

Diese Dreistufigkeit der Haftung wirft die Frage auf, ob nur eine Statuierung der Vorgesetztenverantwortlichkeit als „Gesamtpaket“ für einzelne Kriminalitätsbereiche denkbar ist oder ob es sinnvoll und möglich erscheint, auch nur eine Strafbarkeit im Sinne von § 4 oder § 4 und § 13 VStGB vorzusehen, also ob die unterschiedlichen Elemente der Vorgesetztenverantwortlichkeit auch gestuft normiert werden könnten, um eine flexible und den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angemessene Lösung zu finden.

### *B. Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafgesetzbuch*

Der nun folgende Abschnitt widmet sich der Frage, wie eine Regelung der strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit de lege ferenda beschaffen sein könnte. Dabei ist Ausgangspunkt der Überlegungen der bislang bereits in seiner grundsätzlichen verfassungsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Möglichkeit und Zulässigkeit begründete Transfer der Vorschriften des Völkerstrafgesetzbuchs in das allgemeine Strafrecht. In diesem Zusammenhang soll vorweggeschickt werden, dass keinesfalls eine Regelung geschaffen werden soll, welche die allgemeine Beteiligungsdogmatik einebnen und das Prinzip der Trennung zwischen Täterschaft und Teilnahme beseitigt. Diese Differenzierung ist das Ergebnis einer seit Langem intensiv geführten wissenschaftlichen Grundsatzdiskussion im deutschen und europäischen Kontext,<sup>3687</sup> in dem der hier unterbreitete Gesetzesvorschlag keinesfalls einer irgendwie gearteten Einheitstäterschaft den generellen Vorrang einräumen will. Eine einheitstäterschaftliche Betrachtungsweise soll ausschließlich für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten normiert werden, der die Tat eines Untergebenen anordnet oder vorsätzlich geschehen lässt. Auf diese Weise sollen die verfassungsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Friktionen überwunden werden, die die bislang nur fragmentarische Erfassung von Entscheidungs- oder Aufsichtsverantwortung als strafrechtliche Verantwortlichkeit mit sich bringt. Es soll den verfassungsrechtlich zu unbestimmten Rechtsinstituten Täterschaft kraft Organisationsherrschaft und Geschäftsherrenhaftung von Vorgesetzten ein einheitliches gesetzliches Regelungsmodell entgegengesetzt werden, das ausschließlich die Mitwirkung an Straftaten hierarchisch nachgeordneter Personen innerhalb von Verbänden erfasst.

Auf die allgemeine Beteiligungsdogmatik soll der Regelungsvorschlag keinerlei Auswirkungen haben, so dass die unmittelbare aktive Begehungstäterschaft – sowohl in der Form der Alleintäterschaft als auch der Mittäterschaft – Vorrang vor der Vorgesetztenverantwortlichkeit haben und keine Einheitstäterschaft für die

<sup>3687</sup> Vgl. hierzu ausführlich Rotsch Einheitstäterschaft, S. 11 ff.

Begehung von Straftaten außerhalb des Verbandszusammenhangs propagiert werden soll. Diese Begrenzung soll mit dem für §§ 30, 130 OWiG und auch in der Geschäftsherrenhaftung<sup>3688</sup> anerkannten Tatbestandsmerkmal des Betriebsbezugs, hier in Form des Verbandsbezugs, erreicht werden. Der Verbandsbezug erhält damit zum einen die kriminalpolitische Funktion der Beschränkung auf die Kriminalitätsbereiche, in denen die Vorgesetztenverantwortlichkeit gerechtfertigt ist. Zum anderen kommt ihr die dogmatische Funktion einer Beschränkung der Einheitsverantwortlichkeit des Vorgesetzten zu, der die Bezugstat geschehen lässt.

## I. Regelungstechnik: Sonderzuweisung für bestimmte Straftaten und Kriminalitätsbereiche

Die Abhängigkeit der Vorgesetztenverantwortlichkeit von der Systemrelevanz derjenigen Kriminalität, für die spezifische Vorschriften für Entscheidungsträger geschaffen werden müssen, lässt im Wesentlichen zwei Möglichkeiten der Regelungstechnik offen: Zum einen kann in den Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs jeweils im relevanten Abschnitt des Gesetzes, das das Nebenstrafrecht beinhaltet (AO, KrWaffKontrG, LFGB) eine gesetzliche Vorschrift über die Vorgesetztenverantwortlichkeit integriert werden. Damit würde die Strafgesetzgebung der bereits eingeschlagenen Richtung folgen, die für jeden Bereich der Vorgesetztenverantwortlichkeit, sei es im Strafrecht der Amtsträger, dem Wehrstrafrecht, dem Pressestrafrecht oder im Völkerstrafrecht, eine eigene und selbstständige Vorgesetztenverantwortlichkeit normiert hat, die zu einem sehr unterschiedlichen Umsetzungsgrad von tatsächlicher Verantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit führt.<sup>3689</sup> Für ein solches Vorgehen spricht fraglos die Flexibilität solcher Einzelregelungen. Es ist dann möglich, die strafrechtliche Verantwortlichkeit je nach Risikopotenzial des Kriminalitätsbereichs zu gestalten und die Vorschriften der typischen Struktur der spezifischen Straftaten anzupassen. So mögen in unterschiedlichen Kriminalitätsbereichen verschiedene Verbandsstrukturen relevant werden, wie dies an den Straftaten von Soldaten und Amtsträgern sowie der dort vorherrschenden unterschiedlichen Bedeutung von Hierarchie und entsprechend dem Bestehen von Anweisungsrechten und Folgepflichten deutlich wird. Alle Verbände, ob militärische Einheit oder Abteilung eines Großunternehmens, gleichermaßen nach einer einzigen Vorschrift zu beurteilen, könnte jedoch zu Fiktionen führen, weil die Lenkungsmacht der Vorgesetzten jeweils unterschiedlich sein kann.

3688 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 ff.

3689 Zur „Auslagerung“ von Strafrecht in Nebengesetze Dannecker in: LFGB, Vorbemerkungen zu §§ 58 bis 61 Rn. 50; für eine Aufnahme wichtiger Strafvorschriften in eine „strafrechtliche Hauptkodifikation“ Tiedemann Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 45.

Dennoch dürfte eine allgemeinere Regelungstechnik durch Platzierung der Vorschriften über die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs erhebliche Vorteile haben. Zunächst ist die Verortung von Zurechnungsvorschriften im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs systematisch geboten, weil sie die gesetzgeberische Charakterisierung der jeweiligen Regelung deutlich macht. Des Weiteren wirkt eine solche einheitliche Lösung der weiteren Zersplitterung und damit auch einem Wirksamkeitsverlust des Strafrechts entgegen. Der Gesetzgeber hat sich zu Recht stets bemüht, Strafvorschriften dadurch tatsächliche Akzeptanz und damit auch praktische Relevanz zu verschaffen, dass er die Regelungen aus Nebengesetzen in das Strafgesetzbuch verlagert hat.<sup>3690</sup> Dies gilt in besonderer Weise für §§ 298, 299 StGB, die aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen<sup>3691</sup> und dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb<sup>3692</sup> in das Strafgesetzbuch eingegliedert und damit letztlich erst „zum Leben erweckt“ wurden. Zwar hat der Gesetzgeber in einer Reihe von Bereichen des Nebenstrafrechts darauf verzichtet, Strafvorschriften, die Fälle häufiger Kriminalität betreffen, wie dies etwa im Steuerstrafrecht oder im Lebensmittelstrafrecht der Fall ist, in das Strafgesetzbuch einzugliedern, aber diese Entscheidung basiert auf dem Gedanken, den engen Zusammenhang zwischen der spezifischen Rechtsmaterie – vielfach aus dem besonderen Verwaltungsrecht –, auf die sich die Strafvorschriften beziehen, und den Sanktionsnormen nicht zu zerreißen.<sup>3693</sup>

Zudem spricht bereits der Umstand, dass es sich bei den in Rede stehenden Vorschriften über die Vorgesetztenverantwortlichkeit zumindest um Zurechnungsregelungen im weitesten Sinne handelt, dafür, solche Normen im Strafgesetzbuch und nicht in jedem Einzelgesetz, das Strafbestimmungen enthält und auf das die Vorgesetztenverantwortlichkeit zur Anwendung kommen soll, zu verorten. Die Regelungstechnik, allgemeine Geltungs- und Zurechnungsbestimmungen, die nicht nur für einen Deliktsbereich oder einige wenige Abschnitte des Strafgesetzbuchs, sondern für aus systematischen Erwägungen ausgewählte Straftatbestände in größerer Zahl gelten sollen, in einem Allgemeinen Teil zusammenzufassen, ist eine Vorgehensweise, die sich bewährt hat. Daher sollte der Weg der „Auslagerung“ in einen Allgemeinen Teil beschritten werden, soweit dies möglich ist und zur „Entschlackung“ des Besonderen Teils beiträgt.

Jedoch wäre die Anwendung von Zurechnungsregeln des Allgemeinen Teils auf nur bestimmte Delikte oder Abschnitte des Strafgesetzbuchs ein Novum. Der Allgemeine Teil beinhaltet bislang keine nur auf bestimmte Straftatbestände an-

3690 Vgl. *Tiedemann* Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 46 ff.

3691 Vgl. hierzu im Einzelnen *Dannecker* in: NK-StGB, § 298 Rn. 2 ff. m.w.N.; ferner BT-Drs. 13/3353, S. 8 ff.

3692 Vgl. hierzu im Einzelnen *Dannecker* in: NK-StGB, § 299 Rn. 1 f. m.w.N.

3693 Vgl. hierzu *Dannecker* in: LFG, Vorbemerkungen zu §§ 58 bis 61 LFG Rn. 50; vgl. ferner *Tiedemann* Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 46 ff.

wendbaren Zurechnungsvorschriften, sondern differenziert insofern rechtsgutsneutral, allenfalls im Hinblick auf die Unrechtsintensität zwischen Verbrechen und Vergehen für die Strafbarkeit des Versuchs bzw. die Anstiftung zum Versuch. Den Weg über eine Sonderzuweisung hat der Gesetzgeber allerdings im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Regeln über die Tatfolgen bereits beschritten, indem § 69 StGB die regelmäßige Entziehung der Fahrerlaubnis bei Verurteilung wegen bestimmter Katalogverkehrsstraftaten vorsieht, oder im Hinblick auf die höchst umstrittene und bislang ungeklärte Sicherungsverwahrung nach §§ 66 ff. StGB für Verbrechen und bestimmte Vergehen. Hier sind jeweils Bezugnahmen auf bestimmte Katalogtaten in der Rechtsfolgenbestimmung enthalten.

Eine andere Lösung hat der Gesetzgeber in § 73d StGB gewählt. Zum erweiterten Verfall heißt es hier, diese Rechtsfolge sei dann durch das Gericht anzurufen, wenn eine rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begangen worden ist, das auf § 73d StGB verweist. Es wurde hier also eine Blankettvorschrift für die Anordnung der Maßnahme des erweiterten Verfalls geschaffen,<sup>3694</sup> die eine Verweisung auch durch materielle Strafvorschriften ermöglicht, die außerhalb des Strafgesetzbuchs loziert sind. So verweisen nicht nur die §§ 150 Abs. 1, 181c, 184 Abs. 7, 244a Abs. 3, 260 Abs. 3, 261 Abs. 7, 286 Abs. 1, 302, 338 StGB auf § 73d StGB, sondern auch Vorschriften aus dem Betäubungsmittelstrafrecht (§ 33 Abs. 1 BtMG), aus dem Kriegswaffenkontrollstrafrecht (§ 24 KWKG) oder aus dem Waffenstrafrecht (§ 56 WaffG).

Die Begründung des Gesetzesvorschlags der Bundesregierung für § 73d StGB geht ausdrücklich auf diese Regelungstechnik ein. Die Rechtsfolge des erweiterten Verfalls soll aufgrund ihrer weitreichenden Wirkung zunächst ausschließlich im Kontext des Betäubungsmittelstrafrechts zur Anwendung kommen, da nur für diesen Kriminalitätsbereich die Einführung dieser Maßnahme „aus heutiger Sicht ... angemessen“ erscheine. „Gleichwohl soll die Regelung nicht etwa als Sondervorschrift in das Betäubungsmittelgesetz, sondern als „§ 73d“ in den siebenten Titel des Strafgesetzbuches eingestellt werden, um eine einheitliche Fortentwicklung des Verfallsrechts zu gewährleisten und die Gefahr einer Zersplitterung auszuräumen.“<sup>3695</sup> Diese Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren können auch hier als Leitlinie bei dem Vorschlag für einen Regelungskomplex zur strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit dienen.

3694 BT-Drs. 11/6623, S. 6, 9; Saliger in: NK-StGB, § 73d Rn. 5.

3695 BT-Drs. 11/6623, S. 6.

## II. Materielle Verantwortlichkeitsvorschriften

Entsprechend der Struktur des hier zum Modell gewählten Regelungskomplexes des nationalen Völkerstrafrechts basiert der Vorschlag für eine Normierung der Vorgesetztenverantwortlichkeit des allgemeinen Strafrechts auf einer Dreiteilung:

Auf der ersten Stufe wird die grobmaschige Verantwortlichkeit für das vorsätzliche Geschehenlassen von Bezugstaten Untergebener als täterschaftliche oder täterschaftsgleiche Begehung unter Strafe gestellt. Diese Vorschrift beinhaltet eine Unterlassungseinheitstäterschaft. Auf der zweiten Stufe werden die Maschen der Verantwortlichkeit enger gezogen, indem die Herbeiführung der Bezugstat durch fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzungen, aber nicht im Hinblick auf die Bezugstat als solche vorsätzlich, sondern hier nur fahrlässig, geschieht. Diese Vorschrift geht von einer geringeren Zurechnungsintensität in diesen Fällen aus, da der Vorgesetzte die Bezugstat nicht mit vergleichbar engem Schuldbezug geschehen lässt, so dass der Unrechtsvorwurf nicht mit der Täterschaft vergleichbar ist. Auf der dritten Stufe findet dann keine Zurechnung der Bezugstat mehr statt, sondern eine Sanktionierung der mangelnden Verbandsorganisation als Ausdruck der abstrakten Gefährdung systemischer Rechtsgüter.

### 1. Formulierung eines Gesetzesvorschlags

Der Vorschlag der in das Strafgesetzbuch einzufügenden Vorschriften, der im Folgenden näher erörtert und begründet werden soll, lautet:

1. Der Begriff des *Vorgesetzten* sollte zunächst in einer anzufügenden Nr. 10 des § 11 Abs. 1 StGB definiert werden:

Nr. 10. Vorgesetzter:

die Person, die innerhalb eines Verbandes aufgrund ihrer Eingliederung in eine zumindest faktische Hierarchiestruktur die tatsächliche Führungsgewalt und Kontrolle über die Handlungen anderer Personen (Untergebener) ausübt oder die Aufgabe der Aufsichtsführung über sie übernommen hat.

2. Es sollte ferner eine eigenständige Vorgesetztenverantwortlichkeit als Zurechnungsform oder als Haftung für eine allgemeine Begünstigung der Begehung zukünftiger Bezugstaten in den Abschnitt des Strafgesetzbuchs über die Beteiligung eingefügt werden:

#### § 25a Vorgesetztenverantwortlichkeit

(1) *Ein Vorgesetzter, der es unterlässt zu verhindern, dass ein Untergebener eine rechtswidrige verbandsbezogene Tat nach einem Gesetz begeht, das auf diese Vorschrift verweist (Bezugstat), wird wie ein Täter der von dem Untergebenen begangenen Tat bestraft.* <sup>2</sup>Die Strafbarkeit des Versuchs bestimmt sich nach den §§ 22, 23 dieses Gesetzes.

(2) *Ein Vorgesetzter, der es vorsätzlich oder fahrlässig unterlässt, einen Untergebenen, der seiner tatsächlichen Kontrolle untersteht, ordnungsgemäß zu beaufsichtigen, wird wegen Verletzung der Aufsichtspflicht bestraft, wenn der Untergebene eine verbandsbezoge-*

ne rechtswidrige Tat nach einem Gesetz begeht, das auf diese Vorschrift verweist, das Bevorstehen der Tat dem Vorgesetzten erkennbar war und dieser sie verhindern könnten.<sup>2</sup> Zu den ordnungsgemäßen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen.<sup>3</sup> Hat der Vorgesetzte seine Aufsicht nicht im Rahmen seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit auszuüben, so ist der Vorgesetzte nach Satz 1 nur verantwortlich, wenn für ihn das Bevorstehen der Tat des Untergebenen ohne weiteres erkennbar gewesen ist.<sup>4</sup> Die vorsätzliche Verletzung der Aufsichtspflicht wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, die fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.<sup>5</sup> Die Strafe darf nicht schwerer sein als die für die Bezugstat des Untergebenen angedrohte Strafe.

(3) <sup>1</sup>Ein Vorgesetzter, der es unterlässt, eine verbandsbezogene rechtswidrige Tat nach einem Gesetz, das auf diese Vorschrift verweist, die ein Untergebener begangen hat, unverzüglich den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden in der erforderlichen Weise mitzuteilen, wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft.<sup>2</sup> Der Vorgesetzte handelt beim Unterlassen der Mitteilung nach Satz 1 ohne Schuld, wenn er an der Tat des Untergebenen – auch nach § 25a Abs. 2 StGB – beteiligt gewesen ist und deswegen bestraft werden kann.<sup>3</sup> Handelt der Vorgesetzte in der Absicht, der Organisation, der er angehört, einen unmittelbaren Vorteil durch die Nichtanzeige nach Satz 1 zu verschaffen oder zu erhalten, so wird er mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.<sup>4</sup> Die Strafe nach diesem Absatz darf nicht schwerer sein als die für die Tat des Untergebenen angedrohte Strafe.

3. § 28 StGB sollte zudem dahin gehend geändert werden, dass er auch die Beteiligungsform des Vorgesetzten berücksichtigt:

#### § 28 Besondere persönliche Merkmale

- (1) Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe) oder Vorgesetzten nach § 25a Abs. 1 dieses Gesetzes, so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.
- (2) Bestimmt das Gesetz, dass besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer, Vorgesetzten nach § 25a Abs. 1 dieses Gesetzes), bei dem sie vorliegen.

## 2. Erläuterungen der Regelungsvorschläge im Einzelnen

### a) Verbandsbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 10 StGB-E

Voraussetzung dafür, dass überhaupt von Vorgesetztenverantwortlichkeit die Rede sein kann, ist das Vorliegen einer Bezugstat, die aus einem Verband heraus begangen worden ist. Während etwa im Wehrstrafrecht und im Strafrecht für die Amtsträger die in Betracht kommenden Verbände häufig klar abgegrenzt sind, weil sie durch klare Regeln, oftmals durch Gesetz, bestimmt sind, bereitet die Abgrenzung von Verbänden im Bereich der Wirtschaftsunternehmen oder sonstiger Organisationen erhebliche Schwierigkeiten, wenn die Bestimmung nach formalen Kriterien erfolgen soll. Dies macht § 14 Abs. 1 StGB deutlich, der für die Verantwortlichkeit für das Handeln für einen anderen auf die normativen Katego-

gorien der juristischen Person, der rechtsfähigen Personengesellschaft und auf die gesetzliche Vertretung im Allgemeinen abstellt. Die in § 14 Abs. 2 StGB bestimmte, eher tatsächliche Betrachtungsweise, die die Kategorien des Betriebs und des Unternehmens in den Blick nimmt, löst diese streng rechtlichen Kriterien der Haftung auf und stellt auf tatsächliche Umstände ab. Die Begriffe des *Betriebs* und des *Unternehmens* sind hier nicht als Rechtsbegriffe gemeint. Betrieb umschreibt „*eine, gleichgültig in welcher Rechtsform, auf Dauer angelegte organisatorische Zusammenfassung von persönlichen und sachlichen Mitteln zur Erreichung eines – nicht notwendig wirtschaftlichen – Zwecks*“.<sup>3696</sup> Dieser Zweck muss jedoch in der Hervorbringung einer Leistung auch für Dritte bestehen.<sup>3697</sup> Von dieser Definition sind alle wirtschaftlich orientierten Organisationsformen erfasst, in der sich Personen dauerhaft zur Erreichung ihrer Zwecke nicht nur vorübergehend zusammenfinden. Sie umschreibt nicht nur Betriebe in der industriellen Produktion, sondern umfasst auch Organisationen zur Hervorbringung von anderen Leistungen, etwa der Tätigkeit von Freiberuflern, der Landwirtschaft oder auch im künstlerischen Bereich (Theater). Auch Altenheime, Krankenhäuser und Kindergärten werden als Beispiele genannt, selbst wenn sie nicht den Zweck der Gewinnerzielung verfolgen.<sup>3698</sup> Die Grenze des Betriebsbegriffs soll erst dort überschritten sein, wo der Zweck der Organisation nicht mehr darin liegt, einem Dritten eine Leistung anzubieten, sich also auf Tätigkeiten im Privathaushalt beschränkt.<sup>3699</sup> Damit umfasst der Betrieb nahezu alle wirtschaftlich tätigen Organisationsformen. Dem Unternehmensbegriff wird insofern vielfach überhaupt keine materielle Bedeutung beigemessen, weil er nicht über diese Umschreibung des Betriebs hinausgeht, sondern allenfalls der Klarstellung dient.<sup>3700</sup>

Diese Überlegungen geben Anlass, den bereits durch Literatur und Rechtsprechung in der Konkretisierung befindlichen Begriff des *Betriebs* als Tatbestandsmerkmal auch für den § 25a StGB-E zu verwenden, weil dies die Einführung eines neuen, zu weiteren Diskussionen führenden Begriffs vermieden hätte. Für eine Verwendung des Betriebsbegriffs spricht ferner, dass er in der Lage wäre, nahezu alle denkbaren Fallgestaltungen zu erfassen, innerhalb derer systemische Straftaten aus wirtschaftlich ausgerichteten Verbänden begangen werden. Nach der gängigen Definition wird man unter den Betriebsbegriff auch kriminelle Organisationen fassen können, soweit sie die Ergebnisse ihrer Straftaten durch Geschäfte mit Dritten auswerten und daher Leistungen anbieten, mögen diese auch, wie beim Menschenhandel, wiederum selbst kriminelle Handlungen beinhalten.

3696 Mømsen in: Beck-OK-StGB, § 14 Rn. 43 m.w.N.

3697 Radtke in: MüKo-StGB, § 14 Rn. 86.

3698 Radtke in: MüKo-StGB, § 14 Rn. 86 m.w.N.

3699 Schünemann in: Leipziger Kommentar, § 14 Rn. 54.

3700 Mømsen in: Beck-OK-StGB, § 14 Rn. 44; Radtke in: MüKo-StGB, § 14 Rn. 87 m.w.N.

Allerdings würde die Verwendung des Betriebsbegriffs im Kontext der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu Friktionen mit der superior responsibility im Völkerstrafrecht führen, denn dort wird man bei militärischen Einheiten oder auch bei Verwaltungseinheiten kaum von Betrieben sprechen können, weil hier keine Leistungen nach außen angeboten werden. Der Begriff des *Betriebs* könnte daher nicht einheitlich benutzt werden, so dass der Vorgesetztenverantwortlichkeit – mag sie letztlich auch in beiden Fällen die Haftung von Vorgesetzten begründen können – unterschiedliche Ausgangspunkte zugrunde liegen, wenn im Völkerstrafrecht eher von einem soziologischen Verbandsbegriff ausgegangen wird, während § 14 StGB einen technisch-organisatorischen Begriff verwendete. Hier dürfte die soziologische Begrifflichkeit des *Verbandes* tauglicher sein, um die Strukturen zu umschreiben, die Systemkriminalität aus einem Kollektiv begünstigen. Nach Max Weber soll „*Verband ... eine nach Außen regulierend beschränkte oder geschlossene soziale Beziehung dann heißen, wenn die Innehaltung ihrer Ordnung garantiert wird durch das eigens auf deren Durchführung eingestellte Verhalten bestimmter Menschen: eines Leiters und, eventuell, eines Verwaltungsstabes, der gegebenenfalls normalerweise zugleich Vertretungsgewalt hat*“.<sup>3701</sup> Hier sind die wesentlichen kriminogenen oder kriminovalenten Faktoren ange deutet, die in der Forschung zur Makro- und Mesokriminalität bereits herausgearbeitet worden sind: die Neutralisierung der Normen staatlichen Rechts durch eine kriminelle Verbandsattitüde, die durch Gruppendynamik eigenes Gewicht gewinnt. Diesen Aspekt blendet der Begriff des *Betriebs* aus, so dass er für die Vorgesetztenverantwortlichkeit in diesem Kontext zwar in der Praxis wohl zu den Ergebnissen führen würde, die auch bei der Verwendung des Verbandsbegriffs erzielt werden. Dennoch wäre die Verwendung des Begriffs *Betrieb* als Tatbestandsmerkmal in Vorschriften, die das Unrecht in einer soziologischen Struktur beschreiben, die Kriminalität ermöglicht und fördert, wenig folgerichtig.

