung, dass derjenige, der schuldhaft oder schuldlos durch sein Verhalten die Gefahr eines Schadens geschaffen hat, rechtlich verpflichtet ist, den Eintritt des Schadens nach seinen Kräften abzuwenden.<sup>238</sup> In einem obiter dictum hat die Rspr. dabei anerkannt, dass auch rechtmäßiges Handeln zu weiterem Handeln verpflichten könne.<sup>239</sup> Dies entspricht der in der Lit. vertretenen Ansicht, die grds. die Verursachung einer **adäquaten Gefahr** für ausreichend erachtet.<sup>240</sup> Nunmehr steht die Judikatur<sup>241</sup> jedoch in Übereinstimmung m. der hM in der Lit.<sup>242</sup> auf dem Standpunkt, dass grds. nur **pfllichtwidriges Vorverhalten** eine Garantenstellung auszulösen vermag. Darüber hinaus hält sie es für erforderlich, dass der Täter durch das Vorverhalten die **nahe** bzw. **naheliegende Gefahr** des Erfolgeintritts verursacht.<sup>243</sup> Vereinzelt wird eine Garantenstellung kraft Ingerenz nicht nur aus dem formalen Grund mangelnder Bestimmtheit, sondern auch aus materiellen Gründen abgelehnt. Es wird geltend gemacht, dass der Täter keine Herrschaft über den Grund des Erfolgs habe (s. Rn. 56),<sup>244</sup> dass entgegen den Regeln personaler Zurechnung eine allg. **Veranlasserhaftung** statuiert werde oder dass die aus dem Vorverhalten resultierende Pflicht keine Sonderpflicht sei.<sup>245</sup>

<sup>227</sup> So ausdrücklich *Schall*, FS Rudolphi, S. 277.

<sup>228</sup> BGH NJW 2012, 1237 ff.; vgl. ferner OLG Karlsruhe GA 1971, 281 (283).

<sup>229</sup> *Roxin AT/II* § 32 Rn. 139.

<sup>230</sup> So *Botke* S. 68 f.; *Schünemann* wistra 1982, 45; *ders.* S. 106.

<sup>231</sup> *Schall*, FS Rudolphi, S. 282 f.

<sup>232</sup> *SchSch/Stree/Bosch* Rn. 52.

<sup>233</sup> *Botke* S. 69; *Schall*, FS Rudolphi, S. 282 f.; *Fischer* Rn. 38; *Roxin AT/II* § 32 Rn. 139.

<sup>234</sup> *Bosch* S. 224.

<sup>235</sup> BGH NJW 2012, 1237 ff.

<sup>236</sup> *Rogall ZStW* 98 (1996), 618; *Schall*, FS Rudolphi, S. 279; *Fischer* Rn. 38; *Roxin AT/II* § 32 Rn. 141.

<sup>237</sup> *Hruschka* JuS 1979, 386; *LK/Weigend* Rn. 42; *NK/Wohlens* Rn. 43; krit. *Brammsen* GA 1993, 106 f.; *Schünemann* S. 109 ff.; 117; *SchSch/Stree/Bosch* Rn. 32.

<sup>238</sup> Vgl. BGHSt 2, 279 (283) = NJW 1952, 672; 4, 20 (22) = NJW 1953, 551; 11, 353 (355) = NJW 1958, 957.

<sup>239</sup> BGHSt 3, 203 f.

<sup>240</sup> *Arzt* JA 1980, 714, 715 f.; *Herzberg*, 1972, S. 294 ff.; *Welp* S. 209 ff., 271 ff.

<sup>241</sup> BGHSt 25, 218 (220 ff.) = NJW 1973, 1706; 43, 381 (396) = NJW 1998, 1568; BGH StV 1992, 415 f.; NStZ 1998, 83 (84); NStZ 1999, 422 (423); NStZ 2000, 414; NJW 2000, 2754 (2756); s. aber BGHSt 37, 106 (118 ff.) = NJW 1990, 2560.

<sup>242</sup> *Fischer* Rn. 28; *SK/Rudolphi/Stein* Rn. 38; *SchSch/Stree/Bosch* Rn. 35; *NK/Wohlens* Rn. 43; *Jescheck/Weigend* S. 625.

<sup>243</sup> BGHSt 37, 106 (115) = NJW 1990, 2560; 43, 381 (396 f.) = NJW 1998, 1568; BGHSt 54, 44 (47) = NJW 2009, 3137; BGH NJW 1992, 1246 (1247); NStZ-RR 1997, 292 (293); NStZ 1998, 83 (84); NJW 1999, 69 (71); 2000, 583; 2000, 2754 (2756); NStZ 2009, 381.

<sup>244</sup> *Schünemann*, S. 313 ff.

<sup>245</sup> *Lampe ZStW* 72 (1960), 106; *Langer*, 2007, S. 452; *ders.*, FS Lange, S. 243; *Seebode*, FS Spindel, S. 342 ff.

