

B. Erfassung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Allgemeinen Teil des Strafrechts

Besondere Bedeutung hat die Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts, insbesondere im Kontext der Bekämpfung von *Unternehmenswirtschaftskriminalität*. Unter dem letzteren Begriff soll mit *Schünemann* ein bestimmter Bereich der Wirtschaftskriminalität verstanden werden, nämlich die Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, die aus einem Unternehmen heraus bzw. durch Handeln für ein Unternehmen begangen werden.³⁰⁰ Diese Taten sind – in Anlehnung an § 74c Abs. 1 Nr. 6 GVG – der Wirtschaftskriminalität zuzuordnen, wenn sie in Teilnahme am Wirtschaftsleben und unter Ausnutzung besonderer Funktionen oder Kenntnisse der dort vorhandenen Instrumente begangen werden.³⁰¹ Dabei darf der Begriff des *Unternehmens* nicht zu eng verstanden werden. Unternehmen im hier relevanten Sinne kann durchaus auch eine öffentliche oder staatliche Organisation, aber auch kriminelle Organisation sein. Wirtschaftsstraftaten werden vielfach auch im Zusammenwirken mit Personen begangen, die von öffentlicher Seite an Genehmigungs- oder Vergabeverfahren beteiligt sind. Solche Korruptionstaten können, soweit es sich nicht um Individualtaten handelt, ebenfalls dem Bereich der Unternehmenskriminalität im weiteren Sinne zugeschlagen werden. Nicht zur Unternehmenskriminalität in diesem Sinne gehören dagegen Taten, die aus dem Unternehmen gegen dieses, gegen Unternehmensangehörige oder innerhalb von Unternehmen zwischen den Angehörigen (Betriebskriminalität)³⁰² begangen werden, soweit sie nicht ihrerseits wieder für oder aus einem Unternehmen stattfinden. Dabei handelt es sich um unternehmensinterne Kriminalität, die hier nicht Gegenstand ist.

Jedoch spielt die Frage nach der Vorgesetzten- oder Entscheidungsträgerverantwortlichkeit nicht ausschließlich im Wirtschaftsstrafrecht oder im Zusammenhang mit Vorgängen in der Wirtschaft eine Rolle. Auch in anderen Bereichen werden Straftaten von Personen begangen, die in einer Weise in Organisationsstrukturen eingebunden sind, dass Verfehlungen von Entscheidungsträgern, in diesem Fall von in der Organisation vorgesetzten Personen, überhaupt erst die Grundlage für die Tatbegehung liefern. Dies gilt insbesondere im Bereich des Wehrstrafrechts. Im Folgenden wird daher von *Verbandskriminalität* gesprochen, die Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist.

300 *Schünemann* wistra 1982, 41 m.w.N.; vgl. auch *Tiedemann* Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 27 ff.

301 Ähnlich *Schünemann* wistra 1982, 41 m.w.N.; eingehend zum Begriff der Wirtschaftskriminalität *Dannecker/Bülte* in: Wabnitz/Janovsky, 1. Kap. Rn. 5 ff.

302 So der von *Schünemann* wistra 1982, 41 verwendete Begriff.

I. Gegenstand der Vorgesetztenverantwortlichkeit

Die Auseinandersetzung mit der *Entscheidungsträger-* und der *Vorgesetztenverantwortlichkeit* setzt zunächst die Frage danach voraus, was unter diesen Begriffen überhaupt verstanden werden kann. Dabei geht es hier noch nicht um die Voraussetzungen der Strafbarkeit, sondern darum zu umreißen, wann überhaupt von Entscheidungsträgerverantwortlichkeit oder von Vorgesetztenverantwortlichkeit gesprochen werden kann, damit möglichst klare Begriffsbestimmungen zugrunde gelegt werden können.

Die *Vorgesetztenverantwortlichkeit* setzt bereits begrifflich voraus, dass ein Hierarchieverhältnis gegeben ist, in dem eine Person eine untergeordnete und die andere Person eine übergeordnete Stellung einnimmt. Die Stellung und die Rechte des Vorgesetzten bestimmen sich dabei nach der Ausgestaltung der jeweiligen Anweisungs- und Aufsichtsstruktur innerhalb eines Verbandes und können von der strikten militärischen Befehlsgewalt, über die im Beamtenrecht generell gegebene Anweisungskompetenz bis zum juristisch verhältnismäßig schwachen, arbeitsrechtlichen Direktionsrecht reichen: Vorgesetzter in diesem allgemeinen Sinne wäre damit derjenige, der aufgrund seiner rechtlichen Stellung, mag diese durch öffentliches Recht oder Privatrecht begründet sein, innerhalb einer Organisation Anweisungen erteilen kann, die gewöhnlich befolgt werden.

Kommt es jedoch tatsächlich auf die rechtliche Stellung des Anweisenden oder vielmehr nur auf die Wirkungsmacht seiner Anweisungen an? Denn auch außerhalb rechtlicher Gestaltungen sind Konstellationen denkbar, in denen Anweisungskompetenzen bestehen. Zu denken wäre hier etwa an Personen, die eine Führungsrolle innerhalb von kriminellen Organisationen innehaben, die oftmals keine rechtlich gefestigte Struktur aufweisen. Aber auch in der legalen Wirtschaft sind solche Konstellationen denkbar, wenn man die tatsächlichen Weisungsmöglichkeiten faktischer Geschäftsführer oder nur wirtschaftlich begründeten Weisungsmöglichkeiten innerhalb von Konzernstrukturen betrachtet. Um solche Fallgestaltungen nicht aus dem Bereich der Vorgesetztenverantwortlichkeit auszuschließen und damit den Begriff des *Vorgesetzten* als Element der Diskussion um die Verantwortlichkeit in Unternehmen nicht so zu verkürzen, dass eventuell wichtige Mitwirkungsbeiträge zu Straftaten unerfasst bleiben, soll hier der Vorgesetztenbegriff weit verstanden werden: Vorgesetzter ist demnach – zunächst noch phänomenologisch – derjenige, dem aufgrund seines Status in einer Hierarchie eine Rolle zugewiesen ist, die die Kompetenz zur Erteilung von Anweisungen beinhaltet.

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit bezieht sich dabei ausschließlich auf jene strafrechtliche Verantwortung, die durch die Vorgesetzteigenschaft begründet wird. Diese Strafbarkeit erhält ihre Konturen durch die Beziehung zwischen Vorgesetztem und Untergebenen. Es handelt sich damit um die Haftung des Vorge-

setzten für Fehler (im weitesten Sinne) bei der Führung, Aufsicht oder Kontrolle von Untergebenen. Dies betrifft vornehmlich die Fälle, in denen der Vorgesetzte seinen Untergebenen nicht an der Begehung von Straftaten oder der Verursachung von Schäden hindert, kann aber auch – wie es im Wehrstrafrecht oder im Völkerstrafgesetzbuch der Fall ist – Situationen umfassen, in denen der Vorgesetzte die Mitwirkung an der strafrechtlichen oder disziplinarischen Verfolgung Untergebener unterlässt. Insofern kann zwischen einer präventiven und einer repressiven Vorgesetztenverantwortlichkeit unterschieden werden.

Teil der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist schließlich auch die Haftung von Aufsichts- und Kontrollvorgesetzten. Dies sind solche Personen, denen innerhalb eines Verbandes die Aufgabe zukommt, die Tätigkeit anderer Personen zu kontrollieren und zu überwachen. Auch sie kann man als Vorgesetzte bezeichnen. Sie mögen im Einzelfall keine unmittelbaren Weisungsrechte haben und gegenüber den von ihnen überwachten oder kontrollierten Personen keine unmittelbaren Anordnungen treffen können; dennoch haben sie zumindest insoweit eine faktische Kontrollgewalt über das Verhalten der Kontrollsubjekte, als sie durch die Mitteilung über ein Fehlverhalten gegenüber den hierarchischen Vorgesetzten die Anordnung einer Verhaltensanweisung gegenüber einer zu beaufsichtigenden oder zu kontrollierenden Person erwirken können. Aufsichts- oder Kontrollvorgesetzte können daher auch beim Fehlen unmittelbarer Anordnungs-kompetenz mittelbare Vorgesetzte sein und sind daher in die Betrachtung der Vorgesetztenverantwortlichkeit einzubeziehen.

II. Vorgesetztenverantwortlichkeit im Allgemeinen Teil des Strafrechts *de lege lata*

Die Erfassung von Kriminalität, die aus wirtschaftlich ausgerichteten Organisationen, staatlichen Machtapparaten oder sonstigen Verbänden heraus begangen wird, bereitet dem Strafrecht besondere Schwierigkeiten, weil das Strafgesetzbuch Arten der Tatbegehung, die von der individuellen Mikrokriminalität abweichen, nur sehr unspezifisch berücksichtigt. Zwar kennt das Strafrecht verschiedene Formen des Zusammenwirkens von Personen bei der Tatbestandsverwirklichung und regelt diese in den Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme (§§ 25 ff. StGB), jedoch sind diese Regeln allgemein gehalten und nur für die Begehung von Taten durch primitive Organisationsformen, wie einfache Bandenstrukturen, konzipiert. Damit ist es im Grunde Zufall, ob und inwieweit die Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme auch Fälle der Kriminalität aus Organisationen erfassen können. Für die Verbandskriminalität sind keine spezifischen Regelungen getroffen worden, die dazu bestimmt und geeignet wären, die jeweiligen Beiträge von mehreren Personen, die auf unterschiedlichen Hierarchieebenen an einer Tat mitwirken, zu erfassen. Bei der Beurteilung der Mitwirkungs-

handlungen von Individuen an einem aus einem Verband heraus verwirklichten kriminellen Geschehen entstehen daher regelmäßig Zurechnungsprobleme. Diese basieren darauf, dass das deutsche Strafrecht die Zuweisung von Verantwortlichkeit vornehmlich über das Element der kausalen Handlung bestimmt und an dieser die Zuweisung eines Erfolgs als Gegenstand der Verantwortlichkeit eines Rechtssubjekts festmacht.

Nur für die Sonderpflichtdelikte hat der Gesetzgeber die deutlichste Zurechnungslücke durch die Schaffung von § 14 StGB und § 9 OWiG geschlossen. Doch diese Regelungen lassen lediglich die gesetzliche Fiktion einer Sonderpflichtigkeit von Entscheidungsträgern zu, soweit spezifische Unternehmer- bzw. Verbandspflichten verletzt worden sind. Im Übrigen sind – zumindest für das Strafrecht im engeren Sinne (Kriminalstrafrecht) – lediglich spezifische Vorschriften für Straftaten aus Verbänden in einzelnen Teilbereichen geschaffen worden, die im Folgenden detailliert erörtert werden sollen. Zunächst wird jedoch ein Blick auf die Möglichkeiten geworfen, die nach den geltenden Bestimmungen des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs und den Allgemeinen Lehren bestehen, um für aus einem Verband und im Interesse des Verbandes begangene Straftaten nicht nur den auf der unteren Hierarchiestufe unmittelbar Handelnden strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, sondern auch den hierarchisch höherstehenden Entscheidungsträger seiner tatsächlichen Verantwortung angemessen zu bestrafen.

1. Ausgangslage: Verantwortlichkeit von Vorgesetzten nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils und verfassungsrechtlicher Rahmen

Nach dem Strafgesetzbuch wird als Täter bestraft, wer eine (isolierbare) tatbestandliche Handlung begangen hat oder ein Tatgeschehen beherrscht, das die Zurechnung eines bestimmten Erfolgs im Wege einer naturalistischen Kausalkette begehrt.³⁰³ Das deutsche Strafrecht setzt eine individuelle Zurechnung aufgrund eines Kausalnexus zwischen Handlung und Erfolg voraus.³⁰⁴ Diese Zuschreibung von Verantwortlichkeit nach den §§ 25 ff. StGB basiert auf einem der grundlegendsten Prinzipien des deutschen Strafrechts, dem *Verantwortungsprinzip*.³⁰⁵ Der Grundsatz vom eigenverantwortlichen Handeln führt zu den hier relevanten Fragen. Dabei sollen jedoch die ebenfalls im Bereich des Handelns aus Organisationen heraus entstehenden Kausalitätsprobleme, die der Bundesgerichtshof ins-

303 Vgl. Rotsch Individuelle Haftung, S. 71.

304 Dannecker in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 209, 212.

305 Als dessen Begründer gilt Gallas (Beiträge zur Verbrechenslehre, S. 99; vgl. ferner Küper JZ 1989, 935, 941), auch wenn Roxin (Täterschaft und Tatherrschaft, S. 147) den Begriff prägte; zum Verantwortungsprinzip Charchulla Die Figur der Organisationsherrschaft im Lichte des Beteiligungssystems, S. 32 ff.; Schlösser Soziale Tatherrschaft, S. 173 ff.; Greco ZIS 2011, 9 ff.; vgl. ferner hier bereits S. 58 ff.

besondere in der Lederspray-³⁰⁶ und der Holzschutzmittel-Entscheidung³⁰⁷ zu erörtern hatte, außen vor bleiben.³⁰⁸ Denn diese Fragen stellen sich unabhängig von Organisationsstrukturen und betreffen das tieferliegende, grundsätzlichere Problem der Beschreibung von Zurechnung aufgrund kausaler Erfolgsherbeiführung.³⁰⁹ Gegenstand der Betrachtung ist hier die Mitwirkung des Vorgesetzten oder von Entscheidungsträgern an einer Rechtsgutsverletzung durch aktives Tun oder Geschehenlassen, also die zurechnungsbegründende Handlung.

Ausgangspunkt der Betrachtung der Verantwortlichkeit in Verbänden muss das für das Strafrecht geltende Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG sein.³¹⁰ Die strafrechtliche Verantwortlichkeit gründet zwingend auf der im Gesetz bestimmten Tathandlung. Diese ergibt sich zunächst aus dem Straftatbestand des Besonderen Teils, der bestimmt, dass die Begehung einer spezifischen Handlung unter Strafe gestellt wird. Dabei sind diese Straftatbestände auf die unmittelbare Begehung durch einen Einzeltäter ausgerichtet, der den Tatbestand allein und eigenhändig vollständig erfüllt. Insofern geht der Besondere Teil von einem restriktiven Täterbegriff aus.³¹¹ Die Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs über die Beteiligung weiten diese gesetzliche Vorgabe auf andere Personen aus, um auch solche Konstellationen strafrechtlich zu erfassen, in denen mehrere zusammen eine Tat begehen. Diese Ausweitung kann aber mit Blick auf Art. 103 Abs. 2 GG nur durch Gesetz und im Rahmen dieser gesetzlichen Vorschriften erfolgen. Das bedeutet, dass eine Strafbarkeit über den Wortlaut des Straftatbestandes des Besonderen Teils hinaus nur in Betracht kommt, wenn die §§ 25 ff. StGB dies vorsehen.

Bei Kollektivstraftaten gestaltet sich die Verantwortungsverteilung aufgrund der Hierarchie anders als bei der Individualkriminalität: Dem anordnenden oder zumindest aufgrund seines Status und seiner Rolle zur Anordnung ermächtigten Vorgesetzten kommt eine durch die Hierarchie vermittelte Verantwortung zu, die nicht seiner objektiv-tatsächlichen Mitwirkung an der tatbestandlichen Handlung entspricht. Er gibt die Entscheidung bzw. die Entscheidungsprogramme vor und bestimmt damit zumindest mittelbar den Verlauf des Tatgeschehens. Aus dieser Antiproportionalität von Verantwortung und Gewichtung der Mitwirkungshandlung ergibt sich, dass die Vorschriften, die die Mitwirkung weiterer Personen an einer Straftat gesetzlich regeln und damit den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG Rechnung tragen sollen, nicht auf diese Art der Beteiligung an Straftaten passen. Die §§ 25 ff. StGB sind nicht für eine Beteiligung „von

306 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.

307 BGH, Urt. v. 2.8.1995 – 2 StR 221/94, BGHSt 41, 206.

308 Zu den Einzelheiten nur *Kuhlen* in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 1 Rn. 48 ff. m.w.N.

309 Vgl. hierzu insbesondere Roxin AT II, § 25 Rn. 240 ff.; *Puppe* GA 1994, 297 ff.

310 Vgl. hier S. 81 ff.

311 *Fischer* Vor § 25 Rn. 1; *Kühl* AT, § 20 Rn. 5.

oben“ innerhalb von Hierarchien konzipiert; denn hier kehrt sich die Bedeutung der Mitwirkungsbeiträge um. Der Vorgesetzte hat die Kompetenz und die tatsächliche Möglichkeit, die Handlungen des Untergebenen zu bestimmen, der ausschließlich auf die Ausführung der tatsächlichen Handlung beschränkt ist. Der unmittelbare Täter sinkt in seiner Bedeutung für die Tat zum unbedeutenden Ausführungsinstrument herab, während der nicht unmittelbar tatbestandlich Handelnde die Begehung faktisch in der Hand hat, so dass die Bewertung des Gewichts der Tatbeiträge bei Taten aus Kollektiven exakt konträr zu den Grundannahmen der gesetzlichen Regeln ausfällt.

Zur Beseitigung dieses Widerspruchs sind grundsätzlich zwei Wege denkbar: Die verfassungsrechtlich sicherere Lösung gebietet ein Tätigwerden des Gesetzgebers. Er kann gesetzliche Regeln schaffen, die der Verantwortungsstruktur innerhalb von Verbänden gerecht werden und das Auseinanderfallen von Handlung und Entscheidungskompetenz auffangen. Der unsichere Weg zur Lösung der Probleme der Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern führt über eine Ausgestaltung und Fortentwicklung der Beteiligungslehre durch Rechtsprechung und Literatur, um durch Anwendung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften auch die Fälle zu erfassen, in denen der Vorgesetzte in einem Verband an der Tat durch Anweisung eines Untergebenen mitwirkt oder diesen bei der Tatbegehung gewähren lässt. Rechtsprechung und Lehre sind jedoch dabei an den verfassungsrechtlichen Rahmen gebunden, den insbesondere Art. 103 Abs. 2 GG absteckt. Judikatur und Lehre dürfen also im Zuge der Problemlösung weder den Wortlaut des jeweiligen Straftatbestandes des Besonderen Teils oder der §§ 25 ff. StGB überschreiten noch durch Auslegung Regelungen entwickeln, denen die hinreichende verfassungsrechtliche Bestimmtheit fehlt. Das bedeutet nicht, dass Art. 103 Abs. 2 GG einer Entwicklung ergänzenden Richterrechts über die Handhabung der allgemeinen Lehren der Strafrechtsdogmatik und der Entwicklung von Zurechnungsregeln *per se* entgegenstünde. Wo das Gesetz keine eindeutigen Aussagen macht, darf und muss der Richter die Räume durch Auslegung füllen.³¹² Rechtsfreie Räume entstehen also auch dann nicht, wenn der Gesetzgeber sich auf die Setzung eines Normrahmens beschränkt hat.³¹³

Ein ausfüllbarer Rahmen besteht allerdings nur soweit, wie die Grundentscheidung des Gesetzgebers reicht. Bei der Ausfüllung des Rahmens hat der Richter neben dem Analogieverbot, also dem Verbot, den Rahmen zu überschreiten, auch das Bestimmtheitsgebot zu beachten: Die entwickelten Rechtsfiguren müssen sich in einer Weise aus dem Gesetz oder dessen Auslegung durch Rechtsprechung und Lehre ergeben, dass der Rechtsunterworfenen das Risiko der Strafbar-

312 Vgl. nur BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170, 195 ff. m.w.N.

313 Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 174.

keit erkennen kann. Denn der Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG gilt auch für den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs.³¹⁴ Daran hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 13 StGB keinen Zweifel gelassen. Es hat jedoch ebenso deutlich gemacht, dass sich die Bestimmtheit der Strafe nicht unmittelbar aus dem förmlichen Gesetz ergeben muss. Vielmehr sei es ausreichend, „*wenn die Norm mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und damit aus dieser Rechtsprechung hinreichende Bestimmtheit gewinnt*“.³¹⁵

Wird aber die Konkretisierung einer Zurechnungsvorschrift intra legem für den Einzelfall Rechtsprechung und Lehre überlassen, so steht die Anwendung der Vorschrift und damit die Strafbarkeit unter der Bedingung, dass die entwickelten Regeln dem Bestimmtheitsgrundsatz gerecht werden. Art. 103 Abs. 2 GG gilt damit auch in dieser Ausprägung, als *Präzisierungsgebot*, nicht nur für durch den Gesetzgeber erlassene Gesetze, sondern auch für eine Normgenese durch Rechtsprechung und Lehre: Eine Rechtsfigur, die zwar die gewünschte Rechtsfolge der strafrechtlichen Verantwortlichkeit nach tatsächlicher Verantwortungsverteilung herbeiführen könnte, aber aufgrund mangelnder Konsistenz oder Nachvollziehbarkeit der Kriterien den Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes genügt, darf nicht zur Anwendung kommen. Bei der Entwicklung von Tatbestandsmerkmalen zur Ausfüllung von Gesetzen richtet sich der verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz an den Rechtsanwender. Das ergibt sich aus einem Umkehrschluss: Wenn Auslegung und ständige Rechtsprechung die Bestimmtheit eines Strafgesetzes bewirken können, dann können sie, wenn ihnen die nötige Klarheit und Konsistenz fehlt, auch zur Unbestimmtheit führen. An diesem Maßstab muss sich jede Ausfüllung der gesetzlichen Vorschriften über Täterschaft und Teilnahme messen lassen, so dass die Bewertung der Bemühungen von Rechtsprechung und Lehre um eine Erfassung von Verantwortung im Verband nur unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Kriterien stattfinden kann.³¹⁶

314 Mittlerweile h.M. vgl. nur *Dannecker* in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 82 ff.; 171 f.; 218; 259; 390 m.w.N.

315 BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96 68, 98 f.; für eine Unanwendbarkeit von Strafvorschriften mit unbestimmten Tatbestandsmerkmalen wie „wesentlich“ oder „erheblich“ bei mangelnder allgemeiner Anerkennung durch Gesetz, Tradition oder Rechtsprechung *Tiedemann* Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 43 f.

316 Grundlegend zum Präzisierungsgebot BVerfG, Beschl. v. 23.6.2010 – 2 BvR 2559/08, 2 BvR 105/09, 2 BvR 491/09, BVerfGE 126, 170, 195 ff.

2. Strafrechtliche Erfassung von Anweisungen zur Tatbegehung durch Vorgesetzte

Fordert der Vorgesetzte in einer Organisation einen Untergebenen zur Begehung einer Straftat auf, so ist dies grundsätzlich ein Fall der Anstiftung (§ 26 StGB). Zwar spricht § 26 StGB heute nur noch von einem *Bestimmen zur Tatbegehung*. Jedoch ist in dieser Fassung der Vorschrift vornehmlich aus redaktionellen Gründen und im Interesse der Normklarheit³¹⁷ die Aufzählung der Mittel weggefallen, derer sich der Anstifter zur Bestimmung des Haupttäters zur Haupttat bedienen kann. In § 48 StGB a.F.³¹⁸ hieß es noch, derjenige sei Anstifter, der einen anderen vorsätzlich „*durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohungen, durch Missbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel zur Tatbegehung*“ bestimmt.³¹⁹ In dem Fall, dass ein Vorgesetzter seinen Untergebenen zur Tatbegehung anweist, wird man dies wohl als ein Bestimmen unter Missbrauch seines Ansehens, also als Anstiftungshandlung betrachten können. Diese Bewertung würde zu einer Behandlung des Vorgesetzten als Anstifter zur Haupttat führen, so dass er „*gleich einem Täter zu bestrafen*“ wäre.

Mit Blick auf seinen tatsächlichen Beitrag zu dem durch den Untergebenen bewirkten Unrecht erscheint diese Lösung im Ergebnis zunächst sinnvoll. Jedoch deutet die Begründung zum Entwurf des § 26 StGB³²⁰ eine andere Lösung an. Hier wird klargestellt, dass die Verwendung der in § 48 StGB a.F. genannten Mittel zum Bestimmen des unmittelbar Handelnden zur Tatbegehung deswegen missverständlich sei, weil allein die Verwendung der genannten Mittel die Mitwirkung der auf den unmittelbar Handelnden einwirkenden Person nicht zwingend als Anstiftungshandlung qualifiziere. Nach der Begründung des Entwurfs könne in diesen Fällen auch mittelbare Täterschaft gegeben sein.³²¹ Entscheidend für die Bewertung, ob es sich um Täterschaft oder Teilnahme handle, sei allein die Frage der Tatherrschaft. Kennzeichnend für die Anstiftung sei nämlich nicht das Mittel, mit dem die Tat begangen werde, sondern das Verhältnis zwischen dem, der die Bestimmungshandlung vornimmt, und dem, der die Tathandlung ausführt. Bei der Anstiftung liege die Tatherrschaft nicht beim Anstifter, sondern beim Täter der Haupttat; bei der mittelbaren Täterschaft liege sie dagegen nicht beim unmittelbar handelnden Werkzeug, sondern beim Hintermann. Wie diese Tatherrschaft zu bestimmen ist und wann damit mittelbare Täterschaft vorliegt,

317 BT-Drs. IV/650, S. 150.

318 Aufgehoben durch das Zweite Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG), verkündet am 4.7.1969 (BGBl. I S. 717), in Kraft getreten am 1.7.1975.

319 Zur historischen Entwicklung der Rechtsfigur des Anstifters *Haas ZStW* 119 (2007), 519, 537 ff.

320 Damals noch § 30 des Entwurfs BT-Drs. IV/650, S. 150.

321 Vgl. hierzu auch *Haas ZStW* 119 (2007), 521, 537 ff.

hat der Gesetzgeber jedoch bewusst nicht geregelt, weil der Rechtsentwicklung nicht vorgegriffen werden sollte.³²² Hier wird deutlich, dass der Gesetzgeber sich des Problems bewusst war, dass das Auseinanderfallen von Handlungsverantwortung und Entscheidungsverantwortung zu Wertungswidersprüchen führen kann, wenn es nicht gelingt, sowohl Handlungs- als auch Entscheidungsverantwortung in der strafrechtlichen Verantwortlichkeit abzubilden. Der Gesetzesentwurf hat hier den Weg über die mittelbare Täterschaft angedeutet, ohne jedoch die tatbestandlichen Voraussetzungen in der Begründung oder gar im Gesetzestext zu bestimmen.

Die Zurückhaltung des Gesetzgebers hat dazu geführt, dass es für die hier relevante Fallgestaltung der angeordneten Straftat aus einer Verbandshierarchie an einer spezifischen gesetzlichen Regelung fehlt, die eine Ausdehnung der Täterschaft auf Entscheidungsträger zulässt. Denn regelmäßig wird die Anweisung an einen Untergebenen, eine Straftat zu begehen, unter genau diese Fallgruppe zu fassen sein, die die Begründung des Gesetzesentwurfs anspricht: die Tatbegehung durch einen verantwortlich handelnden Tatmittler.

a) Roxin: Tatherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate

Die Wissenschaft hat sich dieser Frage seit den 1960er-Jahren intensiv angenommen, ohne jedoch zu einer allgemein akzeptierten Lösung gekommen zu sein.

Die wohl herrschende Ansicht sieht die sogenannte *Organisationsherrschaft*³²³ als eine auf einer festen Hierarchiestruktur basierende Form der Tatherrschaft an, die geeignet ist, eine mittelbare Täterschaft für den *Täter hinter dem Täter*³²⁴ zu begründen.³²⁵ Roxin stellte die These auf, es gebe neben der Willensherrschaft kraft Irrtums und Nötigung eine weitere eigenständige Form der mittelbaren Täterschaft, die er als „*Willensherrschaft kraft organisatorischer Machtapparate*“ bezeichnete.³²⁶ Für diese sei charakteristisch, dass der unmittelbar Handelnde die Tat volldeliktisch begehe, der Hintermann aber dennoch mittelbarer Täter sei.³²⁷ Dem Mitwirkungsbeitrag des für die Deportation und Ermordung von Menschen zuständigen Beamten in führender Position oder des Leiters eines mit politischen

322 BT-Drs. IV/650, S. 149.

323 Vgl. hierzu insbesondere Roxin GA 1963, 193 ff.; sowie Schroeder Der Täter hinter dem Täter, 1965.

324 Vgl. insbesondere Kohlrausch/Lange StGB, Teilnahme Vorbemerkungen Anm. I B. 1, die deswegen den Begriff des Werkzeugs zugunsten des Begriffs Tatmittler ablehnen; ferner Schroeder Der Täter hinter dem Täter, 1965, 166; dagegen noch ausdrücklich Gallas Materialien zur Strafrechtsreform, 1. Bd., S. 134; vgl. ferner die Nachweise bei Greco ZIS 2011, 9.

325 Vgl. die Nachweise bei Fischer, § 25 Rn. 7 ff.

326 Veröffentlicht in GA 1963, 193 ff.

327 Roxin GA 1963, 193, 200; Rotsch (NStZ 2005, 13, 15 f.) spricht von der von Roxin begründeten „*Trias der Tatherrschaftsformen*“.

Attentaten befassten Geheimdienstes komme fraglos eine wesentlich gewichtigere Bedeutung zu als der bloßen Aufforderung zu gewöhnlicher Kriminalität.

Dieses höhere Gewicht ergebe sich aus der spezifischen Wirkungsweise des Machtapparates, der dem Hintermann einer großen kriminellen Organisation zu Gebote stehe. Ein solcher, von dem Wechsel einzelner Mitglieder unabhängiger Verband entfalte ein Eigenleben, ohne dass es noch auf die im Einzelnen handelnde Person ankomme. Die Organisation funktioniere folglich automatisch.³²⁸ Ihre Entscheidungsträger könnten sich daher darauf verlassen, dass der Ausfall eines unmittelbar Handelnden durch das Eintreten eines anderen ohne Beeinträchtigung der Tatausführung ausgeglichen werde.³²⁹ In diesem Fall sei weder eine Täuschung noch eine Drohung gegenüber dem unmittelbar Handelnden erforderlich, die durch die Beseitigung der Freiverantwortlichkeit des Handelns die mittelbare Täterschaft begründe. Die Tatherrschaft werde durch die Organisationszugehörigkeit, die Stellung des Werkzeugs als auswechselbares „Rädchen“ im Getriebe des Machtapparates begründet. Der verantwortliche Wille des zur Tatbegehung Angewiesenen, *„der sich sonst als unüberspringbare Mauer zwischen Hintermann und die Tat schiebt und den Auffordernden in die Randzone der Teilnahme abdrängt, hat eine solche Wirkung im Rahmen organisatorischer Machtapparate nicht“*.³³⁰ Auf diese Weise habe der „Verbrechensinitiator“ aufgrund des Einsatzes des unmittelbar Handelnden als Werkzeug der Organisation die Tatherrschaft inne.

Mit diesen Ausführungen macht *Roxin* das besondere Moment deutlich, das die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft prägt und das sie von anderen Formen der mittelbaren Täterschaft und auch von der Anstiftung unterscheiden soll: Der täuschende oder drohende Hintermann beherrscht die Tat über das unmittelbar handelnde Werkzeug. Dagegen beherrscht derjenige, der die Tat kraft des ihm zu Gebote stehenden Machtapparates begeht, die Tat selbst dadurch, dass diese – bei normativer Gesamtbetrachtung – unabhängig von dem unmittelbar handelnden Individuum begangen wird.³³¹ Es kommt nach *Roxin* nicht darauf an, dass die Organisation ihr Mitglied mit Strafen oder anderen Drohmitteln zur Tatbegehung zwingen könnte, sondern auf die Tatherrschaft, die aufgrund der Austauschbarkeit (*Fungibilität*)³³² des handelnden Individuums entsteht.

An die Organisation, die ihren führenden Mitgliedern oder sonstigen Entscheidungsträgern Tatherrschaft verleihen kann, hat *Roxin* hohe Anforderungen gestellt: Aus der Struktur der Organisationsherrschaft folge, dass sie nur dort

328 Vgl. auch *Schild* Täterschaft, S. 23, der von „berechenbar bis automatisch“ spricht.

329 *Roxin* GA 1963, 193, 200; vgl. ferner *ders.* in: Sonderheft für Gerhard Schäfer, 2002, S. 52 f.

330 *Roxin* GA 1963, 193, 201.

331 Vgl. hierzu auch *Rotsch* ZStW 112 (2000), 518, 521.

332 *Roxin* GA 1963, 193, 200.

vorliegen könne, „wo der Apparat als ganzer außerhalb der Rechtsordnung tätig wird“.³³³ Solange sich Leitungsorgane und Ausführungsorgane grundsätzlich an eine von ihnen unabhängige (staatliche) Rechtsordnung gebunden fühlten, könnten Anweisungen zu strafbaren Handlungen nicht tatherrschaftsbegründend wirken, weil die Strafgesetze höheren Rangwert hätten und im Normalfall die Durchführung rechtswidriger Anweisungen und damit die Willensmacht des Hintermanns ausschlossen.³³⁴ Weise ein Vorgesetzter innerhalb einer grundsätzlich legalen Organisation seinen Untergebenen zur Begehung von Straftaten an, so könne dies zwar den einzelnen Untergebenen, nicht aber die „Organisation in Bewegung setzen“. Die Befolgung der rechtswidrigen Anordnung stelle damit eine „Privatunternehmung“, kein Handeln mit dem Apparat, sondern gegen ihn dar.³³⁵ Dementsprechend beschränkt Roxin die Figur der Tatherrschaft kraft Organisationsmacht auf die beiden Fälle, in denen eine Organisation rechtsgelöst operieren kann:³³⁶ entweder, wenn sie als Staat die Staatsgewalt selbst innehat, oder sich als Untergrundbewegung, Geheimbund, Verbrecherbande und ähnlich gearteter Zusammenschluss „von der Gesamtrechtsordnung emanzipiert“ habe und damit einen „Staat im Staate“ bilde;³³⁷ hier genüge aber nicht ein „halbes Dutzend asozialer Elemente“.³³⁸

Die Notwendigkeit dieser Rechtsgelöstheit hat Roxin mit dem Argument begründet, nur die vollständige Lösung der Organisation von den Rechtsnormen könne zu einer Ausschaltung des Rechts und damit zu einer Herrschaft kraft des illegalen Organisationsapparates durch die Anweisung zu strafbaren Handlungen führen.³³⁹

Der Sache nach hat sich Botke³⁴⁰ der Forderung nach der Rechtsgelöstheit angeschlossen, auch wenn er sie durch das Kriterium der „verfestigten kriminogenen Struktur“ ersetzt, die sich dadurch auszeichne, dass sich „das Kollektiv seiner Ideologie nach insgesamt außerhalb der Rechtskultur zivilisierter Nationen“ stelle und insofern über die in „normalen‘ kriminellen Banden definierte delinquente Zielsetzung“ hinausgehe.³⁴¹

333 Roxin GA 1963, 193, 204.

334 Roxin GA 1963, 193, 204; ferner ders. Täterschaft und Tatherrschaft, S. 249.

335 Roxin GA 1963, 193, 204.

336 Roxin Täterschaft und Tatherrschaft, S. 249 ff.

337 Roxin GA 1963, 193, 205; dem im Ergebnis zust. Joecks in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 151; Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 104; Brammsen in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 105, 142 f. (Rechtsgelöstheit als Leitkriterium der Organisationsherrschaft); Conde in: FS Roxin, 2001, S. 609, 623; Rotsch ZStW 112 (2000), 518, 533; Rönnau, JA 1996, 108, 112; Schünemann in: FG BGH Bd. 4, S. 621, 631; krit. Kühl AT, § 20 Rn. 73c; ablehnend Krey/Esser AT, Rn. 936; Otto Jura 2001, 753, 756 ff.; Renzikowski Restriktiver Täterbegriff, S. 89; Schlösser Soziale Tatherrschaft, S. 153.

338 Roxin Täterschaft und Tatherrschaft, S. 251.

339 Roxin Täterschaft und Tatherrschaft, S. 249.

340 Botke Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, S. 72; vgl. auch ders. Haftung, S. 54.

341 Vgl. hierzu auch Dous Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 148 f.

b) *F.-C. Schroeder: Mittelbare Tatherrschaft aufgrund der Tatentschlossenheit des unmittelbar Handelnden*

Auch *F.-C. Schroeder* hatte sich „zeitgleich“³⁴² mit der Fallgestaltung des Täters hinter dem Täter in seiner Dissertationsschrift auseinandergesetzt, jedoch den sogenannten *von Dohna*-Fall³⁴³ als Grundlage verwendet und einen alternativen Ansatz entwickelt.³⁴⁴ Die Tatherrschaft ergebe sich daraus, dass der Hintermann die bereits vor seiner Einwirkung bestehende Tatentschlossenheit, den bereits vorliegenden, aber noch bedingten Tatentschluss des unmittelbar Handelnden, ausnutze.³⁴⁵ Zwar stellt *F.-C. Schroeder* auch auf den automatischen, regelhaften Ablauf des Geschehens ab, sieht jedoch das die Regelhaftigkeit begründende Merkmal in der Tatentschlossenheit des Tatmittlers und damit im Fehlen von Hemmungskräften auf seine Person.³⁴⁶

F.-C. Schroeder widerspricht *Roxin*: Das Merkmal der Auswechselbarkeit könne nicht entscheidend für die Täterschaftsbegründung sein, weil es nicht darauf ankommen könne, ob mehrere Personen innerhalb der Organisation über die zur Tatausführung erforderlichen Kenntnisse verfügen, so dass im Einzelfall ein Spezialist nicht auswechselbar sei.³⁴⁷ Damit bestimmen aber sowohl *Roxin* als auch *F.-C. Schroeder* die Tatherrschaft faktisch. Der Grund der strafrechtlichen Haftung ist die tatsächliche Tatmacht über einen regelhaften Ablauf und nicht etwa die rechtliche Position des Schreibtischtäters.³⁴⁸ Zwischen beiden Auffassungen besteht weiterhin insofern Einigkeit, als beide davon ausgehen, dass der Anweisende die Gewissheit haben müsse, die Tat werde durch den unmittelbar Handelnden ausgeführt. Während *Roxin* allerdings auf die Sicherheit der Tatbegehung durch *Fungibilität* abstellt,³⁴⁹ nennt *F.-C. Schroeder* als maßgebliches Kriterium die Ungehemmtheit des Tatentschlusses. Damit wird die Erfolgssicherheit bei beiden Ansätzen zum „*übereinstimmenden Ausgangspunkt*“, der nur „*unterschiedlich konturiert wird*“.³⁵⁰

342 Vgl. *Rotsch* ZStW 112 (2000), 518, 523.

343 Vgl. *v. Dohna*, Übungen im Strafrecht, Fall Nr. 36.

344 Zu den weiteren Ansätzen einer sozialen Tatherrschaft von *Schild* (Täterschaft als Tatherrschaft, S. 23) und *Schlösser* (Soziale Tatherrschaft, S. 170 f.): *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 153 ff.