Daher wird in § 11 Abs. 1 Nr. 10 StGB-E auf den Begriff *Verband* zurückgegriffen, der eine auf nicht nur vorübergehende Dauer angelegte organisierte Mehrzahl von Personen umschreibt, die eigenständigen Regeln folgt, um Entscheidungen zu treffen und über eine zumindest durch die Praxis herausgebildete Hierarchiestruktur verfügt. Die Frage danach, ob die fragliche Organisation einen Betrieb im Sinne des § 14 StGB bildet oder unterhält, kann in diesem Zusammenhang ein wichtiger Indikator für das Vorliegen eines Verbandes sein; der Betrieb ist aber aus den genannten Gründen nicht zwangsläufig mit dem Verband identisch, sondern ein nur partiell deckungsgleicher Begriff.

3701 M. Weber Wirtschaft und Gesellschaft, Kap. 1, § 12, S. 26.

*b) Der zentrale Begriff des Vorgesetzten im Sinne von § 25a StGB-E*

Im Rahmen der gesetzlichen Neuregelung müsste der in die allgemeine Strafrechtsdogmatik neu einzuführende Begriff des *Vorgesetzten* bestimmt werden, der den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschriften über die Vorgesetztenverantwortlichkeit in § 25a StGB-E festlegt. Diese Definition bereitet deswegen keine bislang unbekannten Probleme, weil der Begriff des (zivilen) *Vorgesetzten* im deutschen Völkerstrafrecht bereits etabliert ist. Der Terminus, der dem internationalen Völkerstrafrecht entnommen wird, kann im Sinne des Innehabens der tatsächlichen Lenkungsmacht über einen Untergebenen, der effective control verstanden werden. Danach hat derjenige die Stellung als militärischer Befehlshaber, aber auch als ziviler Vorgesetzter im Sinne der superior responsibility inne, der unabhängig von seiner formalen Position innerhalb einer militärischen Einheit, einer staatlichen Organisation oder auch eines Unternehmens, Betriebes oder Verbandes faktische Kontrollmacht hat, weil er so in eine Hierarchie eingebunden ist, dass er Anweisungen geben kann, die in der Regel befolgt werden. Es handelt sich damit um eine soziologisch geprägte faktische Rollenbeschreibung und nicht um eine normativ zu verstehende Bezeichnung einer spezifischen hierarchischen Position.

Es soll nicht bestritten werden, dass das Kriterium der effektiven Kontrolle, das das maßgebende Element der Vorgesetzteigenschaft ausmacht, außerhalb klarer militärischer oder staatlicher Hierarchiestrukturen zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann. Jedoch dürften diese Probleme vornehmlich im tatsächlichen Bereich, nämlich bei der Feststellung liegen, ob ein Entscheidungsträger tatsächlich die erforderliche Anweisungsmacht hatte, um eine Vorgesetztenverantwortlichkeit begründende effektive Kontrolle auszuüben. Zur Beantwortung der materiell-rechtlichen Fragen kann auf die bereits zur effective control ergangene Rechtsprechung und Literatur Bezug genommen werden, um dem Vorgesetztenbegriff hinreichende Konturen zu verleihen, so dass zwar Probleme in Bezug auf die Tatbestandsbestimmtheit entstehen mögen, diese aber die im Völkerstrafgesetzbuch bereits bestehenden Problembereiche nicht ausdehnen und sich als lösbar erweisen dürften. Zusätzlich kann Rechtsprechung und Lehre zur Geschäftsherrenhaftung herangezogen werden.

Im Einzelfall wird zwar die Frage auftreten, ob eine lose Organisation, etwa in einer vorläufigen Arbeitsgemeinschaft von Unternehmern zur Durchführung eines Projektes oder in einem Konzern, eine Vorgesetztenstellung begründet. Aber selbst in Zweifelsfragen kann die Antwort auf die Frage nach der effective control bei einem ausermittelten Sachverhalt rechtlich hinreichend sicher bestimmt werden. Mag auch die gerichtliche Feststellung einer Vorgesetztenstellung nicht stets sicher gelingen, so ist dies eine Situation, in der gegebenenfalls der Zweifelsgrundsatz anzuwenden ist. Das Kriterium, welches das internationale ebenso wie

das nationale Völkerstrafrecht und ihnen folgend auch der hier zugrunde gelegte Vorgesetztenbegriff verwenden, ist die aufgrund der Eingliederung in eine in einem Mindestmaß strukturierte, gegebenenfalls auch faktische Hierarchie begründende, tatsächliche Möglichkeit zur Erteilung von Anweisungen, die regelmäßig befolgt zu werden pflegen. Auf diese Weise wird die Stellung als Vorgesetzter nicht allein durch die rein faktische Lenkungsmacht begründet; es ist aber auch keine rechtlich formalisierte Hierarchie erforderlich.

Das Kriterium der effective control ist in Kombination mit dem Verbandsbegriff des § 11 Abs. 1 Nr. 10 StGB-E ferner geeignet, das Problem der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Konzern zu lösen. Folge der Verwendung des Verbandsbegriffs ist, dass nicht die rechtliche oder betriebswirtschaftliche Struktur einer Organisation oder eines Unternehmens für die Bestimmung der Vorgesetztenstellung entscheidend ist, sondern seine tatsächlich-soziale Funktionsweise. Das führt dazu, dass innerhalb eines Konzerns, also einer Zusammenfassung mehrerer juristischer Personen oder anderer verselbstständigter Rechtsträger<sup>3702</sup> zu einer wirtschaftlichen Einheit, die über eine einheitliche Leitung verfügt,<sup>3703</sup> die Entscheidungsträger innerhalb der herrschenden Gesellschaft auch die Entscheidungen für die beherrschten Rechtsträger treffen. Diese Entscheidungsträger haben damit eine Stellung als Vorgesetzte innerhalb des gesamten Konzerns insoweit inne, wie ihre Macht zur Entscheidung und Durchsetzung reicht.<sup>3704</sup> Die formalrechtliche Grenze ihrer Entscheidungsgewalt durch die gesellschaftsrechtliche Abschirmwirkung der beherrschten Rechtsträger spielt nur insoweit eine Rolle, als sie sich auf die Durchsetzung von Entscheidungen tatsächlich auswirkt. Ist der Entscheidungsträger aufgrund von Beherrschungsverträgen oder ansonsten wirtschaftlich in der Lage, Steuerungsgewalt auch über die juristischen Grenzen des herrschenden Rechtsträgers hinaus auszuüben, so ist er als Vorgesetzter auch derjenigen Personen anzusehen, die ihre Tätigkeit nicht unmittelbar im Auftrag und im Rahmen der Konzernmutter ausführen; er kann also auch Vorgesetzter der Mitarbeiter einer Konzern Tochter sein. Die faktische Betrachtung bei der Bestimmung der effective control führt dazu, dass der Vorgesetztenstellung die tatsächliche, durch eine Hierarchie vermittelte Steuerungsgewalt zugrunde liegt, also die *faktische Anweisungskompetenz*, nicht zwingend das *Anweisungsrecht*. Auf das tatsächliche Können der Steuerung, nicht auf das rechtliche Dürfen kommt es an, so dass rechtliche Grenzen des Verbandes letztlich nur indiziellen Charakter für die Bestimmung der Verantwortlichkeit haben; entscheidend ist die Reichweite der hierarchisch vermittelten Lenkungsmacht.

3702 Vgl. etwa *Hirschmann* in: Hölters AktG § 15 Rn. 4.

3703 Vgl. hierzu § 18 AktG, zu den unterschiedlichen Formen des Konzerns *Emmerich* in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 18 AktG Rn. 1 ff.; *Oetker* in: Erfurter Kommentar, § 18 AktG Rn. 1 ff.; ferner § 5 AbfBeauftrV; § 4 5. BImSchV.

3704 Vgl. *Muders* Die Haftung im Konzern, S. 270 ff. unter Verweis auf § 13 StGB.

Diese einheitliche Sichtweise des Konzerns als Gebilde, das aufgrund wirtschaftlicher und faktischer Entscheidungskompetenzen eine Einheit darstellt, entspricht auch der Sichtweise im europäischen Kartellbußgeldrecht und dem deutschen Wettbewerbsordnungswidrigkeitenrecht. Die Kommission verwendet insofern einen vornehmlich wirtschaftlichen Ansatz, während der Europäische Gerichtshof die Frage der Handlungszurechnung innerhalb des Gesamtgebildes stellt.<sup>3705</sup> Jedoch sind in beiden Fällen die entscheidenden Kriterien für die Zurechnung „*insbesondere die kapitalmäßige Verbundenheit der Unternehmen, die Beteiligung der Muttergesellschaft an dem Wettbewerbsverstoß sowie eine Einflussnahme der Muttergesellschaft auf die Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft zu nennen*“.<sup>3706</sup> Es kommt also auf die Möglichkeit tatsächlicher Einflussnahme an, die in der Regel über die wirtschaftlichen Verhältnisse vermittelt werden wird.

### c) Verbandsbezug der Tat des Untergebenen

In allen drei Varianten des § 25a StGB-E ist Bedingung einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die rechtswidrige Tat des Untergebenen, dass es sich bei dem von diesem begangenen Delikt um eine Tat mit spezifischem Bezug zu dem Verband handelt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist in der hier vorgeschlagenen allgemeinen Regelung notwendig, um die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht auf Taten zu erstrecken, die außerhalb des Verbands begangen werden, dessen Hierarchiestrukturen die besondere Haftung des Vorgesetzten erst zu legitimieren vermögen. Das Bedürfnis nach einem solchen Begrenzungsmerkmal besteht im allgemeinen Strafrecht, weil – anders als bei § 357 StGB oder im Pressestrafrecht – die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht auf spezifische Deliktsbereiche beschränkt ist, die mit dem jeweiligen Verband in einem unauflöslichen Zusammenhang stehen. Lässt der Dienstvorgesetzte den untergebe-nen Beamten eine Straftat im Amt oder auch nur eine Straftat in Ausübung des Amtes begehen, so liegt der Verbandsbezug auf der Hand; Gleicher gilt für den Redakteur, der eine Publikation strafbaren Inhalts nicht unterbindet. Lässt je-doch ein Abteilungsleiter eines Unternehmens eine Straftat eines Untergebenen geschehen, die mit der Tätigkeit des Verbandes nicht in einem inneren Zusam-menhang steht – der Arbeitnehmer nutzt etwa die Telefonanlage des Lebensmit-telunternehmens zur „*Abwicklung von Geschäften*“, die gegen §§ 234 f. StGB (Menschenraub und Verschleppung) verstoßen –, so fehlt es regelmäßig an die-sem Organisationsbezug und damit an der Vorgesetztenverantwortlichkeit, mag

3705 Vgl. hierzu insbesondere Dannecker/Fischer-Fritsch EG-Kartellrecht, S. 260 ff.

3706 Dannecker/Biermann in: Immenga/Mestmäcker, Vorbemerkungen zu Art. 23 f. 1/2003: Unions-rechtliche Geldbußen und Zwangsgelder Rn. 87.

der Vorgesetzte auch effektiv in der Lage sein, die Verwendung der Kommunikationsmittel zu untersagen oder zu unterbinden. In diesem Fall realisiert sich jedoch nicht das spezifische Risiko, das durch die Möglichkeit des Betriebs eines Lebensmittelunternehmens geschaffen wurde. Anders fällt die Beurteilung aus, wenn es sich um ein Transportunternehmen handelt, dessen Fahrzeuge zur Tatbegehung verwendet werden.<sup>3707</sup>

Dieses Problem ist aus dem nationalen Völkerstrafrecht bekannt und im Verlauf dieser Untersuchung bereits erörtert worden.<sup>3708</sup> Eine Übertragung der dort entwickelten Kriterien auf die vorgeschlagene Vorschrift erscheint möglich und geboten: Maßgebliches Merkmal der Bezugstat ist die Verbandsbezogenheit. Ebenso wie bei § 13 VStGB kommt es dabei jedoch nicht darauf an, dass sich aus dem Verband, in dessen Hierarchie der unmittelbar handelnde Täter und der Vorgesetzte integriert sind, eine besondere, auch nur abstrakte Gefahr der Verletzung systemrelevanter Rechtsgüter ergibt. Die Organisation, aus der die Tat begangen wird, muss also nicht per se systemische Gefahren schaffen. Vielmehr ist entscheidend, ob die konkrete Bezugstat in einem inneren Zusammenhang mit der konkreten Tätigkeit des Verbandes steht, aus dem die Rechtsverletzung resultiert. Dies wird am Beispiel des Lebensmittelunternehmens deutlich: Wird mit den unternehmenseigenen Fahrzeugen eine Handlung vorgenommen, die als Beitrag zur Begehung von Straftaten aus dem Bereich des Menschenhandels anzusehen ist – etwa der „Schmuggel“ von Personen in Containern –, so kann man zwar nicht behaupten, der Betrieb eines Lebensmittelunternehmens stehe in einem spezifischen Kontext zur Begehung solcher Straftaten; eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Abteilungsleiters, die Beteiligung von Untergebenen an solchen Taten zu unterbinden, dürfte jedoch im Hinblick auf die systemische Bedeutung solcher Taten mit guten Gründen als verhältnismäßig und kriminalpolitisch notwendig angesehen werden können.

Das Merkmal des Verbandsbezugs der konkreten Tat schafft hier die nötige Eingrenzung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auf Taten, die sich als Verwirklichung der durch die Rechtsordnung zugelassenen oder auch von der Organisation unerlaubt herbeigeführten Gefahrschaffung darstellen und deren Korrelat der Anspruch der Gesellschaft auf Gefahrbeherrschung und Gefahrenminimierung ist. Einen Teil dieses Anspruchs hat der Vorgesetzte als Vertreter des Verbandes einzulösen, indem er seine Untergebenen von der Tatbegehung durch unmittelbare Intervention und pflichtgemäße Organisation abhält und die Möglichkeiten und Antriebe zur Tatbegehung durch ordnungsgemäße Aufsicht, Kontrolle und Sanktionierung beseitigt oder zumindest minimiert. Das Merkmal des Verbandsbezugs ist dem § 130 OWiG bzw. der Diskussion über die Geschäfts-

---

3707 Vgl. zum Betriebsbezug BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 ff.

3708 S. 659 ff.

herrenhaftung in Rahmen der allgemeinen Unterlassungsstrafbarkeit – dort wird jeweils der Begriff des *Betriebsbezugs* verwendet<sup>3709</sup> – entlehnt. Dort wird nur die Verletzung betriebsbezogener Pflichten als hinreichend angesehen, um die Unterlassungsstrafbarkeit bzw. die ordnungswidrigkeitenrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen. Im Kontext der Vorgesetztenverantwortlichkeit, die sich ausschließlich auf die durch den Gesetzgeber bestimmten systemischen Straftaten beziehen soll, liegt es nahe, nicht allein die Anknüpfung der Verantwortlichkeit an die Pflicht und die betriebliche Tätigkeit zu verlangen, sondern auch die Bezugstat des Untergebenen selbst in die Konnexitätsanforderungen einzubinden. Wollte man hier, ebenso wie bei § 130 OWiG, eine Betriebsbezogenheit der Tat handlung, also des Geschehenlassens im weitesten Sinne, ausreichen lassen und keine Verbindung zur Bezugstat verlangen, so würde die erforderliche Organisationsspezifität der Bezugstat, die die Vorgesetztenverantwortlichkeit legitimiert, durchbrochen und die Rechtfertigungsbasis des hier vorgeschlagenen § 25a StGB beseitigt. Das bedeutet, die begangene Tat muss selbst in einem inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit und den von dieser ausgehenden Gefahren stehen. Dabei wird man in Anlehnung an die Überlegungen zur Geschäftsherrenhaftung<sup>3710</sup> auch solche Pflichtverletzungen als verbandsbezogen ansehen müssen, die dem Verband nach § 30 OWiG als sanktionsbegründend zugerechnet werden können.

#### *d) Kompatibilität des § 25a StGB-E mit dem Unionsrecht*

Um die Vereinbarkeit des vorgeschlagenen § 25a StGB-E mit dem Unionsrecht zu überprüfen, soll an dieser Stelle zunächst ein Abgleich mit der Regelung über die Verantwortlichkeit von Entscheidungsträger und Aufsichtführenden im Corpus Juris erfolgen. Art. 12 Corpus Juris weist Ähnlichkeiten mit § 4 VStGB und damit auch mit dem hier unterbreiteten Regelungsvorschlag für § 25a Abs. 1 StGB auf. Der Geschäftsherr, Entscheidungsträger oder Inhaber der Kontrollbefugnis – also der Vorgesetzte im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 11 StGB-E – in einem Unternehmen hat Personen an der Begehung von Straftaten zu hindern, soweit die Personen seiner Weisungsgewalt unterworfen sind. Damit wird auch nach diesem Vorschlag die Vorgesetztenstellung von der Weisungsgewalt, mithin von der effective control abhängig gemacht. Der Vorgesetzte muss demnach nicht zwingend die rechtliche Entscheidungsbefugnis über den Täter der Bezugstat haben, aber über die durch eine Hierarchie vermittelte tatsächliche Weisungsgewalt verfügen.

3709 So etwa OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281, 283, ferner BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 ff. m.w.N.

3710 Vgl. hier S. 158 ff.

### (1) Begehung zugunsten eines Unternehmens

Statt dem für § 25a StGB-E vorgeschlagenen Beschränkungsmerkmal der Verbandsbezogenheit der Tat verwendet Art. 12 Abs. 1 Corpus Juris das Kriterium der Tatbegehung *zugunsten eines Unternehmens*. Dieser Unterschied ist durch die Beschränkung der Regelungen des Corpus Juris auf Delikte gegen die finanziellen Interessen der Europäischen Union zu erklären: Da die Vermögensdelikte (Art. 3) und mit ihnen zusammenhängende Delikte wie Hehlerei und Geldwäsche (Art. 4), die dieses Regelungswerk erfasst, wenn sie als organisationsbezogene Straftaten begangen werden, grundsätzlich aus finanziellen Motiven begangen werden, kann im Corpus Juris auf das Merkmal der Begehung *zugunsten eines Unternehmens* abgestellt werden, das sich wohl besser konkretisieren lässt als das Kriterium der Verbandsbezogenheit. Denn die Frage danach, ob die Tat geeignet ist, dem Verband Vorteile zu bringen, lässt sich regelmäßig klarer beantworten als die nach dem Verbandsbezug, da hier oftmals eine normative Beurteilung notwendig sein wird, die Unsicherheiten erwarten lässt.

Jedoch würde das Kriterium Handeln *zugunsten eines Verbandes* dort versagen, wo es nicht um Wirtschaftsunternehmen, sondern um öffentlich-rechtliche Verbände und Amtsdelikte geht (Art. 5 bis 8 Corpus Juris); das macht Art. 12 Abs. 2 Corpus Juris deutlich. Dort wurde aus einem nahe liegenden Grund für Taten, die ein Amtsträger durch eine Person geschehen lässt, die unter seiner Verantwortung tätig wird, auf das Merkmal der Tatbegehung zugunsten des Verbandes verzichtet: Der Amtsträger, der sich bestechen lässt, handelt keinesfalls im Interesse der Verbandes, dem er angehört. Ähnliches gilt – wenn auch nicht in dieser Absolutheit – für die Privatbestechung nach § 299 StGB: Der Mitarbeiter, der sich durch Zuwendungen zu einer Entscheidung motivieren lässt, handelt regelmäßig nicht zugunsten des Verbandes, dem er zugehört, sondern im eigenen Interesse oder im Interesse eines Dritten. Eine Beschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit auf *zugunsten des Verbandes* begangene Taten würde insofern die Verantwortlichkeitsvorschrift leerlaufen lassen.

### (2) Differenzen in der Strafdrohung zwischen Art. 12 Abs. 5 Corpus Juris und § 25a Abs. 1 StGB-E

Art. 12 Abs. 5 Corpus Juris setzt für die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten eine Höchststrafe fest, die die Hälfte der für die Bezugstat angedrohten Strafe beträgt. Diese Differenz in der Strafdrohung, die § 25a Abs. 1 StGB-E betrifft, der den Vorgesetzten mit der ungemilderten Täterstrafe bedroht, steht einer Umsetzung des Entwurfs jedoch nicht im Wege. Die Vereinbarkeit des Gesetzesvorschlags mit dem Unionsrecht bestimmt sich zum einen danach, ob der hier entworfene § 25a Abs. 1 StGB-E geeignet wäre, die Straftaten gegen die finanziellen Interes-

sen mit wirksamen und abschreckenden Maßnahmen zu bekämpfen. Diesen Mindestschutz kann der hier für das deutsche Strafrecht unterbreitete Vorschlag zweifellos ebenso gewährleisten wie die im Corpus Juris vorgeschlagene Regelung, droht er doch sogar eine strengere Bestrafung an.

Zum anderen darf die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht gegen die Europäischen Grundrechte oder die Grundprinzipien des Europäischen Strafrechts, wie den Bestimmtheitsgrundsatz, das Gesetzlichkeitsprinzip, den Schuldgrundsatz oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstossen. Ein solcher Verstoß droht allerdings bereits deswegen nicht, weil diese Grundsätze auch Maximen des deutschen Verfassungsrechts sind, so dass eine gesetzliche Regelung, die diese Grundsätze missachtet, auch nach deutschem Recht verfassungswidrig wäre. So weit § 25a Abs. 1 StGB-E nach deutschen Maßstäben verfassungsgemäß ist, ist er auch mit dem Unionsrecht vereinbar. Soweit es durch die Anwendung der Vorschrift zu Verletzungen europäischer Grundfreiheiten kommen sollte, so ist dies eine Frage des Anwendungsvorrangs im Einzelfall, der den Bestand der Regelung nicht berührt. Da jedoch weder territoriale Kriterien noch Anknüpfungspunkte an die Staatsbürgerschaft in § 25a StGB-E enthalten sind, ist eine solche Diskriminierungsproblematik im spezifischen Zusammenhang mit dem Regelungsvorschlag nicht zu erwarten.