- 75 Die neuere Rspr. ist im Grundsatz beizupflichten. Durch § 13 Abs. 1 wird der Unterlassende ohnehin nur wie ein allg. Begehungstäter behandelt. Eine allg. Veranlasserhaftung, die gegen die Regeln personaler Zurechnung verstößt, wird vermieden, wenn der Täter für die **Folge veantwortlich** ist, auf der die Gefahr beruht.<sup>246</sup> Zivilrechtlich betrachtet setzt die Verantwortlichkeit für Folgen grds. voraus, dass der Täter die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 BGB) verletzt hat. Die Garantenstellung beschränkt sich dabei der Rspr.<sup>247</sup> und Lit.<sup>248</sup> zufolge auf die Abwendung jener konkreten Gefahren bzw. Schäden, deren Vermeidung auch Zweck der vom Täter verletzten Sorgfaltspflicht ist (**Schutzzweckzusammenhang**).
- 76 **bb) Kasuistik.** Wer eine andere Person pflichtwidrig verletzt, ist verantwortlich dafür, dass das hilfsbedürftige Opfer nicht weiter an seiner Gesundheit geschädigt wird oder stirbt. Wer pflichtwidrig einen anderen Menschen seiner Freiheit beraubt, ist Garant dafür, dass das Opfer wieder seiner Fortbewegungsfreiheit teilhaftig wird.<sup>249</sup> Kann sich das Opfer aufgrund einer pflichtwidrigen Beeinträchtigung seiner Rechtssphäre nicht selbst gegen Angriffe Dritter oder sonstige Einwirkungen schützen, hat der Täter als Garant die **fehlende Schutzfähigkeit** des Opfers zu kompensieren.<sup>250</sup> In der Lit. wird dies vereinzelt verneint.<sup>251</sup> Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass die körperliche Integrität des Opfers diesem gerade auch zugewiesen ist, um sich gegen Schädigungen schützen zu können.<sup>252</sup> Die Verpflichtung geht insoweit in einer Beschützergarantenstellung über (s. Rn. 54).
- 77 Wer unter Verstoß gegen § 10 Nr. 2 GastG einen **Ausschank alkoholischer Getränke** an erkennbar Betrunkene vornimmt, ist der Rspr. zufolge Garant dafür, dass der Gast nicht sich selbst oder Dritte gefährdet. Die Grenze soll dort liegen, wo der Gast nicht mehr eigenverantwortlich handeln kann, also der **sichere Bereich des § 21** überschritten ist. Dies gilt insb. dann, wenn es sich bei dem Gast um den Führer eines KFZ handelt. Bewegt sich der Ausschank im Rahmen des Sozialadäquaten, ist der Gastwirt nicht verpflichtet, die konkrete Gefahr von Schäden abzuwenden.<sup>253</sup> Der bloße **Mitkonsum** von Alkohol begründet noch keine Sicherungsgarantenstellung (Zechgemeinschaft).<sup>254</sup>
- 78 Die Rspr. nimmt im Falle der **Übergabe von BtM** auch dann eine **Garantenstellung** kraft vorangegangenen Tuns an, wenn eine Strafbarkeit wegen des Vorverhaltens aufgrund einer **eigenverantwortlichen Selbstgefährdung** des Opfers ausgeschlossen ist (s. Vor § 13 Rn. 119 ff.). Der BGH beruft sich darauf, dass der Täter die Gefahrenlage durch sein pflichtwidriges, gegen § 29 Abs. 1 BtMG verstoßendes Handeln verursacht habe. Die Eigenverantwortlichkeit der Selbstgefährdung stehe der Begründung einer Garantenstellung im Zeitpunkt der vom Opfer nicht gewollten, erkennbaren Verwirklichung des Risikos nicht entgegen.<sup>255</sup> Die Ansicht der Rspr. ist dem **Einwand** ausgesetzt, dass die Kategorie der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung die Verantwortlichkeit des Täters für die auf der selbstschädigenden Handlung des Opfers beruhende Gefahr gerade ausschließt. Durch die Übergabe des BtM verhält sich der Täter zwar pflichtwidrig im Hinblick auf die vom BtMG geschützten Rechtspositionen, nicht aber im Hinblick auf das durch § 222 geschützte Recht auf Leben.<sup>256</sup> Bei einem bloßen **Mitkonsum** von BtM lehnt die Rspr. zu Recht eine Einstandspflicht ab.<sup>257</sup>
- 79 Keine Einigkeit herrscht, ob derjenige, der ein **Vorverhalten m. Tötungsvorsatz** vollzieht, als Garant verpflichtet ist, die Todesgefahr nachträglich abzuwenden. Der 1. Senat des BGH hat dies in einer Entscheidung verneint. Dies soll auch dann gelten, wenn der Täter zwischenzeitlich seinen Tötungsvorsatz aufgegeben hat.<sup>258</sup> Er ist damit von älteren Judikaten abgewichen.<sup>259</sup> Der 2. Senat und 4. Senat sind der Ansicht des 1. Senats entgegengetreten.<sup>260</sup> Ein Teil der Lit. folgt jedoch der Ansicht des 1. Senats.<sup>261</sup> Dagegen spricht, dass der Täter im Vergleich zur Fahrlässigkeit erst recht bei Vorsatz für die von ihm geschaffene Gefahr verantwortlich sein muss.<sup>262</sup> Für die Legitimation der Garantenstellung ist es unerheblich, dass es bei einem vorsätzlichem Vorverhalten an einem empirisch begründbaren

<sup>246</sup> Vgl. SK/Rudolphi/Stein Rn. 39: Notwendigkeit der objektiven Zurechenbarkeit der Gefahr; LK/Weigend Rn. 42: zurechenbare Gefahrschaffung.

<sup>247</sup> BGHSt 37, 106 (115 f.) = NJW 1990, 2560.

<sup>248</sup> SK/Rudolphi/Stein Rn. 38; SchSch/Stree/Bosch Rn. 35a; NK/Wöhlens Rn. 43.

<sup>249</sup> Vgl. RGSt 24, 339; s. ferner SchSch/Stree/Bosch Rn. 36.

<sup>250</sup> BGH StV 1982, 218; NSStZ 1985, 24; vgl. auch BGH StV 1986, 59 f.

<sup>251</sup> Stree, FS Klug, S. 403; SchSch/Stree/Bosch Rn. 35a.

<sup>252</sup> So im Erg. auch Jakobs 29/45.

<sup>253</sup> BGHSt 19, 152 (154 ff.) = NJW 1964, 1038; 26, 35 (37 f.) = NJW 1975, 1175; OLG Düsseldorf NJW 1966, 1175; weiter noch BGHSt 4, 20 ff. = NJW 1953, 551.

<sup>254</sup> BGH NJW 1954, 1047; BayObLG NJW 1953, 556; KG VRS 10, 38; OLG Düsseldorf NJW 1966, 1175.

<sup>255</sup> BGH NSStZ 1984, 452; 1985, 319; aA OLG Zweibrücken JR 1995, 405.

<sup>256</sup> Vgl. Roxin NSStZ 1985, 320; ebenso abl. Fünfsinn StV 1985, 58; Köbel JuS 2006, 314; Kühl § 18 Rn. 105; SK/Rudolphi/Stein Rn. 43.

<sup>257</sup> OLG Stuttgart NJW 1981, 182.

<sup>258</sup> So BGH NSStZ-RR 1996, 131 unter Verweis auf RGSt 68, 407 (409) und BGHSt 4, 113 (116).

<sup>259</sup> RGSt 57, 193 (197); BGH JR 1954, 271.

<sup>260</sup> BGH NSStZ 2003, 312 f.; NSStZ 2004, 312 (313); offen gelassen in BGHSt 48, 356 (370).

<sup>261</sup> Otto JZ 2004, 365; ders., FS Gössel, S. 103; ders., FS Lampe, S. 512; Tag JR 1995, 136; Hillenkamp, FS Otto, S. 300 ff.

<sup>262</sup> So Freund AT § 6 Rn. 68a.; ders. NSStZ 2004, 124 f.; ebenso Fischer Rn. 32; Wessels/Beulke Rn. 725.

Vertrauen des Berechtigten in die Erfolgsabwendung fehlt.<sup>263</sup> Im Wege der **Gesetzeskonkurrenz** (mitbestrafte Nachtat) tritt vielmehr das unechte Unterlassungsdelikt lediglich gegenüber dem Begehungsdelikt zurück.<sup>264</sup>

Nach Auffassung der Rspr. kann ein Beteiligter kraft Ingerenz verpflichtet sein, selbst eine **Exzesstat eines anderen Beteiligten** als Garant abzuwenden. Wirkt bspw. der Täter an Gewalttätigkeiten bzw. Misshandlungen des Opfers m. und hat diese Mitwirkung zur Folge, dass der andere Tatgenosse bestärkt wird, eine lebensgefährliche Handlung oder Tötung zu begehen, so soll der Täter verpflichtet sein, die lebensgefährliche Handlung bzw. die Tötung oder zumindest den Todeserfolg zu verhindern, wenn die Mitwirkung die naheliegende Gefahr der Exzesstat begründet hat.<sup>265</sup> Die gemeinschaftliche Begehung eines Diebstahls soll nicht die naheliegende Gefahr der Begehung einer fahrlässigen Brandstiftung begründen.<sup>266</sup> Ebensowenig soll die gemeinschaftliche Planung eines Raubes die naheliegende Gefahr der Vergewaltigung des Opfers durch die Mittäter herbeiführen.<sup>267</sup> Bei einer ausdrücklichen Abmachung, bei Anwesenheit des Wohnungsinhabers den Einbruch sofort abubrechen, wird nicht die naheliegende Gefahr begründet, dass der Wohnungsinhaber beraubt und gefesselt wird.<sup>268</sup>