345 *Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, S. 196 f.

346 *Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, S. 222.

347 *Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, S. 168; insofern zust. mittlerweile *Roxin* AT II, § 25 Rn. 108 ff.; vgl. ferner *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 145 ff.; *Rotsch* NStZ 2005, 13, 14 f.; dagegen *Hefendehl* GA 2004, 575, 579.

348 Vgl. *Rotsch* NStZ 1998, 491, 492.

349 *Schlösser* (Soziale Tatherrschaft, S. 333) kehrt die Blickrichtung um und spricht von dem Erlebnis der eigenen Austauschbarkeit.

350 So *Rotsch* ZStW 112 (2000), 518, 539; vgl. auch *ders.* NStZ 1998, 491, 4.

c) *Bundesgerichtshof: Mittelbare Täterschaft unter Ausnutzung von Organisationsstrukturen*

Diese Entwicklung einer auch systematisch neuen, weil anders begründeten Form der mittelbaren Täterschaft hat dem Grunde nach Anerkennung durch die Rechtsprechung und die überwiegende Ansicht in der Literatur³⁵¹ gefunden.

(1) Anerkennung der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft durch die Entscheidung zum Nationalen Verteidigungsrat

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Entscheidung über die Strafbarkeit von Mitgliedern des Nationalen Verteidigungsrates der DDR³⁵² – die in dem Urteil zur Strafbarkeit der Mitglieder des Politbüros des Zentralkomitees der SED³⁵³ insofern ausdrückliche Bestätigung gefunden hat – die Begehung von Tötungsdelikten in mittelbarer Täterschaft durch die Angeklagten bejaht. Das Landgericht Berlin hatte zuvor angenommen, dass eine „*Willensherrschaft kraft organisatorischen Machtapparates*“ nicht in Betracht komme, weil die DDR kein mit der „*Hitler-Diktatur*“ vergleichbarer Staat gewesen sei. Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs nahm dennoch eine Begehung der Tötungsdelikte in mittelbarer Täterschaft an:³⁵⁴ Die Frage, ob die Täterschaft hinter dem vollverantwortlichen Täter möglich sei, habe der Gesetzgeber zwar offengelassen. Auch die Literatur vermittele „*kein einheitliches Bild*“, da kaum mehr als der Grundsatz unstrittig sei, dass der mittelbare Täter in seiner Person alle Voraussetzungen der Täterschaft erfüllen müsse. Doch schon in der Katzenkönig-Entscheidung³⁵⁵ habe der 4. Strafsenat festgestellt, dass nicht die Vollverantwortlichkeit des Vordermanns für die Abgrenzung der Täterschaft das maßgebliche Kriterium sei, sondern die Täterschaft nur „*regelmäßig*“ ausscheide, wenn der unmittelbar Handelnde irrtumsfrei und uneingeschränkt schuldfähig handle.³⁵⁶ Der Hintermann habe in der Regel keine Tatherrschaft, wenn der Vordermann nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich das Geschehen umfassend und vorsätzlich beherrsche.³⁵⁷ In manchen Fallkonstellationen sei dennoch eine mittelbare Täterschaft

351 So etwa Schmidhäuser AT, 10/95; Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 541; Heinel/Weißer in: Schönke/Schröder, § 25 Rn. 26; vgl. ferner die Übersicht bei Ambos GA 1998, 227 ff.; mit Einschränkungen auch Kühl AT, § 20, Rn. 73 ff.

352 BGH, Ur. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 ff.; vgl. hierzu insbesondere Ambos GA 1998, 226; Gropp JuS 1996, 13; Jakobs NSTZ 1995, 26; Murrmann GA 1996, 269 ff.; Roxin JZ 1995, 49 ff.; Schroeder JR 1995, 177; Rotsch NSTZ 1998, 491.

353 BGH, Ur. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270 ff.

354 BGH, Ur. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 232 ff.

355 BGH, Ur. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 ff.; vgl. aber auch BGH, Ur. v. 23.11.1983 – 3 StR 256/83 (S), BGHSt 32, 165 ff. (Startbahn-West).

356 BGH, Ur. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 351.

357 BGH, Ur. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 236.

hinter dem volldeliktisch handelnden Täter anzuerkennen. Dies gelte, soweit der Beitrag des Hintermanns trotz der strafrechtlich uneingeschränkten Verantwortlichkeit des Tatmittlers nahezu automatisch zu der vom Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führe.³⁵⁸ Eine solche Situation könne vorliegen, wenn der Hintermann

„durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, innerhalb derer sein Tatbeitrag regelhafte Abläufe auslöst. Derartige Rahmenbedingungen mit regelhaften Abläufen kommen insbesondere bei staatlichen, unternehmerischen oder geschäftsähnlichen Organisationsstrukturen und bei Befehlshierarchien in Betracht. Handelt in einem solchen Fall der Hintermann in Kenntnis dieser Umstände, nutzt er insbesondere auch die unbedingte Bereitschaft des unmittelbar Handelnden, den Tatbestand zu erfüllen, aus und will der Hintermann den Erfolg als Ergebnis seines eigenen Handelns, ist er mittelbarer Täter. Er besitzt die Tatherrschaft. Er beherrscht das Geschehen tatsächlich weit mehr, als dies bei anderen Fallgruppen erforderlich ist ...“³⁵⁹

Der Senat hat diese tatsächlichen Erwägungen in Bezug auf das Beherrschen des Geschehens mit einem normativen Argument unter Bezugnahme auf *F.-C. Schroeder*³⁶⁰ gestützt, indem er ausführte, dass in den vorgenannten Konstellationen alles andere als eine Behandlung des Hintermanns als Täter dem objektiven Gewicht des Tatbeitrages nicht gerecht würde, „zumal häufig die Verantwortlichkeit mit größerem Abstand zum Tatort nicht ab-, sondern zunimmt“.³⁶¹ Die Frage danach, ob diese Lösung den Anforderungen an Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird, ist damit jedoch noch nicht beantwortet. Denn der Bundesgerichtshof normativiert hier die Tathandlung des Tötens in § 212 Abs. 1 StGB in einer Weise, dass auch die Anweisung zur Tötung den Tatbestand des Totschlags erfüllt, ohne sich – wie er selbst feststellt – auf eine ständige Rechtsprechung oder eine gesetzgeberische Entscheidung stützen zu können.

Insofern ist der Senat teils dem Ansatz von *Roxin*³⁶² und teils den Überlegungen *F.-C. Schroeders*³⁶³ gefolgt und hat die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsmacht dem Grunde nach anerkannt. Jedoch hat das Gericht diese Rechtsfigur über den von *Roxin* bestimmten Anwendungsbereich ausgeweitet. Hatte nämlich dessen Begründung über das Kriterium der Rechtsgelöstheit typischerweise³⁶⁴ nur staatliche Unrechtssysteme und kriminelle Organisationen in den

358 Hier nimmt der Senat die ausdrückliche Formulierung von *Roxin* auf; vgl. hierzu auch *ders.* in: Sonderheft für Gerhard Schäfer, 2002, S. 52 f.

359 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 236; vgl. auch BGHSt 45, 270, 296; (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf *Roxin* JZ 1995, 49 und *Gropp* JuS 1996, 13); Urt. v. 3.7.2003 – 1 StR 453/02, B. II. 1d, S. 25; BGH NSZ 2008, 89, 90.

360 *Schroeder* Der Täter hinter dem Täter, S. 166.

361 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 237.

362 Vgl. hierzu *Roxin* JZ 1995, 49, 50, aber auch *Rotsch* ZStW 112 (2000), 518, 537.

363 Vgl. hierzu *Schroeder* JR 1995, 177.

364 *Roxin* GA 1963, 193, 205.

Anwendungsbereich der Rechtsfigur der Organisationsherrschaft eingeschlossen,³⁶⁵ so macht die Polibüro-Entscheidung deutlich, dass der 5. Strafsenat einen deutlich weiteren Anwendungsbereich dieses Rechtsinstituts anerkennt. So heißt es in dieser Entscheidung, eine so verstandene mittelbare Täterschaft – also unter Ausnutzung von Organisationsstrukturen – komme nicht nur beim Missbrauch staatlicher Machtbefugnisse und bei der Begehung von Straftaten durch mafia-ähnliche Organisationen in Betracht,³⁶⁶ bei denen der *„räumliche, zeitliche und hierarchische Abstand zwischen der die Befehle gebenden Organisationsspitze und den unmittelbar Handelnden gegen arbeitsteilige Mittäterschaft spricht“*.³⁶⁷ Vielmehr lasse sich auch das Problem der *„Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen so lösen“*.³⁶⁸ Damit wendet sich der Senat implizit, aber deutlich ebenso gegen das *roxinsche* Einschränkungskriterium der Rechtsge löstheit als auch gegen den Ansatz der verfestigten kriminogenen Struktur.³⁶⁹

Der an der Beratung teilnehmende Richter des Bundesgerichtshofs *Armin Nack* äußerte später, er sei sich mit seinem Senatskollegen *Gerhard Schäfer* einig gewesen, dass *„die praktisch bedeutsamste ... Fallgruppe einbezogen werden musste: die vom Chef eines Unternehmens veranlasste Straftat, insbesondere der Betrug, bei der die Mitarbeiter des Unternehmens ‚weisungsgemäß‘ handeln“*.³⁷⁰ *Nack* weist im Übrigen darauf hin, dass auch in der untergerichtlichen Rechtsprechung bereits damals im Kontext des Lieferantenbetruges typischerweise Verurteilungen gegen den Unternehmensinhaber ausgesprochen worden seien, der trotz drohender Insolvenz Bestellungen angeordnet, die Verträge aber nicht selbst ausgehandelt habe. Dass die Angestellten hier nicht gutgläubig gewesen seien, habe einer Bestrafung des Unternehmensinhabers als mittelbarer Täter nicht entgegengestanden: *„Der Chef war der Betrüger.“*³⁷¹ Damit macht *Nack* deutlich, dass er die Gleichsetzung einer Anweisung zur Täuschung mit der Täuschung selbst als durch das Gesetz (§ 25 Abs. 1 Var. 2 StGB) geboten, die Tatbestandsvoraussetzungen dieser unbestimmten Vorschrift so hinreichend bestimmt entwickelt ansieht, dass diese Auslegungsgrundlagen die Normativierung der Tathandlung des § 263 Abs. 1 StGB tragen.

Die Anwendung des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wegen Organisationsherrschaft hat der 2. Senat des Bundesgerichtshofs trotz entsprechender Gelegenheit zunächst nicht aufgegriffen: In der *Glykol*-Entscheidung vom 19. Juli 1995³⁷² ließ der Senat offen, in welcher Weise Mitglieder der Leitungsebene eines Unterneh-

365 Vgl. hierzu *Roxin* JZ 1995, 49, 51; *ders.* in: Leipziger Kommentar¹¹, § 25 Rn. 129.

366 Zur Kritik am Verständnis der Mafia als Organisationsform *Arlacchi* Mafiose Ethik, S. 29.

367 So auch BGH, Beschl. v. 2.11.2007 – 2 StR 384/08, NStZ 2008, 89, 90.

368 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 237 m.abl. Anm. *Roxin* JZ 1995, 49, 51.

369 *Bottke* Täterschaft und Gestaltungsherrschaft, S. 72; *ders.* Haftung, S. 36.

370 *Nack* GA 2006, 342, 343.

371 *Nack* GA 2006, 342, 344.

372 BGH, Urt. v. 2.8.1995 – 2 StR 221/94, NJW 1995, 2933 ff.

mens für den Vertrieb eines Schaden stiftenden Produkts einzustehen haben. Auch im Recycling-Urteil³⁷³ stellte der Senat nicht auf das Kriterium der tatsächlichen Organisationsherrschaft ab, sondern auf die durch den Täterwillen begründete Tatherrschaft. Die Ausführungen des Senats verlieren sich hier in der Formulierung, bei der Beurteilung der Frage, wann eine Tat täterschaftlich im Sinne des § 25 Abs. 1 2. Alt StGB begangen werde, handele es sich um ein „*offenes Wertungsproblem, bei dem die Übergänge fließend sind*“. Letztlich stellt der Senat bei der Bewertung der Mitwirkung als täterschaftliche Begehung allein darauf ab, dass die Angeklagten als Geschäftsführer für die ordnungsgemäße Entsorgung der Abfälle verantwortlich seien. Dadurch, dass sie dieser Verantwortung nicht gerecht wurden, indem sie die Abfälle anderen überließen, die keine sachgerechte Entsorgung vornehmen würden, seien sie mittelbare Täter geworden.³⁷⁴

Der 5. Strafsenat folgt dem von ihm eingeschlagenen Weg der Anwendung der Organisationsherrschaft als maßgebendes Kriterium für die mittelbare Täterschaft in Organisationen ebenfalls nicht konsequent. So nimmt er in einer Beschwerdeentscheidung zum Haftbefehl gegen Führungskräfte des sog. Kalifatstaates Einschränkungen der von ihm entwickelten *Organisationsherrschaft* vor und führt aus, die Täterschaft hinter dem Täter müsse sich auf eine „*einem militärischen Apparat*“ vergleichbare „*Organisationsstruktur*“ gründen, die klare Regelungen zur Organisationsstruktur und zur Sanktionierung von Ungehorsam vorsehe.³⁷⁵ Außerdem fordert der Senat eine Tatherrschaft durch beherrschende Beeinflussung der Tatausführung im Einzelnen und lässt die Beherrschung der Organisation als solcher nicht ausreichen. Damit entfernt sich der Bundesgerichtshof erkennbar von der *roxinschen* Organisationsherrschaft und führt die Tatherrschaft wieder weitgehend in die Richtung des Täterwillens zurück.³⁷⁶

(2) Auflösung des Kriteriums der Rechtsgelöstheit durch die Entscheidung zur Organisationsherrschaft im Pflegeheim

Bereits im Jahr 1994 bejahte der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs³⁷⁷ die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft in einem Fall, der in den von *Roxin* umschriebenen Kontext staatsgelenkter oder parastaatlicher Kriminalität passte:

373 BGH, Urt. v. 6.7.1997 – 2 StR 339/96, NStZ 1997, 544 ff.

374 BGH, Urt. v. 6.7.1997 – 2 StR 339/96, NStZ 1997, 544, 545.

375 BGH, Beschl. v. 30.6.1999 – StB 5/99, 2 BJs 95/97 – 4 StB 5/99, NStZ 1999, 503, 504 f.

376 Vgl. *Rotsch* ZStW 112 (2000), 518, 527.

377 BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 397/94, BGHSt 40, 257 ff.; vgl. ferner BGH, Urt. v. 15.9.1998 – 1 StR 290/98, NStZ 1999, 32 ff. (Hotelbrand).

Der Senat kam zu der Beurteilung, die schriftliche Anweisung eines Arztes und des Sohns eines Schwerstkranken an das Pflegepersonal, die künstliche Ernährung einzustellen, sei eine täterschaftliche Tötungshandlung aufgrund Organisationsherrschaft. Angesichts der in ihrer Eigenschaft als Sohn und vertretungsberechtigter Pfleger bzw. als behandelnder Arzt in Anspruch genommenen Anordnungsbefugnisse einerseits und der zur Pflege eingeschalteten grundsätzlich weisungsgebundenen untergeordneten Hilfskräfte andererseits könne an der Täterschaft der anordnenden Personen kein Zweifel bestehen.³⁷⁸ Dies begründet der Senat letztlich mit der normativen Erwägung, das äußere Tatgeschehen lege zwar die Annahme einer Anstiftung durch den Arzt bzw. den Sohn und Täterschaft allein des Pflegepersonals nahe, jedoch werde eine solche Bewertung der „*Rollenverteilung innerhalb der bestehenden Organisationsstruktur nicht gerecht*“.³⁷⁹ Mit dieser Feststellung gibt der 1. Strafsenat zumindest die von Roxin vorgenommene Konturierung der Organisationsherrschaft durch den Verzicht auf das Element der Rechtsgelöstheit auf und dehnt damit die Rechtsfigur über den „*Ansatz ihres Schöpfer hinaus*“ aus,³⁸⁰ ohne sich mit dieser Frage auseinanderzusetzen oder sich auf den Ansatz von F.-C. Schroeder zu berufen. Zudem lässt der Bundesgerichtshof hier die wichtige Frage offen, welche Bedeutung die „*Rollenverteilung innerhalb einer bestehenden Organisation*“ strafrechtsdogmatisch hat.

Die Entscheidung des Senats wurde in der Lehre als wenig konsequent kritisiert: Von Merkel³⁸¹ ist bezweifelt worden, ob in diesem Fall überhaupt ein Über-Unterordnungsverhältnis aufgrund der Organisationsstruktur gegeben gewesen sei, da weder der Arzt noch der Sohn des Kranken in die Organisation Pflegeeinrichtung eingebunden gewesen ist. Rotsch³⁸² moniert das Fehlen der notwendigen Voraussetzung einer Vielzahl möglicher Tatmittler, die die „*Täter*“ hätten einsetzen können; es fehle die *Fungibilität*.³⁸³

(3) Wiederaufgreifen der Organisationsherrschaft durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für Wirtschaftsunternehmen

Der 4. Strafsenat³⁸⁴ nahm bei der Beurteilung der Strafbarkeit eines faktischen Geschäftsführers einer GmbH als Täter eines Bestellbetruges durch Mitarbeiter des von ihm geführten Unternehmens auf die Rechtsprechung im ersten *Mauerschützen-Urteil* Bezug. Der Bundesgerichtshof griff hier den Ansatz wieder auf, die Verantwortlichkeit beim Betrieb wirtschaftlicher Unternehmen über die

378 BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 397/94, BGHSt 40, 257, 267 f.

379 BGH, Urt. v. 13.9.1994 – 1 StR 397/94, BGHSt 40, 257, 267 f.

380 So Rotsch ZStW 112 (2000), 518, 549 f.

381 Merkel ZStW 107 (1995), 545, 555.

382 Rotsch NStZ 1998, 491, 493; ders. ZStW 112 (2000), 518, 550.

383 Vgl. zu weiterer Kritik am Merkmal der Fungibilität Rotsch NStZ 2005, 13, 14.

384 BGH, Urt. v. 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NJW 1998, 767 ff.

Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zu lösen. Das Gericht führt aus, dass nach den „von der Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit des Hintermanns entwickelten Grundsätzen“ als Täter „kraft Tatherrschaft auch derjenige in Betracht“ komme, „der durch Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, die regelhafte Abläufe auslösen, die ihrerseits zu der vom Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führen“. ³⁸⁵ In seiner neueren Rechtsprechung weitete der Bundesgerichtshof die Täterschaft durch Organisationsherrschaft auf Taten aus, an denen nur wenige Personen beteiligt waren, ³⁸⁶ indem er sich von der zunächst geforderten „Fungibilität“ ³⁸⁷ des unmittelbar Handelnden als austauschbares „Rädchen“ in einer Organisationsstruktur löste und in der *Tierarztpraxis-Entscheidung* ³⁸⁸ nur noch auf die „Schaffung und Ausnutzung“ von bestimmten, die Straftat bedingenden Rahmenumständen durch eine Organisationsstruktur abstellte. ³⁸⁹

Der 5. Senat griff seinen Ansatz aus der Entscheidung zum Nationalen Verteidigungsrat in den Entscheidungen zum Kapitalanlagebetrug FSBG, ³⁹⁰ zur Bremer Vulkan ³⁹¹ und zum Lieferbetrug des faktischen Geschäftsführers ebenfalls wieder auf. ³⁹²

In der FSGB-Entscheidung weist der Senat auf die Ausführungen in den Urteilen zum *Nationalen Verteidigungsrat* ³⁹³ und zum *Politbüro* ³⁹⁴ hin und wendet die dort genannten Voraussetzungen der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft zur Begründung der Täterverantwortlichkeit an. ³⁹⁵ Die notwendige Organisationsmacht nennt der Bundesgerichtshof im Falle der FSBG *Leitungsmacht*, die sich einer der Angeklagten durch von ihm durchgeführte Schulungen verschafft habe. Durch diese Veranstaltungen habe er nicht nur den Rahmen der abzuschließenden Verträge vorgegeben, sondern auch das Verkaufsverhalten und die Art und Weise des (betrügerischen) Umgangs mit dem Kunden geprägt. Diese beherrschende Position sei dadurch zusätzlich gestärkt worden, dass die Handelsvertreter, die die tatbestandlichen Handlungen unmittelbar vornahmen, gutgläubig gewesen seien. Auf weitere Ausführungen zur Begründung der mittelbaren Täterschaft verzichtet der Bundesgerichtshof jedoch, so dass seine Beurtei-

385 BGH, Urt. v. 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NJW 1998, 767, 769.

386 So versteht *Rotsch* Einheitstäterschaft, S. 380, die Rechtsprechung des BGH, Urt. v. 15.9.1998 – 1 StR 290/98 JR 1999, 205, 208 zumindest.

387 *Roxin* GA 1963, 193, 200; vgl. ferner BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218.

388 BGH, Urt. v. 3.7.2003 – 1 StR 453/02, NStZ 2004, 457; vgl. zu den Einzelheiten auch *Rotsch* NStZ 2005, 13, 16 ff.

389 Krit. *Rotsch* NStZ 2005, 13, 17.

390 BGH, Urt. v. 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331 ff.

391 BGH, Urt. v. 13.5.2005 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147 ff.

392 Hierzu auch *Nack* GA 2006, 342, 344 f.

393 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 236 ff.

394 BGH, Urt. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270, 296 ff.

395 BGH, Urt. v. 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 342.

lung des Sachverhalts als Fall der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft nicht hinreichend transparent erscheint.

Im Urteil zur Untreue in der *Bremer Vulkan*³⁹⁶ hat der Bundesgerichtshof in seiner Anweisung an den Tatrichter ausgesprochen, eine mittelbare Tatherrschaft sei naheliegend, weil die Angeklagten nach den Feststellungen aufgrund ihrer Leitungsmacht im Konzern sowohl die Festanlagen größerer Geldbeträge als auch insbesondere das Cash-Management-System in wesentlichen Grundsätzen installiert haben, „*wobei die maßgeblichen Entscheidungen im Vorstand getroffen oder von dort jedenfalls zustimmend zur Kenntnis genommen wurden. Dies würde eine gemeinsame (mittäterschaftliche) strafrechtliche Verantwortlichkeit der Angeklagten als Mitglieder des Organs der Konzernmutter begründen ..., ohne dass es darauf ankäme, ob sie von den einzelnen Kapitaltransfers Kenntnis erlangt haben.*“³⁹⁷ Hier stellt sich zwar die Frage, inwieweit es sich in diesen Fällen überhaupt um eine Täterschaft *hinter* dem Täter gehandelt hat, weil davon auszugehen ist, dass die Personen, die die unmittelbar vermögenswirksamen Handlungen zur Installierung des Cash-Pools, eine Untreue nicht selbst begehen konnten, wenn sie nicht sonderpflichtig waren. Daher könnte man in diesem Fall auch eine normative Tatherrschaft der sonderpflichtigen Organe des Mutterkonzerns annehmen. Doch würde dieser Ansatz die streitige Frage nach der Tatherrschaft aufgrund von Organisationsherrschaft durch die wohl ebenso streitige Frage nach der normativen Tatherrschaft³⁹⁸ ersetzen.

In einer Entscheidung zum Lieferantenbetrug durch den faktischen Geschäftsführer führt der Bundesgerichtshof aus, der Unternehmensleiter, der eine Bestellung trotz Zahlungsunfähigkeit anordne, sei auch dann mittelbarer Täter einer Betrugsstat, wenn der unmittelbar täuschende Mitarbeiter um die Zahlungsunfähigkeit wisse. Der Unternehmensleiter komme als Täter in Betracht, wenn er die durch „*Organisationsstrukturen bestimmte Rahmenbedingungen ausnutzt, die regelhafte Abläufe auslösen, die ihrerseits zu der vom Hintermann erstrebten Tatbestandsverwirklichung führen* (BGHSt 40, 218, 236, 237 f.). *Dies hat der BGH auch für unternehmerische Betätigungen bejaht.*“³⁹⁹

(4) Fehlen einer klaren Linie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

In dieser Entwicklung der Rechtsprechung zur Organisationsherrschaft ist eine klare Linie kaum auszumachen. Die Strafsenate des Bundesgerichtshofs haben nur die abstrakten Voraussetzungen dieser Tatherrschaft einheitlich beschrieben und sich dabei an der Formulierung des 5. Senats aus den Urteilen gegen die Mit-

396 BGH, Urt. v. 13.5.2005 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147 ff.

397 BGH, Urt. v. 13.5.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 163 f.

398 Vgl. hierzu Jescheck/Weigend AT, § 62 II Nr. 7, S. 670; krit. Gropp AT, § 10 Rn. 59 m.w.N.

399 BGH, Urt. v. 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NJW 1998, 767 ff.; m. Anm. Dierlamm NStZ 1998, 569.

glieder des Nationalen Verteidigungsrates und des Politbüros ausgerichtet. Danach kommt es auf das Vorliegen staatlicher, unternehmerischer oder geschäftsähnlicher Organisationsstrukturen an, innerhalb derer der Hintermann regelhafte Abläufe auslöst und die unbedingte Bereitschaft der in diese Abläufe eingebundenen Personen zu Handlungen ausnutzt, deren Erfolge er als das Ergebnis seines Handelns wolle.⁴⁰⁰ Jedoch gibt diese Übereinstimmung den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs keine hinreichend bestimmte Orientierung. Die Senate haben in der konkreten Einzelfallbewertung sehr unterschiedliche Schwerpunkte gesetzt, indem sie teils die tatsächliche Tatherrschaft, teils den Täterwillen ins Zentrum der Beurteilung gerückt haben, ohne jedoch Gründe für die jeweilige Schwerpunktsetzung aufzuzeigen.

d) Strafrechtsdogmatische Kritik an der Organisationstatherrschaft

Der Bundesgerichtshof hat in seiner ersten Entscheidung zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft innerhalb der Literatur drei Strömungen in Bezug auf die Problematik ausgemacht.⁴⁰¹ Zum Ersten nennt er die Auffassung, nach der eine mittelbare Täterschaft kategorisch ausscheidet, wenn der Tatmittler vollverantwortlich handelt. Diese Ansicht, die sich auf das Verantwortungsprinzip stütze, halte es von Gesetzes wegen für ausgeschlossen, den verantwortlichen Täter einer Straftat zugleich als Werkzeug eines anderen Täters anzusehen.⁴⁰² Als zweite wird die gegenteilige Auffassung referiert, die eine mittelbare Täterschaft durch das vollverantwortlich handelnde Werkzeug grundsätzlich für möglich halte, soweit der Hintermann den „*Geschehensablauf unter Kontrolle*“ habe und ihm so eine „*Kraftreserve*“ verbleibe, die es ihm ermöglicht, den unmittelbar handelnden Täter als bloßes Werkzeug einzusetzen.⁴⁰³ Als dritte Auffassung stellt der Senat die Ansicht *Roxins* dar. Entsprechend dem Ergebnis dieser Analyse der Literaturmeinungen zum Täter hinter dem Täter ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf ein sehr unterschiedliches Echo gestoßen,⁴⁰⁴ was sich allein schon dadurch erklären lässt, dass die unterschiedlichen

400 Vgl. BGH, Urt. v. 11.12.1997 – 4 StR 323/97, NJW 1998, 767, 769; Beschl. v. 2.11.2007 – 2 StR 384/07, NStZ 2008, 89, 90; aber auch Urt. v. 26.8.2003 – BGH 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 342; Urt. v. 5.5.2004 – 5 StR 548/03, BGHSt 49, 146, 163.

401 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218 ff.

402 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 233 unter Bezugnahme auf *Jescheck* AT, 4. Aufl., S. 601; *Wessels* AT, 22. Aufl., S. 160; *Stratenwerth* AT I, 3. Aufl., S. 224; vgl. ferner *Nack* GA 2006, 342, 343.

403 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 233 unter Bezugnahme auf *Baummann/Weber* AT, 9. Aufl., S. 544; *Maurach/Gössel/Zipf* AT, Teilband 2, 8. Aufl., S. 260, 277; *Cramer* in: Schönke/Schröder, StGB, 24. Aufl. 1991, § 25 Rn. 8; sowie *Herzberg* Jura 1990, 16.

404 Vgl. hierzu die Darstellung bei *Hildenbeutel* Strafbarkeit des Anordnenden, S. 93 ff.

Ausprägungen der Tatherrschaftslehre, die in der Literatur vertreten werden, unübersichtlich und vielgestaltig sind.⁴⁰⁵

(1) Kritik an der Übertragung der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen

Die Begründer der dogmatischen Ansätze, auf die sich der Bundesgerichtshof in der ersten Mauerschützen-Entscheidung gestützt haben mag, *Roxin* und *F.-C. Schroeder*, haben die Entscheidung zwar als grundsätzliche Bestätigung der jeweils von ihnen entwickelten Rechtsfiguren aufgefasst.⁴⁰⁶ Während *F.-C. Schroeder* sich jedoch durch die Entscheidung und das Abstellen auf die unmittelbare Handlungsbereitschaft umfänglich bestätigt sieht,⁴⁰⁷ kritisiert *Roxin* den Ansatz des Bundesgerichtshofs als nur insofern richtig, als das Gericht die Figur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft prinzipiell anerkannt habe.⁴⁰⁸ *Roxin* zieht die Grenzen der Organisationsherrschaft enger, als sie durch das Kriterium der durch die Organisation praktisch ermöglichten Weisung gesteckt werden, und betrachtet die Herleitung der Täterschaft durch den Bundesgerichtshof als Überdehnung der Tatherrschaft. Zudem stütze sich der Bundesgerichtshof neben der Organisationsherrschaft auf den Ansatz *F.-C. Schroeders* und die subjektive Theorie, so dass auf diese Weise der Weg von der Täterschaft durch Organisationsherrschaft hin zu einer konturlosen Organisationsherrschaft geebnet worden sei.⁴⁰⁹ *Roxin* übt insbesondere Kritik an der These des Bundesgerichtshofs, die Organisationsherrschaft als die Tatherrschaft begründendes Element sei auch auf Wirtschaftsunternehmen übertragbar.⁴¹⁰

Jedoch hat *Roxin* auf die Kritik *Herzbergs*⁴¹¹ hin anerkannt, dass die Rechtsgelöstheit als Merkmal der Organisationsherrschaft nur deliktsspezifisch gegeben sein muss. Dass sich das Unternehmen gänzlich außerhalb der rechtlichen Rahmenbedingungen positioniert, sei nicht kategorisch erforderlich. Vielmehr könne es ausreichen, wenn der Machtapparat im Hinblick auf eine bestimmte Gruppe von wesensähnlichen Straftaten oder auf bestimmte Rechtsgüter rechtliche Normappelle als für den Verband irrelevant ansieht, weil sie den Verbandsinteressen zuwiderlaufen.⁴¹²

405 Zusammenfassend hierzu *Rotsch* ZStW 112 (2002), 518 ff.; zur Übersicht über die grundsätzlich im Hinblick auf die Tatherrschaftslehre vertretenen Ansätze *Haas* ZStW 119 (2007), 519 ff. m.w.N.

406 *Schroeder* JR 1995, 177 ff. und *Roxin* JZ 1995, 49 ff.

407 *Schroeder* JR 1995, 177, 179; aus kriminalpolitischen Gründen stimmt auch *Prantl* NJ 1994, 534 der Entscheidung zu.

408 *Roxin* JZ 1995, 49, 51.

409 *Roxin* AT II, § 25 Rn. 133; vgl. auch *ders* in: FG BGH Bd. 4, S. 177, 193.

410 *Roxin* JZ 1995, 49, 51; ebenso *Rotsch* wistra 1999, 321, 327.

411 *Herzberg* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 33, 36 f.

412 *Roxin* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 55.

Andere Stimmen haben dem Kriterium der Rechtsgelöstheit ohnehin nie Relevanz zugestanden. So kommt es nach *Schild*⁴¹³ auf die Begründung der sozialen Tatherrschaft an, die ohne einen Verweis auf Regelfälle im konkreten Einzelfall nachgewiesen werden müsse.⁴¹⁴ Dafür sei – so *Ambos*⁴¹⁵ mit ähnlicher Konzeption – die Struktur der Organisation und die Anzahl der zur Verfügung stehenden fungiblen Tatwerkzeuge maßgeblich.⁴¹⁶

Roxins Kritik an der Rechtsprechung wurde von anderen Autoren aufgenommen. So wirft *Rotsch* dem Bundesgerichtshof vor, die Übertragung der Rechtsfigur auf Wirtschaftsunternehmen ebne die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme ein und stelle in Annäherung an die Einheitstäterschaft eine „Weichzeichnung“ der traditionellen Beteiligungsformen dar.⁴¹⁷ Die Rechtsprechung habe so die Möglichkeit geschaffen, „jeden von ihm für wichtig genug gehaltenen Tatbeitrag mit Täterstrafe zu belegen“ und die Tatherrschaft von der Herrschaft über das Tatgeschehen zur Herrschaft über den Erfolg zu machen,⁴¹⁸ die sich als eine „zweite Art höherstufiger Willensherrschaft“ darstelle. Diese erfordere keine Beherrschung der tatbestandlichen Handlung mehr, sondern allein noch eine Beherrschung des tatbestandlichen Erfolgs.⁴¹⁹ Dies führe zu einer weiteren Zersplitterung der ohnehin nicht mehr einheitlich begründbaren Tatherrschaft und lasse von dem Grundgedanken der Tatherrschaftslehre, der Täter sei „die Zentralfigur bei der Verwirklichung der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlung, nichts mehr übrig“. ⁴²⁰

Krey/Esser sehen die Übertragung der Organisationsherrschaft auf Unternehmen als eine „Verwässerung der Tatherrschaftslehre“ an, die mit einem Verlust an Rechtssicherheit verbunden sei, weil sich Fragen ergeben, die nicht mit klaren Kriterien zu lösen sind. Insbesondere sei unklar, wann eine hinreichende Befehlshierarchie vorliegt, die eine Organisationsherrschaft ermöglicht, oder wann ein Unternehmen groß genug ist, um als mit einem autokratischen Staatssystem vergleichbar angesehen werden zu können.⁴²¹ Ähnlich hat sich auch *Otto* geäußert, der die Übertragung der Rechtsfigur auf Wirtschaftsunternehmen dahin gehend kritisiert, dass es sich bei diesen nicht um Machtapparate handle und das

413 *Schild* Täterschaft als Tatherrschaft, S. 22 f.; ebenso *Gropp* JuS 1996, 13, 16; *Ambos* GA 1998, 228, 242.

414 Kritisch auch *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 151 f., der die Rechtsgelöstheit zumindest für ein vages Kriterium hält.

415 *Ambos* GA 1998, 226, 242.

416 *Herzberg* in: Amelung, Individuelle Verantwortlichkeit, S. 33, 36, hat dagegen auf das Kriterium der regelhaften Abläufe abgestellt, lehnt jedoch die Figur der Organisationsherrschaft ohnehin ab.

417 *Rotsch* Einheitstäterschaft, S. 317 f.

418 *Rotsch* Einheitstäterschaft, S. 380, 389; vgl. ferner *ders.* NStZ 2005, 13, 16.

419 *Rotsch* NStZ 2005, 13, 16.

420 *Rotsch* NStZ 2005, 13, 16.

421 *Krey/Esser* AT, Rn. 936; i.E. ebenso *Jescheck/Weigend* AT§ 62 II Nr. 8, S. 670; *Rotsch* Einheitstäterschaft, S. 380 f.; *Hoyer* in: SK-StGB, § 25 Rn. 89, 92; *Dierlamm* NStZ 1998, 596 f.; *Jakobs* NStZ 1995, 26 f.

Rechtsinstitut durch die Ausweitung jede Kontur verliere.⁴²² Hier klingt die Kritik mangelnder Bestimmtheit der Normausfüllung im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG an.