#### e) Vorsätzliches Geschehenlassen der Bezugstat nach § 25a Abs. 1 StGB-E

Der Vorschlag einer spezifischen Regelung der strafrechtlichen Haftung des Vorgesetzten – Identisches gilt für Personen, die in einem Verband die Aufsicht über spezifische Handlungen anderer führen – für das vorsätzliche Geschehenlassen der Bezugstat des Untergebenen ist im Wesentlichen an den Vorschriften der § 357 StGB und § 4 VStGB ausgerichtet. Die Vorschrift des § 25a Abs. 1 StGB-E schafft das grobe Netz für die Vorgesetztenverantwortlichkeit durch die Einheits-täterschaft des bewusst an der verbandsbezogenen Tat des Untergebenen mitwirkenden Vorgesetzten. Die Frage *Amelungs*, ob es sich lohnt, „halbvergessene Strafnormen wie den Tatbestand der ‚Konnivenz‘ (§ 357 StGB) ... wieder zu beleben und sie gar auf den privaten Bereich auszudehnen“<sup>3711</sup> soll daher hier mit einem deutlichen Ja beantwortet werden.

##### (1) Strafrechtsdogmatische Einordnung als typisierte Unterlassungsbeteiligung

§ 25a Abs. 1 StGB-E begründet eine eigenständige täterschaftsähnliche Zurechnungsform, die die Teilnahme im Sinne von § 26 und § 27 StGB ebenso überlagert wie die allgemeine täterschaftliche Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13

3711 *Amelung* in: ders. Individuelle Verantwortung, S. 8.

StGB. Letzteres gilt, weil es sich bei der Vorgesetztenstellung um eine typisierte Garantenstellung und bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit damit um eine spezifische und daher vorrangige Beteiligung durch Unterlassen handelt. Die Vorgesetztenverantwortlichkeit stellt eine einheitstäterschaftliche Unterlassungsbeteiligung an der fremden Bezugstat dar, so dass über das Verhältnis der Vorgesetztenverantwortlichkeit zur Täterschaft durch aktive Begehung nach § 25 StGB noch keine unmittelbare Aussage getroffen ist. Im Hinblick auf den Unrechtsgehalt und die Höhe der Strafdrohung mag man die Frage nach dem Verhältnis zwischen der aktiven Begehungstäterschaft und der Vorgesetztenverantwortlichkeit offenlassen können. Jedoch ist im Konkurrenzfall ebenso wie im internationalen Völkerstrafrecht von einem Vorrang der Täterschaft nach § 25 StGB auszugehen.<sup>3712</sup>

Diese Nachrangigkeit des § 25a Abs. 1 StGB-E gegenüber § 25 StGB ergibt sich zum einen aus dem grundsätzlich angenommenen Vorrang der aktiven Begehungstäterschaft gegenüber der Unterlassungstäterschaft und zum anderen aus der Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit selbst: Der Vorgesetzte haf- tet, weil er durch den Verband auf Posten gestellt ist, um die besonderen Gefahren der organisierten Tätigkeit zu beherrschen und durch den Verband und dessen Aktivitäten drohende Straftaten zu verhindern. Beteiligt er sich als Täter unmittelbar an der Begehung der Tat, so verwirklicht sich nicht mehr nur das Risiko, das er als Vorgesetzter zu beherrschen hat, sondern ein durch sein persönliches Hinwirken auf die Tat geschaffenes eigenständiges Risiko. Die Unterscheidung zwischen der Unterlassungstäterschaft im Sinne des § 13 StGB und Vorgesetztenverantwortlichkeit im Sinne des § 25a Abs. 1 StGB-E findet in diesem Kontext wie bei § 357 StGB danach statt, ob der Vorgesetzte ausschließlich die ihm selbst obliegende Pflicht zur Verhinderung eines Erfolgs verletzt oder die Pflicht zur ordnungsgemäßen Kontrolle und Aufsicht über seinen Untergebenen missachtet hat.

Dieser Bewertung steht auch nicht entgegen, dass derjenige Vorgesetzte, der seine unmittelbar auf die Verhinderung eines Erfolgs gerichtete Pflicht verletzt, nur nach den allgemeinen Regeln des Unterlassungsdelikts bestraft wird und ihm damit die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB zugutekommen kann, während der als Vorgesetzter Haftende für die Bezugstat eines Dritten – des Untergebenen – mit der ungemilderten Täterstrafe sanktioniert wird. Denn zum einen ist die Sanktionierung des Teilnehmers gleich einem Täter – ohne Milderungsmöglichkeit nach § 49 StGB – dem Strafgesetzbuch nicht fremd, wie § 26 StGB zeigt. Zum anderen ist der Pflichtenverstoß des Vorgesetzten, der in dieser Eigenschaft, in der ihm die Abwehr besonderer spezifischer Gefahren anvertraut worden ist, regelmäßig schwerwiegender als die Verletzung der unmittelbar auf

3712 Vgl. hierzu hier S. 582 ff.

die Erfolgsabwehr gerichteten Pflicht. Denn in der Begehung der Tat durch den Untergebenen realisieren sich die spezifischen Gefahren, die durch hierarchische Organisationsformen entstehen und die eine moderne Rechtsgemeinschaft aufgrund der sich daraus ergebenden Vorteile zulassen muss, die jedoch mit besonderen kriminogenen Faktoren verbunden sind. Der Vorgesetzte, der die verbandsinternen Normneutralisationsfaktoren durch eine besondere Aufsicht neutralisieren soll, lässt die Rechtsgemeinschaft in besonders schwerwiegender Weise im Stich, wenn er Untergebene vorsätzlich nicht an der Begehung einer unternehmensbezogenen Straftat systemischer Kriminalität hindert.<sup>3713</sup>

## (2) Voraussetzungen der einheitstäterschaftlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit im objektiven Tatbestand

Die Vorschrift über Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 25a Abs. 1 StGB-E stellt eine lex specialis gegenüber Teilnahme und Unterlassungstäterschaft des Vorgesetzten dar. Daraus folgt, dass es sich um eine Sonderzurechnungsform handelt, deren Voraussetzungen nur im Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Bezugstat eines Untergebenen erfüllt sein können. Insofern kann die Beteiligung an einer Bezugstat des Untergebenen durch den Vorgesetzten als Sonderdelikt angesehen werden. Damit sind zwei Voraussetzungen dieser Vorgesetztenverantwortlichkeit bestimmt: Zum einen muss der Täter Vorgesetzter sein, zum anderen muss eine ihm untergebene Person eine rechtswidrige verbandsbezogene Bezugstat begangen haben. Diese Bezugstat muss nicht schuldhafte begangen worden sein, da § 25a Abs. 1 StGB-E ebenso wie andere Beteiligungsformen nicht die Verstrickung in Schuld und Strafe zur Grundlage hat,<sup>3714</sup> sondern auf einem eigenständigen Rechtsgutsangriff aufbaut, der die Zurechnung des Unrechts der Bezugstat zulässt. Dies wird durch § 29 StGB verdeutlicht, der dem Schuldprinzip und damit der klaren Trennung der Vorwerfbarkeit des Handelns Ausdruck gibt.<sup>3715</sup> Es kommt ferner nicht darauf an, in welcher Beteiligungsform die Tat begangen wird. Das bedeutet, dass sowohl die täterschaftliche Begehung einer Straftat durch den Untergebenen als auch die Begehung als Vorgesetzter oder als Teilnehmer der Bezugstaten, die die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen können, in Betracht kommen.

Eine Zurechnung des Unrechts der Bezugstat ist jedoch nur dann angemessen, wenn der Vorgesetzte auch die tatsächliche Möglichkeit hatte, die Tat des Untergebenen durch Ausübung seiner verbandsinternen Kontrollmacht zu verhindern.

3713 Vgl. im Hinblick auf § 357 StGB bereits OGHBritZ, Urt. v. 10.5.1949 – StS 39/49, OGHSt 1, 23, 26.

3714 So zumindest von der Tendenz her die sogenannte Schuldteilnahmetheorie, vgl. hierzu Otto in: FS R. Lange, S. 197, 201 ff.

3715 Vgl. Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 29 Rn. 1.

Es reicht nicht aus, und dies soll die gegenüber § 4 VStGB geänderte Formulierung zum Ausdruck bringen, dass der Vorgesetzte die Möglichkeit hat, die Tat zu *behindern*, ohne sie letztendlich *verhindern* zu können. Daher kann ein Vorgesetzter nur dann verantwortlich sein, wenn er nicht nur die Vorgesetztenstellung innehatte und damit grundsätzlich Anweisungen geben konnte, sondern seine Weisungen in der konkreten Situation auch befolgt worden wären. Dabei ist es nicht entscheidend, ob er dem Täter der Bezugstat unmittelbar eine effektive Anweisung zur Unterlassung der Bezugstat geben konnte; ausreichend ist vielmehr, dass er aufgrund seiner hierarchischen Stellung und Rolle, mag diese auch nur faktischer Natur sein, durch Aufbietung der Kontrollmacht aus dem Verband in der Lage war, die Tat zu unterbinden. Deshalb wird die Untergebenenstellung nicht bereits dadurch beseitigt, dass der Handelnde in der konkreten Situation die Gefolgschaft verweigert, vielmehr endet die Eigenschaft als Untergebener und damit auch die Vorgesetztenstellung erst dann, wenn sich der Täter aus der Einbindung in die hierarchische Struktur, die ihn zur Folge verpflichtet, vollständig löst und aus diesem Grund den Anweisungen des (ehemaligen) Vorgesetzten keine Folge mehr leistet.

Die Reichweite der Handlungspflicht wird im Wesentlichen durch diese Verhinderungsmöglichkeiten bestimmt. Der Vorgesetzte hat alle ihm zu Gebote stehenden Möglichkeiten auszuschöpfen, um Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern. Dabei hat er nicht – darin unterscheidet er sich grundsätzlich vom Garanten – den Erfolg, sondern bereits die Tatbegehung zu unterbinden. Er hat damit nicht lediglich eine Erfolgsverhinderungs-, sondern eine Begehungsverhinderungspflicht. Die Erfüllung dieser Pflicht beschränkt sich jedoch auf die Mittel, die ihm als Vorgesetzter, also aus seiner hierarchischen Überordnung über den Täter, zur Verfügung stehen. Mittel zur Verhinderung, die ihm nur zufällig, etwa aus privaten Gründen, gegeben sind, erweitern seine Handlungspflicht nicht, weil der Vorgesetzte als Vertreter des Verbandes handelt, so dass sein Handeln-Müssen sich allein nach dem Handeln-Können bestimmt, das ihm durch den Verband gegeben ist. Aufgrund der verbandseigenen Pflicht, die durch den Verband begründete Gefahr der Begehung systemischer Straftaten zu verhindern, wurde dem Vorgesetzten die Aufgabe der Kontrolle und Aufsicht der verbandsbezogenen Handlungen der Untergebenen übertragen. Er hat daher die Verbandsaufgaben auch mit allen Verbandsmitteln wahrzunehmen, aber auch nur mit diesen. Die Pflicht zur Gefahrenabweitung aus der Übernahme einer Verbandsaufgabe kann nicht weiter reichen, als die Pflicht zur Gefahrenabweitung reichen würde, wenn der Verband sie selbst mit eigenen Mitteln wahrnehmen könnte. Das bedeutet jedoch nicht, dass er auf die Mittel beschränkt wäre, die aufgrund der konkreten Willensbildung im Verband – etwa durch die Organe – auch eingesetzt werden sollen. Soweit es notwendig ist, muss der Vorgesetzte im Rahmen der Zumutbarkeit auch zu Mitteln greifen, die das Geschehen nicht mehr in der

Hand des Verbandes allein belassen; er hat also notfalls auch Strafanzeige zu erstatten oder zur Abwehr von Straftaten die Polizei zu informieren.

Bei einer durch den Vorgesetzten faktisch ergriffenen Kontrollgewalt sind die zu ergreifenden Mittel nicht in dieser Weise durch die des Verbandes beschränkt. Hat der Vorgesetzte seine Kontrollmacht nur durch eigene Initiative oder sogar rechtswidrige Handlungen erlangt, wie dies etwa innerhalb eines kriminellen Verbandes der Fall ist, so hat er mit eben jenen Mitteln, die er zur Erlangung und Erhaltung der Kontrolle einsetzt, auch die Gefahr der Begehung einer Bezugstat zu verhindern. Das bedeutet, er hat grundsätzlich alle Mittel einzusetzen, die ihm in irgendeiner Weise zur Verfügung stehen. Ihre Grenzen findet die Verhinderungspflicht zum einen in den Strafgesetzen und anderen Vorschriften zum Schutz von wichtigen Rechtsgütern und Interessen und zum anderen in der Zumutbarkeit: Soweit durch die Verhinderung der Bezugstat der Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt wird, ist im Wesentlichen auf eine Interessenabwägung im Sinne von § 34 StGB abzustellen. Soweit es sich um Strafgesetze handelt, die dem Schutz des Untergebenen dienen, der sich an der zu verhindernden Bezugstat beteiligt, kommt auch eine Anwendung von § 32 StGB in Betracht. Die Erweiterung des Handlungsspielraums durch das Nothilferecht führt so auch zu einer Ausweitung der Verhinderungspflicht des Vorgesetzten.<sup>3716</sup> Die Zumutbarkeit der Verhinderung bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln, die im Rahmen der Unterlassungsdogmatik entwickelt worden sind.<sup>3717</sup> Die Zumutbarkeit begrenzt bereits die Garantenpflicht<sup>3718</sup> und führt demnach dazu, dass das Unterlassen der Tatverhinderung nicht mehr pflichtwidrig ist, mithin den Tatbestand eines Strafgesetzes nicht erfüllen kann,<sup>3719</sup> „denn eine Rechtspflicht, deren Erfüllung von Rechts wegen nicht zumutbar ist, wäre ein Widerspruch in sich“.<sup>3720</sup> Daher liegen Verhinderungshandlungen, mit denen der Vorgesetzte eigene billigenswerte Interessen in erheblichem Umfang gefährden würde, nicht mehr innerhalb seines Pflichtenkreises.<sup>3721</sup> Dabei ist zwischen dem drohenden Schaden durch das Geschehenlassen der Straftat sowie der Aussicht auf ihre Verhinderung durch einen

3716 Vgl. zum Parallelproblem im Kontext des § 4 VStGB hier S. 676 ff.

3717 Kritisch zum Merkmal der Zurechenbarkeit *Freund* in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 201.

3718 So zutreffend *Heuchemer* in: Beck-OK-StGB, § 13 Rn. 73.

3719 So auch OLG Hamburg NStZ 1996, 557, 559; *Fischer*, § 13 Rn. 81; *Stree/Bosch* in: Schönlke/Schröder, Vorberm. §§ 13 ff. Rn. 155; *Weigend* in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 68; *Wohler/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn. 17; *Donner* Zumutbarkeitsgrenzen, S. 105 ff., 224; *Momsen* Zumutbarkeit, S. 392 ff., 403 (allgemein tatbestandsausschließende Wirkung der Unzumutbarkeit); *Stree* in: FS Lenckner, S. 396 ff.; *Küper* (Grund- und Grenzfragen, S. 97 ff.) geht von einer rechtfertigenden Wirkung der Unzumutbarkeit aus; a.a. BGH, Beschl. v. 18.3.1952 – GSSt 2/51, BGHSt 2, 194, 204; Beschl. v. 17.2.1954 – GSSt 3/53, 6, 47, 57; lediglich schuldausschließende Wirkung der Unzumutbarkeit (anders aber wohl BGH NStZ 1994, 29); vgl. auch *Kühl* AT, § 18 Rn. 140; *Wessels/Beukel/Satzger* AT, Rn. 739; *Welzel* JZ 1958, 494, 495.

3720 So *Fischer*, § 13 Rn. 81.

3721 *Fischer*, § 13 Rn. 82 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 13.4.1976 – 1 StR 45/76; vgl. ferner BGH NStZ 1984, 164.

Rettungsversuch einerseits und dem Gewicht und Grad der Gefährdung der Interessen des Vorgesetzten andererseits abzuwägen.<sup>3722</sup>

### (3) Anforderungen an den Vorsatz

Die einheitstäterschaftliche Haftung des Vorgesetzten für das Geschehenlassen von Taten Untergebener nach § 25a Abs. 1 StGB-E steht unter der Bedingung, dass der Vorgesetzte die Bezugstat des Untergebenen vorsätzlich geschehen lässt. Die tätergleiche Haftung des Vorgesetzten setzt dabei insbesondere Vorsatz im Hinblick auf die Vorgesetzten- und Untergebeneneigenschaft sowie hinsichtlich der von dem Untergebenen begangenen Bezugstat und der Möglichkeit ihrer Verhinderung voraus; sie gleicht also insofern der Teilnahme. Da es sich bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 25a Abs. 1 StGB-E um eine Zurechnungsvorschrift handelt, macht die Bezugstat des Untergebenen den maßgeblichen Teil des objektiven Tatbestandes der strafrechtlichen Haftung des Vorgesetzten aus, wenn auch die Haftung sich nicht darauf beschränkt.

Soweit es die Vorsatzanforderungen im Einzelnen betrifft, kann auf das bereits zu § 357 StGB<sup>3723</sup> und § 4 VStGB<sup>3724</sup> Ausgeführte verwiesen werden: Bei der Vorgesetztenverantwortlichkeit des § 25a Abs. 1 StGB-E handelt es sich um eine einheitstäterschaftliche Strafbarkeit, die ausschließlich für die Beteiligung an der Bezugstat des Untergebenen gilt. Daraus folgt nahezu zwangsläufig, dass der Vorsatz des Vorgesetzten lediglich den Anforderungen entsprechen muss, die nach den allgemeinen Regeln an den Gehilfenvorsatz gestellt werden. Der Vorgesetzte muss daher nicht wissen, welcher seiner Untergebenen möglicherweise eine Bezugstat begehen wird. Er muss nur die wesentlichen Dimensionen des Unrechts kennen, nicht aber das genaue Schadensausmaß der bevorstehenden Tat. Wollte man hier höhere Anforderungen stellen, so würde dies zwei Lösungsansätze eröffnen, die beide wenig überzeugend sind, weil sie wertungsmäßige oder strafrechtsdogmatische Widersprüche schaffen würden:

Man könnte § 25a Abs. 1 StGB-E auch in diesen Fallkonstellationen als lex specialis ansehen und damit die allgemeinen Vorschriften über die Beihilfe durch Unterlassen als gesperrt betrachten. Zwar könnte eine solche Lösung für sich in Anspruch nehmen, das Konzept der Einheitstäterschaft konsequent zu verfolgen. Aber gegen diesen Weg spricht der offensichtliche Wertungswiderspruch, dass der als Vorgesetzter zur Gefahren- und Tatverhinderung auf Posten gestellte Garant durch die Berufung auf seine typisierte Garantenstellung der strafrechtlichen Haftung entgehen könnte, die jeden anderen Garanten trifft. Das könnte vermie-

3722 Vgl. Fischer, § 13 Rn. 82; ferner BGH NStZ 1984, 164; 1994, 29; Wohler/Gaede in: NK-StGB, § 13 Rn. 18.

3723 Hier S. 383 ff.

3724 Hier S. 698 ff.

den werden, wenn man insofern die einheitstäterschaftliche Haftung aufbräche und für den unterlassenden Vorgesetzten *neben* der Vorgesetztenverantwortlichkeit zusätzlich die Beihilfe zu von Untergebenen begangenen Bezugstaten zur Anwendung brächte. Ein solcher Lösungsweg wäre wenig konsequent, würde er doch zu einer so erheblichen Relativierung der Einheitstäterschaft führen, dass letztlich die allgemeinen Regeln gälten. Dies würde jedoch den Haftungsgrundsätzen der Vorgesetztenverantwortlichkeit, die in den § 357 StGB und § 4 VStGB geregelt sind und eine Vereinheitlichung bewirken sollen, zuwiderlaufen.

Daher soll auch im Rahmen des § 25a Abs. 1 StGB-E lediglich der Vorsatz wie bei einem Gehilfen im Hinblick auf die bevorstehende Bezugstat gefordert werden. Der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit einer solchen Haftung kann zum einen damit abgewehrt werden, dass es sich bei dem Vorgesetzten nicht um irgendeinen Garanten handelt, sondern um einen auch und gerade zur Verhinderung der Bezugstat mit besonderer Lenkungsmacht ausgestatteten Vorgesetzten, der diese Aufgabe bewusst übernommen hat und auf dessen Tätigkeit sich die Rechtsgemeinschaft im Kontext der hier – ausschließlich maßgeblichen – systemrelevanten Kriminalität verlassen können muss. Damit übersteigen die Strafbarkeitsrisiken hier regelmäßig nicht die übernommene Verantwortung. Darin dürfte letztlich auch der entscheidende Aspekt zu sehen sein: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten erscheint insoweit gerechtfertigt, wie sie der wahrgenommenen Entscheidungsgewalt und damit übernommenen Entscheidungsverantwortung entspricht. Den Vorgesetzten, der grundsätzlich Entscheidungsgewalt und Lenkungsmacht für sich in Anspruch nimmt, belastet die diesen Kontrollmöglichkeiten entsprechende strafrechtliche Verantwortlichkeit nicht unverhältnismäßig. Im Übrigen kann und muss ein schwach ausgeprägter Vorsatz bei der Strafzumessung hinreichende Berücksichtigung finden, so dass auch insofern die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit der Sanktion noch einmal überprüft und abgesichert werden kann.

#### (4) Besondere persönliche Merkmale und Absichten

Im Hinblick auf § 4 VStGB besteht in der Literatur Einigkeit darüber, dass der Vorgesetzte, der eine Tat nach dem Völkerstrafgesetzbuch geschehen lässt, auch dann wie ein Täter zu bestrafen ist, wenn er ein für die Erfüllung des Tatbestandes der Bezugstat erforderliches besonderes persönliches Merkmal, wie etwa eine besondere Absicht, in eigener Person nicht erfüllt.<sup>3725</sup> Diese Lösung ist im Hinblick darauf konsequent, dass es sich um eine Einheitstäterschaft handelt, die alle Teilnahmeformen in sich vereint und deren Vorliegen nicht von der Erfüllung der besonderen persönlichen Merkmale abhängt. Damit ergibt sich die Notwendig-

<sup>3725</sup> Vgl. hierzu nur Werle Völkerstrafrecht, Rn. 559 m.w.N.

keit einer Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 28 StGB. Sollte eine solche Möglichkeit der Akzessorietätsverschiebung oder Strafmilderung beim Vorgesetzten nicht geschaffen werden, so würde dies zu einer sogar im Vergleich mit dem unmittelbaren Täter oder Mittäter strengerer Haftung des Vorgesetzten führen. Diese verschärfte Haftung, die im Wehrstrafrecht mit der Verdoppelung der Strafdrohung durch §§ 33, 34 WStG tatsächlich besteht, mag dort, wo es um den Missbrauch der strikten und sanktionsbewehrten Befehlsgewalt geht, noch nachvollziehbar sein. Im Falle des nichtmilitärischen Vorgesetzten wäre eine in dieser Weise qualifizierte Strafbarkeit jedoch unverhältnismäßig, weil nur der militärische Befehlshaber durch seine strafbewehrte Anweisungen eine so unmittelbare und wirksame Lenkungsmacht ausüben kann.

*f) Fazit zur Vorsatzverantwortlichkeit des Vorgesetzten bei vorsätzlichem Geschehenlassen*

Die hier vorgeschlagene Vorschrift des § 25a Abs. 1 StGB-E soll eine einheitlich typisierte Unterlassungstäterschaft normieren, die dann zur Anwendung kommt, wenn der Vorgesetzte eine Tat eines Untergebenen vorsätzlich geschehen lässt, soweit diese in einen Kriminalitätsbereich fällt, für den die Anwendung der Vorgesetztenverantwortlichkeit bestimmt ist. Hier soll jede unterlassene Verhinderung der Tatbegehung tatbestandlich ebenso wie die Täterschaft behandelt werden, ohne dass eine Strafmilderung wegen der Begehung durch Unterlassen vorgesehen wäre; insofern orientiert sich der Vorschlag eng an § 357 StGB und § 4 VStGB. Im Gegensatz zu diesen Vorschriften soll jedoch eine Berücksichtigung des Fehlens persönlicher Merkmale über eine Ergänzung des § 28 StGB ermöglicht werden.