Ein Teil der Lit. lehnt eine Garantstellung prinzipiell ab. Bei einer lediglich unvorsätzlichen Beeinflussung sei der **Exzesstäter** für seine Tat **ausschließlich verantwortlich**.<sup>269</sup> Dem ist unter der Voraussetzung zuzustimmen, dass der Exzesstäter ohne Zurechnungsdefizit handelt. Sachlich fällt das Problem m. der Frage zusammen, ob das geltende Recht eine fahrlässige Teilnahme an einer Vorsatztat anerkennt (s. Vor §§ 25 ff. Rn. 29). Auch der BGH selbst hat sich auf die **ausschließliche Verantwortungszuweisung** im Falle der Festsetzung von Tarifen für die Straßenreinigung berufen. So soll aus diesem Grund durch die Mitwirkung bei einer fehlerhaften Tariffestsetzung nicht die naheliegende Gefahr einer fehlerhaften Tariffestsetzung in der nächsten Tarifperiode durch eine neue Tarifkommission entstehen. Ein motivatorischer Zusammenhang ist einer etwaigen psychologischen Gefahr der Fehlerwiederholung zur Vertuschung reiche zur Begründung einer Garantstellung nicht aus.<sup>270</sup>

In der Lit. wird teilw. bei **Sonderrisiken**, in denen das Gesetz eine **Gefährdungshaftung** vorsieht, eine Garantstellung auch dann angenommen, wenn der Täter die objektiv im Verkehr erforderliche Sorgfalt eingehalten hat.<sup>271</sup> Dieser Standpunkt ist grds. zutr. Man wird aber verlangen müssen, dass die Gefährdungshaftung den Verursacher selbst trifft. Nach § 7 StVG gilt die Gefährdungshaftung nur für den Halter, während die Haftung für den Fahrzeugführer gemäß § 18 StVG als Verschuldenshaftung ausgestaltet ist. Zu Recht hat daher die Rspr. entschieden, dass den **Kraftfahrer**, der sich in jeder Hinsicht pflichtgemäß und verkehrsgerecht verhalten hat, gegenüber dem allein schuldigen Unfallopfer keine Garantstellung trifft.<sup>272</sup> Hat sich der Kraftfahrer verkehrswidrig verhalten, soll es nach Auffassung der Rspr. ausreichen, dass die Verkehrswidrigkeit zum Unfall beigetragen haben könnte.<sup>273</sup> Demgegenüber ist jedoch zu verlangen, dass der Pflichtwidrigkeitszusammenhang feststehen muss (s. Vor § 13 Rn. 108).<sup>274</sup>

Der **Hersteller von Produkten** hat laut Rspr. die Pflicht, bereits ausgelieferte gefährliche Produkte zurückzurufen bzw. die Verbraucher vor ihnen zu warnen (**Produkthaftung**). Der BGH stützt diese Verpflichtung auf das pflichtwidrige Vorverhalten – nämlich den Vertrieb der Produkte –, wobei für die objektive Pflichtwidrigkeit nicht die Verletzung einer Sorgfaltspflicht, sondern die rechtliche **Missbilligung des Gefährdungserfolgs** genügen soll. Die objektive Pflichtwidrigkeit entfällt nach Ansicht des BGH unter dem Gesichtspunkt des erlaubten Risikos nur dann, wenn es sich bei den fehlerhaften Produkten um **Ausreißer** handelt, die selbst bei der Fabrikation generell einwandfreier Massenerzeugnisse nicht ausnahmslos zu vermeiden sind.<sup>275</sup> Was die Verpflichtung zur Warnung und zum Rückruf anbetrifft, so greift bei Geschäftsführern der Grundsatz der **Allzuständigkeit** der Geschäftsleitung ein, weil aus besonderem Anlass das Unternehmen als Ganzes betroffen ist.<sup>276</sup>

<sup>263</sup> S. aber *Hillenkamp*, FS Otto, S. 300 ff.

<sup>264</sup> *Schneider* NStZ 2004, 89; *Stein* JR 1999, 268 f.; *Wilhelm* NStZ 2005, 178; *Fischer* Rn. 32; *SchSch/Stree/Bosch* Rn. 38.

<sup>265</sup> BGH NStZ 1985, 24; NJW 1992, 1246 (1247); NStZ-RR 1997, 292 f.; NStZ 1998, 83 (84); NJW 1999, 69 (71 f.); NStZ 2000, 583; 2009, 321; 2009, 381 (382 f.); vgl. auch BGH StV 1986, 59 f.

<sup>266</sup> BayObLG NStZ 1982, 116.

<sup>267</sup> BGH NStZ-RR 1997, 292 f.

<sup>268</sup> BGH NStZ-RR 2009, 366.

<sup>269</sup> *Neumann* JR 1993, 162; *SchSch/Stree/Bosch* Rn. 35a.

<sup>270</sup> BGH NJW 2009, 3173 (3174).

<sup>271</sup> *Freund* AT § 6 Rn. 69 f.; *Jakobs* 29/42, der die Ausweitung der Ingerenz allerdings nur dann bejaht, wenn der Gefährdete die ihm seinerseits obliegenden Sicherungen beachtet hat.

<sup>272</sup> BGHSt 25, 218 (221) = NJW 1973, 1706.

<sup>273</sup> BGHSt 34, 82 (84) = NJW 1986, 2516; s. dazu *Herzberg* JZ 1986, 986; *Rudolphi* JR 1987, 161.

<sup>274</sup> Krit. auch *MüKo/Freund* Rn. 123; *SK/Rudolphi/Stein* Rn. 39.

<sup>275</sup> BGHSt 37, 106 (115 ff.) = NJW 1990, 2560; krit. dazu *Kuhlen* NStZ 1990, 568; *Samson* StV 1991, 184; *Schünemann* ZStW 96 (1984) 295, 308.

<sup>276</sup> BGHSt 37, 106 (123 f.) = NJW 1990, 2560.