(2) Grundlegende Kritik an der Figur der Organisationsherrschaft und alternative Ansätze

Neben dieser sowie weiterer Detailkritik⁴²³ wurden Zweifel sowohl an der Tragfähigkeit der vom Bundesgerichtshof propagierten Unterscheidungskriterien als auch an dem durch die Täterschaft kraft Organisationsherrschaft erzielten Ergebnis geäußert:

*Hoyer*⁴²⁴ hat der Organisationsherrschaft *Roxins* nur einen sehr beschränkten Anwendungsbereich zugestanden. Es gehe hier letztlich nicht um eine dritte Form der mittelbaren Täterschaft; vielmehr werde die Herrschaft hier über den überlegenen Willen ausgeübt.⁴²⁵ An der Fungibilität des Tatmittlers habe es – so *Hoyer* – in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall der Mauerschüsse gerade gefehlt, weil der einzelne Schütze eben nicht beliebig austauschbar gewesen sei.⁴²⁶ Die mittelbare Täterschaft gründe sich in den Fällen der Organisationsmacht allein auf die Ersatzursachenherrschaft, so dass der Hintermann nur Tatherrschaft habe, wenn der Vordermann zu der Überzeugung gelange, möglicher Widerstand gegen die Tatausführung sei angesichts der Vielzahl von Ersatzursachen praktisch sinnlos.⁴²⁷

In eine ähnliche Richtung geht die weitere Kritik von *Rotsch*, der moniert, das Merkmal der Fungibilität sei letztlich nicht tauglich, weil nur im konkreten Fall mit der Ersetzbarkeit des Einzelnen argumentiert werden könne. Aufgrund einer generell-abstrakten Austauschbarkeit könne kein Vorgesetzter sich des Erfolgs sicher sein. Wenn aber die Erfolgssicherheit das maßgebende Merkmal sei, komme es stets auf den konkreten Einzelfall an.⁴²⁸ Zudem sei die Reduktion der Erfolgssicherheit auf ein automatisches Funktionieren des Täters in der Organisation nicht mit Selbstverantwortlichkeit des Einzelnen vereinbar.⁴²⁹ Hier helfe es auch nicht, mit *Herzberg*⁴³⁰ die Organisation als solche als Werkzeug des Hintermanns

422 *Otto* AT, § 21 Rn. 92; auch *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 176, lehnt eine Anwendung der Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen ab.

423 Vgl. etwa *Gropp* JuS 1996, 13, 16; *Rotsch* NStZ 1998, 491, 493; *Hoyer* in: SK-StGB § 25 Rn. 90; ferner die Darstellung bei *Joecks* in: MüKo-StGB, § 25 Rn. 144.

424 *Hoyer* in: SK-StGB § 25 Rn. 87 ff.

425 *Hoyer* in: SK-StGB § 25 Rn. 92.

426 Vgl. hierzu auch *Rotsch* NStZ 2005, 13, 14 f.

427 *Hoyer* in: SK-StGB § 25 Rn. 91.

428 *Rotsch* NStZ 1998, 491, 493; vgl. auch *Murrmann* GA 1996, 269, 273; krit. zu diesem Merkmal auch *Herzberg* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 33 ff., 57 ff.

429 Vgl. *Rotsch* NStZ 1998, 491, 493.

430 *Herzberg* Täterschaft und Teilnahme, S. 42; vgl. auch *Bloy* GA 1996, 441.

anzusehen. Das Abgrenzungsmerkmal der Tatentschlossenheit, das *F.-C. Schroeder* verwende, sei jedoch ebenso wenig tauglich, weil die Tatherrschaft durch die Tatentschlossenheit eines einzelnen Tatmittlers begründet werden könne und damit die Abgrenzung zur Anstiftung nicht mehr verlässlich möglich sei.⁴³¹

In der Literatur wird die Organisationsherrschaft von einer Reihe von Autoren für einen Fall der Mittäterschaft, nicht für mittelbare Täterschaft gehalten. *Jescheck/Weigend*⁴³² gehen davon aus, dass durch den Leitenden ein gemeinsamer Tatplan begründet werde, der zu den gleichartigen, entsprechend seinen Weisungen vorgenommen Taten führe.⁴³³ Auch *Jakobs*⁴³⁴ hat aufgrund der rechtlichen Gleichrangigkeit von unmittelbar Handelndem und Anweisendem Mittäterschaft angenommen, soweit die Tat gemäß der Weisung ausgeführt wird. Zum selben Ergebnis kommen *Otto*⁴³⁵ und *Weber*,⁴³⁶ die die Auffassung vertreten, der unmittelbar Handelnde mache sich den verbrecherischen Plan des Hintermanns zu eigen und habe daher neben diesem als Mittäter Tatherrschaft.⁴³⁷

Der Annahme von Mittäterschaft wird allerdings von der herrschenden Ansicht entgegengehalten, dass sie der vertikalen Struktur innerhalb organisatorischer Machtapparate nicht gerecht werde.⁴³⁸ Die Mittäterschaft beschreibe idealtypisch ein horizontal koordiniertes Verhalten, während ein vertikal bestimmtes Geschehen eher die mittelbare Täterschaft bestimme.⁴³⁹ Der mittäterschaftlichen Verantwortlichkeit gehe durch die Akzeptanz, sich der Anweisung des hierarchisch Übergeordneten zu fügen, die Begrenzung durch den gemeinsamen Tatplan verloren.⁴⁴⁰ Die Bedeutung der hierarchischen Organisation für die Bewertung als mittelbare Täterschaft hat *Otto* allerdings mit dem Argument bestritten, das Über-Unterordnungsverhältnis im Sozialleben hindere nicht die arbeitsteilige, mittäterschaftliche Verwirklichung eines Straftatbestandes.⁴⁴¹ Auch *Jakobs* gibt der Mittäterschaft eine vornehmlich normative Prägung, indem er es für entscheidend hält, dass der unmittelbar Handelnde dem Anweisenden rechtlich nicht unterlegen ist, mithin im Wesentlichen eigenverantwortlich handelt.⁴⁴² Die

431 Vgl. *Rotsch* NStZ 1998, 491, 493.

432 *Jescheck/Weigend* AT, § 62 II Nr. 8, S. 670.

433 Vgl. auch *Schünemann* in: FG BGH Bd. 4, S. 621, 631; *ders.* in: FS *Schroeder*, S. 401, 411 f.

434 *Jakobs* AT, 21/103 Fn. 190.

435 *Otto* AT, § 21 Rn. 92; *ders.* Jura 2001, 753, 758 f.

436 *Baumann/Weber/Mitsch* AT, § 29 Rn. 147.

437 Vgl. auch *Krey/Nuys* in: FS *Amelung*, S. 203, 216 ff.; differenzierend *Botke* Haftung, S. 54 und *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 179.

438 *Gropp* AT, § 10 Rn. 51a m.w.N.; ferner *Charchulla* Organisationsherrschaft, S. 73; *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 177; *Hildenbeutel* Strafbarkeit des Anordnenden, S. 129; *Kutzner* Täter hinter dem Täter, S. 260; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 50; *Schild* in: NK-StGB, § 25 ff. Rn. 142 ff.; *Ambos* GA 1998, 226, 233; *Conde* in: FS *Roxin*, S. 609, 611; *Küpper* GA 1998, S. 519, 524; *Roxin* in: FS *Lange*, S. 173, 179; *ders.* JZ 1995, 49, 50; *ders.*, in: FS *Schroeder*, S. 387, 390.

439 *Bloy* GA 1996, 424, 440.

440 *Langneff* Die Beteiligtenstrafbarkeit von Hintermännern, S. 119.

441 *Otto* AT, § 21 Rn. 92.

442 *Jakobs* NStZ 1995, 26, 27.

Annahme, es fehle in Hierarchiestrukturen am gemeinsamen Tatentschluss, sei ein „psychologisierendes Missverständnis der Voraussetzungen von Arbeitsteilung“. Solange die Handlung in Kenntnis des Geschehenszusammenhangs erbracht werde, sei die Kenntnis von den Handlungen anderer mitwirkender Personen ohne Belang.⁴⁴³ Diese Auffassung hat *Dous* allerdings als eine Art Einheitstäterschaft durch Organisationszugehörigkeit kritisiert.⁴⁴⁴

Bockelmann ist bei der Begehung aus einem hierarchischen Verband von Nebentäterschaft ausgegangen, da es an einem gemeinsamen Tatentschluss fehle.⁴⁴⁵ Hiergegen hat sich jedoch die herrschende Ansicht ausgesprochen, weil die Nebentäterschaft zu einer sachfremden Isolierung von zusammengehörigen Tatbeiträgen führe. Für diese Täterschaftsform sei das unabhängige Tätigwerden nebeneinander charakteristisch, welches im Rahmen der Begehung von Straftaten aus Unternehmensstrukturen nicht vorliegt.⁴⁴⁶

(3) Ablehnung einer Täterschaft aufgrund von Organisationsherrschaft

Darüber hinaus wurden die Lösung und vor allem das Ergebnis der Rechtsprechung mit dem Argument bestritten, die Organisationsherrschaft begründe per se keine Tatherrschaft, so dass der Hintermann lediglich als Anstifter strafbar sei. Dies wird u.a. von *Herzberg*,⁴⁴⁷ *Köhler*,⁴⁴⁸ *Schmucker*,⁴⁴⁹ *Renzikowski*⁴⁵⁰ und *Spendel*⁴⁵¹ vertreten. Dabei wird insbesondere gegen die Organisationsherrschaft als solche eingewandt, dass sie eine Täterschaftsüberdehnung beinhalte⁴⁵² und ihr als dogmatischem Merkmal zudem die hinreichende normative Relevanz fehle.⁴⁵³

Diese nahe liegende Beurteilung des Leitungsorgans oder Vorgesetzten als Anstifter ist jedoch insofern problematisch, als sie einen Wertungswiderspruch beinhaltet. Die Verurteilung des anordnenden Hintermanns als Anstifter, während der unmittelbar Handelnde als Täter verurteilt wird, würde der dominierenden Rolle des hierarchisch Vorgesetzten nicht gerecht,⁴⁵⁴ weil eine solche Bewertung weder die Strukturen der Organisation, die das kriminelle Geschehen ermöglicht hat, erfassen⁴⁵⁵ noch zum Ausdruck bringen könnte, dass der Hintermann die

443 *Jakobs* NStZ 1995, 26, 27.

444 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 178.

445 Vgl. *Bockelmann* AT, § 24.

446 Vgl. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 179 f. m.w.N.

447 *Herzberg* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 33 ff.

448 *Köhler* AT, S. 510.

449 Ebenso *Schmucker* StraFo 2010, 235 ff.

450 *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff, S. 88 ff.

451 *Spendel* in: FS Lange, S. 147, 160.

452 *Herzberg* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 33 ff.

453 Vgl. auch *Bottke* JuS 2002, 320, 322.

454 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 180 f.; *Ambos* GA 1998, 226, 232; *Gropp* JuS 1996, 13, 18; *Rogall* in: FG BGH Bd. 4, S. 383, 427; *Roxin* JZ 1995, 49; *Schroeder* JR 1995, 177, 178.

455 *Otto* Jura 2001, 753, 758.

Tat tatsächlich gesteuert hat.⁴⁵⁶ Zudem widerspreche die Bewertung des Hintermanns als Anstifter der Struktur und den Funktionsmechanismen dieser Beteiligungsform, die ähnlich wie die Mittäterschaft auf einen überschaubaren Personenkreis angelegt sei, in dem direkt miteinander kommuniziert werden könne. Auf eine solche intersubjektive Kommunikation seien jedoch organisatorische Machtapparate nicht ausgelegt.⁴⁵⁷

Die Kritik an einer Anstiftungslösung ist berechtigt: Mag auch der Anstifter gemäß § 26 StGB gleich einem Täter bestraft werden, so bedeutet dies nicht, dass das Anstiftungsunrecht dem der Täterschaft ebenbürtig sein muss,⁴⁵⁸ bringt doch die Bewertung einer Handlung als täterschaftlich einen anderen Unrechtsgehalt zum Ausdruck. Das wird bereits durch den Vergleich der Regelungen über den Versuch der Täterschaft mit denjenigen über die versuchte Anstiftung zur Tat deutlich. Der Versuch der Tatbegehung ist bei Verbrechen stets und bei einer Vielzahl von Vergehen, die im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs eine eigenständige Regelung über die Versuchsstrafbarkeit vorsehen, mit Strafe bedroht (§ 23 Abs. 1 StGB). Die versuchte Anstiftung ist dagegen nur bei Verbrechen und einer sehr geringen Zahl von Vergehen (z.B. §§ 153, 159 StGB) strafbar.

e) Kriminologisch-soziologische Kritik

Rotsch hat diese unzulängliche Erfassung der Gegebenheiten moderner Unternehmen und der von ihnen verursachten Risiken deutlich aufgezeigt und drei strukturell-tatsächliche Hinderungsgründe für eine Übertragung der Tatherrschaft durch Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen herausgestellt:⁴⁵⁹

Einer Übertragung stehe zum Ersten die besondere Bedeutung des Kollektivs Großunternehmen entgegen. Auf den Forschungen *Herbert Jägers*⁴⁶⁰ aufbauend sieht *Rotsch* es für sämtliche Formen kollektiver Gewalt als bezeichnend an, dass das individuelle Handeln innerhalb des Kollektivs nicht als isolierte Tat und punktuelles Ereignis, sondern lediglich als Teil eines kollektiven Arbeitszusammenhangs angesehen werden dürfe, der seinerseits eine unbedingte Rahmenbedingung der individuellen Handlung darstelle. Dieser Gesamtzusammenhang, der durch die Gruppendynamik, Konformitätsdruck und Normneutralisierungsmechanismen⁴⁶¹ geprägt ist, könne von einem Leitungsorgan nicht beherrscht werden, so dass keine Herrschaft über das Geschehen möglich ist. Es könne nicht

456 Vgl. *Roxin* in: FS Schroeder, S. 387, 391.

457 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 181 f.

458 Vgl. aber *Renzikowski* Restriktiver Täterbegriff, S. 90; *Herzberg* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 33, 49 f.

459 *Rotsch* NStZ 1998, S. 491, 493 f.

460 Insbesondere *H. Jäger* Makrokriminalität, 1989, passim.

461 Vgl. hierzu im Einzelnen hier S. 783 ff.

von einem von dem Entscheidungsträger instrumentalisierbaren und automatisierten Ablauf die Rede sein. Zudem sei das Geschehen in einem Großunternehmen durch die spezielle Risikotypik des modernen gesellschaftlichen Lebens und der Autopoiesis⁴⁶² innerhalb des Unternehmens beeinflusst. Ferner liege es auf der Hand, dass die in einem Großunternehmen relevanten „sozialpsychologischen Erkenntnisse über Gruppendynamik und Neutralisierungsmechanismen auch Auswirkungen auf die strafrechtliche Haftung des Einzelnen“ haben müssen.⁴⁶³

Zum Zweiten stellen die in Großunternehmen relevanten Gefahren nach Rotsch eine andere Art von Risiken dar, nämlich sogenannte Großrisiken. Die aus dem Betrieb von Unternehmen drohenden Schäden verursachten Risiken, die oftmals nicht mehr zu beeinflussen seien. Rotsch führt in diesem Zusammenhang die unbestimmten Begriffe der *Risikogesellschaft*⁴⁶⁴ und des *Risikostrafrechts*⁴⁶⁵ in die Erörterung ein. Hier führen demnach nicht „intendierte kollektive Effekte“ von Individualhandlungen und systematischem Auseinanderfallen von Risikoverursachung und Risikobetroffenheit⁴⁶⁶ zu völlig anderen Risiken, als sie das Individualstrafrecht klassischerweise zum Gegenstand hat. Verwirklicht sich aus einer großen Organisation ein solches bislang unbekanntes Großrisiko, so könne keinesfalls von einem Ausnutzen oder Instrumentalisieren der Organisation zur Tatbegehung gesprochen werden. Im Hinblick auf ein nicht wahrgenommenes oder nicht beherrschbares Risiko könne der Verband nicht zur Erfolgsrealisierung instrumentalisiert werden.⁴⁶⁷

Das dritte Übertragungshindernis liege in der Hierarchiestruktur moderner Unternehmen. Diese seien nicht mehr streng über- und durchschaubar pyramidal aufgebaut, so dass sie mit der klassischen Modellbürokratie nichts mehr gemein haben.⁴⁶⁸ Hier werde mit komplexen vertikalen Delegationssystemen und Subsystemen gearbeitet, die zum soziologisch längst akzeptierten Problem der „neuen Unübersichtlichkeit“⁴⁶⁹ geführt habe und die in „Funktion und Folgen formaler Organisationen“ und damit unter anderem in die „ökologische Gefährdung als gesellschaftliche Selbstgefährdung“ einmünde. Komplexe Interaktion verhindere hier individuelle Steuerung. Die innerbetriebliche Verantwortung stehe in umge-

462 Zum Begriff und System der Autopoiesis Luhmann Soziale Systeme, S. 40 ff.

463 Rotsch NStZ 1998, 491, 494.

464 Vgl. zum Begriff Ulrich Beck Risikogesellschaft, 1986, passim; ders., Gegengifte – Die organisierte Unverantwortlichkeit, S. 209 ff.; ferner Kuhlen GA 1994, 347 ff.; grundlegend Prittwitz Strafrecht und Risiko, S. 49 ff.

465 Vgl. nur Wolter Objektive und personale Zurechnung S. 36, 57 m.w.N.; sowie die Nachweise bei Rotsch NStZ 1998, 491, 494 Fn. 53.

466 Vgl. Lau Soziale Welt 1989, 423.

467 Vgl. Rotsch NStZ 1998, 491, 494.

468 Vgl. Rotsch NStZ 1998, 491, 494.

469 Habermas Die neue Unübersichtlichkeit, passim.

kehrter Proportionalität zu objektiver Tatmacht und Tatwissen,⁴⁷⁰ weil sich das physische Handlungspotenzial sowie der Umfang der Informationen innerhalb einer Organisation „von unten nach oben reduziert“.⁴⁷¹ Auf diese Weise korrespondieren demnach mit der Organisationsstruktur solcher Unternehmen subjektive Strafbarkeitshemmnisse. Diese tatsächlichen Vorgaben müsse das Strafrecht rezipieren. Das könne jedoch nicht über die Figur der Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft geschehen, weil sie die relevanten Faktoren nicht berücksichtige.⁴⁷²

f) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

Aus dem vorangegangenen Überblick über einen Teil der Kritik an der vom Bundesgerichtshof weiterentwickelten Figur der Tatherrschaft kraft Organisationsmacht wird deutlich, dass man dieses Rechtsinstitut zwar grundsätzlich als von der herrschenden Ansicht – bemerkenswerterweise auch im Ausland⁴⁷³ – anerkannt ansehen kann. Jedoch bedeutet diese grundsätzliche Anerkennung durch die herrschende Meinung nicht, dass damit auch die Tatherrschaft im Rahmen von Wirtschaftsunternehmen von der herrschenden Ansicht anerkannt wäre. Hier übt die Lehre intensiv Kritik und lehnt die Ausweitung der für Beurteilung staatlicher Machtapparate überwiegend anerkannte Bewertung durch den Bundesgerichtshof ab. *Rotsch* konkretisiert das mittlerweile allgemein anerkannte Urteil, das moderne Strafrecht habe es zunehmend – insbesondere etwa im Unternehmens- und Umweltbereich – mit aus einem Kollektiv heraus begangenen Taten zu tun, zu deren Bewältigung es weder geschaffen noch geeignet sei: In der Frage der Organisationsherrschaft stellen komplizierte Sachverhalte, deren Komplexität durch technischen Fortschritt und sozialen Wandel noch gesteigert wird, traditionelle strafrechtliche Haftungsprinzipien auf eine harte Probe, die diese nicht immer bestehen.⁴⁷⁴

Die Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft ist nach dem derzeitigen Stand der Diskussion, insbesondere im Hinblick auf die aktuell genannten Kriterien, nicht in der Lage, eine überzeugende Lösung für die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten, die an der Begehung von Straftaten durch ihre Untergebenen mitwirken, zu liefern. Dies gilt insbesondere im Bereich des Verbandsstrafrechts. *Dous* befürchtet sogar, die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft

470 Vgl. auch *Heine* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 53.

471 Vgl. *Luhmann* Funktionen und Folgen formaler Organisationen, S. 196 ff.

472 Vgl. *Rotsch* NStZ 1998, 491, 494.

473 Vgl. die Nachweise bei *Rotsch* NStZ 2005, 13; zur Rezeption der Organisationsherrschaft im brasilianischen Wirtschaftsstrafrecht *Greco/Leite* ZIS 2014, 285 ff.

474 Vgl. *Rotsch* NStZ 1998, 491 m.w.N.

berge die Gefahr, dass Geschäftsführungsmitglieder in produkthaftungsrechtlichen Fallgestaltungen pauschal für „den schadensstiftenden Output des Unternehmens verantwortlich gemacht werden und ihnen auf fragwürdige Weise alle kollektiven Vorgänge als eigene Handlungen zugerechnet werden“.⁴⁷⁵

Über diese vornehmlich strafrechtsdogmatischen Bedenken hinaus lässt die fehlende Konsistenz der Rechtsfigur die Frage aufkommen, ob die mittlerweile durch Rechtsprechung und Lehre erarbeiteten Konturen ausreichend sind, um die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Gesetzlichkeitsprinzips nach Art. 103 Abs. 2 GG, insbesondere des Wesentlichkeitsprinzips und Bestimmtheitsgrundsatzes, zu erfüllen. Das ist die Kernfrage im Kontext der Organisationsherrschaft, die der Bundesgerichtshof nicht stellt.

(1) Verletzung des Wesentlichkeitsgrundsatzes

Die Grundentscheidung über die Strafbarkeit der mittelbaren Täterschaft hat der Gesetzgeber durch die Schaffung des § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB getroffen. Eine wichtige Entscheidung sollte ausweislich der Gesetzesmaterialien aber ausdrücklich offengelassen werden: die Entscheidung über die Strafbarkeit der Täterschaft hinter dem Täter.⁴⁷⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber in seiner ständigen Rechtsprechung jedoch die Aufgabe zugewiesen, die wesentlichen Grundlagen der Strafbarkeit („*Grenzen der Strafbarkeit und die Art der Strafe*“) durch Parlamentsgesetz festzulegen.⁴⁷⁷ Daher bestehen grundsätzliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsfigur des Täters hinter dem Täter. Hält man nämlich die Frage, ob eine mittelbare Täterschaft desjenigen, der sich eines vollverantwortlich handelnden Tatmittlers bedient, möglich ist, für eine solche Grundsatzfrage, die der Gesetzgeber selbst zu entscheiden hat, könnte die Zulässigkeit dieser Täterschaftsform bereits am Wesentlichkeitsgrundsatz scheitern. Da das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber die Entscheidung über „*die möglichen Straftatbestände einschließlich der Schuldform sowie der Art und des Höchstmaßes der Strafe*“⁴⁷⁸ verlangt, sprechen gute Gründe dafür, die Organisationsherrschaft als strafbarkeitsbegründende Rechtsfigur aus verfassungsrechtlichen Gründen abzulehnen.

475 Dous Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 174 f.

476 Begründung zu § 29 StGB-E BT-Drs. IV/650 S. 149.

477 Für das Strafrecht BVerfG, Beschl. v. 23.2.1972 – 2 BvL 36/71, BVerfGE 32, 346, 362 f.; Urt. v. 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 153 f.; eingehend hierzu Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 115 ff.; ferner Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 201; Schmahl in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopauf, Art. 103 Rn. 26; Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 19; Enderle Blankettgesetze, S. 200 f.; Bülte JZ 2014, 603, 607 f.; Geitmann NJW 1972, 1856 f.

478 BVerfG, Beschl. v. 23.2.1972 – 2 BvL 36/71, BVerfGE 32, 346, 363; vgl. auch Beschl. v. 6.5.1987 – 2 BvL 11/85, BVerfGE 75, 329, 342; ferner Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 131; eingehend hierzu auch ders. in: FS Roxin, 2011, S. 285 ff.

Zwar wird bei der Schaffung einer Vorschrift im Allgemeinen Teil nicht über einen „*möglichen Straftatbestand*“ im Sinne einer Bewertungsnorm entschieden,⁴⁷⁹ weil diese Vorschriften unrechtsneutrale Zurechnungs- und Geltungsregeln beinhalten. Aber über die Art und das Höchstmaß der Strafe wird mittelbar entschieden und hätte auch hier entschieden werden müssen. Man könnte hier zwar einwenden, die wesentliche Grundsatzentscheidung für die Täterstrafe sei doch bereits dadurch gefallen, dass es sich in den Konstellationen des Täters hinter dem (vollverantwortlichen) Täter auch bei Ablehnung der Täterschaft um Anstiftung handelt. Doch ist diese veremeintliche Entscheidung des Gesetzgebers, die Beurteilung einer diskutierten Fallgruppe entweder als Anstiftung oder als Täterschaft Rechtsprechung und Lehre zu überlassen, keine Entscheidung, die den Vorgaben von Art. 103 Abs. 2 GG gerecht würde. Die Entscheidung über die konkrete Strafbarkeit, über den zutreffenden Schuldspruch und die Strafe fehlt. Die Anstiftungsstrafe beinhaltet einen andersartigen Unrechtsvorwurf und bringt ein anderes Gewicht der Mitwirkung an der Tat zum Ausdruck. Zudem ist der Versuch der Anstiftung unter engeren Voraussetzungen strafbar als der Versuch der täterschaftlichen Begehung. An einer klaren Entscheidung des Gesetzgebers für eine Täterschaft kraft Organisationsherrschaft fehlt es damit.

(2) Mangel an verfassungsrechtlicher Bestimmtheit

Betrachtet man die verworrene Rechtsprechung aus der Sicht des Adressaten der Bestimmungsnorm der Strafvorschriften, so liegen zudem Zweifel an der hinreichenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheit von § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB im konkreten Kontext nahe: Zwar ist für den Vorgesetzten, der eine Straftat seines Untergebenen anordnet, erkennbar, dass er sich wegen Beteiligung an dieser Tat strafbar machen wird. Aber selbst nach eingehender Lektüre von Rechtsprechung und Literatur wird es dem Vorgesetzten kaum gelingen, mit der gebotenen Sicherheit vorherzusagen, ob er als Täter oder als Teilnehmer der Straftat angesehen werden wird. Denn weder die Rechtsprechung noch die Literatur haben es bislang vermocht, verlässliche und subsumierbare Tatbestandsmerkmale zu entwickeln, die dem Normadressaten eine Einzelfallbeurteilung ermöglichen. Es herrscht bereits innerhalb der Senate des Bundesgerichtshofs weder Einigkeit über die Anforderungen an die Organisation, die Tatherrschaft verleiht, noch welche Tatbedingungen diese schaffen muss; zumal der Bundesgerichtshof in der Kalifatstaat-Entscheidung auch auf den traditionellen Ansatz der Rechtsprechung, den Täterwillen ausgewichen ist. Da auch die Lehre über die Einzelmerkmale der Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft bislang keine Einigkeit erzielen konnte und insofern nicht ansatzweise – quasi aushilfsweise für eine unein-

479 Vgl. hierzu Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 9 ff.

heitliche Rechtsprechung – bestimmbarkeitsbildend wirken kann, dürften die Anforderungen an die Bestimmtheit des Gesetzes durch diese Rechtsfigur kaum erfüllt werden. Eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG durch die Anwendung dieser Form der mittelbaren Täterschaft liegt vor diesem Hintergrund nicht fern.

Eine gesetzliche Vorschrift zur Regelung einer Beteiligungsform ist verfassungswidrig, wenn der Normadressat dem fraglichen Gesetz zwar entnehmen kann, dass er sich strafbar machen kann, ihm aber die Bestimmung der Form seiner Beteiligung nicht möglich ist. Denn die Höhe der angedrohten Strafe, die ebenfalls Gegenstand des Bestimmtheitsgebots ist,⁴⁸⁰ hängt im Einzelfall auch von der Beteiligungsform ab. Geht man allerdings im Hinblick auf die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit der Organisationsherrschaft von der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts aus, so dürfte selbst dieses weitgehend konturlose Rechtsinstitut nicht das Verdikt der Verfassungswidrigkeit treffen. Denn das Bundesverfassungsgericht hat es zur Annahme hinreichender Bestimmtheit ausreichen lassen, dass der Normadressat das Risiko der Bestrafung nach dem Gesetz und seiner richterlichen Auslegung vorhersehen kann.⁴⁸¹ Dieses Risiko kann der Vorgesetzte erkennen, denn er muss damit rechnen, entweder als Täter oder als Teilnehmer der Tat des Untergebenen bestraft zu werden; beide Risiken liegen auf der Hand.

Gegen diese starke Aufweichung der Anforderungen an die gesetzliche Bestimmtheit ist allerdings zu Recht vorgebracht worden, sie lasse den „*Vertrauensschutz praktisch zur Fiktion*“ werden,⁴⁸² weil letztlich bei jeder Verletzung einer staatlichen Verhaltensnorm⁴⁸³ mit einer Sanktion zu rechnen sei. Zudem werde der „*Aspekt der Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit für den Einzelnen auf ein Minimum reduziert*“. Die Erkennbarkeit des Risikos, bestraft zu werden, reiche daher nicht aus, um die Vorhersehbarkeit der Strafe und damit die Bestimmtheit der Strafnorm zu begründen.⁴⁸⁴ Mag das Bundesverfassungsgericht daher die künftig noch zu stellende Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft auch bejahen, so bleiben dennoch berechtigte Zweifel an der hinreichenden Bestimmtheit der vom Bundesgerichtshof (fort-)entwickelten Konzeption.

An der Entwicklung der Organisationsherrschaft wird weiterhin ein anderes Phänomen deutlich, das die Strukturen der Beteiligungsdogmatik in ernster Wei-

480 Vgl. nur BVerfG, Urt. v. 20.3.2002 – 2 BvR 794/95, BVerfGE 105, 135, 168 ff.; hierzu eingehend Dannecker in: FS Roxin, 2011, S. 285 ff.

481 BVerfG, Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, 921, 1190/84 u. 333, 248, 306, 497/85; BVerfGE 73, 206, 233 ff.; 75, 329, 345; Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 98 f.; kritisch dazu Tiedemann Tatbestandsfunktionen S. 196 m.w.N.; ders. Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 116; ders. Verfassungsrecht und Strafrecht S. 44.

482 Tiedemann Verfassungsrecht und Strafrecht S. 44.

483 Vgl. zum Begriff Kaspar Verhältnismäßigkeit, S. 363 ff. m.w.N.

484 Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 184; Schünemann Nulla poena, S. 29 ff.

se bedroht: Die kritisierte Verwässerung der Beteiligungsdogmatik durch Normativierung beschränkt sich nach Anerkennung der Rechtsfigur nunmehr nicht allein auf die Strafbarkeit, die aus Verbänden begangen wird. Die Pflegeheim-Entscheidung macht deutlich, dass der Bundesgerichtshof mit der Ausweitung der Organisationsherrschaft auf andere Arten von Lenkungsmacht im Begriff ist, die Grundstrukturen der mittelbaren Täterschaft zu beseitigen. Der Verzicht auf die Einbindung des Hintermanns in eine Hierarchiestruktur ebnet den Weg zur Auflösung der Grenzen zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft und führt zurück zur subjektiven Theorie des Badewannen-Urteils des Reichsgerichts.⁴⁸⁵

Durch den Verzicht auf ein irgendwie institutionalisiertes Über-Unterordnungsverhältnis wird die Organisationsherrschaft aus der Hierarchie gelöst. Sie erfasst damit auch die Begehung von Taten unter Ausnutzung eines Verbandes, dem der mittelbare Täter gar nicht angehören muss. Damit wird die Organisationsherrschaft in einer Weise verallgemeinert, die dazu führen könnte, dass die Verwässerung der Täterschaft die allgemeine Beteiligungslehre infiziert und aufweicht. Die ersten Schritte hat der Bundesgerichtshof mit seiner – von der Intention her fraglos verständlichen – Rechtsprechung zur Erfassung von Verbands-kriminalität bereits getan. Da es der Anwendung dieser Rechtsfigur aber an klaren Konturen und Grenzen fehlt, birgt dieser Weg erhebliche Gefahren für die Stabilität der Beteiligungsdogmatik und damit mittelbar auch für die verfassungsrechtliche Bestimmtheit. Auch wenn sich die Organisationsherrschaft zu einem *„schlagkräftigen Instrument zur Bekämpfung moderner Kriminalitätssphären entwickelt haben“*⁴⁸⁶ mag, heißt das nicht, dass die Anwendung auf Wirtschaftsunternehmen trotz mangelnder verfassungsrechtlicher Bestimmtheit dieser Art der Normausfüllung verfassungsrechtlich zulässig wäre.

g) Zwischenfazit

Die Diskussion um die Organisationsherrschaft macht die Probleme deutlich, die bei der Erfassung von Entscheidungsverantwortung in einem durch Handlungsverantwortung geprägten Strafrecht entstehen. Es fehlen insbesondere klare Kriterien dafür, wann Entscheidungsgewalt Tatherrschaft begründet. Erkennt man die Tatherrschaft kraft Organisationsherrschaft trotz aller Zweifel als tragfähige und verfassungsrechtlich hinnehmbare Rechtsfigur an, so bleibt gleichwohl ein grundlegendes Problem bestehen: Der Anwendungsbereich der mittelbaren Täterschaft reicht nicht weit genug, um die relevanten Fälle der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Verband zu erfassen. Aufgrund der Einzelfälle, die die Rechtsprechung entschieden hat und die in der Literatur erörtert werden, wird dies deut-

485 RG, Urt. v. 14.2.1940 – 3 D 69/40, RGSt 74, 84, 85 f.

486 Rotsch ZIS 2009, 549, 551.

lich: Die Täterschaft aufgrund von Organisationsherrschaft wäre allenfalls in der Lage, einen sehr engen Bereich der Vorgesetztenverantwortlichkeit abzudecken. Es werden schon strukturell nur solche Konstellationen erfasst, in denen der Vorgesetzte oder Entscheidungsträger im Rahmen der regelhaften Abläufe, die von Organisationen zur Verfügung gestellt werden, seine Untergebenen zur Begehung von Straftaten gezielt ausnutzt, sie instrumentalisiert. Fälle des eventualvorsätzlichen Verursachens einer tatbestandlichen Handlung des Untergebenen oder des vorsätzlichen Geschehenlassens von innerbetrieblichen Straftaten fallen durch das Raster der Organisationsherrschaft. Da diese Fallgestaltungen jedoch die überwiegende Mehrzahl der Straftaten in Unternehmen bilden dürften, ist der Ausschnitt, den die Organisationsherrschaft abbildet, zu klein, um einen wesentlichen Beitrag zur Erfassung von Entscheidungsverantwortung zu leisten.

3. Unterlassungsstrafbarkeit

Die Fallgestaltungen, in denen der Betriebsinhaber, sein Beauftragter oder ein Leitungsorgan einer juristischen Person die Begehung einer Straftat durch einen Mitarbeiter des Unternehmens geschehen lässt, werden unter dem Topos der *strafrechtlichen Betriebsinhaber- oder Geschäftsherrenhaftung* schon seit langer Zeit diskutiert.⁴⁸⁷ Seit Neuerem steht zudem die Frage in der Diskussion, inwieweit auch der Leiter einer Innenrevisionsstelle oder der sogenannte Compliance-Officer als Unterlassungstäter oder Unterlassungsbeteiligter für die Verwirklichung von Straftatbeständen aus einem Unternehmen strafrechtlich verantwortlich sind.⁴⁸⁸ Bei der Betrachtung der Unterlassungsstrafbarkeit im Kontext von Straftaten aus einem Betrieb oder Unternehmen wird häufig versucht, eine Differenzierung der Verantwortlichkeit nach der Ursache einer Schadensentstehung zu unternehmen,⁴⁸⁹ die in der Praxis nicht immer einfach sein dürfte. Im Grundsatz ist allerdings unstreitig, dass derjenige, der einen gefährlichen Betrieb eröffnet und führt, die Gefahren, die sich aus dieser Betriebsführung ergeben, einzudämmen verpflichtet ist und Schäden soweit möglich zu verhindern hat (*Sachverantwortlichkeit*). Dabei lässt sich der entscheidende Aspekt auf die Frage zuspitzen, ob und inwieweit der Vorgesetzte in einem Betrieb oder Unternehmen Straftaten seiner Mitarbeiter oder Untergebenen als Garant zu verhindern hat (*Personalverantwortlichkeit*).

487 Vgl. hierzu auch den Überblick bei *Selbmann* HRRS 2014, 235 ff.

488 Vgl. hierzu insbesondere BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.; unter den vielen Besprechungen und Anmerkungen sei hier nur genannt: *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981 ff. m.w.N.; weitere Nachweise bei *Konu* Garantenstellung, S. 83 ff.