Eine solche Haftung des Vorgesetzten erscheint zwar prima facie hart, spiegelt jedoch letztlich nur die von dem Vorgesetzten in Anspruch genommene Entscheidungskompetenz und die ihm zur Verfügung stehende Lenkungsmacht wider, die zwar Verantwortung begründet, aber bislang nicht durch eine angemessene strafrechtliche Verantwortlichkeit umgesetzt ist. Wenn die Rechtsgemeinschaft Verbänden die freie Organisation und den Betrieb gefährlicher, sogar existenzbedrohender Anlagen, Tätigkeiten und Geschäfte zugesteht, dann kann eine Absicherung zwar nicht allein oder primär über das Strafrecht erfolgen, weil dieser Schutz zu spät käme. Aber ohne einen strafrechtlichen Schutz der in diesem Kontext bedrohten, für die menschliche Existenz und die moderne Kulturgesellschaft elementaren Interessen, deren Schutz das (Wirtschafts-)Strafrecht dient, würde eine dem Gleichheitsgrundsatz grundlegend widersprechende Entwicklung beschleunigt und verfestigt. Ein Strafrecht, das die Verfolgung von Verbandsinteressen zulasten der Rechtsgüter Einzelner oder der Allgemeinheit nicht mit angemessenen, abschreckenden und wirksamen Strafdrohungen versieht, so dass die

Kriminalsanktion gegen den Untergebenen für den Entscheidungsträger ein reiner Abwägungsposten bleibt und nicht auch zum wirtschaftlichen Ausschlusskriterium für bestimmte Handlungen wird, verschiebt seinen Schwerpunkt zulasten der Rechtsgemeinschaft und schafft damit ein gefährliches Ungleichgewicht.

Es soll nicht bestritten werden, dass bestimmte gefährliche wirtschaftliche Tätigkeiten für eine moderne Gesellschaft notwendig und wünschenswert sind. Ebenso ist unstreitig, dass unternehmerische Tätigkeiten grundsätzlich auch nicht durch strafrechtliche Haftungsrisiken so unattraktiv werden dürfen, dass sie nicht mehr ausgeführt werden. Aber die Grenzen der unternehmerischen Tätigkeit sind dort erreicht, wo mehr Schaden als Nutzen für die Rechtsgemeinschaft entsteht. An diesem Punkt verfängt eine wirtschaftliche Argumentation nicht mehr. Dies macht das Lebensmittelstrafrecht sehr deutlich und ist dort in der Rechtsprechung auch anerkannt: Ein Lebensmittel darf nicht in den Verkehr gebracht werden, wenn es nicht sicher ist. Wenn die Verunreinigung eines Lebensmittels dazu führt, dass der Verzehr gesundheitsgefährlich wäre, kann dem Verkehrsverbot nicht entgegengehalten werden, es beraube das Lebensmittelunternehmen seiner Existenzgrundlage. Ein wirksamer Schutz der Verbrauchergesundheit ist dann nur durch ein Verbot möglich, auch wenn dieser die wirtschaftliche Vernichtung eines Unternehmens zur Folge hat; wirtschaftliche Interessen stehen grundsätzlich hinter dem Gesundheitsschutz zurück.<sup>3726</sup> Verstößt der Unternehmer gegen dieses Verbot, um sein Unternehmen am Leben zu erhalten, dann macht er sich regelmäßig strafbar. Diese Konsequenz ist unumgänglich. Der Grundsatz des überwiegenden Interesses ist auch im übrigen Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht das maßgebende Prinzip. Führt diese Gewichtung der durch die unternehmerische Tätigkeit bedrohten oder beeinträchtigten Interessen dazu, dass eine unternehmerische Tätigkeit nur noch unter unwirtschaftlichem Aufwand betrieben werden kann, und will der Unternehmer oder seine Beauftragten kein hohes Strafbarkeitsrisiko eingehen, so ist diese Folge hinzunehmen. Die Rechtsgemeinschaft muss daher auf billig zu produzierende, aber für Mensch und Umwelt gefährliche Erzeugnisse ebenso verzichten wie auf Energie, die nur unter erheblichen Gefahren oder Schäden verfügbar gemacht werden kann. Wenn sich daraus wirtschaftliche Nachteile gegenüber Mitbewerbern in anderen Staaten ergeben, sind diese hinzunehmen. An der Erforderlichkeit und Angemessenheit, mithin an der verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeit der Täterstrafbarkeit eines Vorgesetzten, der vorsätzlich systemische Straftaten geschehen lässt, bestehen daher keine Zweifel.

Die hier entwickelte Täterverantwortlichkeit des unterlassenden Vorgesetzten berücksichtigt zwar nicht die in Art. 12 Abs. 5 Corpus Juris vorgeschlagene Straf-

3726 Vgl. hierzu OLG Düsseldorf NStE Nr. 25 zu § 17 LMBG; ferner Dannecker in: LFGB, Vorbemerkungen zu §§ 58 bis 61 Rn. 297 m.w.N.

milderung für den geschehenlassenden Vorgesetzten auf die Hälfte der Täterschaftsstrafe der Bezugstat. Aber eine solche Strafmilderung würde auch nicht in das Konzept der deutschen Strafrechtsdogmatik passen. Der Unterlassungstäter, dem ein vorsätzlich nicht hindernder Vorgesetzter gleichgestellt wird, kommt allenfalls in den Genuss der – in ihrer Legitimation umstrittenen – fakultativen Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB. Aber auch diese erscheint im Kontext der Vorgesetztenverantwortlichkeit – vor allem im Vergleich zu § 357 StGB und § 4 VStGB – deswegen unangemessen, weil der Vorgesetzte durch die Übernahme seiner Aufgabe zur Bewachung der verbandsbezogenen Gefahren das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in Anspruch nimmt, dass er dieser Aufgabe nachkommen werde. Nur in diesem Vertrauen duldet die Gesellschaft die Gefahrschaffung. Die Verletzung dieses besonderen Vertrauens lässt eine Einräumung der fakultativen Strafmilderung nach § 49 StGB nicht geboten erscheinen.

#### g) *Fahrlässiges Geschehenlassen der Bezugstat nach § 25a Abs. 2 StGB-E*

Die hier vorgeschlagene Vorschrift des § 25a Abs. 2 StGB-E ist das Kernstück der Vorgesetztenverantwortlichkeit. Sie beinhaltet die Umsetzung der Entscheidungskompetenz und Organisationsverantwortung in die strafrechtliche Kategorie der Verantwortlichkeit. Während es noch möglich erscheint, das vorsätzliche Geschehenlassen von Straftaten Untergebener zumindest durch den Geschäftsherrn mit den allgemeinen Regeln von Unterlassungstäterschaft und -teilnahme fragmentarisch zu erfassen, scheitert die Verantwortungsumsetzung in den Fallgestaltungen, in denen der Untergebene ein Vorsatzdelikt begeht, der Vorgesetzte aber im Hinblick auf diese Bezugstat unvorsätzlich handelt, soweit die fahrlässige Tatbegehung nicht strafbar ist. Durch die Fahrlässigkeitsstrafbarkeit wird eine weitere Verantwortlichkeitssphäre geschaffen, die die Entscheidungs- und Aufsichtsverantwortung des Vorgesetzten in einer strafrechtlichen Kategorie abbildet und damit ein feinmaschigeres Netz der strafrechtlichen Verantwortlichkeit schafft, das jedoch aufgrund des weiteren Umfangs der Verantwortlichkeit und des geringeren Unrechts der Fahrlässigkeitsbegehung einen weniger strengen Sanktionsrahmen vorsieht.

##### (1) Verhältnismäßigkeitserwägungen und kriminalpolitische Rechtfertigung

Hiergegen kann vorgebracht werden, in diesen Fällen sei eine Strafbarkeit des Vorgesetzten nicht vorgesehen, weil der Gesetzgeber sie für unverhältnismäßig halte. Der gegen den Vorgesetzten, der fahrlässig ein Vorsatzdelikt ermöglicht oder geschehen lässt, gerichtete Unrechtsvorwurf sei nicht so schwerwiegend, dass er eine Strafbarkeit rechtfertige. Dies ergebe sich bereits daraus, dass die unmittelbare Begehung der fahrlässigen Tat nicht strafbar ist. Dieser Einwand wird

im Hinblick auf Einzeltaten regelmäßig sogar berechtigt sein; jedoch bestehen an seiner Validität Zweifel, wenn es sich bei der Bezugstat um systemische Kriminalität handelt. Solche Straftaten entwickeln durch ihre spezifische Zerrüttungswirkung eine eigene Dynamik, die einer besonderen Gegenwehr durch das Strafrecht bedürfen und damit auch die Strafbarkeit des fahrlässig handelnden Vorgesetzten legitimieren können.

Dass die Strafbewehrung auch – zumindest im Hinblick auf die Begehung der Bezugstat – nicht vorsätzlicher Pflichtverletzungen nicht unverhältnismäßig ist, soweit es um Systemkriminalität geht, dürfte daran offenbar werden, dass der Gesetzgeber durch § 21 Abs. 2 Nr. 3 StVG sogar den Halter eines Kraftfahrzeuges mit Strafe bedroht, der fahrlässig anordnet oder zulässt, dass das Kraftfahrzeug durch eine Person geführt wird, die nicht über die entsprechende Fahrerlaubnis verfügt.<sup>3727</sup> Diese strafrechtliche Haftung des Halters hat das Bundesverfassungsgericht als mit dem Grundgesetz für vereinbar angesehen.<sup>3728</sup> Die strafrechtsdogmatische Notwendigkeit einer solchen Strafbarkeit – wenn man ein solches Verhalten als strafwürdig und strafbedürftig ansieht – ergibt sich daraus, dass der Fahrer die Tathandlung des eigenhändigen Delikts nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Nr. 2 StVG nicht durch Unterlassen begehen kann. Er kann weder Täter des Vorsatz- noch des Fahrlässigkeitsdeliktes sein, wenn er nicht selber fährt und sich mangels Vorsatzes nach den allgemeinen Regeln auch nicht an der Tat beteiligt. Hier hat der Gesetzgeber durch die eigenständige Halterhaftung die als Strafbarkeitslücke betrachtete Straflosigkeit des Halters geschlossen, obwohl es sich beim Führen eines Kraftfahrzeuges nicht um schwerwiegende oder elementare Kriminalität, sondern um eine Tat handelt, die mit einer geringen Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedroht ist und bei der sich in der unerlaubten Handlung alleine die dem Fahrzeug innewohnende Einzelgefahr zu verwirklichen droht,<sup>3729</sup> nicht aber die durch die Begehung aus dem Verband heraus potenzierte Gefährdung systemischer Rechtsgüter oder Interessen. Es liegt damit vielmehr näher, gerade den Vorgesetzten, der innerhalb eines Gefahr bringenden Verbandes seine ihm ausdrücklich zugewiesenen Pflichten in einer Weise verletzt, die zur Verletzung und Zerrüttung systemrelevanter Rechtsgüter führen kann, zu bestrafen als den Halter eines Kraftfahrzeuges, der durch ungenügende Kontrolle über ein Kraftfahrzeug fahrlässig die Gefahr verursacht hat, das eine ungeeignete Person das Fahrzeug führt.

Um der Bedeutung der an dem Abwägungsprozess, der jeder Kriminalpolitik und damit auch dem Strafrecht zugrunde liegt, beteiligten Interessen durch einen effektiven Strafrechtsschutz gerecht zu werden, reicht im Kontext systemischer

3727 Zur Garantenstellung des Fahrzeughalters *Konu* Garantenstellung, S. 96.

3728 BVerfG, Beschl. v. 27.3.1979 – 2 BvL 7/78, BVerfGE 51, 60, 76; vgl. ferner BT-Drs. III/2368, S. 30 f.

3729 BVerfG, Beschl. v. 27.3.1979 – 2 BvL 7/78, BVerfGE 51, 60, 76.

Kriminalität eine Vorgesetztenverantwortlichkeit für vorsätzliches Geschehenlassen, wie sie § 357 StGB oder § 4 VStGB vorsehen, nicht aus. So grobmaschige Haftungsbestimmungen sind nicht geeignet, die Vorgesetztenverantwortung in die strafrechtliche Kategorie der Verantwortlichkeit umzusetzen, die sich aus Entscheidungskompetenz und Lenkungsgewalt ergibt. Eine ausschließliche Vorsatzstrafbarkeit spart die organisierte Unverantwortlichkeit aus der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aus und führt zu dem im Wirtschaftsstrafrecht typischen Bild eines antiproportionalen Verhältnisses von Kompetenz und Verantwortlichkeit. Einem solchen gefährlichen Missverhältnis sind das Völkerstrafrecht in § 13 VStGB, das Wehrstrafrecht in § 41 WStG und das Pressestrafrecht jeweils mit einer eigenständigen Fahrlässigkeitshaftung des Vorgesetzten entgegengetreten, die hier als Orientierungspunkt dienen soll. Dabei lehnt sich der hiesige Vorschlag einer allgemeinen Vorgesetztenverantwortlichkeit für das fahrlässige Geschehenlassen von Bezugstaten an die Vorschrift über die Verletzung der Aufsichtspflicht in § 13 VStGB an.

## (2) Strafrechtsdogmatische Einordnung

Bei § 25a Abs. 2 StGB-E handelt es sich nach seiner systematischen Einordnung um ein selbstständiges unechtes – weil einen Taterfolg voraussetzendes<sup>3730</sup> – Unterlassungsdelikt, das in Anlehnung an § 13 VStGB und, mit gewissen Abstrichen, auch an § 130 OWiG konstruiert ist. Die selbstständige Struktur mit grundsätzlich eigenständigen Strafrahmen und damit ohne inzidenten Verweis auf die Sanktionsdrohung der Bezugstat darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich letztlich nicht um eine Verhaltensnorm handelt, die einen eigenständigen Unrechtsvorwurf umschreibt, denn zum objektiven Tatbestand der Begehungsform des § 25a Abs. 2 StGB-E gehört auch die Begehung der Bezugstat. Die Vorschrift kennt daher – ebenso wie § 13 VStGB und § 130 OWiG – auch kein originares, sondern allenfalls ein derivatives Schutzgut, so dass die Aufsichtspflichtverletzung als solche noch keinen Unrechtsvorwurf begründet; dieser kann erst auf die vorsätzliche oder fahrlässige Verursachung der Bezugstat durch den zu beaufsichtigenden Untergebenen gestützt werden. Daher erscheint die Lozierung dieser Vorschrift, die eine mittelbare Zurechnung des Unrechts der Bezugstat aufgrund der eigenen Tathandlung ermöglicht, im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs und im Kontext der Beteiligungsregeln trotz des möglicherweise damit einhergehenden partiellen Systembruchs sinnvoll.

Auch der Strafrahmen des hier vorgeschlagenen Gesetzesentwurfs orientiert sich an § 13 VStGB. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Strafvorschrift an den schweren Strafandrohungen der Verbrechen, die das Völkerstrafrecht sanktionieren

<sup>3730</sup> Vgl. hierzu Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 3.

will, ausgerichtet ist. Dennoch erscheint die Strafdrohung mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe in solchen Fallkonstellationen, in denen der Vorgesetzte vorsätzlich seine Aufsichtspflichten verletzt und dadurch fahrlässig – bei Vorsatz käme regelmäßig § 25a Abs. 1 StGB-E zur Anwendung – die Bezugstat verursacht, nicht übermäßig. Denn auf diese Weise wird letztlich kein reines Fahrlässigkeitsdelikt normiert, für das eine Strafdrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe – mit Blick auf § 222 StGB – am obersten Rand der Sanktionsskala angesiedelt wäre. Vielmehr begeht der Vorgesetzte, der durch eine vorsätzliche Pflichtverletzung fahrlässig eine Bezugstat ermöglicht, ein Delikt, das durch eine Kombination aus Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikt gekennzeichnet ist und in seiner Struktur den in §§ 315 Abs. 5, 315a III Nr. 1, 315b Abs. 5 und § 315c Abs. 3 Nr. 1 StGB unter Strafe gestellten Handlungen vergleichbar ist. Bei diesen Delikten liegen die Strafdrohungen in ihrem Höchstmaß zwischen zwei und fünf Jahren Freiheitsstrafe. Insofern erscheint die für § 25a Abs. 2 S. 4 1. Alt. StGB-E aus § 13 VStGB übernommene Sanktionsbestimmung nicht unverhältnismäßig, zumal durch die Klausel des § 25a Abs. 2 S. 5 StGB-E eine Begrenzung des Strafrahmens auf denjenigen der Bezugstat erreicht wird. Für die fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht und die daraus folgende fahrlässige Ermöglichung der Bezugstat ist in § 25a Abs. 2 S. 4 Var. 2 StGB-E ein Strafrahmen von bis zu drei Jahren bestimmt.

### (3) Tatbestandliche Voraussetzungen

Die Tatbestandsvoraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die durch eine Aufsichtspflichtverletzung herbeigeführte Bezugstat sind ebenfalls an § 13 VStGB ausgerichtet, wenn § 25a Abs. 2 StGB-E auch – wie noch zu zeigen sein wird – die Differenzierung zwischen militärischem und nichtmilitärischem Vorgesetztem nicht übernehmen kann und auch nicht zu übernehmen braucht:

#### (a) Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis und Verbandsbezug

Da die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für durch Pflichtverletzungen verursachte Bezugstaten Untergebener den Gegenstand des § 25a Abs. 2 StGB-E darstellt, kommt eine Verantwortlichkeit nur dann in Betracht, wenn zunächst zwischen demjenigen, der seine Aufsichtspflicht verletzt, und dem Täter der Bezugstat ein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis besteht. Insofern kann auf die allgemeinen Ausführungen zu § 25 StGB-E<sup>3731</sup> verwiesen werden, ebenso für das Erfordernis der Verbandsbezogenheit der Bezugstat des Untergebenen,<sup>3732</sup> da zwi-

3731 Hier S. 929 ff.

3732 Hier S. 931 ff.

schen der Haftung nach § 25a Abs. 1 StGB-E und nach § 25a Abs. 2 StGB-E in diesem Punkt keine strukturellen Unterschiede bestehen.

- (b) Unterlassen der gehörigen Aufsicht über Untergebene und die Zumutbarkeit der unterlassenen Maßnahme

§ 13 VStGB verlangt als Tathandlung, dass der Vorgesetzte durch das „*Unterlassen der gehörigen Aufsicht*“ über seinen Untergebenen die Begehung einer rechtswidrigen Tat gegen das Völkerstrafgesetzbuch ermöglicht. Bei § 25 a Abs. 2 StGB-E ist zentrales äußerstes Tatbestandsmerkmal ebenfalls die Aufsichtspflichtverletzung durch Unterlassen der ordnungsgemäßen Beaufsichtigung. Insofern läuft die Vorschrift parallel zu § 13 VStGB und § 130 OWiG. Grundsätzlich ist jede Verletzung einer Pflicht des Vorgesetzten zur Aufsicht und Kontrolle seiner Untergebenen, aber auch zur Organisation des ihm unterstehenden Betriebs oder einer Abteilung geeignet, die Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 25 Abs. 2 StGB-E auszulösen, soweit sie kausal zu einer Bezugstat führt, auf die der Gesetzgeber die Vorschrift für anwendbar erklärt. Insbesondere kann auch dann eine tatbestandliche Pflichtverletzung gegeben sein, wenn ein Vorgesetzter die Wahrnehmung einer Kontroll- und Aufsichtsaufgabe nicht in der Weise delegiert, dass sie ordnungsgemäß wahrgenommen wird und somit eine Straftat eines vom Delegaten zu beaufsichtigenden oder zu kontrollierenden Untergebenen ermöglicht oder zugelassen wird.

In diesem Kontext kommt der Zumutbarkeit der unterlassenen Maßnahme zur Abwehr einer Tat des Untergebenen entscheidendes Gewicht zu. Nur die Möglichkeit, eine zumutbare Organisations-, Kontroll- oder Aufsichtsmaßnahme zu ergreifen, kann eine entsprechende Pflicht zur Ergreifung genau dieser Maßnahme begründen, deren Verletzung dann zur Erfüllung des Tatbestandes von § 25 Abs. 2 StGB-E führen kann. Die Möglichkeit und Zumutbarkeit von Überwachungsmaßnahmen wird im Rahmen des § 130 OWiG diskutiert.<sup>3733</sup> Auf die dort entwickelten Ansätze kann hier zurückgegriffen werden: Die Organisations-, Aufsichts- und Kontrollpflichten werden sowohl durch das tatsächlich Mögliche als auch durch das normativ Zumutbare begrenzt. Daher kann nicht jede Maßnahme, die tatsächlich möglich und rechtlich zulässig wäre, vom Vorgesetzten auch verlangt werden. Der Untergebene kann nicht durchgehend und lückenlos kontrolliert werden, soweit nicht die Gefahrenintensität oder die Fehlerwahrscheinlichkeit im Einzelfall dazu Anlass geben oder Gründe dafür bestehen, der Sorgfalt des Untergebenen zu misstrauen.<sup>3734</sup> So kann sich der Unternehmer grundsätzlich darauf berufen, dass sein Vertrauen in die Pflichterfüllung durch

3733 Vgl. hier S. 433 ff.

3734 Vgl. hierzu auch hier S. 431 ff.; sowie Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 49 f.

seine Untergebenen einen gewissen Schutz genießt, wenn auch die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens ihre Grenzen hat. Maßgeblich ist hier die Verhältnismäßigkeit der möglichen Maßnahmen, so dass bei Drohen eines außerordentlichen Schadens auch außerordentlich weitgreifende Pflichten bestehen können.<sup>3735</sup> Aus diesem Grunde sind etwa im Lebensmittelstrafrecht besonders hohe Anforderungen an die Sorgfalt in Organisation und Überwachung von Betrieb und Mitarbeitern zu stellen.<sup>3736</sup>

Letztlich ist die Bestimmung der Sorgfaltspflichten und ihrer Verletzung schon deswegen eine Frage des Einzelfalls, weil allgemeine Kriterien kaum entwickelt werden können, ohne in zweifelhafte Verallgemeinerungen oder eine unüberschaubare Kasuistik abzugleiten. Hierbei spielen ebenso wie im Kontext des § 130 OWiG Art, Größe und Organisation des Betriebs, die unterschiedlichen Überwachungsmöglichkeiten, die Gefahrenlage im Einzelnen, die Häufigkeit und Art der möglichen oder bereits begangenen Taten Untergebener und die Vielfalt und Bedeutung der Gesetzesverletzungen eine Rolle.<sup>3737</sup> Daher sind wirtschaftliche Erwägungen bei der Bestimmung der zumutbaren Organisationsmaßnahmen, des Aufsichtsaufwandes und der Kontrolldichte durchaus zu berücksichtigen. Jedoch muss stets beachtet werden, dass es sich bei den Bezugstaten, die Gegenstand der Vorgesetztenverantwortlichkeit sind, um Systemkriminalität handelt. Es geht daher hier um Verstöße, die bereits aufgrund ihrer Begehung aus einem Verband heraus ein nicht unerhebliches Gewicht aufweisen; mag die einzelne Tat auch nicht einmal als mittlere Kriminalität zu klassifizieren sein, so haben die Taten dennoch für das betroffene Rechtsgut eine besondere Zerrüttungswirkung, wenn sie aus einem Verband begangen werden.