- 84 Entgegen der Rspr. folgt die Verpflichtung des Herstellers nicht aus pflichtwidrigem Vorverhalten, weil sie auch bei Unerkennbarkeit der Schädlichkeit des Produkts eingreift.<sup>277</sup> Würde man bei der objektiven Pflichtwidrigkeit auf den Gefährdungserfolg abstellen, würde unter Verstoß gegen die Regeln personaler Verantwortungszuschreibung eine **allg. Veranlasserhaftung** drohen (s. Rn. 74 f.). Man wird vielmehr die Verantwortlichkeit damit begründen können, dass die **Erlaubnis** des Vertriebs potentiell gefährlicher Produkte von vornherein unter dem **Vorbehalt** der Produktbeobachtung und – bei nachträglich erkennbarer Schädlichkeit – der **Produktwarnung** oder des **Produktrückrufs** steht. Wie die Gefährdungshaftung des Herstellers im ProdHaftG zeigt, handelt es sich um einen speziellen Anwendungsfall der Verantwortlichkeit für Sonderrisiken.<sup>278</sup> Teilw. wird indes die Verpflichtung aus der Verantwortlichkeit für Gefahrenquellen abgeleitet.<sup>279</sup> Str. ist ferner, ob der Hersteller **nur** die Verpflichtung hat, vor dem Produkt zu **warnen**. Dies wird vereinzelt m. der Begründung angenommen, dass bei Kenntnis des Konsumenten eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung eingreife.<sup>280</sup>
- 85 Eine Garantenstellung ist m. der Rspr.<sup>281</sup> und der hM in der Lit.<sup>282</sup> abzulehnen, wenn der Täter einen Angreifer in Ausübung seines **Notwehrrechts** gemäß § 32 verletzt. Zur Begründung beruft sich der BGH darauf, dass die Gefährdung durch das rechtswidrige Verhalten des Angreifers ausgelöst worden sei. Wer sich durch einen rechtswidrigen Angriff selbst gefährde, könne dadurch nicht erzwungen, dass der Angegriffene durch die Verteidigung zum Beschützergaranten werde. Wie bei einem **zurechnungsunfähigen** oder **schuldlosen** Angreifer zu entscheiden ist, hat die Rspr. offengelassen. Die vereinzelt vertretene Gegenauffassung<sup>283</sup> verkennt, dass durch die Notwehrbefugnis lediglich die rechtliche Integrität des Rechtskreises des Angegriffenen wiederhergestellt wird. Die Ausübung des Notwehrrechts schließt die Verantwortlichkeit des Täters für Schädigungen des Angreifers gerade aus (s. auch Rn. 75).
- 86 Anders ist die Rechtslage, wenn der Täter von seiner **Aggressivnotstandsbefugnis** gemäß § 904 BGB bzw. § 34 StGB Gebrauch macht.<sup>284</sup> Die Verantwortlichkeit des In-Not-Befindlichen für die von ihm verursachten Schäden beim Eingriffsoffer ergibt sich mittelbar schon aus der gesetzlichen Regelung des § 904 S. 2 BGB. Ihre Rechtfertigung findet diese darin, dass das Eingriffsoffer als Unbeteiligter von Rechts wegen zur Duldung der Aufopferung seiner Rechtssphäre gezwungen wird.
- 87 **d) Die Verantwortlichkeit aus tatsächlicher Übernahme.** Sicherungsgarantenstellungen können grds. durch einen anderen übernommen werden (zu den entspr. Voraussetzungen der Übernahme bei Beschützergarantenstellungen s. Rn. 101 ff.). Der Rspr. zufolge kann dies durch Vertrag geschehen, wobei die tatsächliche Übernahme maßgebend sein soll.<sup>285</sup> Vertragliche Pflichten aus gegenseitigen Rechtsgeschäften reichen jedoch nach Ansicht des BGH nicht ohne Weiteres zur Begündung strafbewehrter Garantenpflichten aus. Hinzutreten müssen weitere Umstände, wie zB – in Übereinstimmung m. der Rspr. zur Entstehung von Garantenstellungen zum Schutz des Vermögens von Vertragspartnern (s. dazu § 263 Rn. 67 ff.) – ein besonderes Vertrauensverhältnis.<sup>286</sup> Als weitere Gesichtspunkte hat der BGH eine ständige Geschäftsbeziehung, überlegenes Fachwissen oder generell Situationen, in denen der eine darauf angewiesen ist, dass ihm der andere für die seine Entschließung maßgebenden Umstände offenbart, genannt.<sup>287</sup> Eine tragfähige dogmatische Grundlage für diese Kasuistik fehlt. Lediglich bei einer Garantenstellung aus **Ingerenz** hat die Rspr. im Rahmen eines obiter dictum die Möglichkeit einer Übernahme angezweifelt.<sup>288</sup> Für diese auch in der Lit. vertretenen Auffassung<sup>289</sup> existieren aber keine durchschlagenden Gründe.
- 88 Anerkannt hat die Rspr. zB die Übernahme der **Beseitigung von Betriebsgefahren** von Straßen- oder Schwebenbahnen für ihre Benutzer.<sup>290</sup> In diesem Fall ist allerdings bisher noch nicht erörtert worden, ob die Nichterfüllung der übernommenen Aufgabe nur vertragswidrig im Innenverhältnis zum Arbeit- oder Auftraggeber ist oder ob die Nichterfüllung der übernommenen Aufgabe zudem eine Verantwortlichkeit im Außenverhältnis für den rechtswidrigen Zustand des Bahnbetriebs begründet. In diesem Zusammenhang stellt sich ganz generell das Problem, dass die **arbeitsrechtliche Haftungsfreistellung** im Innenverhältnis durch die extensive Annahme von Garantenstellungen überspielt zu

<sup>277</sup> *Brammsen* GA 1993, 107; *MüKo/Freund* Rn. 119; *LK/Weigend* Rn. 53; *NK/Wohlers* Rn. 53.

<sup>278</sup> *Jakobs*, FG 50 Jahre BGH, S. 43; *MüKo/Freund* Rn. 118.

<sup>279</sup> *Ransiek* S. 34 f.; *NK/Wohlers* Rn. 53; vgl. auch den Ansatz von *Brammsen*, 1986, S. 110 ff.; dagegen *Otto*, FS Hirsch, S. 296 ff.

<sup>280</sup> *Schünemann*, FG 50 Jahre BGH, S. 640 f.; *ders.*, FS Amelung, S. 318; dagegen *Kühlen*, FS Eser, S. 362.

<sup>281</sup> BGHSt 23, 327 (328) = NJW 1970, 2252; BGH NJW 1987, 850; NStZ 2000, 414.

<sup>282</sup> *MüKo/Freund* § 13 Rn. 140; *SK/Rudolphi/Stein* Rn. 41; *LK/Weigend* Rn. 45; *Roxin* AT/II § 32 Rn. 181 ff.

<sup>283</sup> *Herzberg*, 1972, S. 294 ff.

<sup>284</sup> So auch *Roxin* AT/II § 32 Rn. 186 ff.; *LK/Weigend* Rn. 46; aA *SchSch/Stree/Bosch* Rn. 37.

<sup>285</sup> BGH NJW 2009, 3173 (3174).

<sup>286</sup> BGH NJW 2009, 3173 (3174) unter Verweis auf BGHSt 39, 392 (399) = NJW 1994, 950 und BGHSt 46, 196 (202 f.) = NJW 2001, 453; BGH NJW 2010, 1087 (1090).

<sup>287</sup> BGH NJW 2010, 1087 (1090).

<sup>288</sup> BGH NStZ 2003, 259.

<sup>289</sup> *Jasch* NStZ 2005, 8.