489 Vgl. die Nachweise bei *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 6 ff.

a) Verfassungsrechtliche Leitlinien für die Geschäftsherrenhaftung

Im Kontext der Unterlassungshaftung ist sich der Bundesgerichtshof des Problems einer Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG durch die Schaffung zu unbestimmter Normen, zumindest in jüngster Zeit – und anders als im Hinblick auf § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB – wohl bewusst. So heißt es in der Entscheidung zur Geschäftsherrenhaftung wegen Mobblings bei den *Siegener* Straßenbaubetrieben ausdrücklich: *„Ließe man allein das iterative Moment für die Annahme der Betriebsbezogenheit ausreichen, würde die mit diesem Merkmal bezweckte und im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG gebotene ... Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn aufgegeben und dieser im Ergebnis doch für eine insgesamt straffreie Lebensführung seiner Mitarbeiter während der Arbeitszeit verantwortlich gemacht.“*⁴⁹⁰ Doch steht im Kontext der Unterlassungsstrafbarkeit die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit der Haftungsregeln deswegen schon seit langer Zeit in der Diskussion, weil die Bestimmung der Garantenstellung und Garantenpflicht zunächst aufgrund des Fehlens einer Regelung und dann seit Schaffung des § 13 StGB wegen der unklaren Vorgaben des Gesetzes erhebliche Probleme bereitet.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit von § 13 StGB die hinreichende Bestimmtheit des Tatbestandsmerkmals *„rechtlich dafür einzustehen hat“* darauf gestützt, dass *„Rechtsprechung und Lehre die Strafbarkeit der traditionell anerkannten unechten Unterlassungsdelikte bereits vor einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung dahingehend eingegrenzt [haben], daß nur eine Rechtspflicht, die einem durch besondere Umstände begründeten Schutzverhältnis zum gefährdeten Rechtsgut entspringt, eine Garantenstellung begründen kann, eine sittliche Pflicht oder nur die faktische Möglichkeit zur Schadensverhinderung aber nicht genügen“*. Diese *„jahrzehntelange Rechtsprechung“* habe dann schließlich in § 13 StGB durch das 2. Strafrechtsreformgesetz ihre gesetzliche Verankerung gefunden und sei danach kontinuierlich weiterentwickelt worden.⁴⁹¹ Daher sei § 13 StGB trotz seiner unbestimmten und generalklauselartigen Formulierung verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Es könne hier eine gefestigte Rechtsprechung übernommen werden und dadurch sowie *„mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage“* für ihre Auslegung und Anwendung geschaffen werden, die hinreichende Bestimmtheit biete.⁴⁹²

Diese Beurteilung des § 13 StGB hat Schmitz angegriffen: Das *„Bestimmtheitsgebot wird völlig verfehlt, wenn der Gesetzgeber bestimmte Verhaltensweisen für*

490 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 47 f.

491 BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 99.

492 BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 97 f.

strafbar erklärt, aber auf eine Regelung im Einzelfall verzichtet“.⁴⁹³ Wenn das Bundesverfassungsgericht annehme, die Garantenpflichten hätten durch die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Eingrenzungskriterien gesetzliche Formen gefunden, so sei dem nicht zuzustimmen. Der Bürger könne diese Kriterien nicht dem Gesetz entnehmen und daher als Normadressat nicht erkennen, wann sein Unterlassen strafbar sei. Soweit der Senat zudem darauf hinweise, es erfolge zudem eine Fortentwicklung der Kriterien, so sei dies besonders bedenklich.⁴⁹⁴ Daher sei die Vorschrift des § 13 StGB, der als Voraussetzung der Strafbarkeit des Unterlassens lediglich bestimmt, dass der Unterlassende für das Ausbleiben des Erfolgs rechtlich einzustehen hat,⁴⁹⁵ nur dann verfassungsgemäß, wenn man § 13 StGB als Blankettvorschrift verstehe, die auf solche Vorschriften verweist, die rechtliche Handlungspflichten normieren.⁴⁹⁶ Soweit man die Vorschrift jedoch als Regelung mit normativem Tatbestandsmerkmal verstehe, erreiche „der Gesetzgeber sein selbst gestecktes Ziel, die Strafbarkeit wegen Unterlassens durch die Einführung des § 13 StGB auf eine hinreichende Grundlage zu stellen“, weil es an hinreichenden Vorgaben fehle, unter welchen Bedingungen die Einstandspflicht besteht.⁴⁹⁷

Die herrschende Ansicht⁴⁹⁸ teilt jedoch die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, wenn auch dazu gemahnt wird, § 13 StGB aufgrund des Fehlens klar normierter Handlungspflichten sehr restriktiv auszulegen.⁴⁹⁹ Doch habe der Gesetzgeber hier Rechtsprechung und Lehre zur Rechtsfortbildung *intra legem*⁵⁰⁰ ermächtigt, weil er eine ausdrückliche gesetzliche Lösung der Garantenpflichtproblematik nicht für möglich gehalten hat. Art. 103 Abs. 2 GG erfordere nicht, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit ausschließlich und unmittelbar der Rechtsquelle des förmlichen Gesetzes entspringen. Daher ist die ständige Praxis der Gerichte prinzipiell als Rechtsquelle im Allgemeinen Teil anerkannt, soweit sie sich in den durch das Gesetz gesteckten Grenzen bewegt. Der Gesetzgeber muss jedoch zuvor über die wesentlichen Voraussetzungen der Strafbarkeit entschieden haben.⁵⁰¹ Versteht man daher § 13 StGB als gesetzlichen Rahmen,⁵⁰² dessen Ausfüllung der Gesetzgeber Rechtsprechung und Lehre übertragen hat,

493 Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 49.

494 Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 50.

495 Vgl. hierzu Otto AT, § 9 Rn. 38.

496 Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 49 f.

497 Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 49; ebenso Köhler AT, S. 89; Schöne Unterlassene Erfolgsabwendung, S. 340 ff.; Schürmann Unterlassungsstrafbarkeit, S. 126 ff.

498 Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 220; Lackner/Kühl, § 13 Rn. 21; Rudolph/Stein in: SK-StGB § 13 Rn. 15; zum gleichlautenden § 3 OWiG Rogall in: KK-OWiG § 3 Rn. 39; Fünfsinn Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts, S. 9; Roxin JuS 1973, 197.

499 Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 19; vgl. auch Stratenwerth/Kublen AT, § 13 Rn. 13; Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 5 f.; Wohler/Gaede in: NK-StGB, § 13 Rn. 3.

500 Hierzu Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 173.

501 Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 173.

502 So ausdrücklich Krey Studien zum Gesetzesvorbehalt, S. 225 f.

steht der Mangel an Regelungspräzision der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift nicht entgegen. § 13 StGB selbst wird man daher noch als verfassungsmäßig ansehen dürfen, wenn auch eine jede Anwendung der Vorschrift einer kritischen verfassungsrechtlichen Prüfung bedarf.⁵⁰³

Diese von der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts bestimmten Leitlinien sollen daher für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Geschäftsherrenhaftung zugrunde gelegt werden: Die Rechtsprechung setzt für die Anerkennung von durch ergänzendes Richterrecht geschaffenen Rechtsfiguren innerhalb der geltenden Gesetze insofern klare verfassungsrechtliche Grenzen, als solche Rechtsinstitute zum einen klare Abgrenzungskriterien bieten und zum anderen diese Konturen für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar sein müssen. Nach der umstrittenen Diktion des Bundesverfassungsgerichts setzt das voraus, dass der Adressat des Strafgesetzes das Risiko der Strafbarkeit erkennen kann.⁵⁰⁴ Diese Anforderungen erlegen Rechtsprechung und Lehre bei der Entwicklung neuer Rechtsfiguren im Ergebnis eine verfassungsrechtliche Schranke auf, die in gewisser Weise dem Analogieverbot ähnelt: Es dürfen zur Strafbegründung oder Strafschärfung nur solche Rechtsfiguren der allgemeinen Lehren angewendet werden, die zum einen dem Wortlaut des Gesetzes nicht widersprechen oder über ihn hinausgehen und zum anderen hinreichend bestimmt aus dem Gesetz ableitbar sind. Diese Bestimmtheit ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch dann gegeben, wenn sich die Auslegung auf eine gefestigte und für den Rechtsunterworfenen kalkulierbare Rechtsprechung stützen kann.⁵⁰⁵

Letztlich sind daher bei der Bewertung der Haftung des Geschäftsherrn durch Unterlassen zwei Aspekte von besonderer verfassungsrechtlicher Bedeutung. Zum einen müssen die Kriterien, die an die Garantenstellung angelegt werden, so klar konkretisiert sein, dass sie die Beurteilung – nach dem Bundesverfassungsgericht – zumindest des Risikos einer Strafbarkeit zulassen; sie müssen also inhaltlich hinreichend bestimmt sein. Zum anderen muss sich die Kriterienbildung auf eine gefestigte Rechtsprechung stützen und damit auch nach außen hin die Vorhersehbarkeit der Entscheidung ermöglichen, um den von Art. 103 Abs. 2 GG garantierten Vertrauensschutz zu gewährleisten, ja den Normappell überhaupt tragen zu können. Eine Normausfüllung durch die Rechtsprechung, die zu inhaltlich unklaren Tatbestandsmerkmalen führt oder mangels vorausgehender Entwicklung, die dem Rechtsunterworfenen einen erkennbaren Normappell vermittelt, unvorhersehbar ist, kann verfassungsrechtlich keinen Bestand haben. Das

503 Ebenso Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 19; ferner Stratenwerth/Kuhlen AT, § 13 Rn. 13; Stree in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 5 f.; Wohler/Gaede in: NK-StGB, § 13 Rn. 3.

504 Vgl. hierzu nur Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 173, 182 ff.; Appel Verfassung, S. 119; Schmidhäuser Form und Gestalt, S. 49; Schünemann Nulla poena, S. 29 ff.; Tiedemann Verfassungsrecht, S. 44.

505 Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 97 f.

bedeutet nicht, dass sich die Rechtsprechung nicht weiterentwickeln könnte.⁵⁰⁶ Soweit eine solche Entwicklung jedoch zu einer Verschärfung der Strafbarkeit führt, darf diese sich nicht als unvorhersehbarer Bruch darstellen. An diesen Kriterien ist die bislang von Rechtsprechung und Lehre entwickelte Geschäftsherrenhaftung zu messen. Dabei kommt der ständigen Judikatur, die aufgrund ihrer Gestaltungswirkung den Normappell wesentlich prägt, das primäre Gewicht zu.

b) Strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung

Die folgenden Ausführungen sollen zunächst die Frage beantworten, ob die höchstrichterliche Judikatur bislang das erste Kriterium der hinreichenden inhaltlichen Tatbestandsbestimmtheit erfüllen kann. Zweifel an der Erfüllung dieser Aufgabe sind insofern berechtigt, als die Rechtsprechung bislang oftmals nur die Frage zu entscheiden hatte, welche Pflichten dem Geschäftsherrn, insbesondere im strafrechtlichen Produkthaftungsrecht,⁵⁰⁷ zur Verhinderung tatbestandlicher Erfolge obliegen; weniger ging es darum, inwiefern er strafrechtlich relevante Handlungen seiner Mitarbeiter zu unterbinden hat.⁵⁰⁸ Mögen diese Fragen auch bei der fahrlässigen Begehung von Erfolgsdelikten praktisch weitgehend identisch sein, so spielt die Differenzierung in einem weiten Bereich des Wirtschaftsstrafrechts eine wichtige Rolle, so etwa bei der Begehung von Korruptionstaten, der Bildung schwarzer Kassen⁵⁰⁹ oder der Beteiligung an Steuerhinterziehungen durch Mitarbeiter von Unternehmen oder Betrieben.⁵¹⁰ Aber die seltenen Stellungnahmen der Rechtsprechung zur Frage der Pflicht zur Verhinderung von Straftaten stehen einer verfassungsgemäßen Handhabung der Geschäftsherrenhaftung dann nicht im Wege, wenn sich deren Ausgestaltung nach der aktuellen Rechtsprechung als Ergebnis einer in sich stimmigen und voraussehbaren Entwicklung darstellt, so dass sich aus dem Gesamtbild die gebotene Bestimmtheit der Garantenstellung und Garantenpflicht des Geschäftsherrn ergibt. Es kommt auf eine stringente plausible Fortentwicklung der Judikatur an.

⁵⁰⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 97 f.

⁵⁰⁷ OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.11.1980 – 1 Ss 97/80, NJW 1981, 1054 (zum Verkauf mangelhafter Reifen); LG Saarbrücken, Beschl. v. 24.10.2005 – 8 Qs 73/05, NStZ-RR 2006, 75 (Leiter des Bauamtes als Garant für die Erfüllung der baulichen Verkehrssicherungspflicht durch Schulhausmeister); LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, 2 Ns 915 Js 144710/03, NJW 2006, 1824 f. (Garantenstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers für fahrlässige Tötung aufgrund einer Lenkzeitüberschreitung).

⁵⁰⁸ Vgl. hierzu die Nachweise bei *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 64 ff.

⁵⁰⁹ Vgl. LG Darmstadt, 14.5.2007 – 712 Js 5213/04 – 9 KLS, CCZ 2009, 37 ff. m. Anm. *Knierim*; BGH, Urt. v. 29.8.2008 – 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323 m. Anm. *Knauer* NStZ 2009, 151 ff.

⁵¹⁰ Vgl. hierzu etwa BVerfG, Beschl. v. 23.3.1994 – 2 BvR 396/94 (2. Kammer), StV 1994, 353 ff. m. Anm. *Streck*.

c) Sachverantwortlichkeit

Über die Sachverantwortlichkeit des Unternehmensinhabers besteht im Ergebnis weitgehende Einigkeit:⁵¹¹ Er hat erkennbare Gefahren, die er geschaffen hat und die Rechtsgüter Dritter bedrohen, zu beseitigen oder zu minimieren.⁵¹²

(1) Grundsatz der Verantwortlichkeit des Unternehmers für Sachgefahren

Zur Begründung dieser Haftung – also zunächst der Herleitung einer Garantspflicht des Betriebsinhabers oder Geschäftsherrn – sind zwei Modelle denkbar, die der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in der Lederspray-Entscheidung⁵¹³ auch jeweils anspricht: Der Betriebsinhaber kann aus Ingerenz haften, also für ein pflichtwidriges, gefahrschaffendes Vorverhalten, oder aber als Bewachergarant für eine durch den Betrieb seines Unternehmens geschaffene Gefahr. Die Grenzen zwischen diesen beiden Grundlagen einer strafrechtlichen Garantpflicht verschwimmen in der Lederspray-Entscheidung, weil der Bundesgerichtshof ausführt, dass derjenige, der ein gefährliches Produkt pflichtwidrig in den Verkehr bringe, strafrechtlich für die Verhinderung der durch dieses Produkt drohenden Schäden einzustehen habe.⁵¹⁴ Dabei definiert der Bundesgerichtshof jedoch die eine Ingerenzhaftung begründende Pflichtwidrigkeit als rein objektive Gefahrschaffung, ohne dass es darauf ankomme, ob eine (gesetzliche) Norm das Inverkehrbringen des gefährlichen Produkts verbiete.⁵¹⁵ Ergänzend führt der Senat aus, die objektive Pflichtwidrigkeit, die die Garantstellung begründe, setze nicht voraus, dass der Handelnde bereits damit „*seine Sorgfaltspflichten verletzt, sich also fahrlässig verhalten hat*“.⁵¹⁶ Der Bundesgerichtshof lässt damit, weil er eine Verantwortlichkeit für die Erfolgsabwendung aus Ingerenz für gegeben hält, die Frage dahinstehen, ob sich die Garantstellung eines Betriebsinhabers aus

511 Vgl. *Jakobs* AT, 29/29 ff.; *Krey/Esser* AT, Rn. 1168 ff.; *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 51, 53; *Kuhlen* NStZ 1990, 566 ff.; *Schünemann* in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 636; anders noch *ders.* wistra 1982, 41, 44.; *ders.* Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 84 ff.

512 Vgl. *Frister* AT, § 22 Rn. 24; ferner *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 30.

513 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.

514 Vgl. hierzu auch *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 195 ff.

515 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 116 ff., wo Bezug auf die Mandelbienenstich-Entscheidung (BGH, Urt. v. 4.5.1988 – 2 StR 89/88, NStE Nr. 5 zu § 223 StGB) und die Entscheidung des OLG Karlsruhe (NJW 1981, 1054) zur Haftung für den Verkauf abgefahrter Reifen genommen wird; dies klingt aber auch in dem Beschluss des 1. Senats vom 17.3.2009 – 1 StR 479/08, NJW 2009, 1984 ff. an, wenn der BGH § 153 AO als ingerenzähnliche Haftungsgrundlage ansieht.

516 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 118 f.; zust. wohl *Wessels/Beulke/Satzger* AT, Rn. 728; dagegen *Schünemann* in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 637.

der im Zivilrecht anerkannten Produktbeobachtungspflicht ergibt, wie es das Landgericht angenommen hatte.⁵¹⁷

Die Literatur hat diese Lösung zwar kritisiert, weil eine Garantenpflicht aus Ingerenz nur dann angenommen werden könne, wenn eine vermeidbare Pflichtwidrigkeit gegeben sei, die bei Schaffung einer unbekannten, nicht erkennbaren und damit nicht vermeidbaren Gefahr nicht vorliege.⁵¹⁸ Nur die vermeidbare Gefahrschaffung könne pflichtwidrig sein. Eine Rechtspflicht diene dazu, ihren Adressaten zu einem bestimmten Handeln zu motivieren, so dass von einer Pflichtwidrigkeit nur dann gesprochen werden könne, wenn sich die Gefährlichkeit im Zeitpunkt, in dem die objektive Gefährdungslage geschaffen wurde, erkennen ließ.⁵¹⁹ Es bestehe keine Pflicht, jedes Risiko zu vermeiden, so dass die Herbeiführung eines nicht erkennbaren Risikos denklogisch nicht gegen eine solche (nicht existente) Pflicht verstoßen könne.⁵²⁰ *Kuhlen* hat dem 2. Strafsenat daher vorgeworfen, er habe einen „untauglichen Versuch“ unternommen, die vorgenommene Änderung der Rechtsprechung zur Ingerenzhaftung auf dem Umweg über die Bestimmung der Pflichtwidrigkeit ex post zu kaschieren.⁵²¹

Dennoch ist man auch in der Literatur überwiegend der Ansicht, eine Garantenstellung könne gerechtfertigt werden: Den Unternehmensinhaber, der den Verkehr mit gefährlichen Gütern für den eigenen Gewerbebetrieb, und damit auch zum eigenen Vorteil eröffne, treffe eine durch das Inverkehrbringen des gefährlichen Produkts bedingte strafrechtliche Sonderverantwortlichkeit für die unbekannten Gefahren, und zwar unabhängig von deren Absehbarkeit.⁵²² Die tatsächliche Herrschaft über eine Gefahrenquelle kann demnach eine Garantenstellung begründen.⁵²³ In einer etwas anderen Nuancierung dieser Argumentation hat *Roxin* auf die überlegene Sachkenntnis des Betriebsinhabers zur Begründung der Garantenstellung rekurriert.⁵²⁴ Bei alledem ist jedoch das Ergebnis unbestritten: Derjenige, der eine Gefahrenquelle geschaffen hat, die er allein beherrscht

517 Zust. wohl Jescheck/*Weigend*, § 59 IV Nr. 4a, S. 626; der Ingerenzhaftung als solcher sprechen insbesondere *Pfleiderer* Die Garantenstellung aus vorausgegangenem Tun, S. 76; *Sangenstedt* Garantenstellung und Garantenpflicht, S. 319 und *Schünemann* GA 1974, 231 (*ders.*, differenzierend in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 637) jede eigenständige Bedeutung ab; krit. aber auch bereits *Frank* RStGB, S. 18; *Hellmuth Mayer* AT, S. 79 oder *Welzel* JZ 1958, 495.

518 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 195 f.; *Gimbernat* ZStW 101 (1999), 307, 311 m.w.N.

519 *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 568; ebenso *Lackner/Kühl*, § 13 Rn. 13; vgl. auch *Schünemann* wistra 1982, 41, 44 Fn. 33.

520 *Dannecker* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 209, 213; grundlegend zu dieser Argumentation *Frisch* Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 72 ff.

521 *Kuhlen* NStZ 1990, 566, 568.

522 Vgl. *Freund* AT, § 6 Rn. 71; *Krey/Esser* AT, Rn. 1169; *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737, 740.

523 *Kühl* AT, § 18 Rn. 110; *Brammsen* GA 1993, 97, 113; *Kuhlen* NStZ 1990, 556, 568; *Vogel* GA 1990, 241, 261 f. m.w.N.; vgl. auch *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 95 ff.; *ders.*, FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 636 („Herrschaft über den Grund des Erfolges“).

524 So *Roxin* AT II, § 32 Rn. 210 ff.

und auf die kein anderer einwirken darf, hat von dieser Gefahrenquelle drohende Verletzungen fremder Rechtsgüter abzuwenden.⁵²⁵

Über diese Grundthese hinaus besteht allerdings keine Einigkeit über die strafrechtliche Betriebsinhaberhaftung, insbesondere nicht über ihre Begründung. So geht *Schünemann* etwa davon aus, die Verantwortlichkeit gründe sich allein auf die Sachherrschaft des Unternehmensinhabers,⁵²⁶ so dass eine Garantenstellung in dem Moment ende, in dem das unerkennbar gefährliche Produkt in den Markt entlassen und damit die Herrschaftsposition aufgegeben worden ist.⁵²⁷ Die Haftung für den Rückruf eines nachträglich als schadensträchtig erkannten Produktes oder eine anderweitige Schadensverhinderung für schon im Umlauf befindliche Produkte lasse sich daher nicht aus der allgemeinen Garantenstellung des Inhabers herleiten.⁵²⁸ Die herrschende Meinung sieht dies freilich anders und bejaht die Verhinderungspflicht aus der Geschäftsherrenhaftung auch nach Wegfall der Sachherrschaft.⁵²⁹ Der Bundesgerichtshof begründete seine Ablehnung der *schünemannschen* Auffassung damit, dass sich die Verantwortlichkeit des Unternehmers nicht nur auf die ruhende Ware beziehen könne, soweit es der Zweckbestimmung des Produkts entspreche, in die Hände von Verbrauchern zu gelangen.⁵³⁰

Diese umfängliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für von ihm in den Verkehr gebrachte Erzeugnisse spiegelt sich im Bereich des Lebensmittelrechts und Lebensmittelstrafrechts, das auch den Verkehr mit Futtermitteln, Bedarfsgegenständen und kosmetischen Mitteln umfasst, deutlich wider. Der Lebens- und Futtermittelunternehmer hat nach europäischem Recht (Art. 19 f. VO (EG) Nr. 178/2002) nicht nur umfassende Produktbeobachtungs- und Kooperationspflichten, sondern ihn trifft auch die Pflicht zum Rückruf möglicherweise gefährlicher Produkte, ohne dass es auf das Verschulden ankäme. An einer umfassenden Pflicht zur Minimierung und Beseitigung der Gefahren, die der Unternehmer durch seine Waren geschaffen hat, lässt zumindest das Unionsrecht keine Zweifel.⁵³¹ Im Übrigen dürfte diese Haftung des Unternehmers für Gefahren auch keine Bedenken im Hinblick auf den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz wecken, denn die Haftung für Sachgefahren, die das Unternehmen aufgrund seiner Gefährlichkeit mit sich bringt, bestimmt sich hier nach relativ klaren Regeln und

525 Vgl. *Rudolphi/Stein* in: SK-StGB § 13 Rn. 27 m.w.N.; ferner *Stratenwerth/Kuhlen* AT, § 13 Rn. 48.

526 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 96: „Gerade der Umgang mit der Sache selbst begründet die Herrschaft, und gerade aus den sachbezogenen Verrichtungen erwachsen die Gefahren, die man abzuwenden hat.“

527 Dagegen ausdrücklich *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 39.

528 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 95 ff.; *ders.* wistra 1982, 41, 44; dagegen ausdrücklich BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 119 f.; ferner *Weigend* in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 59.

529 Vgl. nur BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.

530 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 120.

531 Vgl. zu den Einzelheiten *Dannecker/Bülte* in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 114 ff.

ist dem Grunde nach spätestens seit der Lederspray-Entscheidung anerkannt. Dass hier im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen können, steht einer hinreichenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheit nicht entgegen.

(2) Friktionen im Rahmen von Kollektiventscheidungen

Dennoch führt auch in solchen scheinbar einfach gelagerten Fallkonstellationen die Ausrichtung der Allgemeinen Lehren des Strafrechts an Handlung und kausaler Erfolgsherbeiführung zu Friktionen, soweit es um das Handeln in Kollektiven geht. Eine solche Kollegial-Entscheidung über die Abwehr einer Gefahr war ebenfalls Gegenstand der Lederspray-Entscheidung.⁵³² Die Kausalität von Gremienentscheidungen für Schadenserfolge ist intensiv in Monografien,⁵³³ Lehrbüchern⁵³⁴ und anderen Beiträgen⁵³⁵ diskutiert worden, so dass hier nur in dem Umfang auf das Problem eingegangen werden soll, der notwendig ist, um zu zeigen, mit welchen Schwierigkeiten die allgemeinen Lehren bereits bei solchen im Wirtschaftsstrafrecht alltäglichen Fragen konfrontiert sind.

Durch Gremien innerhalb von Unternehmen wird der Entscheidungsprozess auf mehrere Schultern verteilt. Man könnte meinen, dass bei dieser Art der Entscheidungsfindung alle Beteiligten für die Entscheidung mitverantwortlich sind, da sie sich vorab mit der Verfahrensweise der Entscheidungsfindung einverstanden erklärt oder sich ihr zumindest konkludent gefügt haben. Die Annahme liegt nahe, dass jeder, der an einer solchen Gremienentscheidung mitwirkt, mit seinem Abstimmungsverhalten auch Verantwortung für die Folgen der Entscheidung übernimmt. Doch eine solche Bewertung trägt das an Handlung und Kausalität orientierte deutsche Strafrecht nicht ohne Weiteres. Denn strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt Zurechnung und diese wiederum grundsätzlich eine erfolgsursächliche Handlung voraus. Daraus folgt die Frage, ob das Verhalten der Gremiumsmitglieder kausal für den Erfolg in der Außenwelt gewesen ist. Die Äquiva-

532 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 131 f.

533 Vgl. nur *Knauer* Kollegialentscheidungen, 2001, passim; *Schaal* Strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Gremienentscheidungen, 2001, passim; *Mayer* Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden, 2008, 474 ff.

534 Vgl. nur *Krey/Esser* AT, Rn. 323 ff.; *Kühl* AT, § 4 Rn. 20b; *Roxin* AT I, § 11 Rn. 18 f.; *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 297 ff. jeweils mit m.w.N.

535 Vgl. nur *Jakobs* in: FS Miyazawa, S. 419 ff.; *Kuhlen* JZ 1994, 1141 ff.; *Puppe* JR 1992, 30 ff.; *Schünemann* GA 1995, 201 ff.

lenztheorie⁵³⁶ käme bei unmodifizierter Anwendung hier zu dem Ergebnis, dass ein Abstimmungsverhalten nicht kausal für den tatbestandsmäßigen Erfolg ist, soweit es nicht den Ausschlag für die Entscheidung gegeben hat, die zur Schädigung des Rechtsguts führte. Bei jedem Abstimmungsergebnis, das nicht nur mit einer Stimmenmehrheit von einer Stimme die Entscheidung bewirkt, könnte sich mithin jedes Gremienmitglied darauf berufen, seine Stimme sei zwar kausal für das konkrete Abstimmungsergebnis, nicht aber für den Schadenserfolg gewesen.⁵³⁷

Um ungerechtfertigte Haftungsbefreiungen⁵³⁸ zu vermeiden, hat sich der Bundesgerichtshof in der Lederspray-Entscheidung⁵³⁹ zur Begründung der Kausalität beim vorsätzlichen Unterlassungsdelikt⁵⁴⁰ auf die Regeln der Mittäterschaft gestützt und ausgeführt, dass jeder Entscheidungsträger, der für die Fortsetzung des gefährlichen Verhaltens gestimmt hatte, sich nicht nur sein eigenes Stimmverhalten, sondern auch das übrige Stimmverhalten nach § 25 Abs. 2 StGB wie ein eigenes zurechnen lassen müsse.⁵⁴¹ Diese Zurechnung begründet jedoch nur bei der vorsätzlichen Tatbegehung eine Verantwortlichkeit, nicht bei fahrlässiger Begehung, soweit man nicht die fahrlässige Mittäterschaft⁵⁴² in diesem Bereich anerkennen will. Der Bundesgerichtshof hat damit die Kausalitätsfrage nicht gelöst, sondern schlicht umgangen, indem er auf die mittäterschaftliche Begehung der Tat durch die gemeinsame Entschlussfassung und damit auf die gegenseitige Zurechnung des Abstimmungsverhaltens aller Gremiumsmitglieder abgestellt hat.⁵⁴³

536 Ständige Rspr.: RG, Urt. v. 12.4.1880 – 570/80, RGSt 1, 373, 374 f.; Urt. v. 24.10.1910 – III 746/10, RGSt 44, 137, 139; Urt. v. 5.1.1922 – 648/21, RGSt 56, 343, 348; Urt. v. 29.2.1932 – II 57/32, RGSt 66, 181, 184; Urt. v. 23.6.1933 – I 677/33, 67, 258, 259; Urt. 21.12.1934 – I D 134/34, 69, 44, 47; Urt. v. 7.6.1940 – I D 223/40, RGSt 75, 49, 50 f.; Urt. v. 30.1.1941 – I D 330/41, RGSt 75, 372, 374; ferner BGH, Urt. v. 28.9.1951 – 2 StR 391/51, BGHSt 1, 332, 333; Urt. v. 30.3.1993; Urt. v. 27.11.1951 – 1 StR 303/51, BGHSt 2, 20, 24; Urt. v. 25.1.1955 – 2 StR 366/54, BGHSt 7, 112, 114; Urt. v. 30.6.1982 – 2 StR 226/82, BGHSt 31, 96, 98; Urt. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270, 294 f.; Urt. v. 13.11.2003 – 5 StR 327/03, BGHSt 49, 1, 3; vgl. auch Roxin AT I, § 11 Rn. 6 ff. m.w.N. und zur Kritik in der Lehre.

537 Dies hat auch der BGH in der Lederspray-Entscheidung (BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 128 f.) erwogen, jedoch einer solchen isolierten Betrachtung eine Absage erteilt; vgl. hierzu auch Puppe GA 1994, 297, 299 f.

538 So die allgemeine Meinung, vgl. nur Krey/Esser AT, Rn. 324; Roxin AT I, § 11 Rn. 19; Kublen JZ 1994, 1142, 1145.

539 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.; Schünemann in: FG-50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 633, hält das eigentliche Problem auf diese Weise lediglich für „erfolgreich umschifft“ und kritisiert die Entscheidung (GA 1995, 201, 224) als Beispiel von „Kadi-Justiz ohne ein echtes rechtswissenschaftliches Fundament“.

540 Zu den weiteren Problemfeldern im Rahmen der Quasikausalität des Unterlassungsdelikts im Überblick und mit einem eigenständigen Ansatz, Gimbernat ZStW 101 (1999), 307, 314 ff. m.w.N.; vgl. auch Roxin GA 2009, 73, 75 ff.

541 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 128 ff.

542 Hierzu Roxin AT II, § 25 Rn. 240 ff.; Renzikowski in: FS Otto, S. 423 ff.; ferner Kraatz Fahrlässige Mittäterschaft, 2006, passim; weitere Nachweise bei Dannecker in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 209, 215 f.

543 Vgl. Schünemann in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 633.

Diese Beurteilung wird von der wohl herrschenden Auffassung methodisch kritisiert, weil sie das Problem verlagere; die Judikatur wird daher nur im Ergebnisse mitgetragen.⁵⁴⁴ Roxin führt hierzu etwa aus, dass für die Mittäterschaft ein Beitrag genüge, der bei einer Beurteilung ex ante für die Erfolgsverwirklichung hätte wichtig werden können, wovon bei einer Gremienentscheidung auszugehen sei.⁵⁴⁵ Die Lösung über die Mittäterschaft ist damit allerdings schon dann zweifelhaft, wenn das Abstimmungsverhalten schon vor der Entscheidung dahin gehend feststand, dass es auf eine einzelne Stimme nicht ankommen werde, weil sich die einzelnen Beteiligten schon ausdrücklich geäußert hatten. Dann wäre das Kausalitätsproblem nicht mehr mit der Mittäterschaft zu überwinden, weil nicht mehr jede Stimme ein wichtiger Beitrag zur Erfolgsherbeiführung sein könnte. Zum Teil hat die Lehre zur Lösung dieser Problemfragen auf die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung⁵⁴⁶ abgestellt und angenommen, die Stimme jedes Einzelnen setze zusammen mit den weiteren für die Mehrheit erforderlichen Stimmen eine hinreichende Bedingung für den Erfolg. Doch hier stellt sich die Frage, welche Stimmen in diesem Zusammenhang als erforderlich anzusehen sind und ob sich diese Bewertung als erforderlich verschiebt, je nach dem Blickpunkt der Betrachtung, da ansonsten wiederum die Stimmen, die über die erforderliche Mehrheit hinausgehen, als nicht kausal betrachtet werden müssten.

Auch darüber hinaus ist an der Mittäterschaftslösung des Bundesgerichtshofs im Vorsatzbereich Kritik geübt worden:⁵⁴⁷ Samson⁵⁴⁸ moniert, dass es im Bereich der Unterlassungstäterschaft an der die Mittäterschaft begründenden Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich des *Wie* und *Ob* der Tatbegehung fehle.⁵⁴⁹ Das Unterlassen einer nur „mittäterschaftlich“ möglichen Rettungsaktion begründe keine Mittäterschaft.⁵⁵⁰ Der gemeinsame Tatentschluss ersetze nicht die Kausalität. Kausalitätsbegründend sei hier „das Verbreiten von Resignation“.⁵⁵¹ Auch Puppe hat die Ersetzung von Kausalität durch den Tatentschluss als „Trick mit der Mittäterschaft“ kritisiert und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass eine grundlegende Modifikation der *Conditio-sine-qua-non*-Formel erforderlich sei.⁵⁵² Für die Fahrlässigkeitsbegehung hat der Bundesgerichtshof letztlich diese u.a. bei Puppe erörterte Modifikation der Kausalität in der Lederspray-Entscheidung

544 Roxin AT I, § 11 Rn. 19.

545 Roxin AT I, § 11 Rn. 19.

546 Vgl. Engisch Die Kausalität, S. 21; zu Nachweisen ähnlicher Ansätze zuvor, ders. a.a.O., S. 19; ferner Jakobs AT, 7/12; Jescheck/Weigend AT, § 28 II Nr. 4, S. 281 ff.; Kühl AT, § 4 Rn. 22 ff.; Roxin AT I, § 11 Rn. 12 m.w.N.; Rudolphi in: SK-StGB Vor § 1 Rn. 41.

547 So etwa Kublen NSTZ 1990, 566 f.

548 Samson StV 1991, 182, 184.

549 Dagegen Hilgendorf NSTZ 1994, 561, 563.

550 Samson StV 1991, 182 ff.

551 Samson StV 1991, 182, 185.

552 Puppe JR 1992, 30 ff.; ebenso Meier NJW 1992, 3193 ff.; a.A. Schünemann in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 633 f.

auch verwendet, wenn er feststellt, es sei nicht zweifelhaft, dass jeder Tatbeitrag kausal sei, wenn mehrere Tatbeteiligte durch ihre Handlungen, die nur gemeinsam den Erfolg herbeiführen können, die Tatbestandserfüllung bewirken. Dies müsse auch für die Begehung durch Unterlassen gelten, wobei sich der Täter nicht dadurch entlasten könne, dass er den Erfolg ohnehin nicht habe abwenden können.⁵⁵³ Im Ergebnis hat sich der Bundesgerichtshof hier auf die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung⁵⁵⁴ zubewegt, die etwa auch *Hilgendorf*⁵⁵⁵ in diesem Zusammenhang für die zutreffende Lösung hält.⁵⁵⁶

Diese Skizze der Meinungsvielfalt bei der Bewältigung eines grundsätzlich einfachen und in der Praxis ausermittelten Sachverhalts macht deutlich, dass im Wirtschaftsstrafrecht, insbesondere in grundlegenden Fragen, durch arbeitsteilige Entscheidungsprozesse, Funktionszuweisungen und die dadurch entstehende Verantwortungsaufspaltung die Konturen geklärt geglaubter Fragen der Allgemeinen Lehren des Strafrechts verwischen. *Schünemann*⁵⁵⁷ kommt daher zu dem Schluss, eine allein an die Kausalität anknüpfende Verantwortlichkeitsbegründung könne „*der arbeitsteiligen Struktur des modernen Wirtschaftsunternehmens auch nicht ansatzweise Rechnung*“ tragen. So zutreffend diese Kritik auch sein mag, so dürfte eine nicht auf die Kausalität abstellende Verantwortlichkeitsbegründung kaum in das System der Allgemeinen Lehren des Strafrechts integrierbar sein, also de lege lata ausscheiden. Daher muss hier gefragt werden, inwiefern die vom Bundesgerichtshof gewählte Lösung oder von den ihm entgegenstehenden Ansichten entwickelten Ansätze den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen. Entstehen hier keine Friktionen mit dem Verfassungsrecht, so mag man zwar strafrechtsdogmatische Monita mit Verbesserungsvorschlägen vorbringen; der Vorwurf, das geltende Strafrecht werde der Problematik nicht Herr, wäre dennoch unberechtigt.

Die vom Bundesgerichtshof geschaffene Norm zum Umgang mit den Entscheidungen von Kollegialorganen lautet im Ergebnis, dass auch die Stimmabgabe bei einer Mehrheitsentscheidung, die nicht den Ausschlag gibt, die Entscheidung und ihre Folgen kausal herbeiführt. Dem Entscheidungsträger wird damit die Folge zugerechnet.⁵⁵⁸ Diese Regel ist hinreichend klar und verständlich, sie ist zudem vorhersehbar und im Ergebnis plausibel. Mag auch die Begründung für diese Norm unklar oder sogar unrichtig sein, so ändert das nichts daran, dass sie verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Die Bezugspunkte der Kausalität sind

553 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 131 f.

554 Vgl. hierzu die Nachweise bei *Jakobs* AT, 7/12 ff.

555 *Hilgendorf* NSTz 1994, 561, 564 ff.

556 *Schünemann* (in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 634) kritisiert in diesem Zusammenhang, dass nicht auf die Stimmabgabe allein abgestellt werden dürfe, sondern auf das gesamte auch vor der Abstimmung an den Tag gelegte Verhalten; er geht dabei aber von der Risikoerhöhungslehre aus.

557 *Schünemann* in: FG 50 Jahre BGH Bd. 4, S. 621, 637 ff.