Wie bei § 13 VStGB ist jedoch daran zu erinnern, dass nicht jede verbandsbezogene Pflichtverletzung des Vorgesetzten geeignet ist, um ihn als strafrechtlich verantwortlich anzusehen: Ähnlich wie im Kontext der superior responsibility<sup>3738</sup> scheiden solche Verletzungen der Aufsichtspflicht aus, die nicht dem Zweck der Verhinderung von Straftaten dienen, die aus dem Verband heraus gegen Dritte begangen werden. Dies gilt insbesondere für solche Aufsichtspflichten, die nur den Verband selbst schützen sollen. Verletzt der Vorgesetzte etwa eine Organisations-, Aufsichts- oder Kontrollpflicht, die allein dem Zweck dient, die Organisation oder den Täter der Bezugstat selbst vor finanzielle Schäden zu bewahren, so

3735 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 68; vgl. ferner für das Kartellrecht Dannecker/Biermann in: Immenagel/Mestmäcker, § 81 GWB Rn. 130 m.w.N.; für das Lebensmittelstrafrecht Dannecker/Bülte in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 106.

3736 Vgl. hierzu im Einzelnen Dannecker/Bülte in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 101 ff.

3737 Zu § 130 OWiG OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.1998 – 2 Ss (Owi) 385/98 – (Owi) 112/98 III, wistra 1999, 115, 116; OLG Koblenz, Beschl. v. 3.3.1989 – 1 Ss 38/89, ZLR 1989, 711, 713; Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 10; Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 9; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648; ferner hier S. 433 ff.

3738 Vgl. hierzu hier S. 713; ferner zu § 13 VStGB Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 15, 21.

begründet dies keine Zurechnung der Bezugstat eines Untergebenen. Rein interne Handlungsanweisungen, die zur Verhinderung von Diebstählen oder Sachbeschädigungen zulasten eines Unternehmens dienen, sind damit keine tatbestandsrelevanten Pflichten im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB-E.

(c) Kausal verursachte Bezugstat des Untergebenen

Ebenso wie bei § 25 Abs. 1 StGB-E ist Voraussetzung der Verantwortlichkeit, dass durch einen Untergebenen eine Straftat verwirklicht worden ist; diese Bezugstat ist Gegenstand der Zurechnung. Dabei kann es sich um jede Verletzung eines Strafgesetzes handeln, das auf § 25 Abs. 2 StGB-E verweist, unabhängig davon, um welche Beteiligungsform es sich handelt, solange das Stadium des mit Strafe bedrohten Versuchs erreicht wird. Die Bezugstat muss durch die Pflichtverletzung kausal verursacht worden sein. Insofern ist eine deutliche Abweichung zu § 130 OWiG zu verzeichnen, der gerade keinen Kausalnexus zwischen der Pflichtverletzung und der Zuwiderhandlung verlangt, sondern eine Erleichterung der Bezugstat ausreichen lässt.<sup>3739</sup> In § 130 OWiG ist mithin die Risikoerhöhungslehre gesetzlich umgesetzt.<sup>3740</sup> Auf diese Weise erfasst die Vorschrift auch Konstellationen, die nach Ansicht der Rechtsprechung<sup>3741</sup> nicht kausale Gehilfenbeiträge wären, wohl aber nach einer Auffassung in der Lehre, die im Kontext des § 27 StGB ausdrücklich auf die Risikoerhöhung abstellt.<sup>3742</sup> Im Rahmen der Fahrlässigkeitsdelikte lässt jedoch nur eine Mindermeinung in der Lehre die signifikante Erhöhung des Erfolgsrisikos ausreichen, um die Verantwortlichkeit desjenigen zu begründen, der eine Pflichtverletzung begangen hat.<sup>3743</sup> Dieser Risikoerhöhungslehre wird entgegengehalten, sie verstöße gegen den Wortlaut des Gesetzes,<sup>3744</sup> verkürze die Gewährleistung des Grundsatzes in *dubio pro reo*<sup>3745</sup> und deute Verletzungsdelikte in Gefährdungsdelikte um.<sup>3746</sup> Zudem erlege sie dem Rechtsanwender die Entscheidung auf, wann eine Risikoerhöhung hinreichend signifikant ist.<sup>3747</sup> Eine für den Erfolg nur möglicherweise förderliche „Hil-

3739 Weigend in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 22.

3740 Hierzu hier S. 444 ff.

3741 So etwa RG, Urt. v. 18.3.1924 – I 50/24, RGSt 58, 113, 114 f.; Urt. v. 3.4.1933 – II 301/33, RGSt 67, 191, 193; Urt. v. 12.4.1937 – 3 D 970/36, RGSt 71, 176, 178; Urt. v. 20.12.1938 – I D 942/38, RGSt 73, 52, 53 f.; BGH, Urt. v. 21.12.1951 – I StR 431/51, BGHSt 2, 129, 130 ff.; BGH, Urt. v. 8.3.2001 – 4 StR 453/00, NJW 2001, 2409, 2410.

3742 So etwa Otto JuS 1982, S. 557, 563 m.w.N.; Schaffstein in: FS Honig, S. 169 ff.; zur Kritik Heine/Weißer in: Schöneke/Schröder, § 27 Rn. 6 m.w.N.

3743 Vgl. nur Roxin AT I, § 11 Rn. 89 ff. m.w.N.; ders. ZStW 74 (1962), 411, 430 ff.; Stratenwerth/Kuhlem § 8 Rn. 36; Brammisen Jura 1991, 533, 535.

3744 Freund in: MüKo-StGB Vor §§ 13 ff. Rn. 310 ff.

3745 So Baumann/Weber/Mitsch AT, § 14 Rn. 86; Jakobs AT, 7/100; Kudlich/Oglakcioglu Wirtschaftsstrafrecht Rn. 132.

3746 Baumann/Weber/Mitsch AT, § 14 Rn. 86; Maurach/Zipf AT Bd. 1, § 34 Rn. 100; zu beiden Argumenten eingehend Prittitz Strafrecht und Risiko, S. 320 ff.

3747 Vgl. hierzu auch BGH bei Holtz MDR 1988, 100.

feleistung“ reicht also nach der herrschenden Ansicht nicht aus, wenn auch die Grenzen zwischen der für den Erfolg ursächlichen und der allein für die Gefahrerhöhung ursächlichen Förderung fließend sein dürften.

Die Vorschrift des § 25a Abs. 2 StGB-E steht mit ihrem klaren Bekenntnis zu einem eng verstandenen Kausalitätserfordernis § 13 VStGB wieder deutlich näher, der die Vorgesetztenverantwortlichkeit ebenfalls unter die Bedingung der (hypothetischen) Kausalität zwischen Aufsichtspflichtverletzung und Begehung der Bezugstat stellt. Diese an eine Kausalität zwischen Unterlassen und Tatbegehung und nicht nur Begehungsgefahr geknüpfte Lösung erscheint im Hinblick auf die gegen die Risikoerhöhungs- respektive Risikoverringerungslehre von Rechtsprechung und Lehre geäußerten Vorbehalte angemessener. Wenn auch die von *Schünemann* gegen die alte Fassung des § 130 OWiG vorgebrachte Kritik der mangelnden Effektivität durch die Notwendigkeit des Kausalitätsnachweises beachtet werden muss, so erscheint eine kriminalstrafrechtliche Vorschrift über das fahrlässige Geschehenlassen sehr weitgehend, wenn sie der Risikoerhöhungslehre folgt. Auf diese Weise würde § 25a Abs. 2 StGB-E vom Erfolgsdelikt zum Gefährdungsdelikt, so dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit eine andere Qualität gewinnen würde. Vor dem Hintergrund, dass in solchen Fällen eine Sanktionierung über das Ordnungswidrigkeitenrecht möglich ist, erscheint eine Kriminalstrafe für die fahrlässige Gefahrschaffung durch den Vorgesetzten nicht zwingend erforderlich.

Weitergehend kann die Verletzung einer Aufsichtspflicht nur dann eine Verantwortlichkeit des Vorgesetzten begründen, wenn ein Schutzzweckzusammenhang zwischen der Bezugstat und der verletzten Pflicht besteht, wenn diese also dazu dienen soll, die begangene Bezugstat zu verhindern oder zu erschweren: Verletzt der Vorgesetzte seine Pflichten bei der Kontrolle von Vorrichtungen zum Schutz der Umwelt und kommt es in der Folge kausal zu einer Bezugstat nach § 234 StGB – etwa weil die verwendeten Container bei ordnungsgemäßer Überwachung nicht für die Tat hätten verwendet werden können –, so begründet diese reine Kausalbeziehung noch keine Verantwortlichkeit nach § 25 Abs. 2 StGB-E. Es fehlt am erforderlichen Schutzzweckzusammenhang und damit an der die Zurechnung tragenden Verbindung zwischen Pflichtverletzung und Bezugstat. Zur tatsächlichen Kausalität muss eine normative Verknüpfung<sup>3748</sup> treten, die als innere Verbindung zwischen der Verbandstätigkeit und der Bezugstat charakterisiert werden kann.

3748 So die Formulierung von *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 21.

#### (d) Erkennbarkeit der Tatbegehung

Eine Schuldbeziehung, die es rechtfertigt, einen strafrechtlichen Unrechtsvorwurf gegen den Vorgesetzten zu erheben, besteht zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der Bezugstat nur dann, wenn die Tat des Untergebenen für den Vorgesetzten vorhersehbar war. Insofern kommt es auf den Zeitpunkt der Tatbegehung durch den Vorgesetzten, also der Verletzung der Organisations-, Aufsichts- oder Kontrollpflicht an. In dieser Hinsicht unterscheidet sich § 25a Abs. 2 StGB-E von § 130 OWiG, der die Zu widerhandlung als objektive Bedingung der Ahndbarkeit aus dem Verschuldenszusammenhang herauslöst.<sup>3749</sup> Die Regelung des § 25a Abs. 2 StGB-E setzt dagegen als Bedingung der Zurechnung voraus, dass der Vorgesetzte die Bezugstat als Folge der Aufsichtspflichtverletzung voraussehen konnte; die Erkennbarkeit der Bezugstat als Konsequenz der Pflichtverletzung ist damit Tatbestandsvoraussetzung des § 25a Abs. 2 StGB-E.

#### (aa) Differenzierung der Fahrlässigkeitsanforderungen im Völkerstrafrecht

§ 13 VStGB nimmt im Hinblick auf die Erkennbarkeit der bevorstehenden Bezugstat eine Differenzierung nach der Art des Vorgesetzten vor. Der militärisch Vorgesetzte erfüllt nach § 13 Abs. 1 VStGB bereits dann den objektiven Tatbestand, wenn er das Bevorstehen der Bezugstat bei ordnungsgemäßem, sorgfältigem Verhalten vorgesehen hätte, die Tatbegehung also erkennbar war. Der nichtmilitärische Vorgesetzte kann dagegen – vorbehaltlich der Erfüllung aller weiteren Tatbestandsmerkmale – wegen Verletzung der Aufsichtspflicht gemäß § 13 Abs. 2 VStGB nur dann bestraft werden, wenn das Bevorstehen der Bezugstat für ihn „*ohne weiteres erkennbar*“ war. Durch diese eigenartige Formulierung, mit der der strafbare Sorgfaltswiderstand umschrieben wird, statuiert das Völkerstrafgesetzbuch eine eigenständige Fahrlässigkeitsform neben der allgemeinen Fahrlässigkeit im Sinne von § 15 StGB und der Leichtfertigkeit, die das Strafgesetzbuch in verschiedenen Vorschriften als Tatbestandsvoraussetzung normiert. Die Verantwortlichkeit nach § 13 VStGB hängt beim nichtmilitärischen Vorgesetzten von der offenen, klaren Erkennbarkeit der Bezugstat als Folge der Aufsichtspflichtverletzung ab. Es wird also das Erkennbarkeitselement der Leichtfertigkeit in den Tatbestand des § 13 VStGB integriert.

Diese Einschränkung der Fahrlässigkeitshaftung des nichtmilitärischen Vorgesetzten im Vergleich zum militärischen Vorgesetzten wurde aus Art. 28 lit. b (i) IStGH-Statut übernommen. Aus der Begründung des Arbeitsentwurfs des Einführungsgesetzes zum Völkerstrafgesetzbuch (EGVStGB) ergibt sich ebenso wenig wie aus den übrigen Gesetzesmaterialien ein Hinweis darauf, dass die Urhe-

<sup>3749</sup> Vgl. hierzu nur Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 77 f. m.w.N.

ber des Gesetzesentwurfs sich die Frage, ob die Einschränkung der Fahrlässigkeitshaftung bei nichtmilitärischen Vorgesetzten im deutschen Völkerstrafrecht gesetzlich vorgesehen werden muss, gestellt haben. Betrachtet man die Begründung für § 13 Abs. 2 VStGB – damals noch § 14 EGVStGB – im Arbeitsentwurf, so heißt es dort: „Bei zivilen Vorgesetzten wird in Absatz 2, entsprechend der in Artikel 28 Buchstabe b (i) IStGH-Statut vorgegebenen Differenzierung, eine besonders naheliegende Voraussehbarkeit der Straftatbegehung verlangt.“<sup>3750</sup>

Die Antwort auf diese Frage ist jedoch nicht so eindeutig, wie die Verfasser des Entwurfs des Völkerstrafgesetzbuchs offensichtlich meinten. Wie bereits im Rahmen der Erläuterungen zu § 13 VStGB<sup>3751</sup> dargestellt, ist es nämlich keineswegs so, dass die Übernahme des Fahrlässigkeitsmaßstabes der „bewussten Missachtung von offensichtlichen Informationen“, die auf die Bezugstaten hinwiesen, notwendig gewesen wäre. Dieses Tatbestandsmerkmal, das eine besonders schwerwiegende Verletzung der erforderlichen Sorgfalt als Voraussetzung der Vorgesetztenverantwortlichkeit statuiert, ist im deutschen Strafrecht deswegen nicht erforderlich. Diese Einschränkung dient in Art. 28 lit. b IStGH-Statut dazu, eine zu weitgehende Haftung des nichtmilitärischen Vorgesetzten auszuschließen, die entstehen könnte, wenn man für jeden Vorgesetzten einen objektiven Sorgfaltmaßstab zur Anwendung brächte, der am militärischen Vorgesetzten, seinen Möglichkeiten der Informationsgewinnung und besonders geschulten Fähigkeiten zur Einschätzung von Krisensituationen ausgerichtet ist. Einem solchen Anspruch kann der durchschnittliche zivile Vorgesetzte kaum gerecht werden, weil er vielfach mit gefährlichen Situationen, auf die er nicht spezifisch vorbereitet ist, überfordert sein wird.

#### (bb) Begrenzung der strengen Fahrlässigkeitshaftung nach § 25a Abs. 2 StGB-E auf das Berufsstrafrecht

Auch wenn die deutsche Fahrlässigkeitsdogmatik in der Lage ist, eine flexible und individuelle Sorgfaltspflichtbestimmung zu leisten, lässt die Dogmatik zwangsläufig eine Frage offen, die allein der Kriminalpolitik zur Beantwortung zusteht: Ist es verhältnismäßig, jeden Vorgesetzten, der eine Sorgfaltspflicht verletzt und dadurch eine objektiv erkennbar bevorstehende Bezugstat eines Untergebenen ermöglicht, strafrechtlich in die Haftung zu nehmen? Darf die Vorgesetztenverantwortlichkeit also so streng sein, dass nicht nur die leicht fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht, sondern auch eine allein durch leichte Unachtsamkeit gebildete Schuldbeziehung zwischen dieser Pflichtverletzung und der Bezugstat ausreichend sein kann, um Kriminalstrafe zu verhängen?

3750 Arbeitsentwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches vom 2. Mai 2001, S. 85.  
3751 Vgl. hier S. 717 ff.

Diese Grenzen der Strafbarkeit kann nur der Gesetzgeber festlegen; hier sind weder systematische noch verfassungsrechtliche Vorgaben erkennbar, die klare Orientierungspunkte bieten könnten. Allerdings spricht viel dafür, eine allgemeine Fahrlässigkeitshaftung zu statuieren, diese allerdings auf den Bereich des Berufsstrafrechts zu begrenzen. Das bedeutet, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit tatbestandlich bereits dann eingreifen kann, wenn die bevorstehende Tat des Untergebenen für den Vorgesetzten erkennbar gewesen ist; nicht erforderlich ist dagegen, dass dieser Umstand sich dem Vorgesetzten in irgendeiner Weise aufdrängte, ihm „*ohne weiteres erkennbar war*“ oder er „*klare Anzeichen missachtete*“. Eine so rigorose Fahrlässigkeitshaftung erscheint hart, lässt sich aber im Hinblick auf die betroffenen Rechtsgüter und Interessen und die damit verbundene ausdrückliche Anordnung der Vorgesetztenverantwortlichkeit spezifisch im Kontext von Systemkriminalität durchaus rechtfertigen. Der Vorgesetzte in einem Unternehmen oder einem Verband, dessen Geschäfte mit einer tätigkeitsbezogenen Gefahr der Begehung von Systemkriminalität behaftet sind, ist als Aufsichts- und Kontrollverpflichteter auf Posten gestellt, um diese Straftaten zu verhindern; er repräsentiert die Organisation und hat auch deren Pflichten wahrzunehmen, die sich daraus ergeben, dass die Rechtsgemeinschaft dem Verband die Möglichkeit zugesteht, trotz bestehender Risiken – selbst für systemisch wichtige Rechtsgüter – seiner Tätigkeit nachzugehen und damit Gefahren zu schaffen. Diese strafrechtliche Haftung des Entscheidungsträgers in einem Unternehmen entspricht damit nur seiner tatsächlichen Verantwortung, die er sich durch die Übernahme der Aufgaben in dem Verband und der Aufnahme der tatsächlichen Tätigkeit selbst zuschreibt.

Eine scharfe Fahrlässigkeitshaftung ist auch im Bereich des Berufsstrafrechts nichts ungewöhnliches, wie ein Blick auf das Lebensmittelstrafrecht oder – nach der ursprünglichen Konzeption – den Subventionsbetrug zeigt (sog. Berufsfahrlässigkeit).<sup>3752</sup> Bei diesen Delikten, die die Verletzung beruflicher Pflichten zum Gegenstand haben, ist der pflichtige Personenkreis mit den Verhältnissen und Vorgängen, die von den Pflichten betroffen sind, in besonderer Weise vertraut und daher „*bereits von Berufs wegen zu größerer Sorgfalt verpflichtet*“.<sup>3753</sup> Daraus ist das Inverkehrbringen von bestimmten unsicheren Erzeugnissen nach § 59 LFGB auch dann strafbar, wenn der Täter fahrlässig handelt. Die Begründung für die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit von Pflichtverletzungen in diesem Bereich liegt auf der Hand: Der Täter setzt mit dem Inverkehrbringen eines unsicheren Lebensmittels die Gesundheit der Verbraucher einem erheblichen Risiko aus. Die Gefährdungslage gewinnt ihre grundlegende Wirkung dadurch, dass die

<sup>3752</sup> Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 28.4.1959 – VI ZR 42/58, NJW 1959, 1779; Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 62; Dannecker/Bülte in: Wabnitz/Janovsky, 1. Kap. Rn. 109; ferner Gaul Subventionsbetrug, S. 32.

<sup>3753</sup> Gaul Subventionsbetrug, S. 32 m.w.N.

dem Lebensmittelrecht unterfallenden Erzeugnisse erstens vielfach ohne äußere Hinweise gefährlich sind, zweitens regelmäßig für eine Vielzahl von Menschen von ihnen zumindest eine abstrakte Gefahr der Schädigung ausgeht und es sich zum Dritten – und das macht letztlich die zumindest abstrakt systemische Wirkung aus – insbesondere bei Lebensmitteln um Erzeugnisse handelt, die für das (Über-)Leben der Verbraucher unverzichtbar sind.<sup>3754</sup> Die möglichen Opfer der Schädigung sind damit der Gefahr aus der Tat schutzlos ausgeliefert, weil sie auf die Tätigkeit des Unternehmens – die Lieferung von Lebensmitteln, Futtermitteln etc. – angewiesen sind. Daran wird deutlich, dass der Einzelne den Leistungen von Unternehmen und Organisationen in einer besonderen Weise ausgeliefert ist, die eine Fahrlässigkeitshaftung rechtfertigen kann. Da das Risiko zudem typischerweise um eines finanziellen Vorteils willen geschaffen wird, erscheint eine solche Strafbarkeit auch grundsätzlich verhältnismäßig, wenn man die wichtigen auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter und Interessen und damit die Gefahren systemischer Kriminalität berücksichtigt.

Soweit es dagegen Fallgestaltungen betrifft, in denen der Vorgesetzte zwar in eine Organisationshierarchie eingebunden ist, aber nicht in seinem beruflichen Tätigkeitsfeld handelt, so etwa im Rahmen der in einem gemeinnützigen Verein übernommenen Aufgaben, ginge es – sofern hier überhaupt effective control gegeben ist – zu weit, in diesem Kontext die strenge Haftung auch für leicht fahrlässiges Verhalten zu begründen. Hier kann zur Milderung der Haftung auf den durch § 13 VStGB begründeten Erkennbarkeitsmaßstab zurückgegriffen werden: Der nicht beruflich handelnde Vorgesetzte haftet demnach nur nach § 25a Abs. 2 StGB-E, wenn er das Bevorstehen der Tat eines Untergebenen als Folge seiner Aufsichtspflichtverletzung ohne Weiteres vorhersehen konnte und es dennoch nicht verhindert hat.

#### (e) Verschulden bei der Pflichtverletzung

Die Frage nach der Erkennbarkeit der Pflichtverletzung deckt nur einen Teil der zur Strafbegründung notwendigen Schuldbeziehung im Rahmen des § 25a Abs. 2 StGB-E ab. Denn neben die Erkennbarkeit muss eine schuldhafte Unterlassung der ordnungsgemäßen Aufsicht treten. Nimmt ein Vorgesetzter seine Organisations-, Aufsichts- und Kontrollpflichten nicht wahr, so liegt darin regelmäßig eine Pflichtverletzung. Aber nicht jede unterlassene Pflichterfüllung stellt zwingend eine (strafrechtlich relevante) Pflichtverletzung dar. Letztere setzt voraus, dass den Vorgesetzten ein Verschulden diesbezüglich trifft, er also vorsätzlich oder fahrlässig seine Pflicht zur Organisation, Aufsicht oder Kontrolle missachtet hat.

3754 Hierzu hier S. 890 f.

Soweit es die vorsätzliche Begehung der Pflichtverletzung betrifft, ist der Zu-rechnungstatbestand des § 25a Abs. 2 StGB-E jedenfalls dann erfüllt, wenn der Vorgesetzte zum einen weiß oder zumindest billigend in Kauf nimmt, dass er gegenüber einem Untergebenen – der Vorsatz muss sich auch auf das Vorliegen der Vorgesetztenstellung zu diesem beziehen – seine Pflicht zur Aufsicht verletzt, und zum anderen erkennen kann, dass sich daraus die Verletzung eines Strafgesetzes ergeben kann, das auf § 25a Abs. 2 StGB-E verweist. In der Fahrlässigkeitsvariante ist es ausreichend, wenn der Vorgesetzte hinsichtlich dieser Stellung als solcher Vorsatz aufweist, er also weiß oder zumindest billigend in Kauf nimmt, dass er in dem Verband oder der Organisation, dem bzw. der er angehört, Organisations-, Aufsichts- oder Kontrollaufgaben wahrzunehmen hat, diese Aufgaben aber fahrlässig nicht erfüllt und dabei erkennen kann, dass diese Pflichtverletzung die systemische Straftat seines Untergebenen zur Folge haben kann.