<sup>290</sup> BGHSt 47, 224 (229) = NJW 2002, 1887.

werden droht. Der BGH hat seine Rspr. im Falle der Übernahme von Kontroll- und Wartungsaufgaben zur Verhinderung und Beseitigung von Gefahren für die Allgemeinheit durch den Betrieb eines Fahrzeugs fortgesetzt.<sup>291</sup>

Die Rspr. geht ferner davon aus, dass eine Garantenstellung durch die Übernahme der Funktion als **Beauftragter für Gewässerschutz** (§§ 21a ff. WHG), **für Immissionsschutz** (§§ 53 ff. BmSchG) oder **für Strahlenschutz** (§§ 31 ff. StrahlenschutzVO) begründet wird.<sup>292</sup> Gegen eine Einstandspflicht wird in der Lit. teilw. die fehlende Entscheidungs- und Anordnungs-kompetenz angeführt. Dagegen wird jedoch geltend gemacht, dass die Verpflichtung des Beauftragten nur darauf gerichtet sei, durch die Erhebung und Übermittlung von Informationen eine Entscheidung über die Anordnung von Gegenmaßnahmen zu ermöglichen.<sup>293</sup>

Des Weiteren kann der Rspr. zufolge den **Leiter der Innenrevision einer Anstalt des öffentlichen Rechts** kraft Übernahme die Verpflichtung treffen, nicht nur Vermögensbeeinträchtigungen des eigenen Unternehmens zu unterbinden, sondern auch aus dem eigenen Unternehmen kommende Straftaten zu Lasten von Vertragspartnern zu verhindern. Selbst wenn die Beauftragung als solche noch keinen Rückschluss auf eine so weitgehende Pflichtenstellung zulässt, soll zu berücksichtigen sein, dass sich die Tätigkeit auf den hoheitlichen Bereich bezieht, in dem das Unternehmen als Anstalt des öffentlichen Rechts zum rechtmäßigen Gesetzesvollzug m. der Konsequenz verpflichtet ist, dass in diesem Bereich die Trennung zwischen den Interessen des eigenen Unternehmens und den Interessen außenstehender Dritter entfällt.<sup>294</sup>

In einem **obiter dictum** hat der BGH festgestellt, dass einen „**Compliance Officer**“ regelmäßig eine Garantenverpflichtung iS des § 13 Abs. 1 schon kraft seiner Beauftragung trifft. Seine ihm übertragene Aufgabe bestehe in der Verhinderung von Rechtsverstößen, die aus dem Unternehmen heraus von Unternehmensangehörigen begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen könnten. Die Einstandspflicht ist daher nach Ansicht des BGH die notwendige Kehrseite der gegenüber der Unternehmensführung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insb. Straftaten zu verhindern.<sup>295</sup>

M. der Übernahme **entfällt nicht die Verpflichtung des urspr. Garanten**. Der Sicherungsgarant kann sich lediglich zur Erfüllung seiner Garantenpflicht des anderen bedienen.<sup>296</sup> Er trägt die Verantwortung für die Auswahl des Übernehmenden.<sup>297</sup> Je nach Ausmaß der Gefahr und Zuverlässigkeit des Übernehmenden muss er sich durch geeignete Maßnahmen vergewissern bzw. kontrollieren, ob der Übernehmende die ihm gebotene Handlung ordnungsgemäß vollzieht bzw. vollzogen hat.<sup>298</sup> Nimmt er wahr oder hat er dafür Anhaltspunkte, dass der Übernehmende seine ihn durch die Übernahme treffende Garantenpflicht verletzt, darf er nicht mehr auf die Erfüllung seiner Verpflichtung durch den anderen vertrauen.

So wird bei einer Baustelle die Garantenstellung des **Bauherrn** für die Bauausführung (s. Rn. 66) idR vom **Bauunternehmer** übernommen, sofern sich nicht ausnahmsweise der Bauherr die Bauaufsicht ganz oder teilw. vorbehalten hat und sie durch einen Fachmann ausüben lässt.<sup>299</sup> Dieser Haftungsübergang wirkt laut Rspr. auch zugunsten derjenigen Personen, die wie ein **Bauleiter** im Auftrag des Bauherrn dessen Belange gegenüber dem Bauunternehmer vertreten.<sup>300</sup> Dies gilt ebenso für **Architekten**.<sup>301</sup> Den Bauherrn soll gegenüber dem von ihm ausgewählten Bauunternehmer keine Überwachungspflicht treffen.<sup>302</sup> Er bleibt jedoch insoweit garantenpflichtig, als er tätig werden muss, wenn er wahrnimmt oder Anhaltspunkte dafür hat, dass der Bauunternehmer nachlässig arbeitet oder eine neue Gefahrenquelle entstanden ist. Ggf. muss er einschreiten<sup>303</sup> bzw. den Übernehmenden von seiner Funktion ablösen.

<sup>291</sup> BGHSt 52, 159 (163) = NJW 2008, 1897.

<sup>292</sup> So das OLG Frankfurt NJW 1987, 2753 (2756 f.) im Fall des Gewässerschutzbeauftragten; s. ferner BGH NJW 2009, 3173 (3174), der in einem obiter dictum eine Garantenstellung auch bzgl. des Immissions- und des Strahlenschutzbeauftragten anerkannt hat.

<sup>293</sup> S. zum Ganzen Böse NSTZ 2003, 640 ff.

<sup>294</sup> BGH NJW 2009, 3173 (3174); krit. gegen die Differenzierung zwischen dem privaten und hoheitlichen Bereich *Stoffers* NJW 2009, 3176 f.; grds. zustimmend G. *Dannecker/E. Dannecker* JZ 2010, 981 ff.

<sup>295</sup> BGH NJW 2009, 3173 (3174).

<sup>296</sup> Vgl. BGH VRS 17, 424, 427 f.; BGHSt 47, 224 (230) = NJW 2002, 1887; in der Lit. SchSch/*Stree/Bosch* Rn. 26.

<sup>297</sup> Vgl. BGHSt 19, 286. 288 f.; OLG Stuttgart NJW 1984, 2897 (2898).

<sup>298</sup> Vgl. BGHSt 47, 224 (230 f.) = NJW 2002, 1887.

<sup>299</sup> BGHSt 19, 286 (288 f.) = NJW 1964, 1283; OLG Stuttgart NJW 1984, 2897 (2898); 2005, 2567 (2568).

<sup>300</sup> BGHSt 19, 286 (288 f.) = NJW 1964, 1283; OLG Stuttgart NJW 1984, 2897 (2898); s. auch BGH NSTZ 2009, 146 ff. zur Abgrenzung von Verantwortungsbereichen bei verschiedenen Gewerken.

<sup>301</sup> OLG Stuttgart NJW 1984, 2897 (2898).

<sup>302</sup> OLG Stuttgart NJW 1984, 2897 (2898); 2005, 2567 (2568).

<sup>303</sup> Vgl. BGHSt 19, 286 (288 f.) = NJW 1964, 1283; OLG Stuttgart NJW 1984, 2897 (2898); 2005, 2567 (2568).