558 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 131.

durch das Gesetz nicht vorgegeben, das lediglich davon spricht, dass *durch* die Handlung der tatbestandliche Erfolg eingetreten sein muss. Rechtsprechung und Lehre haben die Kausalitätskriterien aber in einer Weise konkretisiert, dass der Rechtsunterworfenen die Frage nach der Strafbarkeit regelmäßig beantworten kann. Dass er nicht weiß, ob das Gericht unter Anwendung der modifizierten Äquivalenztheorie oder Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung zu dem vorhersehbaren Ergebnis kommen wird, ist nicht von Belang. Er muss nicht wissen oder auch nur erkennen können, aus welchen strafrechtsdogmatischen Gründen er sich strafbar macht. Es ist allein entscheidend, dass ihn der Normappell erreichen kann. Die Bestimmtheit fordert Bestimmtheit des Regelungsgehalts, nicht ihrer Begründung. Aus diesem Grund dürfte die von der Rechtsprechung entwickelte Regel zur Bestimmung der Kausalität bei Kollegialentscheidungen strafrechtsdogmatisch angreifbar, nicht aber verfassungsrechtlich unzulässig sein. Damit steht dem geltenden Strafrecht zumindest ein Mittel zu Gebote, dem Unrecht aus Kollegialentscheidungen entgegenzutreten zu können und hier die Verantwortung der Beteiligten strafrechtlich zu erfassen. Ob es das beste Mittel ist, kann in dieser Untersuchung dahinstehen.

d) Personalverantwortlichkeit

Von der Pflicht, für die Verhinderung von Schädigungen, die von gefährlichen Anlagen und Maschinen verursacht zu werden drohen, einzustehen, ist die Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers oder sonstiger Entscheidungsträger im Betrieb für die Verhinderung von Straftaten seiner Mitarbeiter zu trennen. Es geht insofern um die (zusätzliche) Personalverantwortlichkeit des Unternehmensinhabers. Ob und in welchem Umfang eine solche Verhinderungspflicht besteht, ist umstritten,⁵⁵⁹ was aber angesichts der Zersplitterung der deutschen Unterlassungsdogmatik, deren Existenz zum Teil sogar bezweifelt wird,⁵⁶⁰ kaum verwundert. *Schünemann*⁵⁶¹ konstatiert bezüglich der Rechtsprechung eine fast ängstliche Zurückhaltung, dieses Thema zu behandeln. Die Judikatur könne nach Überwindung der Rechtspflichtenlehre und „*mangels konstruktiver Übernahme und Fortentwicklung einer besseren allgemeinen Garantentheorie im Grunde nicht über eine von Fall zu Fall dahintaumelnde Kasuistik hinausfinden*“.⁵⁶² Bestätigt sich dieses – möglicherweise aber mittlerweile durch zwei grundlegende Entschei-

559 Vgl. zum Meinungsbild etwa *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn.53; *Rogall ZStW* 98 (1986), 573, 613.

560 Vgl. *Gimbernat ZStW* 101 (1999), 307, 308, 314 ff.; *Roxin GA* 2009, 73, spricht von Kausalität und Garantstellung bei den unechten Unterlassungsdelikten als von einem „*besonders dunklen Kapitel unserer modernen Strafrechtsdogmatik*“.

561 *Schünemann* in: *FG 50 Jahre BGH*, S. 621, 635.

562 Vgl. auch *Schünemann GA* 1995, 201, 224.

dungen des Bundesgerichtshofs⁵⁶³ überholte – Verdikt, so dürfte eine mangelnde verfassungsrechtliche Bestimmtheit der durch die Rechtsprechung entwickelten Geschäftsherrenhaftung naheliegen.

(1) Auffassung des Reichsgerichts

Schon das Reichsgericht hatte die Frage aufgeworfen, ob zu denjenigen Gefahren, zu deren Verhinderung oder Abwendung der Betriebsinhaber verpflichtet ist, auch das Fehlverhalten der Angestellten und Beauftragten des Inhabers oder sonst Verantwortlichen gehört. Zunächst wurde stets betont, dass den Geschäftsherrn keine generelle und unbedingte Haftung für Straftaten seiner Beauftragten treffe⁵⁶⁴ und aus der Vorgesetztenstellung allein keine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Leiters eines Betriebes für strafbare Handlungen seiner Untergebenen abgeleitet werden könne.⁵⁶⁵ Schon früh – in der sogenannten Baugruben-Entscheidung,⁵⁶⁶ später auch im Kellerschachtfall⁵⁶⁷ – hatte das Reichsgericht konstatiert, dass eine lückenlose Kontrolle von Untergebenen durch einen Vorgesetzten weder möglich noch zumutbar sei. Ein Auftraggeber habe jedoch die Pflicht, einen Auftragnehmer zu kontrollieren, wenn Anzeichen dafür gegeben sind, dass dieser seinen Pflichten im Rahmen des Auftrags nicht nachkommen werde und daraus Gefahren für Dritte entstehen.⁵⁶⁸ In dieser Entscheidung hat das Reichsgericht später selbst eine Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch die eigene Judikatur gesehen.⁵⁶⁹ Zu Recht weist *Spring*⁵⁷⁰ jedoch darauf hin, dass aus der Baugruben-Entscheidung lediglich eine Anerkennung der Haftung des Geschäftsherrn für Sachgefahren abgeleitet werden kann.⁵⁷¹

Die Schießmeister-Entscheidung⁵⁷² des Reichsgerichts bedeutet – entgegen der Auffassung *Springs*⁵⁷³ – keine Restriktion der Geschäftsherrenhaftung. Zwar lehnte das Gericht es hier ab, den Bauunternehmer, der ausländische Personen,

563 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.; Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 ff.

564 RG, Urt. v. 21.11.1885 – 2635/85, RGSt 13, 90, 92; RG, Urt. v. 7.3.1889 – 273/89, RGSt 19, 204, 205; RG, Urt. v. 3.2.1902 – 4770/01, RGSt 35, 107, 109; RG, Urt. v. 3.2.1902 – 4770/01, RGSt 48, 316, 320; RG, Urt. v. 24.11.1922 – I 18/22, RGSt 57, 148, 151.

565 RG, Urt. v. 5.6.1914 – V 146/14, RGSt 48, 316, 320; vgl. auch *Konu* Garantenstellung, S. 157.

566 RG, Urt. v. 7.3.1889 – 273/89, RGSt 19, 204 ff.

567 RG, Urt. v. 24.11.1922 – I 18/22, RGSt 57, 148 ff.

568 RG, Urt. v. 7.3.1889 – 273/89, RGSt 19, 204, 206; vgl. hierzu ferner RG, Urt. v. 8.8.1941 – 4 D 207/41, RGSt 75, 296, 298.

569 RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 18/23, RGSt 58, 130, 132 f.; vgl. auch *Konu* Garantenstellung, S. 157.

570 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 68.

571 Entgegen *Petermann* (in: FS Schiller, S. 538, 539) lässt sich aus RG, Urt. v. 26.9.1893 – 2064/93 RGSt 24, 293, 295 f. nichts für eine allgemeine Geschäftsherrenhaftung ableiten, weil sich die Entscheidung allein mit der gewerbeordnungsrechtlichen Strafbarkeit des Betriebsinhabers nach einer Sondervorschrift der Gewerbeordnung auseinandersetzt.

572 RG, Urt. v. 5.6.1914 – V 146/14, RGSt 48, 316 ff.

573 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 70.

die der deutschen Sprache „höchst unvollkommen“ mächtig waren und weder lesen noch schreiben konnten, mit den Aufgaben eines Schießmeisters betraute, für die Verletzung von Sprengstoffvorschriften verantwortlich zu machen. Jedoch stützte sich der Senat dabei auf den Umstand, dass die Erlaubnis zum Umgang und damit auch zur Lagerung und richtigen Verwendung von Sprengstoffen nicht dem Bauunternehmer selbst, sondern den ausländischen Schießmeistern erteilt worden war und damit die Pflicht aus dem Gesetz diese und nicht den Angeklagten traf.⁵⁷⁴ Auf die Frage nach der Anerkennung einer allgemeinen Geschäftsherrenhaftung in der Judikatur des Reichsgerichts gibt diese Entscheidung daher keine Antwort, weil das Gericht den Schießmeister aufgrund der gesetzlichen Vorgaben zu den Pflichten beim Umgang mit Sprengstoff nicht als Untergebenen des Unternehmers angesehen hat. Die Ausführungen des 5. Strafsenats zu dem Sonderpflichtdelikt nach dem preußischen Sprengstoffgesetz sind auf die Allgemeindelikte nicht übertragbar und geben daher keinen Anlass für die These, das Reichsgericht habe die Geschäftsherrenhaftung abgelehnt oder nur eingeschränkt anerkannt. Später hat das Reichsgericht ausgeführt, eine strafrechtlich relevante Aufsichts- und Überwachungspflicht des Inhabers könne nur bemessen an den Umständen des Einzelfalls bejaht werden.⁵⁷⁵ Von einer Rechtsprechung, die allgemein eine Garantenstellung des Betriebsinhabers für die Straftaten seiner Betriebsangehörigen oder sonstigen Untergebenen ausginge, kann jedoch noch nicht gesprochen werden,⁵⁷⁶ auch wenn das Reichsgericht auch aus der Stellung eines Leitungsorgans in einem Unternehmen oder im Betrieb die Pflicht zur Verhinderung bevorstehender Straftaten Unternehmensangehöriger abgeleitet hat.⁵⁷⁷ Denn die Garantenstellung und Garantenpflicht wurden dabei stets im Einzelfall bestimmt und an den konkreten Tatumständen als Pflicht zur sorgfältigen Überwachung und Auswahl begründet.⁵⁷⁸

Eine weitgehende Haftung des Geschäftsherrn für die Haftung seiner Angestellten bejahte das Reichsgericht jedoch in einer Entscheidung zu einem Fall des unerlaubten Fahrradexports durch Mitarbeiter eines Unternehmens in Abwesenheit des Unternehmensinhabers.⁵⁷⁹ Diese Entscheidung, die im Wesentlichen die Frage nach der Verantwortlichkeit von leitenden Angestellten zum Gegenstand hat, beinhaltet auch für das Basisproblem der Geschäftsherrenhaftung insofern erhebliche Aussagen, als der Strafsenat die Haftung des leitenden Angestellten aus der Geschäftsherrenhaftung des Unternehmers selbst bzw. des Betriebsleiters

574 RG, Urt. v. 5.6.1914 – V 146/14, RGSt 48, 316, 319.

575 RG, Urt. v. 19.2.1923 – II 753/22, RGSt 57, 130, 133, vgl. ferner Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981; Rogall ZStW 98 (1986), 573, 584.

576 Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 65 ff.; Rogall ZStW 98 (1986), 573, 584; a.A. Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 70 ff.

577 RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 818/23, RGSt 58, 130, 132.

578 Vgl. hierzu Rogall ZStW 98 (1986), 573, 585.

579 RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 818/23, RGSt 58, 130 ff.

ableitet. Das Reichsgericht betont in seiner Urteilsbegründung, dem Unternehmer obliege keine allgemeine Pflicht zur unausgesetzten und lückenlosen Beaufsichtigung; für den Betriebsleiter könne allein aus seiner Stellung als Vorgesetzter keine strafrechtliche Verantwortlichkeit zur Verhinderung von Straftaten seiner Untergebenen entnommen werden.⁵⁸⁰ Jedoch sollen den Betriebsinhaber besondere Pflichten bei der Auswahl der Personen treffen, die er mit der Erfüllung seiner Pflichten beauftragt. Diese Personen habe er zudem unter Berücksichtigung der bei ihrer Aufgabenerfüllung entstehenden Gefahren zu beaufsichtigen. Für Fehler bei dieser Auswahl und Aufsicht habe der Betriebsinhaber – das sei anerkannt – auch strafrechtlich zu haften.⁵⁸¹

Damit kann man eine allgemeine Haftung des Betriebsinhabers für aus dem Unternehmen begangene Straftaten wohl in der Judikatur des Reichsgerichts als konstituiert oder festgestellt ansehen und diese Entscheidung als den „Durchbruch der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in Richtung einer umfassenden Geschäftsherrenhaftung“ betrachten.⁵⁸² Doch hat das Reichsgericht auch hier die Pflichtenstellung von den Umständen des Einzelfalls abhängig gemacht und für die Bestimmung der Konturen einer allgemeinen Geschäftsherrenhaftung keine klaren Regeln aufgestellt. Allerdings führte das Gericht aus, dass „nach einem in der Rechtsprechung anerkannten Gewohnheitsrecht in der Regel demjenigen ... [die Rechtspflicht obliegt], der bewußt oder zunächst unbewußt durch eigene Handlungen Verhältnisse geschaffen hat, die in ihrer Fortwirkung den rechtsverletzenden Erfolg herbeiführen können ...“.⁵⁸³

Die Kritik *Springs*, die reichsgerichtliche Rechtsprechung baue auf einer dogmatisch nicht tragfähigen bzw. etwas „unbeholfenen“ Argumentation auf, kann jedoch hier ebenso wenig geteilt werden wie die Feststellung, die Geschäftsherrenhaftung habe im Grundsatz nicht außer Zweifel gestanden.⁵⁸⁴ Richtigerweise stand für das Reichsgericht die Geschäftsherrenhaftung im Grundsatz wohl fest; dennoch hat es keine klaren Kriterien für die Reichweite dieser strafrechtlichen Verantwortlichkeit formuliert. Insofern würden der Annahme, auf diese Judikatur könne sich eine allgemeine Geschäftsherrenhaftung als strafrechtliches Rechtsinstitut stützen, gewisse verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen, wollte man sie allein zur Grundlage einer Geschäftsherrenhaftung nach geltendem Recht machen wollen, selbst wenn man konstatieren kann, dass das Reichsgericht die Rechtsfigur bereits als solche anerkannte. Doch die deutschen Gerichte haben die Geschäftsherrenhaftung weiterentwickelt.

580 RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 818/23, RGSt 58, 130, 132 f.

581 RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 818/23, RGSt 58, 130, 133; vgl. auch *Otto* in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 345.

582 So *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 73.

583 RG, Urt. v. 28.3.1924 – I 818/23, RGSt 58, 130, 133; vgl. auch *Otto* in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 345.

584 So *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 78.

(2) Geschäftsherrenhaftung in der Judikatur der Bundesrepublik Deutschland

Der Bundesgerichtshof hatte nur wenige Fälle zu entscheiden, in denen die Geschäftsherrenhaftung Gegenstand der Betrachtung war.⁵⁸⁵ Bei der Untersuchung dieser Rechtsprechung sind im hier relevanten Zusammenhang zwei Fragen zu beleuchten. Zum einen hat sich der Bundesgerichtshof zwar mit der Frage des *Ob* einer Garantenstellung auseinandergesetzt, insofern aber nur wenig zur Problematik der Verhinderung von Straftaten Untergebener ausgesagt. Zum anderen gibt der Bundesgerichtshof nur rudimentäre Hinweise zur Problematik der *Reichweite* der Verhinderungspflicht. Die Frage, was der Garant im Einzelfall tun muss, um einen Schaden zu verhindern, für dessen Ausbleiben er einstandspflichtig ist, wird lediglich angerissen.

(a) Zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung aus der Pflicht zur Verhinderung fremder Straftaten

Neben einigen Fällen, die mehr die Verhinderung einer Realisierung von Sachgefahren zum Gegenstand hatten,⁵⁸⁶ dürfte die erste relevante Entscheidung, die sich nicht allein in den Bereich der Haftung für Sachgefahren einordnen lässt, das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. Juli 1966 sein,⁵⁸⁷ in dem der 5. Strafsenat einer Gastwirtin eine Garantenstellung für die Verhinderung von Straftaten zuwies, die Gäste an einem anderen Gast begingen. Hier hatte der Senat die Pflicht zur Verhinderung der Straftaten auf die Sachherrschaft der Gastwirtin über die Räumlichkeiten gestützt und sie als Mittäterin angesehen. Diese Entscheidung hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs⁵⁸⁸ jedoch in einer späteren Entscheidung relativiert, in der das Landgericht Wuppertal eine Garantenstellung des Wohnungsinhabers angenommen hatte, der die Begehung einer schweren Straftat in seinen Räumlichkeiten geduldet hatte. Der Senat hat hierzu ausgeführt, die Stellung als Wohnungseigentümer sei allein nicht ausreichend, um eine Einstandspflicht zu begründen. Zumindest wenn der Eigentümer zu dieser Situation, in der in den seinem Hausrecht unterstehenden Räumlichkeiten Straftaten begangen werden, keinen unmittelbaren Beitrag geleistet habe, könne von einer Pflicht im Sinne von § 13 StGB, die das Unterlassen dem aktiven Tun gleichstellt, nicht ausgegangen werden.⁵⁸⁹

585 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 79 ff., erläutert zum Teil weitere Entscheidungen, die die Pflichten Angestellter gegenüber dem eigenen Unternehmensvermögen zum Gegenstand haben; diese haben jedoch für die Frage der Geschäftsherrenhaftung, wie sie hier verstanden wird, keine unmittelbare Bedeutung.

586 Vgl. die Nachweise bei *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 79 ff.

587 BGH, Urt. v. 5.7.1966 – 5 StR 280/66, NJW 1966, 1763.

588 BGH, Urt. v. 24.2.1982 – 3 StR 34/82, NStZ 1982, 245, 246.

589 BGH, Urt. v. 24.2.1982 – 3 StR 34/82, NStZ 1982, 245, 246 m.w.N. zur Literatur.

(b) Judikatur deutscher Gerichte zur Geschäftsherrenhaftung vor dem BSR-Urteil

Im Folgenden war die Frage nach dem Ob einer Pflicht zur Verhinderung fremder Straftaten – bis zur Entscheidung zu den Berliner Stadtreinigungsbetrieben (BSR),⁵⁹⁰ die in einigen Punkten Klarheit gebracht haben dürfte – soweit erkennbar nur Gegenstand einer weiteren Entscheidung des Bundesgerichtshofs: Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs⁵⁹¹ hat sich mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit einer stellvertretenden Leiterin eines Instituts der Universität Düsseldorf wegen Verstößen gegen Hygienevorschriften und daraus folgenden Infektionen mit zum Teil tödlichem Ausgang im Zusammenhang mit Bluttransfusionen auseinandergesetzt. In diesem Zusammenhang verneint der Senat die Garantenstellung der Ärztin mit dem Argument, die Einrichtungen, in denen transfusionsmedizinische Aufgaben wahrgenommen werden, seien für die angemessene sachliche und personelle Ausstattung zuständig; sie müssten einen für diesen Bereich verantwortlichen Arzt bestellen. Diesem obliege die Anleitung und Überwachung des unmittelbar tätigen Personals und die Erteilung der erforderlichen Anweisungen.⁵⁹² Eine solche tatsächliche Übertragung dieser Koordinations- und Kontrollaufgabe auf die angeklagte stellvertretende Leiterin sei jedoch nicht festgestellt worden.

Die Frage, ob eine umfassende Haftung des Institutsleiters aufgrund seiner formalen Stellung überhaupt möglich ist, lässt der Senat jedoch unbeantwortet. Zwar lehnt der Bundesgerichtshof eine Garantenstellung der stellvertretenden Leiterin des Instituts aufgrund ihrer Dienststellung ab, begründet dies jedoch im Ergebnis damit, dass § 44 NW-UnivG lediglich eine Verantwortlichkeit des Institutsleiters vorsehe; nur diesen treffe „eine umfassende Verantwortung für die Vorgänge im Institut“. ⁵⁹³ Im Übrigen lässt sich den Ausführungen des Strafsenats entnehmen, dass sich die Verantwortlichkeit für die Einhaltung von Hygienevorschriften einzelner Personen nicht unmittelbar aus den gesetzlichen Vorschriften oder ihrer Stellung als Vorgesetzter ableiten lasse, sondern hier vielmehr die „tatsächliche Übung“ maßgeblich sei.⁵⁹⁴ Der Senat untersuchte dementsprechend den vom Landgericht festgestellten Sachverhalt auf eine entsprechende Übernahme von Aufgaben, verneinte diese jedoch letztlich.

590 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.; vgl. hierzu insbesondere *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981 ff.

591 BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754 ff.

592 BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2756.

593 BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2755.

594 Vgl. BGH Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2756; vgl. auch *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 104.

Die Rechtsprechung anderer Strafgerichte hatte zumindest in zwei Fällen die explizite Frage nach der Pflicht zur Verhinderung fremder Straftaten zum Gegenstand:

(aa) OLG Karlsruhe

Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe aus dem Jahr 1971⁵⁹⁵ setzt sich mit der Kernfrage der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung auseinander und wirft das Problem der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Unternehmen auf: Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob den Vorarbeiter eines Heizungsbaunternehmens eine strafrechtliche Verantwortlichkeit trifft, wenn er einen ihm unterstellten Mitarbeiter nicht an einem Diebstahl hindert, den dieser bei einem Aufenthalt im Hause eines Kunden begeht. Das Oberlandesgericht führt in diesem Zusammenhang aus, dass eine solche strafrechtliche Haftung wegen Beihilfe durch Unterlassen nur dann in Betracht komme, wenn die Allgemeinheit „wegen eines bestimmten Autoritäts- und Vertrauensverhältnisses“ darauf vertrauen dürfe, dass der Vorgesetzte der konkreten strafbaren Handlung des Untergebenen Einhalt gebiete.⁵⁹⁶ Dieses berechnete Vertrauen verneinte der Senat unter Hinweis darauf, dass zwischen den Beteiligten keine militärähnliche Hierarchiestruktur bestehe und der Vorarbeiter allenfalls das Recht und die Autorität zur Anweisungen im betrieblichen Kontext inne habe. Eine Übertragung der Rechtsgrundsätze, die „für besondere Gewaltverhältnisse gelten“, ⁵⁹⁷ auf die Verhältnisse eines Handwerksbetriebs lehnte der Senat ab.⁵⁹⁸ Ein Recht zur Einwirkung auf die allgemeine Lebensführung des Untergebenen bestehe nicht, so dass nur die Abwendung betriebspezifischer Gefahren erwartet werden könne, nicht aber solcher (Vermögens-)Straftaten, die nur gelegentlich der betrieblichen Verrichtung begangen zu werden drohen.⁵⁹⁹

Dieses Grundprinzip, wonach der Geschäftsherr nur für im Zusammenhang mit den unternehmerischen Tätigkeiten durch seine Verrichtungsgehilfen begangene Rechtsverletzungen zu haften hat, ist auch dem Zivilrecht eigen. § 831 Abs. 1 BGB bestimmt dementsprechend, dass der Geschäftsherr für die von dem Gehilfen „in Ausführung der Verrichtung“ verursachten Schäden haftet, nicht jedoch, wenn sie nur gelegentlich während der Verrichtung verursacht worden sind.⁶⁰⁰ Daher erfordert die Haftung nicht nur den Kausalnexus zwischen Beauf-

595 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71 GA 1971, 281 ff.

596 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71 GA 1971, 281, 282.

597 Vgl. hierzu bereits Forsthoff Verwaltungsrechts Allgemeiner Teil, S. 121 m.w.N.; vgl. auch Kaspar Verhältnismäßigkeit, S. 37.

598 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71 GA 1971, 281, 283.

599 So auch ausdrücklich Otto in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 342; vgl. auch Rogall ZStW 98 (1986), 573, 518; bestätigt durch BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 f.

600 Vgl. auch Selbmann HRRS 2014, 235, 238 f., 242.

tragung mit der Verrichtung, sondern einen darüber hinausgehenden inneren Zusammenhang zwischen der zur Erfüllung delegierten Aufgabe und dem Schadenseintritt.⁶⁰¹ Das bedeutet auch zivilrechtlich nicht, dass Zuwiderhandlungen gegen ausdrückliche Anweisungen des Geschäftsherrn oder sogar vorsätzlich begangene Verletzungen von Rechten Dritter nicht vom Anwendungsbereich des § 831 BGB erfasst wären; vielmehr kommt es allein darauf an, ob sich das deliktische Verhalten noch in den delegierten Aufgabenkreis einfügt. Kommt der Verrichtungsgehilfe dagegen nur rein zufällig mit dem verletzten Recht des Dritten in Berührung und findet dabei die deliktische Handlung statt, so haftet der Geschäftsherr nicht.⁶⁰²

In seiner Entscheidung nennt das Oberlandesgericht Karlsruhe – auch wenn es keine klare Leitlinie für eine Begründung der Garantenstellung aus der Geschäftsherrenverantwortlichkeit erkennen lässt – zumindest zwei wesentliche Kriterien, die relevant, zumindest aber diskutabel sind, um die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten in einem Wirtschaftsbetrieb zu begründen: zum einen die Betriebsbezogenheit, die auch nach heute herrschender Ansicht für den Umfang der Geschäftsherrenhaftung ein wesentliches Kriterium ist,⁶⁰³ und zum anderen das Vertrauen der Allgemeinheit in die Abwendung einer Rechtsgutsverletzung durch den Geschäftsherrn, ein Kriterium, das heute als Element der allgemeinen Garantenstellung in der Diskussion steht.⁶⁰⁴

(bb) Landgericht Nürnberg-Fürth

In einer neueren Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth⁶⁰⁵ war dagegen die Betriebsbezogenheit der von Untergebenen begangenen Straftaten nicht problematisch: Vater (HL) und Sohn (AL) betrieben eine Spedition. AL war formell zum Geschäftsführer bestellt und hielt – um ein Jungunternehmerdarlehen zu erhalten – 90% der Gesellschaftsanteile. Die tatsächliche Geschäftsführung hatte jedoch HL inne, der alle Entscheidungen traf und eine Einwirkung des Sohnes auf die geschäftlichen Belange auch kaum zuließ. HL hatte eine so straffe zeitlich Organisation der Transportfahrten aufgebaut, dass die vorgeschriebenen Lenkzeiten nicht eingehalten werden konnten und die Fahrer übermüdet am Straßenverkehr teilnahmen. Aufgrund der Übermüdung eines Fahrers kam es zu einem Verkehrsunfall, bei dem zwei Menschen getötet wurden.

601 Vgl. Wagner in: MüKo-BGB § 831 Rn. 24 m.w.N.

602 Vgl. Wagner in: MüKo-BGB § 831 Rn. 24 m.w.N.

603 So ausdrücklich BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 f.; vgl. ferner *Bülte* NZWiSt 2012, 177 ff.; *Selbmann* HRRS 2014, 235, 239 f. jeweils m.w.N.

604 Vgl. nur *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 92 f.; ferner *Wohler/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn. 38 ff.; *Bülte* GA 2013, 389 ff.

605 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824 ff.

Das Landgericht hat HL wegen fahrlässiger Tötung mit der Begründung verurteilt, er habe durch den Aufbau eines gefährlichen Systems die entscheidende Bedingung für die Fahruntüchtigkeit des Fahrers geschaffen, die letztlich zum Tod der Opfer geführt hatte. Den Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit sah das Gericht nicht in dem unterlassenen Hindern der Weiterfahrt des offensichtlich erschöpften Fahrers, sondern in dem Schaffen und Unterhalten des rechtswidrigen und „hochgefährlichen Systems“, „das regelhaft zur Übermüdung bis in die Erschöpfung der Fahrer auf den Touren führen musste“.⁶⁰⁶ Die Haftungsgrundlage, die das Landgericht hier heranzog, wird man wohl nicht als eine Geschäftsherrenhaftung im engeren Sinne ansehen können, weil es – wie die Kammer zutreffend herausstellt – zum einen um eine Haftung für aktives Tun des HL ging und zum anderen das Verhalten des HL per se so gefährlich und pflichtwidrig war, dass es sich strukturell um eine Anstiftung oder sogar mittelbare Täterschaft handelte.

Die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des formell bestellten Geschäftsführers AL fällt dagegen in den Bereich der Geschäftsherrenhaftung im engeren Sinne: Ihn verurteilte die Kammer wegen fahrlässiger Tötung durch Unterlassen. Als Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem Gesellschafteranteil von 90% habe er die organschaftliche Verpflichtung gehabt, den Betrieb des ihm bekannten gefährlichen und rechtswidrigen Systems der Lenkzeitüberschreitung zu unterbinden.⁶⁰⁷ Seine Garantenstellung ergab sich nach der Ansicht der Kammer also aus seiner organschaftlichen Stellung im Gefüge der GmbH. AL habe als Geschäftsführer die Pflicht gehabt, für einen gesetzeskonformen Betriebsablauf zu sorgen, so dass von dem Unternehmen keine Gefahren für Dritte ausgehen. Zudem habe er als Geschäftsführer die Pflicht gehabt, für die Einhaltung der in der Verordnung (EWG) Nr. 3820/85 vorgeschriebenen Lenkzeiten zu sorgen. Durch das Gemeinschaftsrecht werde die allgemeine Pflicht des Betriebsinhabers konkretisiert, einen Betrieb so zu organisieren, dass die beschäftigten Fahrer nicht fahruntüchtig am Straßenverkehr teilnehmen. AL habe das „hochgefährliche System“ gekannt und die Möglichkeit gehabt, seine Fortsetzung zu unterbinden, da er zum einen formal Geschäftsführer und damit weisungsbefugt und zum anderen die Fortführung des Unternehmens ohne ihn persönlich, den Schuldner des Jungunternehmerkredits, als Geschäftsführer nicht möglich gewesen sei.

Aus dieser Entscheidung wird deutlich, dass das Landgericht von einer Geschäftsherrenhaftung ausgeht, die den Unternehmer, bzw. bei juristischen Personen deren Vertreter verpflichtet, den Betrieb so zu organisieren, dass verbotene Gefahrschaffungen unterbleiben. Im Rahmen dieser Pflicht weist das Gericht dem Unternehmer jedoch auch die Pflicht zu, betriebsbezogene Gefahrschaffun-

606 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824, 1825.

607 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824, 1825.

gen durch Unternehmensangehörige zu unterbinden. Das Urteil liegt insofern auf der Linie der Judikatur von Reichsgericht und Bundesgerichtshof zur Garantenstellung des Betriebsinhabers, der als Bewacher zur Verhinderung der aus seinem Betrieb drohenden Gefahren verpflichtet ist.

(cc) Zwischenfazit: Stand der Judikatur bis zur BSR-Entscheidung

Zieht man bereits hier ein Resümee, so lautet dieses, dass in der Judikatur des Bundesgerichtshofs eine allgemeine Geschäftsherrenhaftung bis dato zumindest nicht abgelehnt, aber auch nicht, wie vom Reichsgericht, grundsätzlich bejaht wurde. Der Bundesgerichtshof hatte vornehmlich negative Aussagen mit Blick auf eine strafrechtliche Verantwortlichkeit getroffen, so etwa, dass die rein formale Stellung als Vorgesetzter regelmäßig nicht ausreiche, um eine Geschäftsherrenhaftung zu begründen, und es vielmehr auf die tatsächliche Übernahme von Aufgaben ankomme.⁶⁰⁸ Klare Vorgaben für eine Bestimmung der Strafbarkeit von unterlassenden Vorgesetzten konnten jedoch aus der höchststrichterlichen Judikatur nicht hergeleitet werden. Während das Oberlandesgericht Karlsruhe das Vertrauen der Allgemeinheit in die Bewachung bestimmter Gefahren in den Fokus der Fragestellung rückte, knüpfte das Landgericht Nürnberg-Fürth⁶⁰⁹ grundsätzlich an die formale Stellung des Verantwortlichen als Geschäftsführer zur Begründung der Garantenstellung an, nimmt jedoch auch die tatsächliche Beherrschung der Gefahrenquelle „Transportbetrieb“ und die gefährlichen Strukturen sowie die Möglichkeiten zur Verhinderung der Pflichtverstöße in Bezug. Damit ergeben sich also zunächst unterschiedliche Ansatzpunkte für die Garantenpflicht.

(c) Das Urteil des Bundesgerichtshofs zu den Berliner Stadtreinigungsbetrieben

Das BSR-Urteil des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs⁶¹⁰ kann im Hinblick auf die Haftung von Aufsichtspersonen für Straftaten aus Unternehmen als wegweisend angesehen werden, wenn sich auch die ausdrücklichen Aussagen des Senats zur Geschäftsherrenhaftung auf eine kurze Passage beschränken.⁶¹¹ Die Entschei-

608 Vgl. *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 116 f.; vgl. auch *Jakobs* AT, 29/28, der ausführt, dass auch die gesetzliche Vorschrift nicht in der Lage sei, ex nihilo eine Garantenstellung zu begründen.

609 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824 ff.

610 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.

611 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 50 f. (Rn. 29).

dung hat aufgrund ihrer Grundsätzlichkeit in der Literatur für großes Aufsehen gesorgt.⁶¹²

Der 5. Senat hatte sich mit der Strafbarkeit eines leitenden Angestellten, der Leiter der Innenrevision und der Rechtsabteilung der Berliner Stadtreinigungsbetriebe (BSR) war, auseinanderzusetzen. Er galt aufgrund seiner bisherigen betrieblichen Tätigkeit als Tarifrechtsexperte und „juristisches Gewissen“ der BSR. Dieser Angestellte hatte durch unrichtige Abrechnungen von Straßenreinigungsgebühren begangene Betrugsstraftaten aus dem Unternehmen heraus nicht unterbunden.⁶¹³ Dabei hat der Senat zunächst die Frage nach einer Ingerenzhaftung des Angeklagten erörtert, verneint und sich zur Frage des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs geäußert. Zwar konnte der 5. Strafsenat ein pflichtwidriges Vorverhalten feststellen, er sah jedoch keinen spezifischen Zusammenhang zwischen dem Fehler des Angestellten und den Betrugstaten. Die Taten seien nur gelegentlich des pflichtwidrigen Vorverhaltens begangen worden.⁶¹⁴ Es habe sich nur um einen „motivatorischen“, nicht aber normativ relevanten Zusammenhang zwischen einer Fehlkalkulation des leitenden Angestellten und der der späteren Täter gehandelt. Daher scheide eine Garantenstellung aufgrund von Ingerenz aus.⁶¹⁵

Der Bundesgerichtshof war damit darauf angewiesen, die Unterlassungsstrafbarkeit auf eine andere Basis zu stellen und führte aus, die rechtliche Einstandspflicht im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB gründe sich auf die „Übernahme eines Pflichtenkreises“.⁶¹⁶ Die Garantenstellung entstehe aus der Übertragung der Obhutspflichten für eine bestimmte Gefahrenquelle, die dazu führe, dass den Übernehmenden eine „Sonderverantwortlichkeit“ für die Integrität des von ihm übernommenen Verantwortungsbereichs treffe.⁶¹⁷ Ob es sich dabei um eine Beschützer- oder Bewachergarantenstellung handele, sei letztlich nicht relevant, weil die Pflicht jedenfalls dem Schutz des relevanten Rechtsguts diene.⁶¹⁸ Es komme allein

612 Vgl. nur die Anmerkungen und Besprechungen von Barton RDV 2010, 19 ff.; Behling BB 2010, 892 ff.; Berndt StV 2009, 689 ff.; Bierehoven CR 2010, 203 ff.; Campos Navel/Vogel BB 2009, 2546 ff.; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981 ff.; Dann/Mengel NJW 2010, 3265 ff.; Deutscher WM 2010, 1387 ff.; Favoccia/Richter AG 2010, 137 ff.; Frisch EWiR 2010, 95 f.; Janssen RDG 2010, 116 ff.; Kamp/Körffner RDV 2010, 72 ff.; Klindt/Pelz/Theusinger NJW 2010, 2385 ff.; Klümper/Diener A&R 2010, 147 ff.; Kremer/Klahold ZGR 2010, 113 ff.; Kretschmer JR 2009, 474 ff.; Krieger/Günther NZA 2010, 367 ff.; Michalke AnwBl 2010, 666; Mosbacher/Dierlamm NStZ 2010, 268 ff.; Mosiek HRRS 2009, 565 ff.; Ransiek AG 2010, 147; Rönnau/Schneider ZIP 2010, 53 f., 56 ff.; Rotsch ZJS 2009, 712 ff.; Rübenstahl NZG 2009, 1341 ff.; Spring GA 2010, 222 ff.; Stoffers NJW 2009, 3176 f.; Thomas CCZ 2009, 239 f.; Vormbaum Jura 2010, 861 ff.; Warneke NStZ 2010, 312 ff.; Wybitul BB 2009, 2141; ders. BB 2009, 2263 ff.; ders. BB 2009, 2590 ff.

613 Vgl. im Einzelnen insbesondere Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981 ff.

614 Vgl. Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 982.

615 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 47 (Rn. 21); zust. Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 982; Stoffers NJW 2009, 3176.

616 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 (Rn. 23).

617 Die Frage danach, ob ein Pflichtenkreis überhaupt übernommen werden kann oder ob es nicht vielmehr die Übernahme der Aufgaben ist, die eine Pflichtbegründung zur Folge hat (so zutreffend Dannecker in: FS Achenbach, S. 83, 100), soll hier noch offenbleiben.

618 Krit. zu dieser Unentschiedenheit Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 983.

auf den Verantwortungsbereich an, den der Pflichtige übernommen habe, und den normativ zu bestimmenden Inhalt der Pflicht.⁶¹⁹ Der Bundesgerichtshof führt zu dieser Pflichtenentstehung aus, die Rechtsprechung habe „*in einer Reihe von Fällen Garantenstellungen anerkannt*“, die aus der Übernahme bestimmter Funktionen abgeleitet worden seien.⁶²⁰ Die Übernahme von Bewacher- und Beschützerpflichten bedürfe nicht stets einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, sondern könne auch durch die tatsächliche Übernahme der Erfüllung von Pflichten auf der Grundlage eines Dienstvertrages erfolgen. Jedoch sei hier zur Begründung der Einstandspflicht erforderlich, dass zu der tatsächlichen Übernahme ein besonderes Vertrauensverhältnis hinzukomme, das die Überantwortung der Wahrnehmung von Schutzpflichten veranlasse. Insofern wird der Bezug zu der oben erörterten Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe⁶²¹ deutlich.