Dagegen kommt es nicht darauf an, ob der Vorgesetzte weiß, dass der Täter der Bezugstat seiner Aufsicht und Kontrolle unterstellt ist; es reicht aus, wenn er dies erkennen konnte. Eine gegenteilige Ansicht, wie sie etwa von *Weigend* im Kontext des § 13 VStGB vertreten wird,<sup>3755</sup> gibt der Wortlaut des § 25a Abs. 2 S. 1 StGB nicht vor, weil die Annahme, der Täter müsse Vorsatz hinsichtlich der Untergebeneneigenschaft und damit auch der Aufsichtspflicht selbst haben, gerade die organisierte Unverantwortlichkeit ermöglichen würde, der es zu begegnen gilt: Wenn die Vorgesetztenverantwortlichkeit für fahrlässige Pflichtverletzungen dadurch ausgehebelt werden könnte, dass man völlig unklare Organisations-, Aufsichts- und Kontrollstrukturen schafft, wäre durch eine Neuregelung wenig gewonnen. Der Umsetzung tatsächlicher Entscheidungskompetenz und damit Verantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit könnte durch unklare Delegation entgegengewirkt werden. In kriminalpolitischer Hinsicht ist es auch nicht plausibel, warum derjenige, der seine Aufsichtspflichten nicht erfüllt, weil er fahrlässig nicht um seine Pflichten weiß oder sogar bewusst verhindert, dass er die notwendigen Informationen erhält, strafrechtlich bessergestellt werden soll als derjenige, der sie kennt, aber aus Nachlässigkeit nicht erfüllt.

Der Vorgesetzte muss grundsätzlich wissen, dass er überhaupt Vorgesetzter im fraglichen Verband ist. Er muss also Kenntnis von seiner Entscheidungskompetenz und der damit einhergehenden effective control haben. Hierauf sollte bei der Schaffung einer gesetzlichen Regelung nicht verzichtet werden. Zum einen erscheinen Fallkonstellationen, in der jemand nicht einmal weiß, dass er in einem Verband eine Stellung innehat, derentwegen er Entscheidungen treffen kann, die dann auch ausgeführt werden, eher konstruiert und wenig lebensnah. Zum anderen dürfte der Vorwurf, diese Person habe sich fahrlässig nicht darum bemüht, sich Kenntnis von ihrer Position als Entscheidungsträger zu verschaffen, nicht

<sup>3755</sup> *Weigend* in: MüKo-StGB, § 13 VStGB Rn. 28.

ausreichen, um den Unrechtsvorwurf zu begründen, der einer Strafbarkeit zugrunde liegen muss. Strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit beruht auf der Wahrnehmung von Entscheidungskompetenz und der damit einhergehenden Begründung von Verantwortung, nicht aber auf der – im doppelten Wortsinne – nicht wahrgenommenen Einflussmöglichkeit.

#### (4) Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Art. 12 Abs. 3 Corpus Juris

Art. 12 Abs. 3 Corpus Juris normiert eine strafrechtliche Haftung für Geschäftsherren, Entscheidungsträger und Kontrollbeauftragte, die Straftaten von Personen, die ihrer Weisung unterworfen sind, dadurch erleichtern, dass sie die notwendigen Überwachungsmaßnahmen unterlassen. Diese Regelung ähnelt eher § 130 OWiG als § 13 VStGB, unterscheidet sich aber in der Rechtsfolge deutlich von Ersterem. Die Voraussetzungen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit sind zum einen das Begehen einer Pflichtverletzung bei der Überwachung des unmittelbaren Täters und zum anderen der Zusammenhang zwischen der Tathandlung und der Bezugstat. Dabei erfordert Art. 12 Abs. 3 Corpus Juris seinem Wortlaut nach keine streng verstandene Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Erfolg in dem Sinne, dass die Tat durch die Pflichtverletzung des Vorgesetzten ermöglicht worden sein muss; vielmehr muss die mangelnde Überwachung nur – wie bei § 130 OWiG – zu einer Erleichterung der Tatbegehung durch den Untergebenen geführt haben. Damit reicht für die kausale Verbindung zwischen Tathandlung und Erfolg eine Erhöhung des Risikos aus, um die Haftung des Vorgesetzten zu begründen. Angesichts dieser relativ geringen Anforderungen an die Kausalität ist die angedrohte strafrechtliche Verantwortlichkeit streng. Art. 12 Abs. 3 Corpus Juris bestimmt keinen eigenen Sanktionsrahmen, wie dies bei § 13 VStGB und § 130 OWiG der Fall ist, sondern ordnet an, dass der Vorgesetzte für die Tat des Untergebenen verantwortlich, also – in deutschen Kategorien gedacht – an ihr beteiligt ist. Der hier in Orientierung an § 13 VStGB entwickelte Regelungsvorschlag für § 25a Abs. 2 StGB-E erscheint angemessener, weil er einerseits dem Grundgedanken der Zurechnung trotz der eigenständigen Strafdrohung noch gerecht wird, indem die Vorgesetztenverantwortlichkeit durch die Strafrahmenbeschränkung nach § 25a Abs. 2 S. 5 StGB-E enger an die Bezugstat ankoppelt. Andererseits wird aber eine angemessene Unrechtsbewertung des fahrlässigen Beitrages zur Tatbegehung dadurch ermöglicht, dass ein eigener Strafrahmen statuiert und keine echte Beteiligung an der Bezugstat normiert wird.

#### (5) Fazit zur Verantwortlichkeit für Aufsichtspflichtverletzungen

Die mit § 25a Abs. 2 StGB-E zu schaffende Vorschrift dient dem Zweck, die organisierte Unverantwortlichkeit in Verbänden durch eine Fahrlässigkeitshaftung

zu erfassen, die geeignet ist, den tatsächlichen Verhältnissen von Entscheidungskompetenz und Verantwortung innerhalb des Verbandes gerecht zu werden. Die Regelung orientiert sich an der Verantwortlichkeit des militärischen Vorgesetzten in § 13 VStGB und umfasst deshalb die fahrlässige Missachtung von Organisations-, Kontroll- und Aufsichtspflichten in einem selbstständigen Straftatbestand, der aber eine mittelbare Zurechnungsregel darstellt, weil er durch das Merkmal der Erkennbarkeit der Tat des Untergebenen – ebenso wie die Beteiligungsformen der §§ 26, 27 StGB – eine Schuldbeziehung zwischen der Tathandlung und der Bezugstat voraussetzt. Auch die Differenzierung der Verantwortlichkeit nach dem Bezug des Vorgesetzten zur Gefahrenquelle wird durch die Modifikation des Fahrlässigkeitsmaßstabes aufgenommen; insofern handelt es sich bei § 25a Abs. 2 StGB-E grundsätzlich – mit der Ausnahme des Satzes 3 – um Berufsstrafrecht.

*b) Strafbarkeit bei vorsätzlicher Nichtverfolgung der Bezugstat nach § 25a Abs. 3 StGB-E*

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit des Völkerstrafrechts bezieht sich sowohl im internationalen als auch im nationalen Kontext nicht nur auf die duty to prevent, sondern auch auf die duty to punish. Im Völkerstrafgesetzbuch findet sich die strafrechtliche Haftung in § 14 VStGB, der die vorsätzliche Nichtverfolgung bzw. Nichtsanktionierung von Straftaten Untergebener gegen das Völkerstrafrecht unter Strafe stellt. Wie bereits zu § 14 VStGB ausgeführt, handelt es sich bei dieser Vorschrift nicht um eine Zurechnungsregelung, denn die Zurechnung eines in der Vergangenheit liegenden Geschehens dürfte selbst dann mit den Prinzipien des modernen deutschen Strafrechts kaum in Einklang zu bringen sein, wenn man den strafbegründenden Vorwurf darauf stützt, der Vorgesetzte habe das vom Untergebenen bereits verwirklichte Unrecht nicht beseitigt. Ein solcher Ansatz würde auf eine streng *hegelianische* Strafzwecklehre hinauslaufen, die mit den Vorgaben des Strafgesetzbuchs kaum in Einklang zu bringen sein dürfte: Nur wer die Verfolgung und Sanktionierung der Bezugstat zumindest im Kern als Negation des Unrechts begreift, kann das Bestehenlassen des Unrechts als Anknüpfungspunkt für dessen Zurechnung betrachten und den untätigen Vorgesetzten als Mitverursacher beurteilen.<sup>3756</sup>

*(1) Strafrechtsdogmatische Einordnung*

Als strafrechtsdogmatisch und kriminalpolitisch gangbarer Weg bleibt daher wohl nur die Statuierung eines eigenständigen zukunftsgerichteten Tatbestandes, der die abstrakte Gefährdung in den Blick nimmt, die durch eine mangelhafte

3756 Vgl. hier S. 639 ff.

Sanktionierung von Zu widerhandlungen in einem Verband entsteht.<sup>3757</sup> Damit wird nicht wie durch § 25a Abs. 1 und 2 StGB-E eine Verantwortungssphäre geschaffen, sondern eine konkrete Pflicht bereits im Vorfeld der Tatbegehung strafbewehrt. Die Strafvorschrift des § 25a Abs. 3 StGB-E sanktioniert vielmehr die Schaffung abstrakter Gefahren und nicht die Verursachung eines Schadens, so dass die Sanktionierungspflicht strafrechtlich verselbstständigt wird. Dieser Charakter eines abstrakten Gefährdungsdelikts spricht grundsätzlich gegen eine Platzierung dieser Strafvorschrift im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs, könnte dies doch den Eindruck erwecken, es handele sich um eine Zurechnungs- oder Geltungsvorschrift und nicht um eine Bestimmungsnorm. Eine Lozierung der Regelung im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs oder in den Nebengesetzen wäre jedoch insofern ineffizient, als dann die allgemeine Vorschrift, die die Erhöhung des Begehungsriskos für systemisch bedeutsame Bezugstaten mit Strafe bedroht, in einer Vielzahl von Fällen (weitgehend) gleichlautend in die jeweiligen Gesetze aufgenommen werden müsste. Es käme mithin zu einem Konflikt zwischen der inhaltlich strafrechtsdogmatischen Einordnung der Einzelvorschrift und der Ordnungsfunktion des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs.<sup>3758</sup>

Aus Vereinfachungsgründen liegt es nahe, die Vorschrift in den Allgemeinen Teil zu integrieren, auch wenn es sich, legt man das Hauptgewicht für die systematische Einordnung auf die strafrechtsdogmatische Bedeutung der Strafvorschrift, im Allgemeinen Teil um einen Fremdkörper handelt. Denn die hier vorgeschlagene Strafvorschrift des § 25a Abs. 3 StGB-E nimmt eine eigenständige Urrechtsbewertung vor, weil sie das Nichtbeseitigen des kriminovalenten Faktors der Nichtsanktionierung unter Strafe stellt, so dass die Bestrafung durch die Erhöhung der abstrakten Gefahr einer Begehung von Straftaten aus dem Verband im Allgemeinen legitimiert wird. Doch der Unrechtstatbestand des § 25a Abs. 3 StGB bleibt ohne das Strafgesetz aus dem Besonderen Teil, das durch die Bezugstat verletzt wird, unerfüllt. Die hier vorgeschlagene Strafvorschrift ist damit zwar eine Bewertungsnorm, doch ihre Aufgabe ist ohne den Bezug zu einer anderen Bewertungsnorm – jener über die Bezugstat – nicht erfüllbar. Das Rechtsgut, dessen Schutz diese Strafvorschrift dient – Beseitigung eines kriminovalenten Faktors –, ist so allgemein und abstrakt, dass eine Zuordnung zu den rechtsgutsorientierten Abschnitten des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs nicht weniger systematische Friktionen verursachen würde als eine Verortung im Kontext der echten auf Zurechnung basierenden Vorgesetztenverantwortlichkeit. Deswegen erscheint es sinnvoll, § 25a Abs. 3 StGB-E im rechtsgutsneutralen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs zu lozieren.

3757 Vgl. zu § 14 VStGB Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 2.

3758 Zu dieser Funktion Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 9 ff.

(2) Tatbestandliche Voraussetzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit wegen Nichtsanktionierung

§ 25a Abs. 3 StGB-E ist ebenso wie die ersten beiden Absätze der hier vorgeschlagenen Vorschrift eng an die superior responsibility des nationalen Völkerstrafgesetzbuchs angelehnt. Zur Orientierung dient § 14 VStGB. Danach wird der Vorgesetzte bestraft, der es vorsätzlich unterlässt, eine Tat nach dem VStGB, die ein Untergebener begangen hat, unverzüglich der für die Untersuchung oder Verfolgung solcher Taten zuständigen Stelle zur Kenntnis zu bringen. Die hier zur Erfassung der systemischen Kriminalität vorgeschlagene Regelung eines § 25a Abs. 3 StGB übernimmt die Tatbestandsmerkmale des § 14 VStGB weitgehend.

(a) Vorgesetzter

Die Haftung nach § 25a Abs. 3 StGB-E in Verbindung mit der Verweisungsnorm setzt zunächst voraus, dass der Täter die Stellung als Vorgesetzter innehat. Das bedeutet, dass er die Aufsicht über den Täter der Bezugstat auszuüben hat. Anders als in §§ 4 und 13 VStGB und dementsprechend in § 25a Abs. 1 und 2 StGB-E kommt es hier jedoch nicht darauf an, dass der Vorgesetzte die Bezugstat durch seine tatsächliche Lenkungsgewalt hätte unterbinden können. Vielmehr ist es entscheidend, dass dem Vorgesetzten die Dienstaufsicht über den Täter zu kommt, er also für die Sanktionierung oder zumindest deren Einleitung innerhalb des Verbandes – auch auf arbeitsrechtlichem Weg – oder auch in einem strafrechtlichen Verfahren zuständig ist. Daraus folgt, dass in einem privatrechtlichen Unternehmen derjenige als Vorgesetzter des Täters zur Sanktionierung verpflichtet ist, der die dienstliche Beurteilung des Täters vorzunehmen hat, oder auch, wer etwa als interner Ermittler Fehlverhalten im Unternehmen aufzudecken und dessen Sanktionierung durch die Leitung des Verbandes zu veranlassen hat. Damit bestimmt sich die für diese Vorschrift maßgebliche Vorgesetztenstellung danach, wem innerhalb des Verbandes persönlich – also als Organ oder im Wege der Delegation – die Aufgabe zukommt, die Gefahr der Begehung von systemischen Straftaten zu vermindern oder zu vermeiden.

Daraus folgt, dass etwa der Umweltbeauftragte in einem Unternehmen dann Aufsichtsvorgesetzter in diesem Sinne ist, wenn ihm die Aufgabe übertragen ist, durch die Aufdeckung von Umweltstraftaten und die Mitteilung an die Unternehmensleitung an der Sanktionierung solcher Taten mitzuwirken. Gleiches gilt für Korruptionsbekämpfungsbeauftragte, die im Unternehmen ermitteln und dabei mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenarbeiten sollen. Darauf, ob die Übertragung der konkreten Aufgabe auf den Beauftragten Zwecken der Strafverfolgung dient, kommt es nicht an. Entscheidend ist, dass seine Tätigkeit zumindest auch dem Zweck dienen soll, in Zukunft Straftaten dieser Art – also Um-

welt- oder Korruptionsstraftaten – aus dem Verband heraus zu verhindern. Nicht Vorgesetzter in diesem Sinne ist damit der Wachschutz, wenn dieser lediglich die Aufgabe hat, Diebstähle von Mitarbeitern oder Dritten zu verhindern, da sich diese Straftaten gegen den Verband richten und damit nicht im Zusammenhang mit einem sich aus diesem ergebenden Risiko für Dritte oder die Allgemeinheit stehen.

(b) Weitere Tatbestandsmerkmale des § 25a Abs. 3 StGB-E

Im Übrigen bereiten die Tatbestandsmerkmale des § 25a Abs. 3 StGB-E jene Probleme, die zu § 14 VStGB bereits diskutiert werden:<sup>3759</sup> Voraussetzung für die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten ist neben dem Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis die Begehung einer rechtswidrigen Tat durch einen Verbandsangehörigen, der dem nach § 25a Abs. 3 StGB-E Verantwortlichen zur Sanktionierung untersteht. Der individuelle Täter dieser Bezugstat muss nicht feststehen; darin ist eine Parallelität zu § 130 OWiG zu erkennen. Es reicht aus, wenn die Untergebeneneigenschaft des Täters feststeht. Die Unverzüglichkeit ist weniger als zeitliches, denn als funktionelles Tatbestandsmerkmal zu verstehen, so dass die Mitteilung solange als „*unverzüglich*“ anzusehen ist, wie sich aus der Verzögerung keine Nachteile für die Ziele des § 25a Abs. 3 StGB-E ergeben. Das heißt, dass eine Mitteilung dann nicht mehr unverzüglich ist, wenn die Durchführung der Strafverfolgung – also insbesondere die Ermittlung des Sachverhalts – erschwert oder die Ahndung beeinträchtigt wird. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die Sanktionierung in einer Weise verzögert, dass der Strafe ihre präventive Wirkung genommen wird. Mit dieser Funktion der Mitteilung als Instrument zur Herbeiführung der Sanktionierung hängt auch das Merkmal der „*erforderlichen Weise*“ zusammen. Die Mitteilung muss aber zum einen überhaupt – ebenso wie bei § 14 VStGB – erforderlich sein, um die Strafverfolgung in Gang zu setzen oder durchzuführen. Zum anderen muss der Vorgesetzte alle ihm zur Verfügung stehenden Informationen übermitteln, die die Strafverfolgungsorgane benötigen, um die Sanktionierung der Tat möglichst effektiv durchführen zu können. Daran fehlt es, wenn zwar eine Anzeige erfolgt, aber mangels der Mitteilung wichtiger Umstände die Strafverfolgung beeinträchtigt wird. Auch hier sind die oben genannten Maßstäbe anzulegen.

Die Erfüllung des inneren Tatbestandes des § 25a Abs. 3 S. 1 StGB-E setzt (Eventual-)Vorsatz voraus, der sich auf das Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis, auf die tatsächlichen Umstände der begangenen Bezugstat, auf die Unverzüglichkeit und Erforderlichkeit der Anzeige und ihr Unterlassen beziehen muss.

3759 Hierzu hier S. 728 ff.; ferner Weigend in: MüKo-StGB, § 14 VStGB Rn. 5 ff.

- (c) Ausschluss der strafrechtlich relevanten Selbstbelastung (§ 25a Abs. 3 S. 2 StGB-E)

Nach dem Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* darf die Verletzung einer Handlungspflicht, deren Erfüllung eine Selbstbeziehtigung wegen einer Straftat und eine Strafe zur Folge hätte, nicht mit Strafe bedroht werden.<sup>3760</sup> Andernfalls stünde der Handlungspflichtige vor der Wahl, sich entweder selbst der Gefahr der Strafverfolgung wegen einer bereits begangenen Straftat auszusetzen oder eine neuerliche Straftat zu begehen. Diese verfassungsrechtlich unzulässige Situation würde herbeigeführt, wendete man § 25 Abs. 3 S. 1 StGB-E auch auf Fallgestaltungen an, in denen der Vorgesetzte bereits als Täter, Teilnehmer oder als Vorgesetzter nach § 25a Abs. 1 oder 2 StGB-E an der Begehung der Bezugstat mitgewirkt hat. Dann müsste er unter der Strafdrohung des § 25 Abs. 3 S. 1 StGB-E eine Tat anzeigen, deren Kenntnis seitens der Strafverfolgungsbehörden auch für den anzeigenenden Vorgesetzten strafrechtliche Konsequenzen haben könnte.

(aa) Prozessualer Lösungsansatz

Das Problem der Gefahr strafrechtlicher Selbstbelastung kann auf dem strafprozessualen Wege gelöst werden, der etwa in § 393 Abs. 2 S. 1 AO und § 97 Abs. 1 S. 3 InsO beschritten worden ist. Weder im Steuer- noch im Insolvenzrecht entfällt die Mitteilungspflicht, wenn der Steuerpflichtige bzw. Schuldner Gefahr läuft, sich selbst einer Straftat bezichtigen zu müssen. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen des *Nemo-tenetur-Prinzips*<sup>3761</sup> sind im § 97 Abs. 1 S. 3 InsO durch ein umfassendes Verwendungsverbot hergestellt worden. Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nach, so dürfen seine Angaben nicht in einem Strafverfahren gegen ihn verwendet werden.<sup>3762</sup> Etwas abgeschwächt findet sich diese Lösung in § 393 Abs. 2 S. 1 AO wieder, der die Verwendung der von einem Steuerpflichtigen unter dem Druck der Pflicht mitgeteilten Informationen zur Verfolgung von außersteuerlichen Straftaten verbietet.<sup>3763</sup> Doch betreffen diese Regelungen andere Sachverhaltsgestaltungen als die hier relevante, dienen doch

3760 BVerfG, Beschl. v. 8.10.1974 – 2 BvR 747/73, BVerfGE 38, 105, 113; Beschl. v. 22.10.1980 – 2 BvR 1172/79, 2 BvR 1238/79, BVerfGE 5, 144, 150; Beschl. v. 13.1.1981 – 1 BvR 116/77, BVerfGE 56, 37, 43; BGH, Urt. v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59, BGHSt 14, 358, 364f.; Urt. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, BGHSt 38, 214, 220f. m.w.N.; eingehend dazu *Kölbl* Selbstbelastungsfreiheit, 2006, *passim*.

3761 Vgl. hierzu insbesondere BVerfG, Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvL 3/77, 2 BvL 9/77, BVerfGE 56, 1ff.; *Böse* Wirtschaftsaufsicht, S. 436 ff.; *Bosch* Aspekte, *passim*; *Kleinheisterkamp* Kreditwesen, S. 128 ff.; *Sahan* Steuererklärungspflicht, S. 44 ff.

3762 Vgl. hierzu *Dannecker/Hagemeier* in: *Dannecker/Knierim/Hagemeier*, Insolvenzstrafrecht, Rn. 172 ff.

3763 Hierzu im Einzelnen *Bülte* in: *Graf/Jäger/Wittig* § 393 Rn. 57 ff.

die im Steuer- und Insolvenzrecht bestehenden Mitteilungspflichten nicht der Durchführung eines Strafverfahrens, sondern der ordnungsgemäßen Abwicklung eines Verwaltungsverfahrens. Diese grundsätzliche Trennung der Verfahren – mag sie auch im Besteuerungs- und Steuerstrafverfahren in der Praxis nicht klar durchgehalten werden, wie § 393 AO zeigt<sup>3764</sup> – führt dazu, dass eine Beeinflussung des Strafverfahrens durch die Informationen des Insolvenz- oder Besteuerungsverfahrens zumindest theoretisch ausgeschlossen werden kann.<sup>3765</sup> Dieser Ausschluss würde aber im hier relevanten Fall deutlich zu weit gehen, weil er letztlich auf eine prozessuale Kronzeugenregelung zugunsten der Vorgesetzten hinauslaufen könnte: Wirkt der Vorgesetzte an der Straftat des Untergebenen mit, etwa indem er diese bewusst geschehen lässt, weil er sich für den Verband einen Vorteil aus der Tatbegehung verspricht, so könnte er das Risiko einer Bestrafung regelmäßig dadurch minimieren, dass er danach diese Tat bei der Staatsanwaltschaft später anzeigt und damit seiner Mitteilungspflicht nachkommt. Würde man hier ein Verwendungsverbot statuieren, so hätte dieses zur Folge, dass der Vorgesetzte durch die Mitteilung effektiv ein Verfolgungshindernis schaffen könnte. Seine Anzeige hätte die Ermittlungen gegen den Untergebenen angestoßen, so dass er sich regelmäßig darauf berufen könnte, seine Anzeige sei auch für alle Ermittlungsansätze, die auf seine Beteiligung an der Bezugstat hindeuten, kausal geworden. Versteht man daher das Verwendungsverbot so, dass alle Informationen nicht verwendbar sind, für die die Anzeige „Stein des Anstoßes“<sup>3766</sup> gewesen ist, so wäre eine Verfolgung des Vorgesetzten auf diese Weise kaum noch möglich, solange nicht eine Anzeige von dritter Seite erfolgt, die von der Mitteilung des Vorgesetzten und den dadurch angestoßenen Ermittlungen völlig unabhängig ist.