- 94 **3. Beschützergarantenstellungen. a) Die Verantwortlichkeit aufgrund familiärer Verbundenheit.** Innerhalb familiärer Beziehungen bestehen Obhutspflichten zunächst grds. zwischen **Ehegatten**. Dies gilt nunmehr auch für **Lebenspartner** innerhalb eingetragener Lebenspartnerschaften nach § 2 LPartG, für die die nachfolgenden Anmerkungen entspr. gelten. Str. ist allerdings, worauf die Obhutspflicht von Ehegatten untereinander beruht. Ein Teil der Lit. stützt die Garantenstellung auf § 1353 BGB<sup>304</sup> bzw. begründet sie rein institutionell.<sup>305</sup> Die Obhutspflicht soll daher auch im Fall des Getrenntlebens fort dauern.<sup>306</sup> Der Gegenauffassung zufolge gründet sich die Garantenstellung der Ehegatten auf die wechselseitige konkludente Übernahme einer Schutzfunktion, die ihr Fundament in der tatsächlich gelebten Ehegemeinschaft und Vertrauensbeziehung zwischen den Ehegatten hat.<sup>307</sup>
- 95 Während die ältere Rspr. der formellen Rechtspflichttheorie gefolgt ist,<sup>308</sup> vertritt die neuere Rspr. eine **vermittelnde Position**. Die Garantenstellung soll sich zwar im Grundsatz aus § 1353 BGB ergeben, so dass die Beistandspflicht bei einer bloß räumlichen Trennung bestehen bleibt. Die Garantenstellung endet jedoch nicht erst m. Ende des formalen Fortbestands der Ehe, also m. der Rechtskraft des Scheidungsurteils, sondern schon dann, wenn sich ein Ehegatte vom anderen in der ernsthaften Absicht **getrennt hat**, die eheliche Lebensgemeinschaft nicht wieder herzustellen. Unter diesen Umständen vertraut keiner der Ehegatten darauf, noch hat er Anlass, darauf zu vertrauen, dass der andere Teil ihm zum Schutz seiner Rechtsgüter beisteht. Dies soll der Regelung der §§ 1353 Abs. 2, 1565 BGB unter Berücksichtigung von § 1566 BGB entsprechen.<sup>309</sup> Dabei lässt der BGH ein Getrenntleben innerhalb derselben Wohnung genügen.<sup>310</sup> Das Scheitern der Ehe iS des § 1565 Abs. 1 BGB kann sich jedoch auch aus rein inneren Tatsachen, wie zB dem völligen Verlust des Gefühls der inneren Bindung, resultieren. In der Lit. wird daher gefordert, dass die endgültige Trennungsabsicht hinreichend deutlich erkennbar ist.<sup>311</sup> Darüber hinaus ist sogar zu verlangen, dass der andere Ehegatte von dem Scheitern der Ehe in Kenntnis gesetzt werden muss.<sup>312</sup>
- 96 Entgegen der älteren Rspr.<sup>313</sup> erstreckt sich die Garantenpflicht nicht darauf, einen **freiverantwortlichen Suizid** des Ehegatten oder sonstige freiverantwortliche Selbstschädigungen abzuwenden.<sup>314</sup> Durch die Freiverantwortlichkeit der Selbsttötung bzw. der -schädigung wird vielmehr der Ehegatte aus seiner Garantenstellung entlassen (s. Rn. 25).
- 97 Unproblematisch ist die Garantenstellung der **Eltern** gegenüber ihren minderjährigen **Kindern**. Teilw. werden als Grundlage die §§ 1601, 1618a, 1626 f., 1631 BGB genannt.<sup>315</sup> Die Obhutspflicht der Eltern umfasst die Personen- und die Vermögenssorge. Begrenzt wird diese Pflicht durch das elterliche Erziehungsrecht.<sup>316</sup> Nach hM in der Lit. endet die Garantenstellung m. der Volljährigkeit. Darüber hinaus soll sich eine etwaige Garantenstellung auf die tatsächliche Fortführung der Lebensgemeinschaft kraft Übernahme einer Schutzfunktion stützen.<sup>317</sup> Diese Rechtsansicht ist jedoch m. der älteren Rspr. unvereinbar, die auch **Großeltern** eine Garantenstellung unabhängig von dem Bestehen einer Lebensgemeinschaft zugesprochen hat.<sup>318</sup> Ein Teil der Lit. nimmt hingegen an, dass aufgrund des Familienbonds bei akuten Gefahren die Garantenstellung fortbesteht.<sup>319</sup>
- 98 Ob der **Vater** im Verhältnis zu seinem **nichtehelichen Kind** Garant ist, ist ebenfalls unklar. Die ältere Rspr. ist aufgrund des verwandtschaftlichen Verhältnisses von einer Obhutspflichtung ausgegangen.<sup>320</sup> Teilw. wird in der Lit. eine Garantenstellung dann verneint, wenn der Vater m. dem Kind nicht zusammenlebt und nur als Zahlender in Erscheinung tritt.<sup>321</sup> Teilw. wird auf das gemeinsame Sorgerecht gemäß § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgestellt.<sup>322</sup>

<sup>304</sup> Geilen FamRZ 1961, 148; SchSch/Stree/Bosch Rn. 18; Welzel S. 214, 217.

<sup>305</sup> So insb. Jakobs 29/63 ff.

<sup>306</sup> Geilen FamRZ 1961, 148; Herzberg, 1972, S. 342 f.; Jakobs 29/64.

<sup>307</sup> Freund NJW 2003, 3385; Rönnau JR 2004, 159; SK/Rudolphi/Stein Rn. 50; Roxin AT/II § 32 Rn. 45.

<sup>308</sup> BGHSt 19, 167 (168) = NJW 1964, 733.

<sup>309</sup> BGHSt 48, 301 (304 ff.) = NJW 2003, 3212; s. auch schon BGHSt 2, 150 (153) = NJW 1952, 552.

<sup>310</sup> BGHSt 48, 301 (305) = NJW 2003, 3212.

<sup>311</sup> Freund NJW 2003, 3385; Ingelfinger NSStZ 2004, 410; Rönnau JR 2004, 160.

<sup>312</sup> Vgl. Fischer Rn. 13, LK/Weigend Rn. 29.

<sup>313</sup> So aber noch BGHSt 2, 150 (153) = NJW 1952, 766; 7, 268 (269) = NJW 1955, 1038; 13, 162 (166 ff.) = NJW 1959, 1738.

<sup>314</sup> Roxin AT/II § 32 Rn. 47.

<sup>315</sup> Vgl. BGH bei Dallinger MDR 1971, 361; NSStZ 1984, 164; 1999, 607; offen gelassen in BGHSt 7, 268 (269 f.) = NJW 1955, 1038; in der Lit. s. Lilit JZ 1991, 541, 544; Fischer Rn. 15.

<sup>316</sup> Kühl § 18 Rn. 51; Roxin AT/II § 32 Rn. 36; LK/Weigend Rn. 26.

<sup>317</sup> Roxin AT/II § 32 Rn. 39 f.; LK/Weigend Rn. 26; NK/Wohlens Rn. 59.

<sup>318</sup> RGSt 49, 397; 64, 316; 72, 373; OGHSt 1, 88.

<sup>319</sup> Kühl § 18 Rn. 50; Wessels/Beulke Rn. 718; SchSch/Stree/Bosch Rn. 19 unter der Voraussetzung, dass noch Schutzfunktionen wahrgenommen werden.

<sup>320</sup> RGSt 66, 71.

<sup>321</sup> SK/Rudolphi/Stein Rn. 48; Roxin AT/II § 32 Rn. 41.

<sup>322</sup> Böhm S. 33, 217, 229; s. dazu auch Kühl § 18 Rn. 53.

Str. ist überdies die Garantenstellung von **Kindern** gegenüber ihren **Eltern**. Die Rspr.<sup>323</sup> und ein Teil der Lit.<sup>324</sup> nehmen unter Verweis auf die §§ 1601, 1618a BGB eine Garantenstellung unabhängig vom Bestehen einer Hausgemeinschaft an. Selbst den **Schwiegersohn** soll nach Ansicht der Rspr. im Verhältnis zur Schwiegermutter eine Garantenpflicht treffen.<sup>325</sup> Demgegenüber wird in Teilen der Lit. vertreten, dass die familiäre Lebensgemeinschaft und die darauf beruhende tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion maßgeblich sei. Die Verpflichtung zum Unterhalt soll irrelevant sein.<sup>326</sup> Diese Ansicht ist fraglich.