Inhalt und Umfang der Garantenpflicht des Übernehmenden bestimmen sich nach Auffassung des Senats aus dem konkreten Pflichtenkreis, den der Verantwortliche übernommen habe, unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse des Unternehmens und dem Zweck der Beauftragung. Deren Zielrichtung könne es sein, unternehmensinterne Prozesse zu optimieren und gegen das Unternehmen gerichtete Pflichtverstöße aufzudecken und zu verhindern. Der Pflichtige könne aber auch die Aufgabe haben, vom Unternehmen ausgehende Rechtsverstöße zu beanstanden und zu unterbinden. Im Hinblick auf diese Fragestellung sei „*die Beschreibung des Dienstpostens zu bewerten*“.⁶²² Der Bundesgerichtshof umschreibt die Aufgabe der Verhinderung und Aufklärung von Straftaten aus einem Unternehmen zur Minimierung von Haftungsrisiken und Ansehensverlusten als „*in Großunternehmen ‚Compliance‘ bezeichnete Ausrichtung*“, die im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt werde, dass sogenannte Compliance-Officers eingesetzt würden, denen die vorgenannte Aufgabe zukomme.⁶²³

Zu diesen Personen hat der 5. Strafsenat die sehr umstrittene Feststellung getroffen: „Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden ...“⁶²⁴ Der Senat reduziert jedoch seine weiteren Ausführungen zur Garantenstellung dem Grunde nach auf die Feststellung, eine Einstandspflicht des Angeklagten sei aufgrund des übernommenen Aufgabenkreises un-

619 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 (Rn. 23).

620 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 (Rn. 24) m.w.N.

621 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281, 283.

622 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49 (Rn. 26).

623 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49 f. (Rn. 27).

624 BGHSt 54, 44, 50 f. (Rn. 27); krit. hierzu und auch zur Herleitung der Garantenstellung durch den BGH *Stoffers* NJW 2009, 3176 f.; vgl. ferner *Kraft* wistra 2010, 81, 82 ff.

zweifelhaft gegeben und beschränke sich keinesfalls nur auf eine Verpflichtung, Vermögensbeeinträchtigungen zulasten des eigenen Unternehmens zu unterbinden.⁶²⁵

Darüber hinaus macht der Senat nur eine kurze Anmerkung zu der hier relevanten, grundlegenden Frage nach der Geschäftsherrenhaftung. Es heißt zur Begründung der unterschiedlichen Bewertung der Garantenstellung eines Leiters der Innenrevision im „Normalfall“ und des Angeklagten in der konkreten Situation, der zu entscheidende Fall weise zwei Besonderheiten auf: Zum einen sei die BSR eine Anstalt des öffentlichen Rechts, und die vom Angeklagten nicht unterbundene rechtswidrige Tätigkeit habe sich auf hoheitliche Aufgaben bezogen, nämlich auf die Abrechnung der durch den Anschluss- und Benutzungszwang geprägten Straßenreinigungsgebühren, die nach den öffentlich-rechtlichen Gebührensätzen abzurechnen gewesen seien. Als Anstalt des öffentlichen Rechts sei die BSR den Anliegern gegenüber zu einer gesetzmäßigen Abrechnung verpflichtet gewesen. Die besondere Bedeutung dieser Pflicht zur streng gesetzeskonformen Abrechnung sieht der Bundesgerichtshof darin, dass – anders als wenn es sich um ein privatwirtschaftliches Unternehmen gehandelt hätte – das maßgebliche Ziel der Tätigkeit der BSR nicht in der Gewinnerzielung, sondern in der Gesetzmäßigkeit des Gesetzesvollzuges als „*dem Kernstück der Tätigkeit*“ der BSR gelegen habe.⁶²⁶ Die Überwachungspflicht des Angeklagten habe sich auf das konzentriert, was „*Gegenstand der Tätigkeit seines Dienstherrn, nämlich den gesetzmäßigen Vollzug der Straßenreinigung, der auch eine gesetzmäßige Abrechnung der angefallenen Kosten einschließt*“.⁶²⁷ Der konkrete Dienstposten des Angeklagten habe die Aufgabe umfasst, die Straßenanlieger vor betrügerisch überhöhten Gebühren zu schützen.

Aus dieser Überlegung leitet der Strafsenat die konkrete Gestaltung der Pflichtenstellung des Angeklagten her. Jedoch lassen die Ausführungen auch einen Rückschluss darauf zu, dass der Bundesgerichtshof zum einen die Geschäftsherrenhaftung als Vorgesetztenverantwortlichkeit anerkennt und zum anderen, woraus er sie herleitet. Der Senat begründet nämlich keinesfalls eine originäre strafrechtliche Haftung des Angeklagten im Konkreten oder eines Compliance-Officers im Allgemeinen, sondern sieht die Verantwortlichkeit dieser Beauftragten als aus der Geschäftsherrenhaftung des Unternehmers abgeleitet an: Der Bundesgerichtshof stellt auf die tatsächliche Übertragung einer Aufgabe ab, die eine Sonderverantwortlichkeit des Individuums für den übernommenen Verantwortungsbereich entstehen lasse. Ferner sieht der Senat in der grundsätzlich der BSR obliegenden Pflicht zur ordnungsgemäßen Abrechnung die Grundlage der Garanten-

625 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 f. (Rn. 25).

626 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 50 (Rn. 29).

627 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 50 (Rn. 29).

stellung des Angeklagten. Die Geschäftsherrenhaftung der Gesellschaft, die Grundlage dieser Garantenstellung des Angeklagten, leitet der Senat aus ihrer hoheitlichen Tätigkeit her, die eine Gefährdung der Straßenanlieger mit sich bringe, mit überhöhten Gebühren überzogen zu werden. Warum diese Gefährdung allein ausreichend sein soll, um die Geschäftsherrenhaftung bei einer öffentlich-rechtlichen Anstalt auszulösen, nicht aber bei einem privatwirtschaftlichen Unternehmen, begründet der 5. Strafsenat zwar mit der hoheitlichen Tätigkeit der BSR. Doch verschiebt diese Argumentation lediglich die Problemstellung, wirft sie doch die Frage auf, warum die Tätigkeit im Gesetzesvollzug eher eine Garantenstellung begründen soll als die private Handlung. Das Urteil lässt diese Frage offen.

(d) Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Siegener Straßenbauabteilung

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat sich in einem Kontext mit der Betriebsherrenverantwortlichkeit auseinandergesetzt, der an den Sachverhalt erinnert, der der Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe aus dem Jahr 1971 zugrunde lag.⁶²⁸ Hier wurde dem Vorarbeiter einer Straßenbaukolonne vorgeworfen, Beihilfe durch Unterlassen zu einer von mehreren ihm unterstellten Mitarbeitern begangenen Körperverletzung zum Nachteil eines weiteren Mitarbeiters des Unternehmens geleistet zu haben. Das Landgericht Siegen⁶²⁹ hatte eine Garantenstellung des Angeklagten jedoch verneint, weil ihm von seiner Arbeitgeberin keine Pflicht zum Schutz der Rechtsgüter des Geschädigten vor Angriffen übertragen worden sei. Ebenso wenig – und das ist im hier vorliegenden Kontext allein relevant – habe der Vorarbeiter die Pflicht zur Überwachung seiner Mitarbeiter innegehabt. Zwar könne eine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten Untergebener bei Betriebsinhabern und Vorgesetzten in einem Unternehmen bestehen, aber diese umfasse nur betriebsbezogene Taten, also nicht solche, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.⁶³⁰ Betriebsbezogen sei eine Tat nur dann, wenn sie einen „inneren Zusammenhang“ mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters aufweise.⁶³¹ Diese Beschränkung der Garantenstellung auf betriebsbezogene Taten sei notwendig, um dem Betriebsinhaber die Tat des voll verantwortlich handelnden Angestellten zurechnen zu können. Nur der Umstand, dass eine Tat Ausfluss der Gefahren sei, die

628 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 ff.; zu den Einzelheiten *Selbmann* HRRS 2014, 235 ff.

629 LG Siegen, Urt. v. 8.7.2010 – 21 KLS 22 Js 477/08 – 13/09 – 6 Ss 25/11.

630 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13 u.a. unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44; OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281, 283; *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981 ff.

631 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13 unter Bezugnahme auf *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 137 u.a.

dem Betrieb oder dem Tätigkeitsfeld der Mitarbeiter spezifisch anhaften und sich nicht auch außerhalb des Betriebes genauso gut ergeben können, sei geeignet, eine solche Zurechnung zu rechtfertigen. Daher könne man die Körperverletzungshandlungen der Angestellten der Straßenbaukolonne, die nicht Teil der „Firmenpolitik“ oder von der Betriebsleitung angeordnet waren und auch nicht durch die Ausnutzung einer arbeitstechnischen Machtbefugnis begangen wurden, nicht als betriebsbezogene Taten ansehen.

Das Merkmal der Betriebsbezogenheit sei ein notwendiges Begrenzungskriterium, um die Betriebsinhaber und Vorgesetztenverantwortlichkeit auf ein von Art. 103 Abs. 2 GG noch geduldetes Maß zu beschränken und zu verhindern, dass der Geschäftsherr für die straffreie Lebensführung während der Arbeitszeit verantwortlich werde.⁶³² Dieser Hinweis auf Art. 103 Abs. 2 GG ist letztlich der Kern dieser Entscheidung, denn die Maßgeblichkeit der Betriebsbezogenheit für die Garantenstellung war bereits zuvor wohl kaum umstritten, wie die Nachweise aus Rechtsprechung und Lehre, die der Senat zu dieser Frage anführt, verdeutlichen.⁶³³

Die Betriebsbezogenheit ist nach diesen Feststellungen Tatbestandsmerkmal, sie ist konstitutiv für die Garantenhaftung. Diese Äußerung des Senats ist begrüßenswert, weil sie die Geschäftsherrenhaftung näher konturiert. Der Hinweis des Gerichts auf das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG ist essenziell wichtig, weil das Gesetzlichkeitsprinzip bislang als Schranke der Normengengese durch die Judikatur viel zu wenig beachtet worden ist: Der 4. Senat des Bundesgerichtshofs mahnt hier die Gefahr einer Überdehnung und damit der verfassungsrechtlichen Unbestimmtheit des Begriffs der *Betriebsbezogenheit* an.⁶³⁴ Damit stellt das Gericht die notwendige verfassungsrechtliche Rückbindung des Tatbestandsmerkmals der Garantenstellung her.

(e) Zwischenfazit: Verfassungsrechtliche Bedenken trotz grundsätzlicher Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung durch den Bundesgerichtshof

Zusammenfassend kann daher festgestellt werden, dass zumindest der 5. Strafsenat, wohl aber auch der 4. Senat des Bundesgerichtshofs die Geschäftsherrenhaftung grundsätzlich ebenso anerkennt, wie das Reichsgericht es getan hatte. Die Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe macht deutlich, dass nur betriebsbezogene Gefahren Gegenstand der Geschäftsherrenhaftung sein können. Das Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth stellt ferner klar, dass bei Verhaltensweisen, die die Schaffung und Unterhaltung eines „hochgefährlichen Sys-

632 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 47 f.

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

634 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 47 f.

tems“ innerhalb eines Unternehmens bedeuten, auch die formale Stellung als Organ in einem Unternehmen in Kombination mit der tatsächlichen Möglichkeit zur Verhinderung von weiteren Gefahren ausreichend sei kann, um eine Garantenstellung zu begründen. Die BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs stellt zudem klar, dass die Tätigkeit im Rahmen hoheitlicher Aufgaben eher in der Lage ist, eine Garantenstellung zu begründen, als die privatwirtschaftliche Aufgabenerfüllung.

Untersucht man dieses Ergebnis aus der hier maßgeblichen verfassungsrechtlichen Perspektive des Art. 103 Abs. 2 GG und stellt damit die Frage nach der hinreichenden Bestimmtheit der Rechtsfigur der Geschäftsherrenhaftung, so reichen die bis hierhin konstatierten Eckpunkte nicht aus, um einer allgemeinen Geschäftsherrenhaftung hinreichende Konturen zu geben. Zwar ist diese Rechtsfigur grundsätzlich anerkannt, und es sind wesentliche Fragen von der Rechtsprechung geklärt, aber die Betrachtung der Geschäftsherrenhaftung als Gesamtkonstrukt führt zu einer unzulässigen Verkürzung des Blickwinkels. Die Strafbarkeit als Garant setzt nicht nur die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung als die Garantenpflicht begründende Stellung voraus, sondern erfordert auch, dass alle Tatbestandsmerkmale sowie die Rechtsfolgen so klar bestimmt sind, dass die Strafbarkeit vorhersehbar ist. Die Prüfung der verfassungsrechtlichen Bestimmtheit erfordert hier die Betrachtung aller Einzelelemente der Rechtsfigur. Für die Bestimmung der Strafbarkeit ist nicht nur entscheidend, unter welchen Bedingungen die Garantenstellung des Geschäftsherrn entsteht (sachlicher Anwendungsbereich der Garantenstellung) und worauf sich die aus der tatsächlichen Stellung ergebende Pflicht richtet und wie weit sie reicht (Pflichtenrichtung und -umfang). Vielmehr ist auch der Begriff des *Geschäftsherrn* zu bestimmen, also die Frage zu beantworten, wen die Pflicht trifft (persönlicher Anwendungsbereich der Garantenstellung).

Damit müssen letztlich vier Elemente der Geschäftsherrenhaftung hinreichend bestimmt sein: die Garantenstellung, die Person des Garanten, die Richtung der Pflicht und schließlich deren Umfang. Diese Aspekte machen die strafbegründende Einstandspflicht aus, die in ihren Voraussetzungen in einer Weise vorhersehbar sein muss, dass eine Norm gebildet wird, die den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht wird.

(aa) Konkretisierung der Pflichtenrichtung durch das Merkmal der Betriebsbezogenheit

Für die Pflichtenrichtung dürfte die Konkretisierung durch die Judikatur gelungen sein. Durch das zunächst vom Oberlandesgericht Karlsruhe⁶³⁵ und im An-

635 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281, 283.

schluss vom Bundesgerichtshof⁶³⁶ der Garantenstellung als Schranke vorgegebene Merkmal der Betriebsbezogenheit dürfte eine hinreichende Konkretisierung der Straftaten gelungen sein, auf die sich die Garantenpflicht bezieht. Der Geschäftsherr ist rechtlich verpflichtet, die Begehung solcher Taten durch seine Mitarbeiter zu verhindern, deren Begehungsgefahr sich aus dem Betrieb des Unternehmens selbst und unmittelbar ergibt. Diese Umschreibung des Ziels der Verhinderungspflicht dürfte ausreichend sein, um mit der verfassungsrechtlich erforderlichen Bestimmtheit sagen zu können, zu welchem Zweck der Geschäftsherr „auf *Posten gestellt*“⁶³⁷ ist. Insofern ist die erforderliche Klarheit durch die Judikatur wohl erreicht worden, wenn hier im Detail auch noch manches offen ist.

(aaa) Betriebsbezogene Straftaten im engeren Sinne

Das OLG Karlsruhe hatte die Verantwortlichkeit des Vorarbeiters abgelehnt, weil der Vorgesetzte und der Täter nach der Installation der Heizungsanlage, also nach Abschluss der betrieblichen Tätigkeit, noch einmal „*im Keller der Kundin erschienen*“ waren und die Auftraggeberin nicht wusste, dass sie noch einmal zurückkehren würden. Nach dem Ende der Arbeiten sei ein zuvor bestehendes Vertrauen in den Schutz des Eigentums durch den Geschäftsherrn bereits erloschen gewesen. Damit wurde also die Betriebsbezogenheit auf die Durchführung der vertraglichen Leistung beim Kunden beschränkt.

Der 4. Strafsenat nimmt nun eine inhaltliche Eingrenzung vor, indem er feststellt, dass die allgemeinen Gefahren, die aus jedem Betrieb schon zwangsläufig deswegen drohen, weil sich hier soziale Zwangsgemeinschaften mit ihren typischen Reibungspunkten ergeben, nicht als betriebsbezogen angesehen werden können. Damit wird deutlich, dass die Formulierung, nicht betriebsbezogen seien solche Straftaten, die sich auch außerhalb seines Betriebes genauso ergeben können, offenbar sehr eng zu verstehen ist: Betriebsbezogen sollen nur solche Straftaten sein, die für diesen konkreten Betrieb typisch sind und sich daher nicht nur außerhalb eines Betriebes, sondern sich auch in anderen Betrieben nicht ergeben können. Eine solche Lösung bereitet jedoch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten, da der Bundesgerichtshof keine Referenzgruppe benennt. Es kann hier kaum gemeint sein, dass nur Gefahren betriebsbezogen sind, die ausschließlich diesen konkreten Betrieb kennzeichnen. Andernfalls wären branchentypische Straftaten nicht Gegenstand der Geschäftsherrenhaftung. Scheiden aber nur solche Begehungsgefahren aus, die ausnahmslos alle Wirtschaftsbetriebe in sich tragen, so entstehen bereits im Beispielsfall erhebliche Zweifel an der Durchführbarkeit

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

637 Diese Wendung findet sich bei *Armin Kaufmann* Dogmatik, S. 283; vgl. ferner *Rudolphi* in: FS Lackner, S. 863, 873.

einer solchen Abgrenzung. Zieht man nämlich den Vergleich zwischen dem Baubetrieb und einem Kleinbetrieb, in dem vornehmlich weibliche Mitarbeiter beschäftigt sind, so stellt sich die Gefahrensituation für die körperliche Unversehrtheit völlig anders dar.⁶³⁸

(bbb) Betriebsbezogene Straftaten kraft normativer Zuweisung

Außerdem gerät ein Ansatz, der so auf die spezifischen Eigenheiten des konkreten Einzelbetriebs als Alleinstellungsmerkmale abstellt, mit der Argumentation des Senats im Kontext des Mobblings in einen Konflikt. Hier wurde angedeutet, dass auch durch die Geschäftsleitung vorsätzlich und unabhängig vom Tätigkeitsfeld des Unternehmens herbeigeführte Gefahren der Begehung von Straftaten eine Garantenpflicht des Vorgesetzten auslösen können. Das Risiko von Mobbing besteht in jedem Unternehmen, das über eine gewisse Anzahl an Mitarbeitern verfügt. Daraus könnte man schließen, dass es nicht darauf ankommt, ob das Tätigkeitsfeld oder die Struktur des Betriebs per se die Gefahr hervorruft, sondern darauf, ob sich aus der konkreten Tätigkeit unter Berücksichtigung der Umstände im spezifischen Einzelfall die Gefahr der Tatbegehung durch die Untergebenen ergibt. Da in dem vom 4. Strafsenat zu entscheidenden Sachverhalt jedoch die konkrete Tätigkeit in der Gesamtbetrachtung für die körperliche Unversehrtheit des Opfers gefährlich gewesen ist, würde diese Bewertung zur Annahme einer betriebsbezogenen Straftat führen. Die Gefahr der Tatbegehung wurde objektiv aus betrieblichen Gründen und zu betrieblichen Zwecken geschaffen, wenn die Tat auch nicht aus betrieblichen Gründen, also zur Durchführung einer betrieblichen Tätigkeit, sondern aus privaten Gründen begangen wurde. Dieser Ausweitung der Einstandspflicht auf Gefahren, die sich aus der konkreten Personenkonstellation der Mitarbeiter im Einzelfall ergeben, kann nur begegnet werden, indem man die Tätigkeit durch Verallgemeinerung und Typisierung von der konkreten Sachverhaltskonstellation löst. Dann sind Konstellationen des Mobblings allerdings selbst dann regelmäßig nicht erfasst, wenn sie von der Geschäftsleitung angeordnet sind. Denn dadurch ändert sich aufgrund der Typisierung weder die Gefahrträchtigkeit der Tätigkeit des Betriebs noch der konkreten Tätigkeit.⁶³⁹

Insofern wird klar, dass es dem 4. Strafsenat nicht gelungen ist, belastbare und systematisch nachvollziehbare Kriterien für die Konkretisierung des verfassungsrechtlich bedeutsamen Tatbestandsmerkmals der Betriebsbezogenheit zu entwickeln. Mit dem von ihm angeführten Sonderfall von Mobbing als Firmenpolitik hat er vielmehr für Unsicherheit gesorgt. Der Hinweis auf die Verant-

638 Vgl. auch *Selbmann* HRRS 2014, 235, 242.

639 *Bülte* NZWiSt 2012, 176, 178 f.

wortlichkeit für Mobbing als Firmenpolitik erscheint deswegen aus dem Zusammenhang gerissen, weil zuvor die von der Tätigkeit dieses konkreten Betriebs unmittelbar ausgehenden Gefahren im Fokus standen. Der Bundesgerichtshof schließt aber nun auch Straftaten gegen Rechtsgüter Dritter mit ein, die nicht in den Betriebsmitteln des Unternehmens ihre Ursache haben, sondern in der Unternehmensführung durch die Organe. Eine Begründung bleibt der Senat jedoch schuldig.⁶⁴⁰

Auflösen könnte man diese Problematik, indem man nicht nur betriebsbezogene Begehungsgefahren als Grund für die Einstandspflicht anerkennt, sondern auch solche Gefahren, die dadurch entstanden sind, dass eine betriebspezifische Pflicht verletzt worden ist.⁶⁴¹ Damit würde eine grundsätzlich nicht betriebsbezogene Gefahr durch ihre Verursachung infolge der Verletzung einer betriebsbezogenen Pflicht zur betriebsbezogenen Gefahr im Sinne der Geschäftsherrenhaftung. Grundlage dieses Ansatzes ist § 30 OWiG, der insofern den Ableitungszusammenhang für die Zurechnung herstellt: Nach dieser Vorschrift können Straftaten und Ordnungswidrigkeiten von Personen in den in § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 OWiG genannten Leitungsfunktionen (Repräsentanten)⁶⁴² dem Verband, für den sie tätig sind, zugerechnet werden.⁶⁴³ Folgt man daraus, dass Gefahren, die durch solche Personen geschaffen werden, der juristischen Person oder der Personenvereinigung zuzuweisen sind, so stellt diese Zurechnungsregel eine Basis für den Betriebsbezug solcher Risiken für Rechtsgüter Dritter dar, die durch Organe oder Personen in organähnlicher Stellung geschaffen wurden. Doch § 30 Abs. 1 OWiG verlangt als Grundlage der Zurechnung, dass die durch die Tat verletzten Pflichten den Verband treffen. Die Begründung des Gesetzesentwurfs umschreibt diese Pflichten als betriebsbezogene Pflichten, die nicht jedermann treffen, sondern sich aus dem besonderen Wirkungskreis des Verbandes ergeben.⁶⁴⁴ Daher sei die Pflicht, Arbeitnehmer am Arbeitsplatz vor Gefahren zu schützen, eine betriebsbezogene Pflicht. Eine von einem Organ begangene fahrlässige Tötung oder Körperverletzung sei demnach eine Bezugstat des § 30 OWiG.⁶⁴⁵

Diese Argumentation, die zunächst zirkelschlüssig erscheint, weil sie die betriebsbezogene Gefahr durch die betriebsbezogene Pflicht ersetzt, führt insofern weiter, als sie die Begrifflichkeit *betriebsbezogen* in einen gesetzlichen Kontext stellt und damit die verfassungsrechtliche Bestimmtheit durch die Anbindung an die (gesetzliche) Pflicht fördert. Sie lässt zumindest den Schluss zu, dass eine Gefahr, die durch einen Verstoß gegen eine gesetzliche Pflicht entstanden ist, die

640 *Bülte* NZWiSt 2012, 176, 179.

641 Vgl. zum Folgenden *Bülte* NZWiSt 2012, 176, 179 ff.; zust. *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 294; krit. *Stree/Bosch* in *Schönke/Schröder*, § 13 Rn. 53: „überflüssige Differenzierung“.

642 Im Einzelnen hierzu *Rogall* in: KK-OWiG § 30 Rn. 51 ff.

643 *Bohnert* OWiG § 30 Rn. 1.

644 BT-Drs. V/1269, S. 60; *Gürtler* in: *Göhler* OWiG § 30 Rn. 19.

645 BT-Drs. V/1269, S. 60; *Rogall* in: KK-OWiG § 30 Rn. 72; *Gürtler* in: *Göhler* OWiG § 30 Rn. 20.

dem Verband – etwa als Arbeitgeber – auferlegt ist, eine betriebsbezogene Gefahr begründet. Das vom Bundesgerichtshof im Hinblick auf die Firmenpolitik des Mobbing angenommenen Ergebnis lässt sich hiermit wie folgt begründen: In der Anordnung der körperlichen Misshandlung eines Angestellten durch einen oder mehrere andere Angestellte realisiert sich nicht die Gefahr, die der betrieblichen Tätigkeit des Unternehmens unmittelbar innewohnt, sondern eine Gefahr, die durch die Verletzung der Pflicht nach § 4 Nr. 1 ArbSchG entsteht.⁶⁴⁶ Danach ist die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für Leben und Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird. Wenn aber § 30 OWiG die Zurechnung eines von Leitungspersonen begangenen Delikts vorsieht, dann muss dies auch für die der Verantwortlichkeit vorgelagerte Handlungspflicht gelten. Verletzt also eine Leitungsperson eine betriebsbezogene Pflicht, so entsteht beim Verband die Pflicht, die Realisierung der Gefahr zu verhindern, deren Vermeidung die zuvor verletzte Pflicht dient. Diese Einstandspflicht des Verbandes ist von seinen Repräsentanten zu erfüllen. Die Verletzung betriebsbezogener Pflichten begründet betriebsbezogene Gefahren.

Damit kommt es nicht auf die Frage an, ob das Mobbing auf Anordnung gezielt erfolgt, sondern allein darauf, dass eine betriebsbezogene Pflicht verletzt worden ist. Denn der Betriebsbezug der Straftat wird durch den Betriebsbezug der verletzten Pflicht hergestellt. Die Pflicht zur Verhinderung von Mobbing wird zumindest in der arbeitsgerichtlichen Judikatur als allgemeine Pflicht des Arbeitgebers angesehen.⁶⁴⁷ Zu einem anderen Ergebnis als der Bundesgerichtshof würde diese Lösung hier dennoch nicht kommen, denn der Angeklagte war weder Leitungsperson im Unternehmen im Sinne von § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 OWiG, noch war ihm die Pflicht zur Fürsorge für den Geschädigten übertragen.⁶⁴⁸

(ccc) Zweistufige Lösung: Unmittelbar und mittelbar betriebsbezogene Straftaten

Die hier erwogene Lösung geht also in zwei Schritten vor,⁶⁴⁹ um die wenig systematischen Ausführungen des 4. Strafsenats zu strukturieren: Soweit es sich um Straftaten handelt, deren Begehungsgefahr sich unmittelbar aus der betrieblichen Tätigkeit ergibt und die für den konkreten Betrieb typisch sind, liegen betriebsbezogene Straftaten im engeren Sinne vor. Der Geschäftsinhaber hat die Rechtspflicht im Sinne von § 13 StGB, die Begehung solcher Straftaten zu verhindern.

646 *Bülte* NZWiSt 2012, 176, 179; kritisch zu dem Bezug auf § 4 Nr. 1 ArbSchG *Wagner* ZJS 2012, 704, 707; i.E. aber ebenso *Selbmann* HRRS 2014, 235, 244.

647 Vgl. ArbG Eisenach, Urt. v. 30.8.2005 – 3 Ca 1226/03, BeckRS 2005, 31048395.

648 Vgl. auch *Selbmann* HRRS 2014, 235, 247 m.w.N.

649 Bereits *Bülte* NZWiSt 2012, 176, 179 ff.; zust. *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 294; ablehnend *Stree/Bosch* in Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53.

Handelt es sich um Taten, deren Begehung nicht im inneren Zusammenhang mit der konkreten betrieblichen Tätigkeit stehen, die also in jedem Betrieb vorkommen können, so kann der Betriebsbezug durch die Verletzung betriebsbezogener Sorgfaltspflichten und die Überleitung der Verhinderungspflicht nach § 30 OWiG entstehen. Betriebsbezogene Straftaten, die der Geschäftsherr zu verhindern hat, sind damit solche, die sich als Realisierung unmittelbar oder durch Verletzung betriebsbezogener Sorgfaltspflichten vermittelten betriebsbezogener Gefahren darstellen.

Dieser Ansatz verlangt zwar eine normative Bewertung zur Einordnung, ob eine Gefahr typischerweise mit einer bestimmten Tätigkeit einhergeht oder die verletzte Pflicht betriebsbezogen ist. Aber eine gewisse Typisierung dürfte dem Tatbestandsmerkmal „*Betriebsbezogenheit*“ wesensimmanent sein, wenn der Inhalt dieses Kriteriums über reine Kausalität hinausgehen soll. Der Umstand, dass eine solche Normativierung notwendig ist, steht jedoch einer hinreichenden Bestimmtheit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG nicht entgegen. Zudem bietet die Rückbindung der Geschäftsherrenhaftung und des Betriebsbezugs an § 30 OWiG eine bessere Orientierung bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Anbindung an die Judikatur zu § 30 OWiG und § 130 OWiG.

Eine hinreichend sichere Auslegung des Begriffs des *Betriebsbezugs* und damit die Herstellung der gebotenen Bestimmtheit der Norm wären damit möglich, auch wenn sich diese Tatbestandsmerkmale nicht unmittelbar aus der Judikatur herleiten lassen.

(bb) Zur Reichweite der Einstandspflicht des Geschäftsherrn

Eine allgemeine Bestimmung der Reichweite einer Pflicht des Geschäftsherrn zur Verhinderung von Straftaten dürfte aus der bisher ergangenen Rechtsprechung ebenfalls nicht unmittelbar möglich sein, aber sie liefert zumindest Hinweise auf eine Leitlinie:

Eindeutig hatte sich das Landgericht Nürnberg-Fürth geäußert: Der formale Geschäftsführer, der auch Mehrheitsgesellschafter war, habe die Pflicht, das von seinem Vater geschaffene rechtswidrige und hochgefährliche System zu beseitigen. Zu diesem Zweck hätte er notfalls seine Tätigkeit im Unternehmen und damit auch die des Unternehmens beenden müssen. Diese Forderung des Landgerichts, die dem Geschäftsführer auferlegt, die betriebliche Tätigkeit notfalls insgesamt einzustellen und damit seinen Lebensunterhalt zu verlieren, wenn der faktische Geschäftsführer nicht bereit ist, das Unternehmen ordnungsgemäß zu führen oder die Kontrolle am Unternehmen abzugeben, erscheint hart, aber bei drohenden schwerwiegenden Rechtsgutsverletzungen unumgänglich. Die von der Spedition unter den gegebenen Bedingungen ausgehenden Gefahren erschienen

so erheblich, dass die Beendigung der Unternehmenstätigkeit als zumutbar anzusehen ist.⁶⁵⁰

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs⁶⁵¹ hatte in der BSR-Entscheidung über die Strafbarkeit des Tarifrechtsexperten keine Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage, wie weit die Garantenpflicht des Angeklagten gehe. Denn in dieser Situation war nicht erkennbar, dass ihm nennenswerte Nachteile durch die Beseitigung der Gefahren für die Straßenanlieger drohten. Daher kann aus der bisher ergangenen Judikatur der Schluss gezogen werden, dass der Geschäftsherr grundsätzlich alles zu tun hat, was notwendig ist, um die Gefahr, zu deren Verhinderung er auf Posten gestellt ist, zu unterbinden und einen Schaden zu vermeiden. Nur im Ausnahmefall wird man wohl die Zumutbarkeit einer Maßnahme verneinen können. Diesen atypischen Fall umschreibt die Lederspray-Entscheidung obiter dictum. Dort führt der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zur Notwendigkeit einer Rückrufaktion für schadhafte Produkte aus, der Rückruf dürfe nicht deswegen unterbleiben, weil er mit erheblichen Kosten verbunden sei und das Image der beteiligten Firmen beeinträchtige. Bei der Abwägung der beteiligten Güter – hier Gesundheit und Leben der Verbraucher einerseits und Vermögen der Unternehmen andererseits – gebühre dem Schutz des Verbrauchers Vorrang.⁶⁵² Anders, so der Senat, *„mag die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn den Verbraucher bei Unterbleiben des Rückrufs nur geringfügige Nachteile drohen, der Rückruf jedoch für das Unternehmen mit schwerwiegenden, möglicherweise existenzgefährdenden Folgen verbunden wäre“*.⁶⁵³

Hier legt der Senat offensichtlich die Kriterien der Zumutbarkeit zugrunde, die allgemein bei den Unterlassungsdelikten angewendet werden. Diese Andeutung könnte die Möglichkeit geben, zumindest Kriterien zu finden, die die ungefähren Grenzen dessen abstecken, was ein Geschäftsherr im Rahmen seiner Pflichten zu leisten hat. Eine Lösung über das allgemeine Instrument der Zumutbarkeit lässt zwar viele Fragen offen, dürfte aber eine im verfassungsrechtlichen Sinne hinreichend bestimmte Konkretisierung des Pflichtenumfangs ermöglichen. Der Geschäftsherr muss demnach alles tun, was ihm zur Abwendung der Straftat möglich und zumutbar ist. Hier kann auf die allgemeine Diskussion um die Zumutbarkeit und die dortigen Abwägungskriterien zurückgegriffen werden.

(cc) Konkretisierung des Inhabers der Garantenstellung

Während man den sachlichen Aspekt der Garantenstellung bereits in der Entscheidung des Reichsgerichts dahin gehend umschrieben findet, dass der Ge-

650 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824, 1825.

651 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.

652 Vgl. hierzu auch *Dannecker/Bülte* in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 104, 106.

653 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 122.

geschäftsherr die von ihm im Rahmen seiner Tätigkeit geschaffenen Gefahren beherrschen muss und für Dritte drohende Schäden aus seinem Unternehmen zu verhindern hat, fehlen zur Bestimmung der Person des Pflichtigen, wer also Geschäftsherr oder Vorgesetzter ist, klare Kriterien. Die Formulierung einer Norm, die die Geschäftsherrenhaftung im Sinne eines Tatbestandes umschreibt, ist damit nicht möglich. Dazu mangelt es bislang an verallgemeinerungsfähigen Aussagen, die es erlauben würden, die Stellung des unterlassungsverantwortlichen Entscheidungsträgers zu bestimmen. Dies ergibt sich daraus, dass die Judikatur bislang nicht gezwungen war, diesen Begriff mit Inhalt zu füllen.

In den Entscheidungen des Oberlandesgerichts Karlsruhe⁶⁵⁴ ebenso wie in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu den Siegener Straßenbaubetrieben⁶⁵⁵ scheiterte die Strafbarkeit an der Betriebsbezogenheit, so dass positive Aussagen zur Konkretisierung der Geschäftsherren- oder Vorgesetztenstellung nicht erforderlich waren. In der Mobbing-Entscheidung des Bundesgerichtshofs heißt es nur, der Angeklagte sei nicht der „*planmäßige Vorgesetzte des Geschädigten*“ gewesen.⁶⁵⁶ Diese Entscheidung scheint damit zumindest für die Bestimmung der Beschützergarantenstellung aus einer Vorsorgepflicht des Arbeitgebers auf eine arbeitsrechtliche Weisungsbefugnis abzustellen.⁶⁵⁷ Demgegenüber hatte der 3. Senat des Bundesgerichtshofs in der *Bluttransfusions*-Entscheidung⁶⁵⁸ bereits darauf abgestellt, dass eine Garantenstellung nicht durch die formale berufliche Position, sondern durch die „*tatsächliche Übung*“ begründet werde. Auch die Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth⁶⁵⁹ lässt hier wenig weiteren Aufschluss zu, weil sie sich mit der Strafbarkeit des Geschäftsführers eines Unternehmens auseinandersetzt. Mag es sich dabei auch nur um den nominellen Geschäftsführer gehandelt haben, der die Leitung des Betriebs faktisch nicht innehatte, so dürften hier kaum Zweifel an der Klassifizierung des Geschäftsführers, der die finanziellen Grundlagen des Unternehmens beherrschen konnte, als Geschäftsherr im Sinne der Geschäftsherrenhaftung begründbar sein. Aber legt man diese Aussage dem Rechtsinstitut zugrunde, folgt daraus eine Einengung der Unterlassungshaftung auf den Betriebsinhaber, die den tatsächlichen Begebenheiten in modernen Unternehmen, die auf Delegation und Arbeits- sowie Wissensteilung angewiesen sind, nicht gerecht wird. Eine solche Konzeption würde dem hier gegenständlichen Problem der mangelnden Umsetzung von Vorgesetztenverantwortung in Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht effektiv entgegengesetzt werden können.

654 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281, 283.

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

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

657 Einen arbeitsrechtsakzessorischen Ansatz zur Konturierung der Garantenpflicht wählt *Selbmann* HRRS 2014, 235, 245 ff.

658 Vgl. BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99, NJW 2000, 2754, 2756.

659 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824, 1825.