#### (bb) Materiell-rechtlicher Lösungsansatz

Damit kommt eher eine materiell-rechtliche Lösung in Betracht, wie sie etwa ungeschrieben im Steuerstrafrecht für die grundsätzlich strafbewehrte Steuererklärungspflicht bei sachlichem Zusammenhang zwischen unterschiedlichen Besteuerungszeiträumen von der Judikatur vertreten wird: Muss der Steuerpflichtige aufgrund seiner Erklärungspflicht Angaben über einen Besteuerungszeitraum machen, der sachlich so eng mit einem Besteuerungszeitraum zusammenhängt, für den er bereits seine Erklärungspflichten in strafbarer Weise verletzt hat, dass der durch die zu erstattende Erklärung Hinweise auf diese bereits begangene Straftat

3764 Hierzu *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig § 393 Rn. 2 ff.

3765 Vgl. zu den Problemfeldern im steuerstrafrechtlichen Kontext aber *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig § 393 Rn. 57 ff.

3766 So LG Göttingen, Beschl. v. 11.12.2007 – 8 Kls 1/07, wistra 2008, 231, 234 im Kontext des § 393 Abs. 2 AO.

liefern würde, so kann die Strafbewehrung der aktuellen Steuererklärungspflicht aus verfassungsrechtlichen Gründen ausgesetzt sein.<sup>3767</sup> Folgert man aus der Aussetzung der Strafbewehrung eine Ablehnung des Tatbestandes, so würde dies eine Änderung des objektiven Unrechtsurteils über die Tatbegehung bedeuten. Doch diese liegt hier nicht vor, da die Handlung des Täters nicht weniger sozial-schädlich ist, sondern dem Täter aufgrund der persönlichen Konfliktsituation nicht strafrechtlich vorgeworfen werden kann. Er wird zwar regelmäßig das in der Nichtmeldung liegende Unrecht erkennen; um ihn aber nicht in eine verfassungsrechtlich unzulässige Zwangssituation der Selbstverleugnung durch die drohende Selbstbelastung mit der Konsequenz der strafrechtlichen Verfolgung zu bringen, kann von ihm nicht die Befolgung der Handlungsnorm verlangt werden.

Dem könnte man zwar die Rechtsfigur der *omissio libera in causa*<sup>3768</sup> entgegenhalten und argumentieren, der Täter habe sich selbst in die Situation gebracht hat, in der er sich selbst belasten muss. *Böse*<sup>3769</sup> hat dies im Kontext des Steuerstrafrechts angenommen; dem Steuerpflichtigen, der in einer Steuererklärung unrichtige Angaben gemacht hat, soll aus diesem Grund die Berufung auf den *Nemo-tenetur*-Grundsatz verwehrt sein.<sup>3770</sup> Dieser Argumentation ist allerdings entgegenzuhalten, dass damit das Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung zu leicht ausgehebelt werden könnte. Überspitzt man diese Begründung, so führt sie nämlich zu dem Ergebnis, dass derjenige, der eine Straftat begeht, sich stets selbst in die Situation gebracht hat, in der er eine strafrechtliche Verfolgung befürchten muss, und der Zwang zur Selbstbelastung daher angemessen erschiene. Stützt man den *Nemo-tenetur*-Grundsatz mit der herrschenden Ansicht zumindest auch auf die Menschenwürde, so könnte deren Verletzung durchaus verneint werden, wenn man sich darauf beruft, dass der Einzelne in einem solchen Fall nicht zum Objekt staatlichen Handelns gemacht wird, weil er sich selbst durch die Tatbegehung in diese Rolle begeben hat; wer aber selbst die Zuschreibung vornimmt, könnte nicht Objekt sein, er müsste dann als Subjekt betrachtet werden. Diese These ist nur dann zutreffend, wenn der Handelnde sich dessen bewusst ist, dass er sich in diese Situation begibt; nur wer bewusst im Kontext eines Strafverfahrens handelt, kann sich selbst eine Rolle darin zuschreiben. Dieses Zuschreibungsbewusstsein besteht bei der Begehung einer Straftat regelmäßig noch nicht. Denkbar wäre dies allerdings – und das ist hier dann tatsächlich der Fall –, wenn die Begehung der Straftat zeitlich mit dem Entstehen der Mitteilungspflicht zusammenfiele, man dem Vorgesetzten mithin vorwerfen könnte, dass er regelmä-

3767 BGH, Beschl. v. 23.1.2002 – 5 StR 540/01, NStZ 2002, 437f.; vgl. ferner *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig § 393 AO Rn. 44f.

3768 Dazu *Fischer*, § 13 Rn. 79; *Paeffgen* in: NK-StGB, Vor § 323a Rn. 39; *Rudolph/Stein* in: SK-StGB Vor § 13 Rn. 48, 79; *Fünfsinn* Aufbau, S. 255; *Satzger* Jura 2006, 516ff.; *Struensee* in: FS Stree/Wessels, S. 133, 146.

3769 *Böse* wistra 2003, 49 ff.

3770 Zur Kritik *Bülte* in: Graf/Jäger/Wittig § 393 AO Rn. 46.

ßig nicht nur den Vorsatz hinsichtlich seiner Tatbeteiligung hat, sondern auch die Umstände genau kennt, die zur Meldepflicht führen. Doch ist es fraglich, ob diese Kenntnis der Meldepflicht als Folge der Tatbegehung ausreichend ist, um anzunehmen, der Vorgesetzte habe sich selbst und frei verantwortlich zum Gegenstand des Strafverfahrens gemacht, so dass der strafrechtliche Zwang zur Mitwirkung zulässig sein könne, weil er nur Folge der freien Entscheidung des Vorgesetzten zur Begehung der Straftat sei. Aber auch in dieser Situation entsteht unverändert die verfassungsrechtlich unzulässige Zwangslage, in der der Vorgesetzte entweder mit seiner Anzeige sich selbst belasten muss oder sich strafbar macht. An der konkreten Konfliktlage ändert sich durch das Vorverschulden nichts; der Ansatz, der dem Vorgesetzten die Berufung auf diese Zwangssituation nähme, würde ihm letztlich u.a. die Berufung auf die Menschenwürde verwehren.<sup>3771</sup>

#### (cc) Umsetzung in § 25a Abs. 3 S. 3 StGB-E

Daher dürfte an einer Beseitigung der Zwangslage durch eine Aussetzung der Strafbewehrung der Mitteilungspflicht kein Weg vorbeiführen. Dementsprechend soll § 25a Abs. 3 S. 3 StGB-E eben diese Straffreiheit für den Fall aussprechen, dass der Vorgesetzte auch wegen der Bezugstat bestraft werden kann. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass die besagte Zwangslage für den Vorgesetzten nur dann entstehen kann, wenn eine Bestrafung wegen der Bezugstat ihm auch tatsächlich droht. Ist eine Sanktionierung dagegen etwa wegen Verjährung der Tat des Vorgesetzten ausgeschlossen, während die Tat des Untergebenen wegen einer Verjährungsunterbrechung noch verfolgt werden kann, so führt dies zu einer Aussetzung der Suspendierung der Strafbewehrung. Der Vorgesetzte muss mithin in dem Moment, in dem die Verjährung eintritt, die Mitteilung abgeben. Dies kann dazu führen, dass der Vorgesetzte auch noch nach langer Zeit die Anzeige machen muss und sich gegebenenfalls auch in das Risiko begibt, ohne hinreichende Rechtskenntnisse nicht sicher erkennen zu können, ob seine Tat noch verfolgbar ist.

#### (3) Unterlassen der Mitteilung in der Absicht Vorteile zu erzielen

Unterrichtet der an der Vortat unbeteiligte Vorgesetzte die für die Sanktionierung zuständigen Stellen oder Behörden nicht über die Tat seines Untergebenen, so wird er für dieses Verhalten in der Regel wirtschaftliche Gründe haben. Zum einen kann dies das Interesse sein, einen mit einem Strafverfahren verbundenen Schaden für den Verband – insbesondere die Schädigung seines Ansehens – zu

3771 Vgl. Bülte in: Graf/Jäger/Wittig § 393 AO Rn. 46.

verhindern. Zum anderen kann die Handlungsmotivation darin liegen, aus der Tat des Untergebenen Vorteile für den Verband oder das Unternehmen zu erlangen; Letzteres ist etwa bei Korruptionstaten häufig der Fall.

Mit Blick auf diese Ausgangslage erscheint es sinnvoll, einen eigenen Qualifikationstatbestand für den Vorgesetzten zu schaffen, der bei dem Unterlassen der Meldung aus wirtschaftlichen Motiven handelt, wenn also die Pflichtverletzung ein vorteilsorientiertes Verhalten darstellt. Diese Fallgestaltung ist von § 257 StGB nicht hinreichend erfasst. Begeht der Untergebene eine Straftat im Interesse des Verbandes, so kommt ein möglicher Vorteil aus der Tat – etwa ein Vertragsabschluss oder eine Genehmigung aufgrund von Bestechungshandlungen<sup>3772</sup> – nicht dem Vortäter zugute, sondern entsteht beim Verband. Dieser ist Vertragspartner oder Genehmigungsinhaber, so dass eine Strafbarkeit wegen Begünstigung allein deswegen nicht in Betracht kommt, weil der Verband selbst nicht Täter im Sinne des Strafgesetzbuchs und damit des § 257 StGB sein kann, wenn die Tat in seinem Interesse und verbandsbezogen begangen worden ist. Tatbeständlich ist aber nur das Hilfeleisten in der Absicht, „*dem Täter*“ die Vorteile der Tat zu sichern. Deshalb scheitert § 257 StGB in Fällen unternehmensbezogener Straftaten oftmals daran, weil derjenige, der aus der Tat einen Vorteil hat, und der Täter auseinanderfallen. Die mittelbaren Vorteile, die der Täter der Bezugstat erlangt, wie etwa Provisionen für Geschäftsabschlüsse etc., sind in der Regel bereits keine tauglichen Tatobjekte, weil es am unmittelbaren<sup>3773</sup> Erlangen fehlt; zudem dürfte sich die Absicht des Vorgesetzten auch nicht auf deren Erhaltung richten, sondern auf Vorteile für den Verband.

Will man daher das Unrecht strafrechtlich erfassen, das in der Unterlassung des Vorgesetzten aus wirtschaftlichen Motiven liegt, so wird dies mit Blick auf den engen Strafrahmen des hier vorgeschlagenen § 25a Abs. 3 S. 1 StGB-E kaum möglich sein. Zudem erscheint es auch wenig einleuchtend, einen vergleichsweise geringen Strafrahmen zu wählen, wenn § 257 Abs. 1 StGB – vorbehaltlich der Begrenzung des § 257 Abs. 2 StGB – eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren als Höchststrafe vorsieht. Es dürfte daher eine geeignete Lösung sein, in § 25a Abs. 3 StGB-E eine Qualifikation zu normieren, um das spezifische Unrecht des Bestärkens der Begehungsgefahr zu sanktionieren, wenn der Verantwortliche mit der Absicht handelt, dem Verband die finanziellen Vorteile aus der Bezugstat zu sichern; wenn der Vorgesetzte also materiell eine Begünstigung zugunsten des nicht als Täter in Betracht kommenden Verbandes begeht. Da es sich letztlich um eine Begünstigungskonstellation handelt, erscheint hier – ebenso wie bei § 257 StGB – eine Strafdrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe angemessen.

3772 Zum Vorteilsbegriff *Walter* in: Leipziger Kommentar, § 257 Rn. 25.

3773 Vgl. zur Unmittelbarkeit BGH, Urt. v. 24.10.1989 – 1 StR 504/89, BGHSt 36, 277, 282; Urt. v. 27.8.1986 – 3 StR 256/86, NStZ 1987, 22; *Walter* in: Leipziger Kommentar, § 257 Rn. 31 ff.

#### (4) Strafrahmenbegrenzungsklausel des § 25a Abs. 3 S. 4 StGB-E

Die Übernahme der Beschränzungsklausel des § 257 Abs. 2 StGB ist im Hinblick darauf, dass es sich materiell um eine Begünstigungskonstellation handelt, nahe liegend und richtig. Die Schaffung oder Nichtbeseitigung einer Gefahr der Begehung von Taten aus dem Bereich der Systemkriminalität durch mangelnde Sanktionierung kann keinesfalls eine schwerere Strafe rechtfertigen als diejenige, die für die Tatbegehung selbst angedroht ist.

#### (5) Rechtfertigung der „nachträglichen“ Vorgesetztenverantwortlichkeit im allgemeinen Strafrecht

Der Vorgesetzte ist nicht auf Posten gestellt, um die Verfolgung seiner Untergebenen durch die Strafjustiz zu sichern. Die Durchführung eines Sanktionsverfahrens gegen den Untergebenen ist zwar das nominelle Ziel der Anzeigepflicht, aber nicht der materielle Endzweck. Die Bestrafung des Untergebenen ist lediglich ein notwendiges Zwischenziel, aber nicht der materielle Grund der Verpflichtung. Den Vorgesetzten innerhalb eines privaten Unternehmens oder sonstigen nicht öffentlich-rechtlichen Verbandes als für die Strafverfolgung verantwortlich anzusehen, wäre ohnehin allenfalls in sehr eng begrenzten Ausnahmefällen denkbar, nämlich wenn die Aufdeckung der verfolgten Straftaten andernfalls kaum effektiv möglich wäre, wie dies etwa bei der Geldwäsche angenommen wird.<sup>3774</sup> Inhaltliches Endziel der strafbewehrten Anzeigepflicht ist die Beseitigung der im Verband durch Sanktionslosigkeit von Systemkriminalität geschaffenen kriminogenen Faktoren; damit dient die Vorschrift des § 25a Abs. 3 StGB-E, die ein abstraktes Gefährdungsdelikt – und kein Erfolgsdelikt wie etwa § 258 StGB<sup>3775</sup> – darstellt, allenfalls reflexartig der Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs. Vielmehr soll der Vorgesetzte durch das Anschieben des Sanktionsverfahrens verhindern, dass der Tatbegehung Vorschub geleistet wird, indem der Eindruck entsteht, dass innerhalb des Verbandes Systemkriminalität „unter den Teppich gekehrt wird“. Insofern gleicht § 25a Abs. 3 StGB-E den Vorschriften des § 14 VStGB und § 40 WStG.

Die Statuierung einer neuen, im allgemeinen Strafrecht bislang unbekannten Form der strafrechtlichen Verantwortlichkeit bedarf der Rechtfertigung, handelt es sich doch nicht um eine der Strafvereitelung oder – zumindest im Grunddelikt des § 25 Abs. 3 S. 3 StGB-E – der Begünstigung in dogmatischer oder systematischer Charakterisierung vergleichbare, sondern um eine an § 14 VStGB und § 40

3774 Vgl. hierzu *Dannecker/Bülte* NZWiSt 2012, 1, 4; vgl. ferner *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht BT, S. 287.

3775 Vgl. nur *Walter* in: *Leipziger Kommentar*, § 258 Rn. 11 m.w.N.

WStG angelehnte Vorschrift. Die Tat, die § 25 Abs. 3 StGB-E umschreibt, schöpft ihren Unrechtsgehalt ebenso wie die genannten Vorschriften aus der Verletzung der Pflicht, auf einen Verband oder dessen Teil durch die Durchführung von Sanktionsverfahren so einzuwirken, dass die von ihm ausgehenden Gefahren der Verwirklichung von systemischem Unrecht minimiert werden. Daher stellt sich hier die Frage, ob das Unterlassen dieser Einwirkung auf die Untergebenen eine so erhebliche Gefährdung bedeutet, dass sie bei vorsätzlicher Begehung kriminelles Unrecht darstellt.

Die bereits erörterte Bedeutung der Sanktionslosigkeit als kriminogener oder kriminonalenter Faktor ist geeignet, die Strafvorschrift des § 25a Abs. 3 S. 1 StGB-E zu rechtfertigen. Die kriminologischen Untersuchungen von Makro- wie Mesokriminalität haben gezeigt, dass sich die Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung erheblich erhöht, wenn der Täter damit rechnen darf, die Tat ohne strafrechtliche Konsequenzen begehen zu können, weil er innerhalb des Verbandes, aus dem und für den er handelt, Billigung und Schutz genießt.<sup>3776</sup> Insbesondere die Untersuchungen über die massenhaften Gewaltverbrechen unter der nationalsozialistischen Diktatur machen die Wirkung der zur Tatbegehung drängenden Gruppendynamik deutlich.<sup>3777</sup> Es liegt ferner auf der Hand, dass die Folgenlosigkeit von Straftaten aus Organisationen einen möglichen generalpräventiven Effekt der Strafe unterminiert.

Der Begehung von systemischen Straftaten kann daher effektiv begegnet werden, indem der einzige klar konturierbare kriminale Faktor innerhalb eines Verbandes bekämpft wird. Einer kriminellen Verbandsattitüde als solcher und den mit ihr verbundenen gruppendynamischen Vorgängen kann nicht strafrechtlich, sondern nur sozialpolitisch begegnet werden. Sie kann auch kaum Gegenstand eines hinreichend bestimmten Straftatbestandes werden, zumal eine entsprechende Vorschrift sich stets mit dem Vorwurf der Gesinnungsstrafbarkeit konfrontiert sähe. Die Folgenlosigkeit und die bewusste Duldung von Straftaten aus dem Verband und im Interesse des Verbandes ist jedoch ein isolierbarer und damit tatbestandlich fassbarer objektiver Umstand. Eine Sanktionierung der Schaffung und Begünstigung dieses kriminonalen Faktors ist daher sinnvoll und die Nichtsanktionierung der Bezugstat durch den Vorgesetzten weist als Tat, die der Systemkriminalität bewusst Vorschub leistet, einen so erheblichen Unrechtsgehalt auf, dass ihre Bedrohung mit Kriminalstrafe gerechtfertigt erscheint.

Zwar kann dagegen vorgebracht werden, mit dieser Argumentation könnten auch andere Pflichtverletzungen im Unternehmen, die die Gefahr in sich tragen, der Systemkriminalität Vorschub zu leisten, unter Kriminalstrafdrohung gestellt werden. Jedoch wäre eine so umfassende Sanktionierung von Pflichtverletzun-

3776 Vgl. hier S. 809 ff.

3777 Vgl. hierzu näher hier S. 787 ff.

gen, deren konkrete Folgen nicht feststellbar sind, schon deswegen kaum verhältnismäßig, weil sich die Gefährlichkeit der Verletzung von Organisations- und Aufsichtspflichten innerhalb des Verbandes regelmäßig nur durch die kausalen Folgen der Verfehlung bestimmen lässt. Dies ist im Hinblick auf die das bewusste Dulden der Folgenlosigkeit insofern anders, als es hier möglich ist, der Tat zumindest ein abstraktes Gefahrenpotenzial zuzuweisen: Die Nichtsanktionierung stärkt nach kriminologisch gesicherten Erkenntnissen die kriminelle Verbandsattitüde und damit die Bereitschaft zur Tatbegehung; sie schwächt den Normappell der Strafvorschrift gegen die Systemkriminalität. Zudem ist es möglich, diese Handlung als Tat so hinreichend bestimmt zu umschreiben, dass sie Gegenstand einer den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG genügenden Strafvorschrift sein kann. Daher kann der hier vorgeschlagenen Lösung, mit der die Schaffung dieses kriminogenen Faktors unter Strafe gestellt wird, nicht entgegengehalten werden, andere möglicherweise ebenso wirksam der Systemkriminalität Vorschub leistende Umstände würden nicht mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts bekämpft werden. Denn diese Faktoren sind nicht in gleicher Weise mit den Mitteln eines rechtsstaatlichen Strafrechts erfassbar.

Aus diesen Gründen ist es gerechtfertigt, an dem isolierbaren Aspekt der Gefahrabwendung, an der konkreten Einzelpflicht diesen bestimmten kriminogenen Faktor nicht entstehen zu lassen, auch mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts anzusetzen. Der Versuch, diesen Gefahrenherd durch die Sanktionsdrohung und die Sanktionierung zu beseitigen, erscheint tauglich, erforderlich und auch im engeren Sinne verhältnismäßig, weil er dazu geeignet ist, einen wichtigen kriminogenen Faktor der Kriminalität aus Verbänden abzuschwächen oder ihn gar nicht erst entstehen zu lassen; mildere Mittel zu Erreichung dieses wichtigen Ziels nicht erkennbar sind. Diese Erwägungen rechtfertigen es, die besondere Anzeige- und Verfolgungspflicht (duty to punish) aus dem Pflichtenbündel des Vorgesetzten zu isolieren und, anders als die sonstigen Organisations- und Aufsichtspflichten, bereits die Verletzung der Pflicht mit Kriminalstrafe zu bedrohen, ohne dass die Pflichtverletzung bereits die Begehung konkreter Bezugstaten gefördert hätte.

(6) Zurückbleiben der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach Art. 12 Corpus Juris hinter der superior responsibility des Völkerstrafrechts und dem Vorschlag in § 25a Abs. 3 StGB-E

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach Art. 12 Corpus Juris bleibt in diesem Punkt hinter derjenigen zurück, die das internationale Völkerstrafrecht und das Völkerstrafgesetzbuch vorsehen: Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit bereits begangenen Straftaten Untergebener beinhaltet der Vorschlag für das Europäische Wirtschaftsstrafrecht nicht. Doch beeinträchtigt dieser Unterschied die Unionstauglichkeit des § 25a Abs. 3

StGB-E nicht. Anhaltspunkte dafür, dass die hier vorgeschlagene Regelung in irgendeiner Weise zu den Grundsätzen des Unionsrechts, insbesondere zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, im Widerspruch stünde, sind nicht ersichtlich. Die Vorschrift komplettiert vielmehr die auch im Unionsrecht geforderte, vielfach vom Europäischen Gerichtshof<sup>3778</sup> betonte und auch im primären<sup>3779</sup> und sekundären Unionsrecht<sup>3780</sup> zum Ausdruck gebrachte Zielsetzung einer wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Sanktionierung systemischer Kriminalität. Eine abschreckende und wirksame Sanktionsdrohung erfordert, dass einer der wichtigsten kriminogenen Faktoren innerhalb eines Verbandes, der zudem als einziger tatbestandlich isoliert werden kann, mit den Mitteln des Strafrechts bekämpft wird.

j) *Differenzierung nach Kriminalitätsbereichen und Gruppen von Systemkriminalität*

Die dreistufige Vorgesetztenverantwortlichkeit, die hier für § 25a StGB-E vorgeschlagen wird, bietet dem Gesetzgeber in Verbindung mit der in § 73d StGB nachgebildeten Verweisungstechnik die Möglichkeit, einzelne Kriminalitätsbereiche zu bestimmen, die als systemrelevant angesehen werden und für die eine gesetzliche Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit erforderlich erscheint. Eine solche Sonderregelung für die Vorgesetztenverantwortlichkeit ist notwendig, weil die allgemeinen Vorschriften und Regeln über Täterschaft und Teilnahme sowie die Unterlassungsdogmatik nicht ausreichen, um tatsächliche Verantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit zu übersetzen. Die hier vorgeschlagenen drei Ebenen der Vorgesetztenverantwortlichkeit ermöglichen zudem eine Differenzierung nach Graden der Systemrelevanz von Kriminalität:

(1) Dreistufige Vorgesetztenverantwortlichkeit für Elementarkriminalität und Kriminalität gegen die Wertebasis der Weltgemeinschaft

Ausgangspunkt sind hier zunächst die Kriminalitätsbereiche, die sich gegen die Menschheit in ihrer Gesamtheit richten, wie etwa die Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht, der Handel mit Atomwaffen oder schwere Umweltdelikte.