Gleichermaßen str. ist die Rechtslage bei **Geschwistern**. Während teilw. die Auffassung vertreten wird, dass Geschwister aufgrund des Familienverbandes stets untereinander als Garanten zu betrachten sind,<sup>327</sup> stützt die Gegenansicht die Garantenstellung auf das Zusammenleben der Geschwister und einer darauf gegründeten Obhutspflicht.<sup>328</sup> **100**

**b) Die Verantwortlichkeit aus tatsächlicher Übernahme. aa) Grundsatz.** Eine Einstandspflicht iS von § 13 Abs. 1 kann auch dadurch entstehen, dass der Täter eine Schutzfunktion für ein bestimmtes Rechtsgut übernimmt. Nach ganz hM in der Lit. ist die **tatsächliche Übernahme einer Schutzfunktion** Grundlage der Garantenstellung, nicht die Gültigkeit des etwaig bestehenden zivilrechtlichen Vertrags. Für entscheidend wird der Umstand gehalten, dass der Berechtigte im Vertrauen auf die Einhaltung der Übernahme entweder bestimmte Gefahren eingeht oder bestimmte Schutzvorkehrungen unterlässt.<sup>329</sup> Der Umstand hingegen, dass der Vertrag nichtig ist, dass zwischen den Parteien ein Dissens besteht, dass der Vertrag anfechtbar ist, dass die Schutzfunktion aus reiner Gefälligkeit übernommen wird oder dass der Übernehmende minderjährig ist, soll die Entstehung einer Schutzverpflichtung nicht hindern.<sup>330</sup> Gleichwohl wird der **Vertragsinhalt** für die Feststellung der **Reichweite der Schutzfunktion** herangezogen.<sup>331</sup> Ist ausnahmsweise schon die Zusage als solche Grundlage der Disposition des anderen, entsteht die Obhutspflicht bereits zu diesem Zeitpunkt.<sup>332</sup> Irrelevant soll es nach hM in der Lit. sein, ob der Vertrauende ohne die Zusage notfalls dieselbe Disposition getroffen hätte.<sup>333</sup> Dem wird vereinzelt widersprochen.<sup>334</sup> **101**

Die frühere Rspr. hat die Garantenstellung zivilrechtlich auf den **Vertrag** gegründet,<sup>335</sup> teilw. in Verbindung m. der tatsächlichen Übernahme.<sup>336</sup> Die neuere Rspr. folgt jedoch im Wesentlichen der hM in der Lit. und hat daher bei **Übernahme** eines Auftrags den Umstand, ob der Täter arbeitsvertraglich verpflichtet war, die Schutzfunktion zu übernehmen, für rechtlich unerheblich gehalten (zu den Voraussetzungen der Garantenstellung kraft Übernahme bei Sicherungsgarantenstellungen s. Rn. 87 ff.)<sup>337</sup> **102**

Schon im Hinblick auf die §§ 831 Abs. 2, 832 Abs. 2 BGB ist es fragwürdig, die Garantenstellung aus der bloßen Tatsächlichkeit der Übernahme abzuleiten. Entscheidend kann nur die **Berechtigung des Vertrauens** in die Übernahme des anderen sein. Dafür ist erforderlich, dass das Verhalten des potentiellen Garanten aus der Sicht des Empfängers als ausdrückliche oder konkludente **Selbstverpflichtung** verstanden werden darf.<sup>338</sup> Dies wird auch im Falle der Unentgeltlichkeit idR zu bejahen sein, weil die Annahme einer bloßen **Gefälligkeit** ohne jeglichen Bindungswillen unvereinbar damit ist, dass sich der andere erkennbar auf die Zusage verlässt und Rechtsgüter von erheblichem Gewicht betroffen sind.<sup>339</sup> Dem eingeschränkten Bindungswillen kann durch § 671 Abs. 1 BGB ausreichend Rechnung getragen werden. **103**

Problematisch ist jedoch, ob und inwieweit darüber hinaus die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrags notwendige Bedingung der Garantenstellung ist.<sup>340</sup> Keine Garantenstellung entsteht, wenn **104**

<sup>323</sup> Vgl. die Entscheidung BGHSt 19, 167 ff. = NHW 1964, 733, in dessen zugrundeliegendem Sachverhalt allerdings zudem noch eine Hausgemeinschaft bestand.

<sup>324</sup> Fischer Rn. 15; SchSch/Stree/Bosch Rn. 18 f.; Kühl § 18 Rn. 54 f.; Wessels/Beulke Rn. 718.

<sup>325</sup> BGHSt 13, 162 (166) = NJW 1959, 1738.

<sup>326</sup> MüKo/Freund Rn. 165 f.; SK/Rudolphi/Stein Rn. 49; LK/Weigend Rn. 26.

<sup>327</sup> SchSch/Stree/Bosch Rn. 18 f.

<sup>328</sup> MüKo/Freund Rn. 168; SK/Rudolphi/Stein Rn. 49; LK/Weigend Rn. 26.

<sup>329</sup> Blei, FS H. Mayer, S. 122; Stree, FS H. Mayer, S. 158; SchSch/Stree/Bosch Rn. 28; Jakobs 29/48; Kühl § 18 Rn. 70; Roxin AT/II § 32 Rn. 55.

<sup>330</sup> SchSch/Stree/Bosch Rn. 28; Jakobs 29/48; Kühl § 18 Rn. 69; Roxin AT/II § 32 Rn. 13, 53; vgl. Seelmann GA 1989, 246; Selbstbindung ohne Vertrag.

<sup>331</sup> Kühl § 18 Rn. 71; SchSch/Stree/Bosch Rn. 28.

<sup>332</sup> Kühl § 18 Rn. 70; Maiwald JuS 1981, 481; SK/Rudolphi Rn. 62; krit. Roxin AT/II § 32 Rn. 66.

<sup>333</sup> Herzberg, 1972, S. 353 f.; Roxin AT/II § 32 Rn. 53; SK/Rudolphi/Stein Rn. 59.

<sup>334</sup> Jakobs 29/47.

<sup>335</sup> BGHSt 5, 187 (190) = NJW 1954, 320; 6, 198 f.

<sup>336</sup> BGH VRS 17, 424; OLG Celle VRS 29, 23 (24); OLG Karlsruhe VRS 48, 194 (199).

<sup>337</sup> So insb. BGHSt 47, 224 (229) = NJW 2002, 1887 unter Verweis auf BGH VRS 17, 424 (428) und OLG Celle NJW 1961, 1939 (1940); ebenso BGH NJW 1993, 2628 (2829); offengelassen von BGH NJW 1979, 1258.

<sup>338</sup> S. die Ablehnung einer Garantenstellung im Fall BayObLG NSTz-RR 1998, 328 (330), in dem die Übernahme einer Verantwortlichkeit ausdrücklich ausgeschlossen wurde.

<sup>339</sup> Vgl. BGH NJW 1971, 1404; abw. jedoch BGH NJW 1968, 1874 im Falle einer kurzzeitigen Aufsicht über fremde Kinder.