Zudem wird auch aus der BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs deutlich, dass die Rechtsprechung die Unterlassungsverantwortlichkeit für aus Verbänden heraus begangene Straftaten nicht auf den Inhaber des Betriebes begrenzt. Aus dieser Entscheidung lassen sich jedoch nur wenige Ansätze für eine Konkretisierung der Vorgesetztenstellung entnehmen, die die Unterlassungsstrafbarkeit begründen könnten. Denn die Entscheidung des 5. Strafsenats bezieht sich auf ein Unternehmen, das öffentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllt, so dass die Vorgesetzten Amtsträger sind, was zu deren besonderer Verpflichtung zum gesetzmäßigen Handeln gegenüber der Allgemeinheit führt. Außerdem handelte es sich bei dem Angeklagten um den Innenrevisor und Leiter der Rechtsabteilung des Unternehmens, so dass die Verpflichtung zur Verhinderung der Straftaten zumindest plausibel und damit vorhersehbar gewesen ist, weil der Betreffende tatsächlich und aufgrund seiner Stellung im Unternehmen zumindest konkludent die Aufgabe der Überwachung auf Rechtsbrüche aus dem Unternehmen übernommen hatte.

Weitergehende Aussagen über die Garantenhaftung von Vorgesetzten, also etwa darüber, ob den Abteilungsleiter in einem Unternehmen bei der Begehung von Korruptions- oder Steuerstraftaten seiner Untergebenen eine strafbewehrte Verhinderungspflicht trifft, können der Judikatur nicht entnommen werden. Bislang ist in der Rechtsprechung nicht einmal angesprochen worden, ob und gegebenenfalls in welcher Weise dem Vorgesetzten in einem Unternehmen die Aufgabe der Verhinderung von Straftaten übertragen worden sein muss, um eine solche Abwendungspflicht zur begründen. In diesem Kontext hilft auch die Feststellung des Bundesgerichtshofs zur Strafbarkeit des Compliance-Officers wenig weiter. Das obiter dictum des 5. Strafsenats über dessen strafbewehrte Verhinderungspflicht ist in der Praxis zwar als Ausweitung der Strafbarkeit angesehen worden,⁶⁶⁰ so dass man insofern auf einen Erkenntniswert aus der Entscheidung hoffen könnte; aber diese Hoffnung trügt. Die entsprechende Aussage lautet wörtlich:

„Eine solche, neuerdings in Großunternehmen als ‚Compliance‘ bezeichnete Ausrichtung, wird im Wirtschaftsleben mittlerweile dadurch umgesetzt, dass so genannte ‚Compliance Officers‘ geschaffen werden (vgl. BGHSt 52, 323, 335; Hauschka, Corporate Compliance 2007 S. 2 ff.). Deren Aufgabengebiet ist die Verhinderung von Rechtsverstößen, insbesondere auch von Straftaten, die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können (vgl. Bürkle in Hauschka aaO S. 128 ff.). Derartige Beauftragte wird regelmäßig strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer gegenüber der Unter-

660 Campos Nave/Vogel BB 2009, 2546 ff.; Rübenstahl NZG 2009, 1341; Stoffers NJW 2009, 3173, 3176; dagegen zu Recht Ransiek, AG 2010, 147 ff.

*nehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden (vgl. Kraft/Winkler CCZ 2009, 29, 32).*⁶⁶¹

Diese Aussage ist ebenso grundsätzlich richtig wie inhaltslos.⁶⁶² Wenn es Aufgabe des Beauftragten ist, Straftaten aus dem Unternehmen gegenüber Außenstehenden zu verhindern, dann wirkt diese Pflicht auch regelmäßig in strafrechtlicher Hinsicht. Dies gilt aber nur dann, wenn es ohnehin die Pflicht des Unternehmensinhabers ist, diese Straftaten aus dem Unternehmen zu verhindern. Das dürfte der Regelfall sein, nämlich für alle Fälle, in denen es um betriebsbezogene Straftaten geht. Eine strafrechtliche Definition des Begriffs des *Compliance-Officers*, der strafrechtlich ein – um *von Beling*⁶⁶³ zu bemühen – „blutleeres Gespenst“ ist, weil er keine Aussagen über Rechts- oder Pflichtenstellung der betreffenden Person zulässt, gibt der Bundesgerichtshof nicht. Damit weist der Strafse-nat einer Person in einer nicht definierten Rolle eine Stellung zu, aus der sich regelmäßig strafbewehrte Pflichten ergeben. Hierin liegt keine Konkretisierung des persönlichen Anwendungsbereichs der Geschäftsherrenhaftung.

Damit fehlt es bislang an einem im verfassungsrechtlichen Sinne hinreichend bestimmten Begriff des *Geschäftsherrn* oder *Vorgesetzten* durch die Rechtsprechung. Damit soll nicht der Vorwurf verbunden sein, die bisherige Rechtsprechung sei von einer zu unbestimmten und deswegen gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßenden Garantenstellung ausgegangen, wenn sie den Geschäftsführer der Spedition oder den Innenrevisor verurteilt hat. Hier soll lediglich konstatiert werden, dass nur kleine Teilbereiche, die Extremfälle der Geschäftsherrenhaftung, schon so weit konkretisiert werden konnten, dass sie eine voraussehbare Subsumtion ermöglichen und damit die bislang entwickelten Regelungen verfassungsrechtliche Bestimmtheit erlangt haben. In beiden Fallgestaltungen war eine Verurteilung vorhersehbar und wohl nur konsequente Folge der bisherigen Entwicklung in der Rechtsprechung zur Garantenstellung im Allgemeinen und zur Geschäftsherrenhaftung im Besonderen. Aber in den Grenzbereichen, wenn also nicht die Strafbarkeit von Betriebsinhabern, Repräsentanten eines Unternehmens oder speziell Beauftragten in Rede steht, sind klare Kriterien noch nicht gefunden: Eine allgemeine Geschäftsherrenhaftung hat durch die Rechtsprechung noch keine hinreichend bestimmte Gestalt erhalten. Von einem Rechtsinstitut mit hinreichend klaren Konturen darf in diesem Kontext also aus verfassungsrechtlicher Sicht noch nicht gesprochen werden.⁶⁶⁴

661 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 50 (Rn. 27).

662 Vgl. *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53a: Entscheidung zum Compliance Officer werde in ihrer praktischen Bedeutung „maßlos überschätzt“.

663 *Beling* Lehre vom Tatbestand, S. 17.

664 *Bülte* NZWiSt 2012, 176, 180 f.

(3) Bührle- und Von-Roll-Entscheidung des Schweizer Bundesgerichts

Aufgrund dieses Ergebnisses soll vorliegend zunächst ein Blick auf die von der deutschen Strafrechtsdogmatik stark beeinflusste Schweizer Judikatur geworfen werden, um vielleicht hier weitere Konturen der Geschäftsherrenhaftung festzustellen, die das Bild ergänzen könnten. Zwar handelt es sich bei den Entscheidungen in den Sachen Werkzeugmaschinenfabrik *Oerlikon*⁶⁶⁵ und Firma *Von Roll AG* nicht um Entscheidungen eines deutschen Gerichts, sondern um Urteile des schweizerischen Bundesgerichts. Gleichwohl sind die dortigen Erwägungen aufgrund des Austauschs deutschsprachiger Literatur nicht spurlos an der deutschen Rechtswissenschaft vorbeigegangen.⁶⁶⁶

(a) Bührle-Entscheidung vom 27. November 1970

Gegenstand der *Bührle*-Entscheidung vom 27. November 1970 waren verbotene Ausfuhren von Kriegswaffen durch ein Rüstungsunternehmen. Die Werkzeugmaschinenfabrik Oerlikon (WO) erzielte seit den 1930er-Jahren einen erheblichen Umsatz mit der Ausfuhr von Waffen aus der Schweiz. Für diese Ausfuhr galten nach den eidgenössischen Verfassungsbestimmungen und einem Bundesratsbeschluss über das Kriegsmaterial strikte Beschränkungen, die insbesondere den Export von Kriegswaffen in Staaten, die in kriegesischen Auseinandersetzungen standen oder deren Eintritt in solche zu befürchten war, schlechthin verboten. Im Jahr 1955 wurde dementsprechend der Export von Kriegswaffen nach Israel, Saudi-Arabien, Ägypten und in den Libanon, in den 1960er-Jahren auch nach Südafrika, Indonesien, Malaysia und Nigeria verboten.

Die WO, bei der die Angeklagten Leiter der Waffen-Verkaufsabteilung und als Mitarbeiter bei der Durchführung von Waffenlieferungen beschäftigt waren, bzw. deren Inhaber angeklagt waren, besaß eine Bewilligung zur Herstellung, Lagerung und zum Vertrieb von Kriegswaffen. Jedoch belieferten die Angeklagten im Einvernehmen mit weiteren Mitgliedern der Waffen-Verkaufsabteilung der WO sieben Staaten, die unter Embargo-Beschlüsse fielen, mit Kriegswaffen. Zur Durchführung dieser Lieferungen ließen sich die Angeklagten eine Bewilligung für einen Export von Kriegswaffen in ein nicht von dem Embargo betroffenes Land erteilen und leiteten dann die bereits entsandten Waren in einen Staat um, für den ein Lieferverbot galt. Innerhalb der Buchhaltung wurden diese Transportänderungen verschleiert. In einem Fall, der eine Lieferung von Kriegswaffen nach Südafrika betraf, wurden nicht nur die Mitarbeiter der WO angeklagt und verurteilt, die aktiv an der Lieferung und deren Verschleierung mitgewirkt hat-

665 SchwBG, Urt.v 27.11.1970 – BGE 96 IV 155 ff. (*Bührle*).

666 Vgl. etwa *Wohler/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn. 53.

ten, vielmehr warf der Bundesanwalt auch dem Inhaber von 49% der Anteile der WO und ihrem einzigen Mitglied des Verwaltungsrates strafbares Handeln vor. Das Bundesgericht stellte hier die Frage, ob er deswegen zu bestrafen sei, *„weil er nichts gegen die verbotenen Lieferungen vorgekehrt [hatte], die ihm zur Last gelegten Straftaten also durch Unterlassen verübt hat“*.⁶⁶⁷ Der Bundesanwalt sah das strafbare Verhalten des Angeklagten darin, dass er *„vom November 1964 bis Ende März 1968, statt als Gesellschafter und Chef der WO einzuschreiten und die rechtswidrige Belieferung Südafrikas ein für allemal abzustellen, vorsätzlich untätig geblieben sei“*.⁶⁶⁸

Nach einer kurzen Darstellung der Garantenstellung als Voraussetzung der strafbaren Unterlassung stellte das Gericht fest, dass es nicht darauf ankomme, ob der Angeklagte schon aus dem Bundesratsbeschluss über das Kriegsmaterial (KMB) zur Verhinderung illegaler Waffenlieferungen aus seinem Unternehmen verpflichtet sei, weil sich seine Einstandspflicht *„jedenfalls aus der Stellung und Rolle, welche der Angeklagte während der kritischen Zeit im Familienunternehmen eingenommen hat“*, ergebe. Er sei einziger Komplementär der Kommanditgesellschaft und später einziger Verwaltungsrat gewesen. Damit habe er die Stellung als *„oberster Leiter der WO und der nach aussen in Erscheinung tretende Inhaber der Firma“* innegehabt, und als *„Haupt der WO und nach der beherrschenden Rolle, die er innehatte, wäre er aber verpflichtet gewesen, sogleich durchzugreifen und für Abhilfe zu sorgen, als er erkennen konnte, dass die Leitung der Waffen-Verkaufsabteilung sich über den Embargo-Beschluss des Bundesrates hinwegsetzte“*.

Der Angeklagte habe jedoch nach den Feststellungen des Gerichts lediglich gesagt, man solle mit der Belieferung Südafrikas aus der Schweiz *„Schluss machen“*. Diese Bemerkung sei nach den bereits getätigten embargowidrigen Geschäften nicht geeignet gewesen, seine Untergebenen unmissverständlich vor neuerlichen Verstößen zu warnen. Dies sei jedoch als Firmeninhaber und Chef der WO ebenso seine Pflicht gewesen, wie er effektive Kontrollmaßnahmen hätte ergreifen müssen, um erneute Missachtungen der Embargo-Vorschriften zu verhindern. Dem Angeklagten habe jedoch der ernstliche Wille zum Eingreifen gefehlt, da die ungehinderte Fortführung der Geschäfte nicht anders erklärt werden könne.⁶⁶⁹ In der Begründung des Strafmaßes führte das Bundesgericht weiterhin aus, der Angeklagte habe als *„oberster Chef der WO und Inhaber der Grundbewilligung ... eine besondere Verantwortung getragen“*. Er hätte deswegen wirksam dafür sorgen müssen, dass verbotene Geschäfte mit Kriegsmaterial unterblieben.

667 SchwBG, Urt.v 27.11.1970 – BGE 96 IV 155, 174 (Bühlre).

668 SchwBG, Urt.v 27.11.1970 – BGE 96 IV 155, 174 (Bühlre).

669 SchwBG, Urt.v 27.11.1970 – BGE 96 IV 155, 174 ff. (Bühlre).

Letztlich stützte sich das Schweizer Bundesgericht in seiner Entscheidung, die sich nur sehr kurz mit der Frage der Geschäftsherrenhaftung auseinandersetzt, um die Garantenstellung zu begründen, auf zwei Aspekte: Zum einen sei *Bührle* die Bewilligung erteilt worden; er habe damit unter Berücksichtigung der besonders strengen Voraussetzungen dieser Erlaubnis einen erheblichen Vertrauensvorschuss im Hinblick auf den Umgang mit besonders gefährlichen Waren erhalten. Zum anderen habe er die WO gesteuert. Damit finden sich hier zwei Elemente, die auch in der Literatur zur Geschäftsherrenhaftung immer wieder als Kriterien zur Haftungs Begründung auftauchen.

Zum einen wird auf die Möglichkeit und das Privileg zum Betrieb eines Unternehmens abgestellt, das besonders gefährliche Waren herstellt, sie lagert und mit ihnen handelt. Die Erlaubnis zu einer so gefährlichen Tätigkeit könne nur mit Rücksicht auf die hohe Reputation und das damit einhergehende Vertrauen, das die Gesellschaft dem Bewilligungsinhaber entgegenbringt, erteilt werden. Diesem Vertrauen muss als Korrelat der entsprechend vorsichtige und kontrollierte Umgang mit den gefährlichen Waren gegenüberstehen. Zum anderen wird auf die faktische Möglichkeit zur Verhinderung weiterer Missachtungen des Embargos abgestellt. Der Angeklagte, dem als „*oberstem Chef*“ der WO die Steuerung des Unternehmens möglich gewesen sei, habe im Hinblick auf die Gefahr und das in Anspruch genommene Vertrauen die damit korrelierende Pflicht zur Verhinderung von Gefahren.

*Heine*⁶⁷⁰ betrachtet diese Entscheidung als „*Paukenschlag*“, mit dem das Bundesgericht die Pflicht formuliert habe, bei Erkennbarkeit von betrieblichen Zuwiderhandlungen „*sogleich durchzugreifen und für Abhilfe zu sorgen*“. Eine weitergehende und vor allem differenziertere Darlegung der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung sei im konkreten Fall nicht notwendig gewesen, weil es sich um ein Geschehen innerhalb eines hierarchisch durchstrukturierten Familienbetriebes gehandelt habe.

(b) Von-Roll-Entscheidung vom 1. Februar 1996

Auch die Von-Roll-Entscheidung⁶⁷¹ hatte den Verstoß gegen Embargo-Vorschriften durch Waffenlieferungen zum Gegenstand. Ein Unterschied zum *Bührle*-Urteil liegt darin, dass es sich bei der Firma Von Roll nicht um ein Familienunternehmen, sondern um eine Aktiengesellschaft handelte. Ein weiterer Unterschied liegt in der Änderung der gesetzlichen Vorschriften durch das Bundesgesetz über das Kriegsmaterial vom 30. Juni 1972 (KMG; SR 514.51). Denn nach Art. 19

670 *Heine* in: Niggli, Verantwortlichkeit im Unternehmen aus zivil- und strafrechtlicher Sicht, S. 93, 94.

671 SchwBG, Urt. v. 1.2.1996 – BGE 122 IV, S. 103 ff. (*von Roll*).

Abs. 2 KMG⁶⁷² unterstand „*der Geschäftsherr oder Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretene, der es vorsätzlich oder fahrlässig in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt, eine Widerhandlung des Untergebenen, Beauftragten oder Vertreters abzuwenden oder in ihren Wirkungen aufzuheben ... den Strafbestimmungen, die für den entsprechend handelnden Täter gelten*“. Diese Gleichsetzung mit dem Täter erstreckte sich nach Art. 19 Abs. 3 KMG auch auf die Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, leitenden Personen oder Liquidatoren, die für das Unternehmen tätig waren. Das Schweizer Bundesgericht legte diese Vorschrift der strafrechtlichen Haftung der verantwortlichen Organe zugrunde und stellte fest, dass die Angeklagten es pflichtwidrig unterlassen hätten, auf die Anhaltung der Waffenlieferung in Frankfurt a.M. durch die deutschen Behörden wegen eines Verstoßes gegen das deutsche Kriegswaffenkontrollgesetz angemessen zu reagieren. Weiterhin formulierte das Gericht folgende Pflicht:

„Ein Unternehmen, das in der Stahlproduktion tätig ist und Bestandteile für Kriegsmaterial herstellt, ist verpflichtet, Sicherheitsvorkehrungen zu treffen, die nach Möglichkeit von vornherein Widerhandlungen gegen das KMG im Betrieb auszuschließen.“⁶⁷³

Dieser Pflicht, die in einem größeren Unternehmen mehrere Personen treffe und beim gesamten Verwaltungsrat liege, können sich die Verantwortlichen nach der Auffassung des Bundesgerichts nur „entschlagen“, wenn das Problem der hinreichenden Organisation im Rahmen der zulässigen Grenzen an eine andere Stelle delegiert werde. Demnach ging das Gericht davon aus, dass dasjenige Organ, das seine Organisationspflicht verletzt, im Sinne von Art. 19 Abs. 2 KMG „*es in Verletzung einer Rechtspflicht unterlässt*“, eine Zuwiderhandlung abzuwenden oder deren „*Wirkung aufzuheben*“ und auf ihn daher ebenso die Strafvorschriften des KMG anzuwenden sind.

Mit Blick auf die beiden dargestellten Entscheidungen des Bundesgerichts kann wohl konstatiert werden, dass im Schweizer Strafrecht die Geschäftsherrenhaftung ebenfalls anerkannt ist. Ihre Rechtfertigung wird aus den Elementen der *erlaubten Gefahrschaffung* und dem damit einhergehenden *Vertrauen* einerseits und der *Möglichkeit der Schadensverhinderung* andererseits hergeleitet. Aber auch diese Entscheidungen führen in der hier relevanten Frage nach der Entwicklung hinreichend klarer Konturen einer allgemeinen Geschäftsherrenhaftung und einer allgemeingültigen Definition des Geschäftsherrn- oder Vorgesetztenbegriffs zu keinem weiteren Aufschluss. Beide Entscheidungen richten sich gegen Unternehmensinhaber oder Organe einer Gesellschaft, so dass die hier relevante Frage

672 Heute richtet sich die weitgehend identische Rechtslage nach Art. 37 des Bundesgesetzes über das Kriegsmaterial vom 13. Dezember 1996 KMG; SR 514.51 in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht vom 24. März 1974 (VStR; SR 313.0).

673 SchwBG, Urt. v. 1.2.1996 – BGE 122 IV, S. 103 ff. (*von Roll*), Leitsatz 2d.

der Strafbarkeit auf den darunter liegenden Stufen nicht angesprochen ist. Die einzige weiterführende Information ist die, dass nach Art. 19 Abs. 2 KMG derjenige als Täter eines Delikts gilt, der als Geschäftsherr oder Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretener die Tat geschehen lässt. Damit wird jedoch auch hier lediglich der Begriff des *Geschäftsherrn* im engeren Sinne ausgefüllt, nicht aber der des *Vorgesetzten* oder *verantwortlichen Entscheidungsträgers*, der in dieser Untersuchung zentrale Bedeutung hat.

(4) Meinungsstand in der Literatur

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des § 13 StGB nicht nur die gefestigte Rechtsprechung als Mittel der Herstellung verfassungsrechtlicher Bestimmtheit angesprochen, sondern auch die Möglichkeit aufgezeigt, dass die Norm mithilfe der üblichen Auslegungsmethoden eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet.⁶⁷⁴ Das bedeutet, eine Vorschrift, deren Konturen zwar nicht durch eine gefestigte Rechtsprechung, aber doch durch die allgemeinen Auslegungsregeln hinreichend sicher in ihrem Anwendungsbereich konkretisiert werden kann, ist hinreichend bestimmt. Diese selbstverständliche Feststellung, ohne die die Bestimmtheit einer neu geschaffenen Strafvorschrift nicht denkbar wäre, könnte auch im Falle des Vorgesetztenbegriffs weiterführen. Die Antwort auf die Frage, ob die Auslegung eine zuverlässige Beurteilungsgrundlage für eine Norm schaffen kann, dürfte daran abzulesen sein, welche Konturen die Vorschrift in der Literatur gewonnen hat. Wenn die Geschäftsherrenhaftung also durch Auslegung des Merkmals „*rechtlich dafür einzustehen hat*“ (§ 13 StGB) zumindest in der Literatur so klare Konturen gewonnen hat, dass die Strafbarkeit vorhersehbar, die geschaffene Norm also subsumierbar ist, kann von verfassungsrechtlicher Bestimmtheit gesprochen werden. Man könnte also erwägen, ob die Literatur quasi hilfsweise für die Rechtsprechung bereits so klare Konturen der Geschäftsherrenhaftung entwickelt hat, dass man angesichts des Meinungsbildes in der Literatur von hinreichender Bestimmtheit durch Auslegung ausgehen darf.

Das setzt jedoch ein entsprechend klares Bild des persönlichen Anwendungsbereichs der entwickelten Norm voraus; die Literatur müsste also die Begriffe des *Geschäftsherrn* und des *Vorgesetzten* so weit konkretisiert haben, dass sie dadurch Art. 103 Abs. 2 GG genügen. Aufgrund der in der Literatur herrschenden, sehr unterschiedlichen Betrachtungsweisen der Geschäftsherrenhaftung verspricht eine isolierte Betrachtung der Person des Garanten ohne Untersuchung der Rechtsfigur als Ganzer wenig Erfolg. Daher soll nun auf die Ansätze zur Be-

⁶⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 10.6.1997 – 2 BvR 1516/96, BVerfGE 96, 68, 97 f.; vgl. auch Beschl. v. 21.11.2002 – 2 BvR 2202/01, NJW 2003, 1030 f.

gründung der Geschäftsherrenhaftung im Allgemeinen eingegangen werden, um daraus Rückschlüsse auf die Person des Garanten zu ziehen:

Innerhalb der Literatur lässt sich jedoch – so viel sei vorweggenommen –, soweit es die Verantwortung für Straftaten von Unternehmensangehörigen aus dem Unternehmen heraus betrifft, noch weniger eine klare Linie erkennen als in der Judikatur. Obwohl sich die Notwendigkeit besonderer Voraussetzungen einer umfassenden Geschäftsherrenhaftung aus dem Prinzip der Selbst- oder Eigenverantwortlichkeit ergibt,⁶⁷⁵ das es nur in besonderen Fällen zulässt, eine Person für die Verfehlungen einer anderen Person haftbar zu machen,⁶⁷⁶ wird von der wohl herrschenden Lehre⁶⁷⁷ eine strafbewehrte Pflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Straftaten seiner Mitarbeiter im Betrieb angenommen, wenn auch mit zum Teil wichtigen Einschränkungen.

Dabei besteht zudem weitgehende Einigkeit darüber, dass die reine Möglichkeit, Straftaten zu verhindern, auch dann keine Garantenstellung begründen kann, wenn sie als monopolartig anzusehen ist.⁶⁷⁸ Zu dem *Verhindern-Können* muss nach weitgehend einhelliger Meinung ein weiteres Element hinzukommen, um ein *Verhindern-Müssen* zu begründen.⁶⁷⁹ Der Grund für die Annahme der Pflicht des Inhabers zur Verhinderung von Straftaten aus seinem Unternehmen wird in unterschiedlichen Aspekten gesucht, die sich sachlich jedoch vielfach überschneiden. So wird unter anderem von einer Haftung aufgrund der „*Herrschaft des Garanten über den Grund des Erfolges*“,⁶⁸⁰ aufgrund des „*rollentheoretisch geprägten Kriteriums der ‚erwarteten Erwartung‘*“,⁶⁸¹ der Vertrauen schaffenden zurechenbaren Gefahrverursachung und Gefahrverwirklichung ausgegangen oder auch angenommen, das Prinzip der Eigenverantwortlichkeit sei im Kontext der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung schon dem Grunde nach nicht betroffen.⁶⁸²

675 Vgl. Schumann Strafrechtliches Handlungsunrecht, S. 6; Gimbernat in: FS Roxin, 2001, S. 652 ff.; Greco ZIS 2011, 9 ff.

676 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 616.

677 Rechtsprechung existiert nur im Hinblick auf spezielle, aus gesetzlichen Vorschriften unmittelbar abgeleitete Garantenstellungen, etwa §§ 4, Abs. 2, 15 Abs. 2 UWG a.F. oder §§ 93, 116 AktG, hierzu Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 183; zur Bührle-Entscheidung (SchwBG, Urt.v 27.11.1970 – BGE 96 IV 155, 174 ff. [Bührle]) Heine SchwZStrafR Bd. 121 (2003), 24, 29.

678 Vgl. nur Bosch Organisationsverschulden, S. 195.

679 Vgl. Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 128 m.w.N.; a.A. wohl nur Göhler in: FS Dreher, S. 619 ff.; kritisch zu diesem Ansatz Dous Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 191.

680 Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 217 ff., 259 ff.

681 Brammsen Entstehungsvoraussetzungen, S. 103 ff.; Otto/Brammsen Jura 1985, 530, 536.

682 Vgl. hierzu insbesondere den Überblick bei Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 126 ff.

(a) Ansätze zur Begründung einer eigenständigen Personalverantwortlichkeit des Geschäftsherrn

Um hier zu systematisieren, sind zunächst die Ansätze zu nennen, die zur Begründung der Verantwortlichkeit nicht primär auf die Gefahrschaffung, sondern eher auf die Herrschaft durch Organisation oder Autorität abstellen. Sie versuchen die Frage nach der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für Straftaten des Untergebenen von der *Herrschaft über dessen Person* her zu beantworten.

(aa) Autoritätsverhältnis

Einigkeit besteht nach *Rogall* darüber, dass die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn für das Verhalten Dritter nur auf einem tatsächlich und rechtlich abgesicherten Autoritätsverhältnis basieren könne.⁶⁸³ Diese These sollte man nicht dahin gehend verstehen, dass eine Geschäftsherrenhaftung für die Herbeiführung strafrechtlich relevanter Erfolge durch das Handeln Untergebener nur auf ein Autoritätsverhältnis gestützt werden könne; sie bedeutet vielmehr, dass die Herrschaft über eine Person und damit eine Handlungszurechnung im weiteren Sinne eines besonderen Autoritätsverhältnisses bedürfe.

(aaa) Begründung und Ausgestaltung der Garantenstellung aufgrund von Autorität

*Schünemann*⁶⁸⁴ bejaht eine sehr weitreichende Pflicht des Unternehmensleiters zur Verhinderung von Straftaten der Arbeitnehmer (sekundäre Garantenpflicht)⁶⁸⁵ und stützt diese zum einen auf das Direktionsrecht des Arbeitgebers, das zu einer „*partiellen Unmündigkeit*“ des Arbeitnehmers führe, und zum anderen auf die gegenüber dem Arbeitnehmer breitere Informationsbasis der Unternehmensleitung.⁶⁸⁶ Die Geschäftsherrenhaftung basiert danach auf der Herrschaft über den hierarchisch unterlegenen Unternehmensmitarbeiter.⁶⁸⁷ Das Leitungsorgan übe „*vermöge seiner Befehlsgewalt die Herrschaft über den Grund des Erfolges aus, und es ist deshalb gerechtfertigt, von einer Aufsichts-Garantenstellung infolge der Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft zu sprechen*“.⁶⁸⁸

683 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 616.

684 *Schünemann* Grund und Grenzen, S. 328 f.; *ders.* Unternehmenskriminalität, S. 101 ff.; diesem Ansatz zust. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 204.

685 *Schünemann* wistra 1982, 41, 44.

686 Ebenfalls bejahend *Lackner/Kühl*, § 13 Rn. 14; *Stree* in: *Schönke/Schröder*²⁷ § 13 Rn. 52 stellt noch auf die Autoritätsstellung als Moment der Begründung von Garantenverantwortlichkeit ab; dagegen *Heine* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 116 f.

687 Vgl. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 204.

688 *Schünemann* ZStW 96 (1984), 287, 318; ähnlich *Roxin* AT I, § 32 Rn. 137.

Die Eigenverantwortlichkeit des unmittelbar Handelnden werde weitgehend zur Fassade.⁶⁸⁹ Dies führe im Idealfall zu einer lückenlosen Möglichkeit der Verhaltenssteuerung des unmittelbar Handelnden durch den Befehlshaber.⁶⁹⁰ Diese Steuerungsmöglichkeit werde dann noch weiter verstärkt, wenn sich in einem Unternehmen eine „*kriminelle Verbandsattitüde*“⁶⁹¹ entwickelt habe, die den Boden für die Begehung bestimmter Straftaten bereite, wenn es also im Unternehmen üblich sei, bestimmte Gesetze zu verletzen, um wirtschaftlich erfolgreich zu sein.⁶⁹² Im Rahmen von *Schünemanns* Ansatz kommt es letztlich auch auf die Frage von aktivem Tun oder Unterlassen kaum noch an, da die Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers sich durch die Herrschaft über den Grund des Erfolgs bestimme.⁶⁹³ Die Unterlassungshaftung des Geschäftsherrn wird zum Pendant der mittelbaren Täterschaft durch Organisationsherrschaft.⁶⁹⁴

*Rogall*⁶⁹⁵ folgt im Ergebnis dem Ansatz der Verantwortlichkeit aufgrund von Personenherrschaft⁶⁹⁶ mit dem Argument, von der Entscheidungsfreiheit des Arbeitnehmers bleibe im Hinblick auf die Folgepflicht⁶⁹⁷ und die tatsächlichen Gegebenheiten wenig übrig: Die faktische Anweisungsmacht überwiege die theoretische Verweigerungsmöglichkeit, was regelmäßig zu einer Organisationsherrschaft des Betriebsleiters führe.⁶⁹⁸ Dieses Überwiegen sei jedoch auch im Hinblick auf die Umstände des Einzelfalls konkret festzustellen. Die Garantenstellung sei weiterhin durch die Unternehmensbezogenheit des Direktionsrechts auf den Bereich des Unternehmens, also auf Fälle des Missbrauchs der betrieblichen Stellung zur Tatbegehung, beschränkt. Neben der funktionalen Begründung der Garantenstellung im Hinblick auf die moderne Unterlassungsdogmatik hat *Rogall* unter faktischer Bezugnahme auf die Rechtspflichtentheorie erwogen, die Garantenstellung des Betriebsinhabers „*im Wege des Analogieschlusses*“ zu speziellen

689 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 104.

690 *Schünemann* wistra 1982, 41, 44; mit ebenfalls auf die Autorität des Unternehmensinhabers gestützten Ansätzen auch *Botke* Haftung, S. 25; *Landscheid* Garantenpflichten, S. 112; *Schall* in: Unternehmenskriminalität, S. 111; *Schmid* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 30 Rn. 98.

691 Vgl. auch *Schünemann* in: FS Meurer, S. 54, 55; *Mitsch* Recht der Ordnungswidrigkeiten, § 16 Rn. 15; *Mittelsdorf* Unternehmensstrafrecht, S. 43 f.; *Lampe* ZStW 106 (1994), 683, 698; krit. zur Wirkung der Verbandsattitüde, *Botke* Haftung, S. 51 f.

692 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 22 ff., 103; *ders.* wistra 1982, 41, 43; vgl. auch *Hsü* Garantenstellung des Betriebsinhabers, S. 177, die die Geschäftsherrenhaftung jedoch i.E. ablehnt.

693 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 88.

694 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 110.

695 *Rogall* ZStW 96 (1986) S. 573, 616 ff.

696 Ähnlich auch *Botke* Haftung, S. 49, der jedoch eine Obhut über gefährliche Sachen oder Personen fordert und die entsprechende Gestaltungsherrschaft bei Letzteren nur in Fällen der Straflosigkeit des Vordermanns bejaht; krit. hierzu *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 205 ff., der zutreffend anmerkt, dass die Voraussetzung eines strafrelevanten Defekts bei Unternehmensstraftaten zu einem sehr engen Anwendungsbereich der Geschäftsherrenhaftung für Straftaten von Untergebenen führen dürfte.

697 Kritisch zur Annahme einer Folge- oder Gehorsampflicht, *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 156.

698 Vgl. auch *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 53.

Vorschriften, die die Strafbewehrung von Garantenpflichten normieren, zu begründen.⁶⁹⁹ Hier nennt er unter anderem die § 357 StGB, § 41 WStG, § 4 UWG Abs. 2 UWG a.F. In diesen Vorschriften ist bzw. war die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für Straftaten seiner Untergebenen ausdrücklicher Regelungsgegenstand, wenn sich auch eine solche Argumentation mit dem Problem der Austauschbarkeit von Analogieschluss und Gegenschluss konfrontiert sehe.⁷⁰⁰

Mit dieser Begründung ergibt sich aber hinsichtlich der Geschäftsherrenhaftung bereits eine Grenze, die wohl allgemein auch von den Stimmen, die die Geschäftsherrenhaftung anders begründen, als akzeptiert angesehen werden kann: die *Betriebsbezogenheit* von Straftaten Untergebener.⁷⁰¹ Stützt man die Garantenpflicht auf die durch innerbetriebliche Autorität begründete Geschehensherrschaft, so kann eine außerhalb dieses betrieblichen Einflussbereichs liegende Tat nicht Gegenstand der Einstandspflicht sein.⁷⁰² Daher wollen auch die Befürworter einer Geschäftsherrenhaftung den Betriebsinhaber keinesfalls für alle Verfehlungen seiner Untergebenen oder Mitarbeiter strafrechtlich haften lassen. Selbstverständlich sei in diesem Zusammenhang zunächst, dass die Garantenstellung streng betriebsbezogen sein müsse, so dass die Begehung einer Straftat im Betrieb nicht generell von der Verantwortungssphäre des Betriebsinhabers erfasst sei. Es sei dem Inhaber nicht zumutbar, innerhalb des Betriebes eine allgemeine Kontrolle der Lebensführung vorzunehmen,⁷⁰³ so dass nicht jede Begehung einer rechtswidrigen Tat innerhalb des Betriebs oder im Zusammenhang mit dem Betrieb zur Vermeidung strafrechtlicher Sanktionen unterbunden werden muss.⁷⁰⁴

Rogall schränkt die Garantenpflicht darüber hinaus auf die Verhinderung von sich im Betrieb ergebenden Sonderpflichtverletzungen ein. Nur bei Verletzung einer Sonderpflicht im Sinne von § 14 StGB sei die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn gerechtfertigt, weil nur im Hinblick auf diese den Betriebsinhaber als solchen treffende Pflicht eine Einschränkung des Prinzips der Eigenverantwortlichkeit begründbar sei. Nur hier werde der Mitarbeiter im fremden Interessen- und Pflichtenkreis tätig, also in den Fällen, die man als „*Verbandstaten*“⁷⁰⁵ bezeichnen könne.⁷⁰⁶ Die überwiegende Ansicht unter den Autoren, die eine Betriebsbezogenheit der zu verhindernden Taten fordern, stellt je-

699 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 615.

700 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 615; vgl. zu diesem Problem auch hier S. 180.

701 Vgl. Rönnaul/Schneider ZIP 2010, 53, 56; hierzu nunmehr auch BGH, Beschl. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 ff.

702 Vgl. Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 128 m.w.N.

703 So auch ausdrücklich BGH, Beschl. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 47 f.

704 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 618; vgl. aber Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53.

705 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 619.

706 Diese Ansicht Rogalls war eng an seine Interpretation des § 130 OWiG angelehnt, der seit 1.8.2007 jedoch eine neue Fassung erhalten hat, so dass nicht klar ist, ob Rogall seine Ansicht unter der neuen Fassung der Vorschrift aufrechterhalten wird; vgl. auch Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 137.

doch nicht auf eine Sonderpflichtverletzung ab, sondern fordert lediglich, dass zwischen der Tat und dem Betrieb und seiner Tätigkeit ein innerer, ein betriebs-spezifischer Zusammenhang besteht,⁷⁰⁷ wobei jedoch die Kriterien für die nähere Bestimmung dieses betrieblichen Zusammenhangs streitig sind.⁷⁰⁸

Anders begrenzt *Schünemann* den Kreis der eine Garantenpflicht auslösenden Taten. Er will alle Handlungen erfassen, die in Befolgung (interner) Verbandsregeln begangen werden, also den „*pseudorechtlichen Strukturen des Verbandes*“ entsprechen.⁷⁰⁹ In diese Richtung geht im Übrigen auch der Hinweis des 4. Strafsenats, der die Geschäftsherrenhaftung unter der Bedingung erwägen wollte, dass es sich bei der Begehung der Straftat um einen Akt der „*Firmenpolitik*“ handle.⁷¹⁰ Dabei nimmt *Schünemann* jedoch ein weiteres Element als Voraussetzung mit in die Garantenpflicht auf. Die Verhinderungspflicht soll davon abhängen, ob das Direktionsrecht vom Untergebenen auch tatsächlich respektiert wird, so dass es für die Begründung der Garantenstellung auf die Motivationsfähigkeit des unmittelbar Handelnden ankomme.⁷¹¹ *Rogall* hat diese Einschränkung jedoch abgelehnt, weil es sich um eine Frage der Zurechnung, nicht aber um eine der Pflicht handle.⁷¹²

Dem Inhaber des Unternehmens können nach *Schünemann* aufgrund der sach- und funktionsbezogenen Ausrichtung der Garantenstellung nur „*unternehmensspezifische Steuerungsmaßnahmen*“⁷¹³ abverlangt werden,⁷¹⁴ so dass nur solche Maßnahmen zur Verhinderung der Verfehlung strafrechtlich geboten sind, die der Herrschaftsstellung des Inhabers entsprechen. Das können nach *Rogall* unmittelbare Handlungspflichten auf der untersten Stufe im Unternehmen sein, auf mittlerer Stufe kann die gebotene Maßnahme aber in der Ausübung von Leitungs- oder Kontrollpflichten und auf der obersten Stufe der Hierarchie in der Wahrnehmung von Organisationspflichten bestehen.⁷¹⁵ Daher beschränke sich die Garantenstellung nicht auf die Inhaber von Unternehmen oder Betrieben, sondern könne alle Entscheidungsträger treffen, also Personen, die an der Leitungs- und Weisungsbefugnis des Inhabers teilhaben, indem sie als gesetzliche oder gewillkürte Vertreter Pflichten des Inhabers erfüllen oder mit der Wahrnehmung der Aufsicht zur Erfüllung von Unternehmenspflichten betraut sind.⁷¹⁶

707 Vgl. etwa *Roxin* AT II, § 32 Rn. 141; *Landscheidt* Garantenpflichten, S. 115 f.; *Thiemann* Aufsichts-pflichtverletzung, S. 21; *Schall* in: FS Rudolphi, S. 267, 280.