3778 Vgl. hierzu insbesondere EuGH, Urt. v. 21.9.1989 – Rs. 68/88 (*Griechischer Mais*), NJW 1990, 2245, 2246 m. Anm. *Tiedemann* NJW 1990, 2226 ff.; Urt. v. 10.7.1990 – C-326/88 (*Hansen*), RIW 1991, 683; Urt. v. 3.5.2005 – C-387/02, C-391/02 u. C-403/02 (*Berlusconi*), EuZW 2005, 369, 370 Rn. 53; *Dannecker/Bülle* in: *Wabnitz/Janovsky*, 2. Kap. Rn. 185.

3779 Vgl. Art. 325 Abs. 1 AEUV; Erwähnungsgrund 5 des Übereinkommens aufgrund von Artikel K.3 des Vertrags über die Europäische Union über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, EU ABl. C 316/49.

3780 Art. 39 RL 2005/60/EG (3. Geldwäscherichtlinie); Art. 4 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2003/568/JI des Rates (Bestechung im privaten Sektor); Art. 5 Abs. 1 Rahmenbeschluss 2022/475/JI des Rates (Terrorismusbekämpfung).

Solche Straftaten, die hier der ersten Gruppe der Systemkriminalität zugeordnet wurden,<sup>3781</sup> sind systemrelevant, weil sie nicht nur ein Subsystem innerhalb der menschlichen Gesellschaft schädigen, sondern die Grundlage menschlichen Lebens bedrohen können. Die Nichteinhaltung elementarster Regeln im Krieg führt zu dem bereits von *Kant*<sup>3782</sup> beschworenen Vernichtungskrieg. Umweltdelikte – wie etwa der rücksichtslose Umgang mit Atomenergie oder mit Giftmüll – können die Lebensgrundlage der Menschen ganzer Landstriche, Länder oder gar Kontinente zerstören. Hier ist die kriminelle Energie so hoch und die Gefährdungslage so grundlegend, dass die Vorgesetztenverantwortlichkeit in ihren drei Stufen erforderlich erscheint, um den drohenden Gefahren angemessen entgegenzutreten. Das vorsätzliche Geschehenlassen wird regelmäßig bereits aus der Betriebsinhaberhaftung nach den Regeln der Unterlassungshaftung strafbar sein, so dass die Rechtfertigung der Strafbarkeit als solche kaum infrage stehen dürfte. Man wird auch kaum in Abrede stellen können, dass das durch die fahrlässige Verletzung betrieblicher Aufsichts- und Organisationspflichten bedingte Zulassen solcher voraussehbarer Elementarkriminalität durch Untergebene einen so hohen Unrechtsgehalt aufweist, dass es strafwürdig und strafbedürftig ist. Ebenso offenkundig wie das kriminalpolitische Bedürfnis, das schuldhafte Geschehenlassen von Straftaten aus dem Bereich dieser Elementarkriminalität strafrechtlich zu sanktionieren, ist die Notwendigkeit einer Bekämpfung der maßgeblichen kriminogenen Faktoren für Kriminalität aus Verbänden.<sup>3783</sup> Man mag mit guten Gründen bestreiten können, dass es verhältnismäßig ist, durch kriminalstrafrechtliche Maßnahmen in die internen Strukturen eines Verbandes einzugreifen, um dort bestimmte Risikopotenziale zur Begehung von Straftaten zu verringern oder zu beseitigen. Kaum bestreitbar ist jedoch, dass die Gefahr der Begehung von Straftaten erga omnes auch mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts minimiert werden muss.

Ob eine umfassende Vorgesetztenverantwortlichkeit auch in den Kriminalitätsbereichen notwendig ist, in denen die systemischen Straftaten Angriffe auf die kulturelle und soziale Wertebasis der Weltgemeinschaft darstellen,<sup>3784</sup> könnte man zwar in Zweifel ziehen. Diese zweite Gruppe der Systemkriminalität, zu der Straftaten wie der Menschenhandel, der Betäubungsmittelhandel und die Verbreitung von kinderpornografischen Schriften gehört, stellt keine Elementarkriminalität im engsten Sinne dar, weil sie die physische Lebensgrundlage der Menschheit nicht infrage stellen. Aber diese Taten sind dennoch geeignet, durch die Verletzung und Gefährdung der wichtigsten Grundwerte einer liberalen so-

3781 Vgl. zur Einteilung von Systemkriminalität im Allgemeinen und zur Elementarkriminalität im Besonderen hier S. 847 ff.

3782 *Kant* AA VIII, Zum ewigen Frieden, S. 346.

3783 Vgl. hierzu näher hier S. 55 ff.

3784 Vgl. zu dieser zweiten Gruppe von Systemkriminalität hier S. 848 ff.

wie sozial- und rechtsstaatlichen Gesellschaft, das infrage zu stellen, was man als die zivilisatorischen Errungenschaften – wenn auch weitgehend bislang nur als politische Zielsetzungen und Absichtsbekundungen realisiert – der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts bezeichnen kann. Im Hinblick auf die Relevanz solcher Straftaten für die gesellschaftlichen Grundlagen steht die verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeit einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten, der an einer solchen Tat seines Untergebenen durch bewusstes Geschehenlassen mitwirkt, nicht ernsthaft infrage. Ein solches Verhalten als ebenso strafwürdig und strafbedürftig anzusehen, wie die Tatbegehung selbst, ist zudem kriminalpolitisch geboten, um der besonderen Wirkung und Gefährlichkeit solcher Pflichtverletzungen und ihrem Unrechtsgehalt gerecht zu werden. Diese Argumente sprechen dafür, auch das fahrlässige Mitwirken an der Bezugstat durch vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung von Aufsichts- oder Organisationspflichten ohne Kenntnis von der erkennbaren bevorstehenden Bezugstat (§ 25a Abs. 2 StGB-E) sowie das bewusste Entstehenlassen des kriminogenen Faktors der Folgenlosigkeit von Systemkriminalität (§ 25a Abs. 3 StGB-E) mit Kriminalstrafe zu bedrohen.

## (2) Einschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit für weitere Bereiche der Systemkriminalität?

Begrenzungen der Vorgesetztenverantwortlichkeit liegen dagegen in den Bereichen der Kriminalität näher, die Angriffe auf die Systeme der modernen Strukturen von Wirtschaft und Gesellschaft darstellen. Einschränkungen können aber auch hier nicht generell und für die gesamte Gruppe dieser Art von Systemkriminalität vorgenommen werden. Der Gesetzgeber wird nicht umhinkommen, in jedem Einzelfall die Anwendung der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu erwägen und kriminalpolitische Rechenschaft über die Statuierung eines Verweises auf die Einzelvorschriften des § 25a StGB-E abzulegen. Während für systemische Kriminalität die Anwendung des § 25a Abs. 1 und Abs. 2 StGB-E wohl mit denselben Argumenten begründbar ist wie im Hinblick auf die bereits erörterten Gruppen der Elementarkriminalität und der Kriminalität gegen die Wertebasis der Weltgemeinschaft, ist eine Statuierung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für die Nichtsanktionierung von Straftaten Untergebener selbst dann zumindest begründungsbedürftig und nicht selbstverständlich, wenn es sich um systemische Kriminalität mit Organisationsbezug handelt.

Dabei stellt sich der Rechtfertigungsbedarf je nach Kriminalitätsbereich sehr unterschiedlich dar. In allen Bereichen, in denen der Verband typischerweise von der von dem Untergebenen begangenen Tat profitiert, die Tat also in seinem Interesse begangen wird, wie etwa bei der aktiven Besteckung, der Steuerhinterziehung oder bei Umweltstraftaten – soweit sie nicht ohnehin als Taten der Elemen-

tarkriminalität einzustufen sind –, liegt die besondere Bedeutung der kriminellen Verbandsattitüde und damit auch des kriminogenen Faktors der Folgenlosigkeit von Straftaten im Verbandsinteresse auf der Hand. In diesen Fallkonstellationen wird die Tat gerade deswegen begangen, weil vonseiten des Verbandes, der regelmäßig Kenntnis von der Tat oder zumindest von Verdachtsmomenten erlangt, keine Aufdeckung droht. Daher erscheint es sinnvoll, in Anlehnung an § 30 OWiG die Sanktionierung des Vorgesetzten davon abhängig zu machen, dass es sich um eine Bezugsstrafat handelt, die im Interesse des Verbandes begangen worden ist. Nach § 30 OWiG ist die Verhängung einer Geldbuße nur dann möglich, wenn Pflichten verletzt worden sind, die die juristische Person oder Personenvereinigung treffen oder die juristische Person oder die Personenvereinigung durch die Tat „bereichert werden sollte oder bereichert worden ist“.

Diese Formulierung, die auf eine *Bereicherung* abstellt und damit auf einen im Strafrecht häufig verwendeten Begriff zurückgreift, erscheint zwar ausreichend, um im Interesse eines Verbandes begangene Vermögensdelikte von der Vorgesetztenverantwortlichkeit zu erfassen. Denn nach herrschender Auffassung ist nicht eine Mehrung der Aktiva erforderlich, um das Tatbestandsmerkmal zu erfüllen. Es wird lediglich irgendein wirtschaftlicher Vorteil oder zumindest das Streben danach verlangt, so dass alle (rechtswidrigen) Vermögensvorteile einschließlich mittelbarer Besserstellungen, soweit sie wirtschaftlich messbar sind, unter den Begriff der *Bereicherung* gefasst werden können.<sup>3785</sup> Jedoch werden damit Handlungen nicht erfasst, die nur zur Erreichung unbestimmter und daher nicht messbarer Vorteile begangen werden, wie etwa zur Verhinderung eines Imageverlustes oder zum Aufbau von Kontakten. Solche Vorteile können insbesondere im Bereich der Korruption sehr bedeutsam sein, wenn es etwa um Anbahnungszuwendungen – wie das „*Anfüttern*“ von Amtsträgern – geht, das nur zur „*Klimapflege*“ betrieben wird, um also das Wohlwollen des Amtsträgers zu erreichen, und das nach §§ 331, 333 StGB bereits strafbar ist.<sup>3786</sup> Daher erscheint die Beschränkung auf Taten, die dazu dienen, den Verband zu *bereichern*, zumindest insofern zu kurz gegriffen.

Im Kontext der österreichischen Regelung zum Verbandsverantwortlichkeitsgesetz ist diskutiert worden, ob das Tatbestandsmerkmal „*zugunsten des Verbandes*“ nicht besser geeignet sei, die Grenzen der Verbandsverantwortlichkeit zu bestimmen. Argumentiert wurde hier damit, dass es insbesondere im Kontext der Terrorismusfinanzierung nicht ausreichend sei, wenn der Verband nur für solche Taten haften müsse, die seiner Bereicherung dienen. Im Gesetzgebungsverfahren wurde daher die Formulierung des § 30 OWiG zugrunde gelegt und auf

3785 Vgl. Bohnert, OWiG § 30 Rn. 37.

3786 Vgl. hierzu BGH NStZ 2008, 33 m. Anm. Beckemper/Stage; ferner Korte in: MüKo-StGB, § 333 Rn. 19; Bannenberg in: Wabnitz/Janovsky 12. Kap. Rn. 61; Trig in: Beck-OK-StGB, § 331 Rn. 6.1.

jedes Handeln ausgeweitet, das darauf gerichtet ist, dem Verband Vorteile zu bringen.<sup>3787</sup> Diese Formulierung ist auch Gesetz geworden, so dass eine Verbandssanktion nach österreichischem Recht nur in Betracht kommt, wenn der Täter Pflichten des Verbandes verletzt oder „*zugunsten des Verbandes*“ gehandelt hat.<sup>3788</sup> Dieses Kriterium auch für die Vorgesetztenverantwortlichkeit nutzbar zu machen, ist sinnvoll, denn es liegt nahe, eine Verweisung auf § 25a Abs. 3 StGB-E für Delikte, die sich „lediglich“ gegen gesellschaftliche und wirtschaftliche Funktions- und Regelungssysteme richten, davon abhängig zu machen, dass die Tat im Interesse des Verbandes begangen worden ist, dem der unmittelbare Täter und sein Vorgesetzter angehören. Das würde bedeuten, dass im Rahmen der betreffenden Strafvorschrift nicht schlicht auf § 25a StGB-E verwiesen werden würde, sondern die entsprechende Verweisung wie folgt zu formulieren wäre:

§ 25a Abs. 1 und 2 dieses Gesetzes/des Strafgesetzbuches sind anwendbar. § 25 Abs. 3 dieses Gesetzes/des Strafgesetzbuches ist anwendbar, soweit die Bezugstat zugunsten des Verbandes begangen wurde, dem der Täter der Bezugstat und sein Vorgesetzter angehören.

Jedoch erscheint es nicht angebracht, in allen Bereichen dieser Gruppe von Systemkriminalität nur eine Verweisung vorzunehmen, die sich auf im Interesse des Verbandes vorgenommene Bezugstaten beschränkt. Eine solche Einschränkung ist insbesondere für Deliktsgruppen angebracht, die sich vornehmlich als Vermögensdelikte darstellen, so etwa die Umsatzsteuerhinterziehung und der Subventionsbetrug. Dass eine Beschränkung nicht in jedem Fall angemessen erscheint, macht jedoch wiederum die Gruppe der Korruptionsdelikte deutlich: Lässt sich ein Amtsträger bestechen, so begeht er eine Tat mit Organisationsbezug, die jedoch keinesfalls im Interesse des Verbands, dem er angehört, begangen wird. Dennoch ist unzweifelhaft, dass gerade zur Bekämpfung der Bestechlichkeit im öffentlichen Sektor eine umfassende Vorgesetztenverantwortlichkeit unter Beseitigung des wichtigsten kriminogenen Faktors kriminalpolitisch notwendig ist. Daher soll nach diesem Gesetzesvorschlag, der eine umfassende Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs beinhaltet, über die Verweisung auf diese Vorschriften insofern in einer Prüfung für jede einzelne Strafvorschrift des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs und des Nebenstrafrechts entschieden werden. Da es sich bei der Bestimmung der Kriminalitätsbereiche, die systemische Kriminalität darstellen, um eine kriminalpolitisch

3787 Nr. 994 der Beilagen XXII. GP – Regierungsvorlage – Materialien, S. 21, widersprüchlich insofern die späteren Ausführungen dort, die den Begriff *zugunsten* wieder auf die Vermögensdelikte zurückführen, vgl. hierzu auch Zeder Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, S. 58.

3788 Vgl. zu weiteren Formulierungsvorschlägen („*im Interesse des Verbandes*“) Stellungnahme des Oberlandesgerichts Graz 23/SN-177/ME XXII. GP; zu den entsprechenden Formulierungen europäischer Tatbestände der Verbandsverantwortlichkeit Zeder Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, S. 20 f., 27.

sche handelt, obliegt diese Entscheidung dem Gesetzgeber, der seine Entscheidung innerhalb der Grenzen des Verfassungsrechts zu treffen hat.

#### *k) Zusammenfassende Feststellungen zu § 25a StGB-E*

Der hier vorgelegte Gesetzesvorschlag greift die Konzeption des Völkerstrafrechts für eine Vorgesetztenverantwortlichkeit auf und passt sie dem allgemeinen Strafrecht an. Die Zweiteilung des internationalen Völkerstrafrechts in die Sanktionierung von Verletzungen der duty to prevent einerseits und der duty to punish andererseits wird im § 25a StGB-E ebenso wie im Völkerstrafgesetzbuch durch eine Dreiteilung ersetzt:

Als erste Stufe des § 25a Abs. 1 StGB-E wird die echte Zurechnungs- und Beteiligungsvorschrift der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Sinne einer Vorsatzverantwortlichkeit für die Bezugstat erfasst. Hierunter fällt die Unterlassungsstrafbarkeit der Betriebsinhaberhaftung und der Entscheidungsträgerverantwortlichkeit, die in ähnlicher Weise in § 4 VStGB geregelt ist.

Auf der zweiten Stufe erfolgt mit § 25a Abs. 2 StGB-E durch die mittelbare Zurechnung der vorhersehbaren – gegebenenfalls „*ohne Weiteres*“ vorhersehbaren – Bezugstat. Diese stellt hier der tatbestandliche Erfolg dar, verursacht durch die fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzung. Damit lehnt sich die vorschlagene Vorschrift an § 13 VStGB und bedingt an § 41 WStG an. Auf diese Weise werden die Maschen des Netzes strafrechtlicher Vorgesetztenverantwortlichkeit auf die fahrlässige Mitwirkung an der Tat des Untergebenen verengt und eine mittelbare Form der fahrlässigen Beteiligung an der Bezugstat geschaffen. Die Strafbarkeit des Vorgesetzten ist damit limitiert akzessorisch zur Erfüllung des Tatbestands der Bezugstat und nicht nur zur Herbeiführung eines tatbestandlichen Erfolgs. Auf diese Weise ist die Vorgesetztenverantwortlichkeit partiell enger als die fahrlässige Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13 StGB, die allein die Herbeiführung des Unrechtserfolgs – unabhängig auf welchem Weg – unter Strafe stellt.

Auf der dritten und letzten Stufe wird in Orientierung an § 14 VStG und § 40 WStG eine spezifische Gefahrabwendungspflicht des Vorgesetzten, die im Völkerstrafrecht als duty to punish bezeichnet wird, herausgegriffen und mit Strafe bewehrt. Der Vorgesetzte ist verantwortlich dafür, dass der kriminogene bzw. kriminovalente Faktor der Folgenlosigkeit systemischer Straftaten entweder nicht entsteht oder wieder beseitigt wird. Der Verband, der durch seine Struktur und Tätigkeit die Gefahr der Begehung systemischer Straftaten geschaffen hat, muss für die Minimierung dieses Risikos sorgen. Im Rahmen dieser Aufgabe, die dem Vorgesetzten zur Wahrnehmung durch Organisation und Aufsicht übertragen wurde, entsteht nicht nur die Pflicht zur unmittelbaren Verhinderung von Straftaten, sondern auch zur Vermeidung kriminogener Faktoren. Die bedeutendste

unter diesen Ursachen für Verbandskriminalität, und zugleich die einzige, die sich hinreichend konkretisieren lässt, ist die Sanktionslosigkeit von Straftaten, die die Kriminalitätsentstehung durch Schwächung des Normappells begünstigen. Diesen Faktor hat der Vorgesetzte im Rahmen seiner Möglichkeiten auszuschalten und so die Gefahr der Begehung systemischer Straftaten zu verringern. Der Vorgesetzte muss sich hier nicht in einer Weise strafrechtlich selbst belasten, die gegen den *Nemo-tenetur*-Grundsatz verstößen würde. Dies sichert § 25a Abs. 3 S. 3 StGB-E durch eine Suspendierung der Strafbewehrung ab.

Die angemessene Anordnung einer Geltung der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 25a StGB-E ist im Wesentlichen eine Frage rationaler wissenschaftlicher Kriminalpolitik, deren Grenzen insbesondere durch den Verfassungsgrund- satz der Verhältnismäßigkeit und durch das Schuldprinzip bestimmt werden, die im Strafrecht herausragende Bedeutung haben. Daher obliegt dem Gesetzgeber nicht nur die Entscheidung, ob eine strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit statuiert wird. Er muss auch über die Kriminalitätsbereiche und Straftaten entscheiden, für die eine Vorgesetztenverantwortlichkeit für eine effektive und rechtsstaatliche Bekämpfung von Kriminalität notwendig erscheint. Die grundsätzliche Entscheidung über die Möglichkeit und Struktur einer Vorgesetztenverantwortlichkeit hat der Gesetzgeber mit den Vorschriften der §§ 4, 13, 14 VStGB bereits getroffen.

Hier wird nun vorgeschlagen, diese Regeln in den Allgemeinen Teil des Strafrechts aufzunehmen und für jeden Kriminalitätsbereich, der als systemisch betrachtet werden muss, auf die allgemeine Regelung des § 25a StGB-E zu verweisen. Es liegt in diesem Kontext nahe, die dreistufige Regelung des § 25a StGB-E zur Gänze auf alle Delikte anzuwenden, die nach der hier verwendeten Einteilung der Elementarkriminalität oder der Kriminalität gegen die Wertebasis der Weltgemeinschaft anzusehen sind, während eine Beschränkung der Anwendung des § 25a Abs. 3 StGB-E, der die Nichtanzeige von Bezugstaten unter Strafdrohung stellt, auf die Fallgestaltungen nahelegt, bei denen die Bezugstat dem Interesse des Verbandes dient, dem unmittelbarer Täter und Vorgesetzter angehören. Die Entscheidung über eine solche Beschränkung der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist eine kriminalpolitische Entscheidung, die für jede Strafvorschrift eigens zu treffen ist.

In systematisch-technischer Hinsicht bedient sich der hier entwickelte Vorschlag einer Blankettverweisungstechnik, wie sie bei § 73d StGB verwendet wird: In der Strafvorschrift des Besonderen Teils muss bestimmt werden, ob und in welcher Weise § 25a StGB-E für die begangene Gesetzesverletzung zur Anwendung kommt.

## Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans: Die Sanktionen gegen die Unternehmensdelinquenz im Umbruch, JuS 1990, S. 601-608
- Achenbach, Hans: Diskrepanzen im Recht der ahndenden Sanktionen gegen Unternehmen, in Beiträge zur Rechtswissenschaft, Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Küper (Hrsg.), 1993, S. 545-562
- Achenbach, Hans: Rezension – Günter Maschke, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen – Die Sanktionierung von Verstößen gegen die Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen nach § 130 des Ordnungswidrigkeitengesetzes unter besonderer Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen Tathandlung und Zu widerhandlung, Berlin 1997, wistra 1998, S. 296-300
- Achenbach, Hans/Ransiek, Andreas: Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2012
- Achenbach, Hans: Verbandsgeldbuße und Aufsichtspflichtverletzung (§§ 30 und 130 OWiG) – Grundlagen und aktuelle Probleme, NZWiSt 2012, S. 321-328
- Adam, Dirk H. V.: Die Begrenzung der Aufsichtspflichten in der Vorschrift des § 130 OWiG, wistra 2003, S. 285-292
- Addicot, John F./Hudson, W. A.: The twenty-fifth anniversary of My Lai: A Time to inculcate the lessons, Military Law Review, Vol. 139 (1993), S. 153-185
- Adelung, Johann Christoph: Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, Band 4, Leipzig 1793 bis 1801
- Adorno, Theodor W./Horkheimer, Max: Dialektische Aufklärung, Philosophische Fragmente, Amsterdam 1944
- Akçam, Taner: Armenien und der Völkermord: die Istanbuler Prozesse und die türkische Nationalbewegung, Hamburg 1996
- Alwart, Heiner: Sanktion und Verantwortung, ZIS 2011, S. 173-179
- Albrecht, Hans-Jörg: Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch, §§ 1-21 (bearb. von Hassemer, Winfried), Neuwied 1990
- Alffeld, Philipp/Meyer, Hugo (Begr.): Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl., Leipzig 1943
- Altenhahn, Karsten: Das Anschlußdelikt: Grund, Grenzen und Schutz des staatlichen Strafanspruchs und Verfallrechts nach einer individuellen Strafrechtsauffassung, Tübingen 2002
- Ambos, Kai: Tatherrschaft durch Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate – Eine kritische Bestandsaufnahme und weiterführende Ansätze, GA 1998, S. 226-245
- Ambos, Kai: Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Berlin 2002
- Ambos, Kai: Afghanistan-Einsatz der Bundeswehr und Völker(straf)recht, NJW 2010, S. 1725-1727
- Ambos, Kai: Internationales Strafrecht, 4. Aufl., München 2014
- Ambos, Kai: Judicial Creativity at the Special Tribunal for Lebanon: Is There a Crime of Terrorism under International Law? Leiden Journal of International Law, 24 (2011), S. 655-675
- Ambos, Kai: Völkerrechtliche Kernverbrechen, Weltrechtsprinzip und § 153f StPO. Zugleich Anmerkung zu GBA, JZ 2005, 311 und OLG Stuttgart, NSfZ 2006, 117, NSfZ 2006, S. 434-438