<sup>340</sup> Dafür Köhler AT S. 218.



gerade die Übernahme der Obhutsfunktion gegen ein **gesetzliches Verbot** gemäß § 134 BGB verstößt.<sup>341</sup> Eine **Anfechtbarkeit** nach § 123 BGB aufgrund einer Täuschung oder Drohung schließt die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in die Übernahme stets aus.<sup>342</sup> Anderes gilt im Fall einer Irrtumsanfechtung nach den §§ 119 f. BGB, weil der Anfechtende eine Erklärung abgegeben hat, die der Empfänger von seinem Horizont aus als Selbstverpflichtung interpretieren durfte. Es liegt ferner nahe, bei **Geschäftsunfähigkeit** des Übernehmenden eine Garantenstellung zu verneinen. Bei **Minderjährigkeit** des Übernehmenden lässt die nachträgliche Genehmigung nach § 108 BGB die Garantenstellung nicht rückwirkend entstehen.

- 105 Die Garantenstellung kraft Übernahme **setzt nicht voraus**, dass die auf die Selbstverpflichtung vertrauende Person für das betroffene Rechtsgut – sei es als Rechtsgutsinhaber, sei es als Garant – **verantwortlich** ist. Unternimmt es zB ein Dritter freiwillig, das Rechtsgut eines anderen vor Schaden zu bewahren, und veranlasst der Übernehmende den Dritten durch die Übernahme, von weiteren Rettungsbemühungen Abstand zu nehmen, ist das Unterlassen der Erfolgsabwendung seitens des Übernehmenden deswegen rechtswidrig gegenüber dem Rechtsgutsinhaber, weil der Dritte sich dem (mutmaßlichen) Willen des Rechtsgutsinhaber dienstbar gemacht hat.<sup>343</sup>
- 106 **bb) Kasuistik.** Die bloße **Zugehörigkeit** als solche zu einer **Gemeinschaft** begründet noch keine Garantenstellung, wie zB die Zugehörigkeit zu einer Gruppe illegal einreisender Einwanderer.<sup>344</sup> Keine wechselseitige Schutzverpflichtung trifft die Mitglieder von Gemeinschaften, die sich auf den gemeinsamen Konsum von Alkohol oder BtM beschränken.<sup>345</sup> Ebenso ist das Bestehen einer **Wohngemeinschaft** kein hinreichender Grund für die Annahme einer Garantenstellung.<sup>346</sup> In den einschlägigen Fällen der Judikatur bestand jeweils noch ein anderer maßgebender Umstand.<sup>347</sup> Hingegen können nach hM insb. **eheähnliche Lebensgemeinschaften** Grundlage einer Garantenstellung kraft Übernahme sein, deren spezifische Entstehungsvoraussetzungen auch hier erfüllt sein müssen.<sup>348</sup> Aus einer Lebensgemeinschaft ergibt sich allerdings nicht die Rechtspflicht, andere Mitglieder am freiverantwortlichen Ableben zu hindern.<sup>349</sup> Die Übernahme von Schutzfunktionen ist bei **Gefahrengemeinschaften** zu bejahen, soweit der Zweck der Gemeinschaft nach dem Willen ihrer Mitglieder (auch) in dem wechselseitigen Beistand liegt.<sup>350</sup>
- 107 Den praktisch wichtigsten Fall einer Garantenstellung kraft Übernahme stellt das **Arzt-Patienten-Verhältnis** dar.<sup>351</sup> Zu beachten ist, dass der Patient kraft seines Willens den Arzt aus seiner Garantenstellung wieder entlassen kann (s. Rn. 25). Entgegen der Rspr.<sup>352</sup> ist daher bei einer freiverantwortlichen Selbsttötung der Wunsch des Patienten, nicht behandelt zu werden, auch dann noch beachtlich, wenn dieser das Bewusstsein verloren hat.
- 108 Str. ist die Garantenstellung des **Bereitschaftsarztes**. Nach Ansicht der Rspr. hat dieser eine strafrechtlich geschützte Rechtspflicht gegenüber der Bevölkerung, **in dringenden Erkrankungsfällen** einzugreifen. Wer als Bereitschaftsarzt den Schutz der Bevölkerung gegenüber gesundheitlichen Gefahren übernimmt, soll für sein Unterlassen ebenso einstehen wie für sein Handeln, weil die Pflichten anderer Ärzte gegenüber ihren Patienten für die Dauer des Bereitschaftsdienstes mindestens erheblich eingeschränkt würden.<sup>353</sup> Ein Teil der Lit. stellt darauf ab, ob der Patient schon bei einem anderen Arzt in Behandlung war.<sup>354</sup> Die Begründung, dass andernfalls der Bereitschaftsarzt nur die allg. Hilfeleistungspflicht nach § 323c übernehmen könne, verkennt jedoch, dass derjenige, der im Vertrauen auf die Übernahme eigene Erfolgsabwendungsmaßnahmen unterlässt, überhaupt nicht verpflichtet sein muss, dem Opfer beizustehen (s. Rn. 105). Es besteht daher auch kein Grund, die Garantenstellung des Bereitschaftsarztes insg. abzulehnen.<sup>355</sup>
- 109 **c) Die Verantwortlichkeit von Organen juristischer Personen und Amtsträgern.** Die Organe juristischer Personen des Privatrechts haben die Verpflichtung, die Rechtsgüter der juristischen Person

<sup>341</sup> *Maiwald* JuS 1981, 481.

<sup>342</sup> So auch *Jakobs* 29/48.

<sup>343</sup> S. näher dazu *Haas* S. 221 ff.

<sup>344</sup> BGH NStZ 2008, 276.

<sup>345</sup> OLG Stuttgart Die Justiz 2008, 76 (77) unter Verweis auf BGH NJW 1953, 556.

<sup>346</sup> BGH NStZ 1984, 163; NJW 1987, 850.

<sup>347</sup> Vgl. BGHSt 3, 18 ff. = NJW 1952, 229; 27, 10 ff. = NJW 1977, 204; 19, 167 ff.; BGH, JR 1955, 104; NJW 1960, 1921; vgl. dazu *Rudolphi* NStZ 1984, 149 ff.

<sup>348</sup> So SK/*Rudolphi/Stein* Rn. 51; *Kühl* § 18 Rn. 61 f.; *Wessels/Beulke* Rn. 719.

<sup>349</sup> BGH NStZ 1983, 117.

<sup>350</sup> *Maiwald* JuS 1981, 481; *Otto/Brammsen* Jura 1985, 592 f.; *Kühl* § 18 Rn. 67; *Wessels/Beulke* Rn. 719.

<sup>351</sup> Vgl. BGH, NJW 1979, 1258.

<sup>352</sup> BGHSt 32, 367 ff. = NJW 1984, 2639; s. ferner OLG Stuttgart NJW 1997, 3101 zur Garantenstellung des verantwortlichen Arztes einer psychiatrischen Klinik bei einer minderjährigen Patientin m. latenter Suizidalität.

<sup>353</sup> BGHSt 7, 211 (212) = NJW 1955, 718; BGH NStZ 1983, 263; BayObLG JZ 1973, 319; OLG Hamm NJW 1975, 604 f.; OLG Köln NJW 1991, 764.

<sup>354</sup> *Ranft* JZ 1987, 914; SK/*Rudolphi/Stein* Rn. 61; *Roxin* AT/II § 32 Rn. 75; ähnlich *Kühl* § 18 Rn. 73.

<sup>355</sup> So aber *Schünemann* S. 353, der verlangt, dass der Bereitschaftsarzt die Behandlung des Patienten übernommen haben muss.