708 Vgl. hierzu *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 137 f.

709 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 103, 105 ff.; *ders.* wistra 1982, 42, 45; *ders.* GA 1985, 379; *ders.* ZStW 96 (1984), 310, 318.

710 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 47.

711 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 103, 105 ff.; *ders.* wistra 1982, 42, 45; *ders.* GA 1985, 379; *ders.* ZStW 96 (1984), 310, 318.

712 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 619.

713 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 105.

714 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 619.

715 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 105; *ders.* wistra 1982, 42, 44.

716 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 619.

Dieses Ergebnis hat für die hier gestellte Frage nach dem persönlichen Anwendungsbereich der Geschäftsherrenhaftung besondere Bedeutung. Geht man davon aus, dass sich die Haftung aus der rechtlichen und sozialen Rolle als Autoritätsperson im Unternehmen oder Verband herleitet, dann ist dies das entscheidende Kriterium für die Verantwortlichkeit: Vorgesetzter ist derjenige, der aufgrund seiner hierarchischen Stellung oder Rolle und aufgrund der Einbindung in die Organisation faktische Lenkungsgewalt durch Anweisungskompetenz hat. Diese Definition dürfte den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes aus Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werden, mag es auch im Einzelfall im Rahmen der Überzeugungsbildung im Strafprozess schwierig sein, die hierarchiebedingte faktische Lenkungsgewalt festzustellen.

(bbb) Kritik gegen die Autorität als hinreichendes Lenkungsinstrument

Die These von der innerbetrieblichen Autorität als Grundlage der Verantwortlichkeit und damit auch des Vorgesetztenbegriffs wird jedoch schon im Grundsatz angegriffen:

*Stree/Bosch*⁷¹⁷ erkennen zwar auf Autoritäts- und Lebensverhältnisse gegründete Garantstellungen dem Grunde nach an. Die sich daraus im konkreten Einzelfall ergebenden Erfolgsabwendungspflichten seien mit der Pflicht zur Überwachung gewisser Gefahren aus dem Eigentum an Tieren oder Gebäuden vergleichbar. Sie mahnen allerdings dazu, die dem Beauftragten übertragenen Pflichten im Detail daraufhin zu untersuchen, ob er auch zur Vermeidung genau der Gefahren verpflichtet worden ist, die sich nunmehr verwirklicht haben, und sie lehnen eine Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für Straftaten seiner Untergebenen als Ausdruck einer Personalverantwortlichkeit wegen der Eigenverantwortlichkeit menschlichen Handelns kategorisch ab.⁷¹⁸ Die Diskussion um eine der Haftung aus § 357 StGB vergleichbare Betriebsinhaberhaftung, die diesen zur Verhinderung von Straftaten aus dem Unternehmen zwingt, halten *Stree/Bosch* für im Ansatz verfehlt und wenig fruchtbar.⁷¹⁹ Hier werde dem Betriebsinhaber die Errichtung bzw. Beherrschung einer Organisation zur Last gelegt, so dass die Parallele zur mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft gegeben sei.⁷²⁰ Der Begriff der *Geschäftsherrenhaftung* sei irreführend und habe nur eine Berechtigung, sofern damit eine Pflicht zur Eindämmung von betrieblichen Gefahrenquellen im eigenen Organisationsbereich angesprochen sei. Eine darüber

717 *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 51 ff.; vgl. ferner *Bosch* Organisationsverschulden, S. 166 ff.

718 *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53.

719 *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53.

720 Vgl. *Heine* Verantwortlichkeit, S. 117; *Neudecker* Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Kollegialorganen, S. 85; krit. zu dieser Gleichsetzung von Organisationsherrschaft bei mittelbarer Täterschaft und Unterlassungstäterschaft *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 146 f.

„hinausreichende Garantieverantwortung für das eigenverantwortliche Handeln von Betriebsangehörigen“ bestehe nicht; dies gelte erst recht für strafbares Verhalten gelegentlich eines betrieblichen Vorgangs.⁷²¹

Stree/Bosch greifen ferner die Kritik von Rotsch gegen die Organisationsherrschaft auf, die sich auf die den modernen Wirtschafts- und Organisationsstrukturen von Unternehmen nicht angepasste Konstruktion stützt: Schon der Begriff des *Betriebsinhabers* passe lediglich zu Kleinunternehmen oder Familienbetrieben und seine Verwendung verdeutliche die Tendenz, „bei betriebsnützlichen Verbandstaten ein Handeln auf Weisung zu vermuten und eine entsprechende Unterlassungsverantwortung zu konstruieren“.⁷²²

Der Begründung Schünemanns, der Inhaber führe über sein Direktions- und Weisungsrecht eine „partielle Unmündigkeit“ herbei, bzw. dem Argument Rogalls, es bestehe eine Folgepflicht des Arbeitnehmers, hat Jakobs⁷²³ zudem entgegengehalten, der Mitarbeiter könne sich jederzeit – wenn auch mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen – dem Direktionsrecht widersetzen. Dem Inhaber komme damit kein Gestaltungsrecht im Hinblick auf das Verhalten der Angestellten zu.⁷²⁴ Weiterhin wird geltend gemacht, dass es mit dem modernen Verständnis von Arbeitswelt, das der Selbstständigkeit des Arbeitnehmers einen hohen Stellenwert einräume, nicht vereinbar sei, von einer „partiellen Unverantwortlichkeit“ auszugehen,⁷²⁵ und auch die faktische Herrschaft des Arbeitgebers nicht geeignet sei, die „normative Barriere“ der Selbstverantwortlichkeit zu übersteigen.⁷²⁶

Auch Rudolphi⁷²⁷ lehnt die Garantenstellung des Betriebsinhabers mit Hinweis auf den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit ab: Der unmittelbar handelnde Täter sei ein verantwortliches Individuum, eine Zurechnung der Handlungen des Untergebenen gegenüber dem Geschäftsinhaber komme daher nicht in Betracht. Zudem sei es nicht zulässig, aus der Handlungsmöglichkeit, die sich aus der Autoritätsposition ergebe, eine strafbewehrte Handlungspflicht abzuleiten.⁷²⁸ Weder die besondere Weisungsbefugnis noch ein möglicher Wissensvorsprung beseitige im Verhältnis zwischen Betriebsinhaber und Angestelltem dessen Eigenverantwortlichkeit.⁷²⁹ Dem hat Rogall allerdings widersprochen: Der Inha-

721 Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53; vgl. auch Otto in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 342.

722 Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53; vgl. auch Bosch Organisationsverschulden, S. 173 f.

723 Jakobs AT, 29/63, S. 665; ähnlich Kirchner Unterlassungshaftung, S. 155 f.; Konu Garantenstellung, S. 168; Neudecker Verantwortlichkeit, S. 84 f.; Otto/Brammsen Jura 1985, 592, 599 f.

724 I.E. ebenso Kraft/Winkler CCZ 2009, 29, 30; krit. auch Bosch Organisationsverschulden, S. 171 ff.

725 Vgl. Brammsen Entstehungsvoraussetzungen, S. 232 f.; ähnlich auch Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 147 ff.

726 Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 56.

727 Rudolphi/Stein in: SK-StGB § 13 Rn. 35a.

728 Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 152.

729 Ransiek ZRG 1992, 203, 220; so aber Herzberg Die Verantwortung für Arbeitsschutz und Unfallverhütung, S. 237 f.

ber habe gegenüber dem Mitarbeiter das Direktionsrecht und damit eine weitreichende Weisungsbefugnis inne. Ein Arbeitnehmer schulde daher auch juristisch die Erfüllung der Anweisungen des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer habe damit eine auch rechtlich verankerte Folgepflicht, die nicht vernachlässigt werden dürfe.⁷³⁰ Im Übrigen hat Rogall die These des freien Arbeitnehmers, der sich im Grunde an seinem eigenen Willen orientieren könne, unter Hinweis auf die tatsächliche Druckwirkung eines angespannten Arbeitsmarktes angezweifelt.⁷³¹ Schünemann⁷³² hat dementsprechend gegen die normativen Argumente Jakobs und Rudolphs die Faktizität der Umstände in Unternehmen eingewandt: Die menschliche Freiheit sei bei der Eingliederung in einen fremden Befehlsapparat nur noch theoretisch vorhanden; praktisch komme ihr keine Bedeutung mehr zu. Daher überwiege entgegen Jakobs „die Herrschaft hier typischerweise die Freiheit“.⁷³³ Diese Argumentation Schünemanns hat Rogall⁷³⁴ unterstützt: Aus der Prämisse, Eigenverantwortlichkeit einerseits und personale Herrschaft und Organisationsherrschaft andererseits müssten zur Bestimmung der Garantenstellung in Relation gesetzt werden, folge die Abwägung der Prinzipien. Damit müsse zugleich ein Ausschluss der Vorrangigkeit eines der beiden Grundsätze konstatiert werden.

Es gehe hier um die Abgrenzung von Verantwortungsbereichen durch eine differenzierte Betrachtungsweise, die es ermögliche – so Schünemann –, „die gegenläufigen Herrschafts- und Verantwortlichkeitsprinzipien miteinander in praktische Konkordanz zu bringen“, um so „jeden Grundsatz gerade so weit zu Geltung [kommen zu lassen], wie es der andere gestattet“.⁷³⁵ Dabei könne nicht außer Acht gelassen werden, dass der Inhaber in Betrieben oder Unternehmen eine Befehls- und Organisationsherrschaft innehave. In der Diskussion über die mittelbare Täterschaft sei dies auch weitgehend anerkannt.⁷³⁶ Aus der gesteigerten Möglichkeit, wirtschaftlich aktiv zu werden und Mitarbeiter im eigenen Organisationskreis einzusetzen, ergebe sich als Korrelat die Pflicht zur Abwendung solcher Gefahren, die drohen, wenn Mitarbeiter in Unternehmensbelangen tätig werden. Im Zivilrecht sei diese Form der Verkehrssicherungspflicht unstrittig, woraus sich für das Strafrecht zumindest eine indizielle Wirkung ableiten lasse. An einer prinzipiellen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers für die Handlungen von Betriebsangehörigen bestehe kein Zweifel. Rogall räumt allerdings ein,

730 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 616.

731 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 617; vgl. auch Brammsen in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 105, 142; dagegen Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 152; ihm folgend Konu Garantenstellung, S. 168.

732 Schünemann Grund und Grenzen, S. 330.

733 Schünemann Grund und Grenzen, S. 330; ebenso Rogall ZStW 98 (1986), 573, 617.

734 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 617.

735 Schünemann Grund und Grenzen, S. 330.

736 Vgl. hierzu jedoch die Kritik an der Organisationsherrschaft, S. 102 ff.

dass sich daraus auch die Notwendigkeit einer sehr exakten Einzelfallprüfung zur Feststellung der konkreten Konturen des Kriteriums der Betriebsbezogenheit und damit der Garantenstellung ergebe.⁷³⁷

(bb) Gesteigerte Einflussmöglichkeit

Manche Autoren stützen sich zur Begründung der Einstandspflicht des Betriebsinhabers für die Verhinderung von Straftaten aus seinem Unternehmen auf die gesteigerte Einflussmöglichkeit auf Betriebsangehörige.⁷³⁸ *Schall* sieht die Einstandspflicht als Kehrseite der rechtlichen und sozialen Einwirkungsmöglichkeit, die dem Geschäftsherrn zukommt.⁷³⁹ In diese Richtung geht auch ein von *Ransiek* beschriebener Argumentationsansatz im Rahmen des Produkthaftungsstrafrechts, der sich an die Organisationsherrschaft bei der mittelbaren Täterschaft annähert: Die Tatbeiträge des einzelnen Mitarbeiters an Produktion und Vertrieb seien für sich betrachtet austauschbar und nicht relevant, erlangten jedoch ihre Wirkmächtigkeit durch die Zusammenfügung und Koordination durch die Geschäftsführung.⁷⁴⁰ Damit wird die Herrschaft des Geschäftsherrn über die Handlungen des Mitarbeiters und die Gesamtheit der Vorgänge, über das Gesamtsystem im Unternehmen dadurch begründet, dass dem Untergebenen nur eine untergeordnete Stellung im Unternehmen zukommt. Nach dieser Ansicht ergibt sich also die Tatherrschaft über die durch den Betriebsinhaber geschaffenen Synergieeffekte.

Gegen diesen Ansatz wird – ebenso wie gegen die Begründung der Garantenstellung über das Autoritätsverhältnis – eingewandt,⁷⁴¹ dass er mit dem Merkmal der Betriebsbezogenheit in Konflikt gerate. Regelmäßig würden die Straftaten der Arbeitnehmer – außerhalb von kriminellen Organisationen – gerade nicht dem Einfluss des Arbeitgebers unterstehen. Dieser werde Straftaten seiner Untergebenen schon aus Gründen des Imageschutzes nicht billigen; wenn er sie dennoch gutheiße und geschehen lasse, könnten die Taten dennoch nicht als Ausfluss der „gesteigerten Betätigungsmöglichkeit“ angesehen werden, sondern nur als Folge des Tatentschlusses des unmittelbar Handelnden. Ob diese Kritik jedoch gerade im Bereich der Korruption realistisch ist, erscheint fraglich. Soweit die Straftaten auf Anstoß des Geschäftsherrn begangen würden – so *Spring* –, könne eine Begründung der Unterlassungshaftung dahinstehen, weil dann ohnehin eine Anstiftung gegeben sei. Dieses Argument ist jedoch nur dann überzeugend, wenn man

737 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 618.

738 *Deutscher/Körner* wistra 1996, 292, 301; vgl. ferner die Nachweise bei *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 130 f.

739 *Schall* in: FS Rudolphi, S. 267, 272.

740 *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 47.

741 Vgl. *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 152 ff.

davon ausgeht, dass der neben dem aktiven Täter unterlassende Garant stets Gehilfe und keinesfalls Täter ist. Hält man jedoch mit der h.M. die Täterschaft zumindest für möglich,⁷⁴² so hat die Ablehnung einer Garantenstellung insbesondere in Versuchungskonstellationen aufgrund der eingeschränkten Strafbarkeit der versuchten Anstiftung besondere Bedeutung. Zudem sind nicht nur auf Anstoß des Geschäftsherrn begangene Taten Gegenstand der Geschäftsherrenhaftung, sondern auch solche Straftaten, die er *nur* nicht verhindert. Zutreffend ist allerdings *Spring*s Bewertung, dass die Erweiterung der Handlungsmöglichkeiten durch die Inanspruchnahme wirtschaftlicher Gestaltungsmöglichkeiten als solcher keine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten begründen kann.⁷⁴³

(cc) Berechtigte gesellschaftliche Erwartungshaltung

Nach einem soziologisch geprägten Ansatz liegt in der berechtigten Erwartungshaltung Außenstehender das Moment, das die Garantenstellung begründet.⁷⁴⁴ Diese „*Vertrauenstheorie*“⁷⁴⁵ wird insbesondere von *Otto* und *Brammsen* vertreten, die eine Garantenstellung im Allgemeinen nur insoweit bejahen, wie eine „*auf Sicherung und Überwachung des eigenen tatsächlichen und rechtlichen Einfluß- und Herrschaftsbereichs gerichtete, gegenseitige Erwartungsbeziehung*“ besteht.⁷⁴⁶ Ähnliche Argumentationsansätze finden sich bei *Welp*,⁷⁴⁷ der die besondere Bedeutung des Vertrauens des potenziellen Opfers im Kontext der Unterlassungsdelikte unter Rückgriff auf *E. A. Wolff*⁷⁴⁸ damit begründet, dass sich kein Mensch jederzeit gegen alle ihm potenziell drohenden Angriffe abwehrbereit halten könne und das Vertrauen auf die Achtung der Rechtsgüter damit zum überlebensnotwendigen Allgemeininteresse werde. Daher wird die Erwartungshaltung Außenstehender zum Teil in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt und vertreten, Gegenstand der Geschäftsherrenhaftung könnten nur Straftaten sein, die sich gegen solche außenstehenden Personen richten, die sich auf die Abwehr der Gefahren durch den Geschäftsherrn verlassen müssen.⁷⁴⁹ Nur ausnahmsweise seien damit auch Straftaten von der Geschäftsherrenhaftung erfasst, die die Rechtsgüter der Mitarbeiter eines Unternehmens betreffen.⁷⁵⁰

742 Vgl. nur BGH, Urt. v. 6.11.2002 – 5 StR 281/01, BGHSt 48, 77, 97; Urt. v. 25.9.1991 – 3 StR 95/91, NJW 1992, 1246, 1247; Urt. v. 12.2.2009 – 4 StR 488/08, NStZ 2009, 321, 322; weitere Nachweise bei *Fischer*, § 13 Rn. 91 ff.; grundlegend hierzu *Roxin* AT II, § 31 Rn. 124 ff. m.w.N.

743 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 153 ff.

744 *Thiemann* Aufsichtspflichtverletzung, S. 17; vgl. auch *Wolff-Reske* Berufsbedingtes Verhalten, S. 170 ff.; ferner *Bülte* GA 2013, 389 ff.

745 So genannt von *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 131.

746 *Otto/Brammsen* Jura 1985, 646, 648; vgl. auch *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen, S. 103 ff., 129 f.; *Otto* in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 341.

747 *Welp* Vorangegangenes Tun, S. 176 f.

748 *E.A. Wolff* Kausalität von Tun und Unterlassen, S. 41.

749 *Schall* in: FS Rudolphi, S. 267, 277 f.

750 *Schall* in: FS Rudolphi, S. 267, 279.

Der Theorie von der „*erwarteten Erwartung*“ wurde vielfache Kritik entgegengehalten.⁷⁵¹ Dabei wurde insbesondere moniert, dass das Abstellen auf die berechnete Erwartungshaltung der Gesellschaft zu unbestimmt sei, um eine strafbewehrte Einstandspflicht darauf zu stützen, so dass von manchen Autoren eine Verletzung von Art. 103 Abs. 2 GG angenommen wird.⁷⁵² Zudem wurde das Abstellen auf das berechnete Vertrauen als zirkelschlüssig angesehen, da eine „*vorgesetzte*“ Erwartung im Sinne eines empirisch beweisbaren, rein soziologischen Vertrauens nicht behauptet werden könne, weshalb sich die Garantenstellung unweigerlich auf eine Erwartungshaltung stützen müsse, die durch ein Rechtssystem geprägt sei, so dass dieses das Vertrauen vorgebe, auf das es sich dann im Rahmen von § 13 StGB berufen wolle.⁷⁵³ *Jakobs* hat deswegen kritisiert, das Abstellen auf das besondere Vertrauen im Rahmen der Garantenstellung stelle keine Begründung, sondern lediglich eine unvollständige Beschreibung dar.⁷⁵⁴

*Landtscheidt*⁷⁵⁵ hat gewarnt, die Ablehnung der Geschäftsherrenhaftung könne dazu führen, dass der Geschäftsherr den Mitarbeiter als Instrument zur Begehung von Straftaten begreife, dessen Eigenverantwortlichkeit die Strafbarkeit des Betriebsinhabers jedoch blockiert.⁷⁵⁶ Hiergegen hat *Spring* jedoch angeführt, kriminalpolitische Erwägungen sollten grundsätzlich ihrem Wesen nach nicht aus dem Kontext der Strafgesetzgebung gelöst werden und seien zudem gegen die Unbestimmtheit von § 13 StGB fehl am Platze.⁷⁵⁷ Mit kriminalpolitischen Argumenten könne man ausschließlich eine Gesetzesänderung begründen.⁷⁵⁸ Zutreffend ist daran, dass die kriminalpolitische Notwendigkeit einer strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung vornehmlich geeignet sein dürfte, eine Begründung der Einstandspflicht des Prinzipals zu bestätigen und als Leitmotiv des Gesetzgebers zu dienen. Auch weist *Spring* zu Recht auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen hin, die das Rechtsinstitut der Geschäftsherrenhaftung zu erfüllen hat; aber das bedeutet nicht, dass kriminalpolitische Argumente bei der Auslegung kategorisch unberücksichtigt bleiben müssten.

(b) Kritik an der Personalverantwortlichkeit des Geschäftsherrn

Die Stimmen in der Literatur, die eine Geschäftsherrenhaftung als Haftung für die Personalgefahr grundsätzlich ablehnen, stützen sich im Wesentlichen auf das

751 Vgl. nur die Nachweise bei *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 155 Fn. 506; ferner *Bosch* Organisationsverschulden, S. 168 f.

752 Vgl. nur *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 155 m.w.N.; dagegen *Bülte* GA 2013, 389, 402.

753 Vgl. *Bosch* Organisationsverschulden, S. 169; *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 156 m.w.N.; ferner *Jakobs* AT, 29/28 Fn. 53; *Hsiü* Garantenstellung des Betriebsinhabers, S. 237.

754 *Jakobs* AT, 29/28 Fn. 53.

755 *Landtscheidt* Garantenpflichten, S. 114.

756 Vgl. auch *Schmid* in: Müller-Gugenberger/Bieneck, Wirtschaftsstrafrecht, § 30 Rn. 99.

757 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 156 f.

758 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 156 f.

Argument der Eigenverantwortlichkeit. Die Autonomie des Individuums als grundlegendes Prinzip eines rechtsstaatlichen Strafrechts stehe einer Haftung des Geschäftsherrn für Straftaten von Betriebsangehörigen grundsätzlich entgegen.⁷⁵⁹ Neben den oben dargestellten Bemühungen, die einzelnen Begründungsansätze für eine eigenständige Personalverantwortlichkeit des Betriebsinhabers zu widerlegen, wird auch gegen die Eigenständigkeit der Geschäftsherrenhaftung als solche argumentiert:

Dass eine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten durch Untergebene nicht aus allgemeinen Grundsätzen hergeleitet werden kann, ergibt sich nach *Rudolph*⁷⁶⁰ schon im Zuge einer formalen Argumentation daraus, dass der Gesetzgeber zur Begründung der Verantwortlichkeit sogar im anweisungsstrengen Recht des öffentlichen Dienstes mit § 357 StGB – bzw. §§ 41 ff. WStG – eine eigene Vorschrift zur Begründung der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten geschaffen habe.⁷⁶¹ Die Regeln der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht für Amtsträger oder Militärangehörige seien schon deswegen nicht übertragbar, weil zwischen dem öffentlichen Dienst und (privaten) Wirtschaftsunternehmen grundlegende Wesensverschiedenheiten bestünden. So sei insbesondere der militärische Befehl unabhängig von seiner Rechtmäßigkeit verbindlich, so dass die Gehorsamspflicht des Untergebenen viel weiter reiche. Es fehle hier am nötigen Ableitungszusammenhang zwischen Handlungsmöglichkeit und Handlungspflicht.⁷⁶² Auch eine Vergleichbarkeit mit anderen Fallgestaltungen, die Einstandspflichten bei fremdem Handeln begründen, fehle, weil im Arbeitsleben keine gesteigerte Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer bestehe.⁷⁶³ § 130 OWiG sei ebenso wenig geeignet, eine personenbezogene Unterlassungshaftung des Geschäftsherrn zu begründen,⁷⁶⁴ da dort lediglich eine Ordnungswidrigkeit für den Fall von Aufsichtspflichtverletzungen normiert sei.⁷⁶⁵

Dieser Argumentation hat *Rogall* jedoch entgegengehalten, aus dem Bestehen der spezifischen Sonderregelungen könne keine Aussage des Gesetzgebers hergeleitet werden, es gebe im Strafrecht keine allgemeine Haftung des Inhabers oder Aufsichtspflichtigen. Ein solcher Schluss vernachlässige die historische Entwicklung des § 130 OWiG. Vielmehr sei davon auszugehen, dass früher von einer Garantenstellung des Unternehmers „mit allerdings eingeschränkten Garanten-

759 So etwa *Bosch* Organisationsverschulden, S. 161 ff.; vgl. ferner die Nachweise bei *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 144 ff.

760 *Rudolph/Stein* in: SK-StGB § 13 Rn. 35a.

761 Zustimmung *Jescheck* in: Leipziger Kommentar¹¹, § 13 Rn. 45; zur mangelnden Belastbarkeit dieses Arguments *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 615; vgl. ferner *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 179 ff.

762 *Otto* Jura 1998, 409, 413.

763 *Heine* Verantwortlichkeit, S. 117 f.; vgl. ferner *Bosch* Organisationsverschulden, S. 162 ff.

764 Vgl. hierzu BR-Drs. 420/66, S. 68 f.; ferner *Schünemann* wistra 1982, 41, 42 m.w.N.; *Stoffers* NJW 2010, 3176.

765 Ebenso lehnen eine generelle Garantenstellung des Betriebsinhabers für Straftaten seiner Untergebenen ab: *Hsü* Garantenstellung des Betriebsinhabers, S. 254; *Ransiek* ZGR 1992, 203, 220 f.

plichten“ ausgegangen worden sei und die Regelung des § 130 OWiG darauf beruhe.⁷⁶⁶ Weitere gewichtige Stimmen im Schrifttum haben sich dem angeschlossen: Man könne den gesetzlichen Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit in § 357 StGB und § 130 OWiG keinen Ausnahmecharakter zumessen, sondern müsse sie als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ansehen.⁷⁶⁷

Legt man diese Ansicht zugrunde, so wandelt sich der Charakter des § 130 OWiG letztlich von der Ausnahmenvorschrift – die *Rudolphi* und *Jescheck* anzunehmen scheinen – zur Sonderregelung, die lediglich ein allgemeines Prinzip konkretisiert.⁷⁶⁸ Jedoch ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Rückschlüsse von § 130 OWiG auf § 13 StGB nur bedingt möglich sind, weil bei § 130 OWiG die unmittelbare Verfehlung nur Bezugstat und nicht Gegenstand des Unrechts ist, während bei § 13 StGB der nicht abgewendete Erfolg die Grundlage der Unrechtsverwirklichung darstellt.⁷⁶⁹

*Spring*⁷⁷⁰ wirft der Auffassung, die § 357 StGB (oder § 130 OWiG) als Sonderregelungen und nicht als Spezialregelung sehen, vor, sie führe zu einer verkappeten Analogie, die gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoße. Dieser Einwand ist jedoch unberechtigt, weil nicht die Strafvorschrift des § 357 StGB über ihren Wortlaut hinaus eine Strafbarkeit begründen soll. Vielmehr fragen *Roxin* und *Tiedemann* und andere nach einem der gesetzlich geregelten strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit zugrunde liegenden Rechtsprinzip.⁷⁷¹ Wenn *Spring*⁷⁷² meint, aus § 357 StGB könne kein Schluss für eine allgemeine Geschäftsherrenhaftung gezogen werden, weil es sich um eine Spezialvorschrift handle, so beruht dies auf einem Zirkelschluss. Die Ableitung von Folgerungen aus § 357 StGB ist nur dann unzulässig, wenn es sich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, die entgegen einem allgemeinen Rechtssatz, der hier lauten könnte, der Betriebsinhaber haftet nicht für die Taten seiner Angestellten, eine entsprechende Haftung vorsieht. Eine solche Feststellung setzt jedoch den Beweis der ihr zugrunde liegenden Prämisse voraus, dass es sich bei § 357 StGB um eine Ausnahmenvorschrift handelt, der bislang fehlt.

Selbst wenn es sich bei § 357 StGB tatsächlich um eine Ausnahmenvorschrift handelt, würde sich die Unzulässigkeit des Schlusses von § 357 StGB auf § 13 Abs. 1 StGB, mithin auf eine Geschäftsherrenhaftung nicht aus Art. 103 Abs. 2 StGB ergeben, sondern aus dem allgemeinen Prinzip, dass Ausnahmenvorschriften, anders als einen allgemeinen Grundsatz konkretisierende Spezialregelungen,

766 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 615.

767 Roxin AT II, § 32 Rn. 140; Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht Allgemeiner Teil, Rn. 185.

768 Vgl. auch Rönnaul/Schneider ZIP 2010, 53, 54, 56.

769 Vgl. Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 181 f.

770 Vgl. Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 180; ebenso Konu Garantenstellung, S. 127.

771 Vgl. zu dieser dogmatischen Vorgehensweise insbesondere Tiedemann JZ 1969, 717 ff.; vgl. auch Rönnaul/Schneider ZIP 2010, 53, 54 ff.

772 Vgl. Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 180.

einer Analogie nicht zugänglich sind, weil dem die gesetzgeberische Entscheidung für eine Ausnahme von einem Rechtsgrundsatz entgegensteht.⁷⁷³ Damit hängt die Anwendung des Rechtsgedankens des § 357 StGB auf die Problematik der Geschäftsherrenhaftung davon ab, ob es sich um eine Ausnahmeregelung oder eine konkretisierende Spezialvorschrift⁷⁷⁴ handelt. Diese Frage wird in der Diskussion über die Rolle dieser Vorschrift regelmäßig nicht einmal angesprochen.⁷⁷⁵

Dies erkennt letztlich auch *Spring* trotz seiner verfassungsrechtlichen Kritik an,⁷⁷⁶ wenn er ausführt, die These von der Unzulässigkeit einer Übertragung des Gedanken der Vorgesetztenhaftung aus § 357 StGB impliziere, dass sich die Aufsichtsgarantenstellung *nur* aus den Spezialnormen des Strafrechts für Amtsträger und des Wehrstrafrechts ergebe, also ausschließlich in diesen Vorschriften und nicht in einem allgemeinen Haftungsprinzip wurzele.⁷⁷⁷ Man könne auch die Ansicht vertreten, in den § 357 StGB und § 41 WStG sei keine Haftungsbegründung, sondern eine Haftungsverschärfung bzw. Haftungsausdehnung normiert. § 357 StGB schließe nämlich die fakultative Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB aus und § 41 WStG stelle nicht einmal auf eine Straftat eines Untergebenen ab, sondern bestrafe allein das Zulassen einer schwerwiegenden Folge aufgrund von Aufsichtspflichtverletzungen und dehne die Haftung auch auf fahrlässiges Handeln aus. Eine solche Auffassung sei weder systemwidrig, noch mache es die „Sonderregelungen für Amt und Militär überflüssig“. ⁷⁷⁸ Zudem gebe es auch andere Autoritätsverhältnisse, innerhalb derer die Garantenstellung unbestritten sei, so wie bei der Verpflichtung von Eltern, Lehrern oder Fahrlehrern. Die Pflicht der Eltern, Straftaten ihrer Kinder zu verhindern, werde nicht angezweifelt, obwohl die entsprechende Vorschrift des § 143 StGB a.F. bereits 1973⁷⁷⁹ aufgehoben wurde. Daher lasse sich aus § 357 StGB und § 130 OWiG weder ein Argument gegen noch für eine Geschäftsherrenhaftung des Betriebsinhabers dem allgemeinen Strafrecht entnehmen.⁷⁸⁰

773 Vgl. zu dieser Problematik *Bülte* ZStW 122 (2010) S. 551, 553.

774 So ist wohl *Brammsen* in: Amelung, Individuelle Verantwortlichkeit, 2000, S. 105, 129 ff. zu verstehen.

775 Vgl. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 192.

776 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 181.

777 So *Jescheck* in: Leipziger Kommentar¹¹, § 13 Rn. 41; vgl. auch *Roxin* AT II, § 32 Rn. 133; *Wessels/Beulke/Satzger* AT, Rn. 724; *Lackner/Kühl*, § 13 Rn. 14; *Weigend* in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 55.

778 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 181.

779 Aufgehoben durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG), vom 23.11.1973, BGBl. 1973 I S. 1725.

780 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 181; vgl. auch *Konu* Garantenstellung, S. 126 f.; *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 54 f.

(c) Zwischenfazit

Unter dem Eindruck des oben dargestellten Meinungsbildes stellt *Spring* mit einer „gewissen Ernüchterung“ fest, es sei lediglich unstrittig, dass der Betriebsinhaber die Möglichkeit habe, Straftaten zu verhindern. Die Brücke zwischen diesem tatsächlichen Verhindern-Können und dem für die Einstandspflicht im Sinne von § 13 StGB erforderlichen Verhindern-Müssen sei aber ebenso wenig gefunden worden, wie ausgeschlossen werden könne, dass das Autonomie- oder Eigenverantwortlichkeitsprinzip die Betriebsinhaberhaftung ausschließe.⁷⁸¹ An der Feststellung von *Hsü*⁷⁸² aus dem Jahr 1988, es sei angesichts der Vielzahl der kontrovers diskutierten Einzelresultate eine einheitliche Grundlinie kaum auszumachen, hat sich damit wenig geändert.

Die Strafrechtswissenschaft hat also auf die Frage nach der Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers wegen unterlassener Hinderung von Straftaten Untergebeener noch keine anerkannte Lösung entwickeln können.⁷⁸³ Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Vielzahl weiterer Begründungsansätze, die die Geschäftsherrenhaftung nicht aus einer Personalverantwortlichkeit, sondern aus einer – wie auch immer gearteten – Sachverantwortlichkeit ableiten wollen. Für die hier virulente verfassungsrechtliche Frage nach hinreichend bestimmten Konturen des persönlichen Anwendungsbereichs der Geschäftsherrenhaftung, insbesondere auf den Vorgesetzten im Unternehmen, ergibt sich aus der Auseinandersetzung mit den Lehren, die eine Personalverantwortlichkeit des Geschäftsherrn annehmen, nur geringer Erkenntnisgewinn. Eine im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend bestimmte Definition des handlungspflichtigen Garanten wird hier schon deswegen nicht geleistet, weil die Frage der haftenden Person nur bei den Autoritätsansätzen eine zentrale Rolle spielt. Die Lösungsansätze, die mit der Sachgefahr argumentieren, setzen sich mit der Person des „Vorgesetzten“ nicht hinreichend auseinander.

(d) Vertreter einer Geschäftsherrenhaftung als Gefahrenabwehrhaftung

Doch selbst die Gegner einer eigenständigen Personalverantwortlichkeit des Geschäftsherrn haben die strafbewehrte Pflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Straftaten aus seinem Betrieb zumeist nicht kategorisch abgelehnt. Sie sehen diese strafrechtliche Haftung allerdings nicht als Folge einer Pflicht zur Beherrschung der Personalgefahren, sondern der mit dem Betrieb einhergehenden Sachgefahr im weitesten Sinne an.

⁷⁸¹ *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 157 f.

⁷⁸² *Hsü* Garantenstellung des Betriebsinhabers, S. 134; ähnlich zuvor *Schünemann* wistra 1982, 41, 43.

⁷⁸³ So schon *Heine* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 115; vgl. auch *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 141 ff.

(aa) Ausgangsüberlegungen

Heine⁷⁸⁴ lehnt im Hinblick auf ein Verhindern-Können der Tat des Mitarbeiters des Betriebes das Verhindern-Müssen unter Bezugnahme auf die Eigenverantwortlichkeit ab, weil er eine Rückkehr zur überwundenen *Rechtspflichttheorie*⁷⁸⁵ fürchtet. Er fordert zum einen die Besinnung darauf, dass die Begründung einer strafrechtlich sanktionierten Zuständigkeit für die Verhinderung von Straftaten anderer vollständig zurechnungsfähiger Personen per se problematisch sei. Die strafrechtliche relevante Herrschaftsmacht einer Person über eine andere erfordere eine gesetzliche Grundlage, die der Gesetzgeber nur im Einzelfall (z.B. in § 357 StGB, § 41 WStG, § 108 SeemannsG) geschaffen habe.⁷⁸⁶ Zum anderen verlangt Heine die Rückkehr zu den Haftungsstrukturen, die auf dem unsicheren Gebiet der Unterlassungsverantwortlichkeit erforderlich seien, um nicht den „*dogmatischen Halt*“ zu verlieren: Die Garantenstellung müsse sich auf eigenständige Haftungskriterien stützen, die aus einer gesteigerten Verantwortung resultieren, welche die besondere Pflichtenstellung begründen.⁷⁸⁷ Zusätzlich warnt er davor, von einer unbegrenzten Verhinderungsmacht des Betriebsleiters aufgrund des Direktionsrechts auszugehen und diese zur Grundlage der Garantenstellung zu machen.⁷⁸⁸ Selbst die Monopolisierung der Verhinderungsmöglichkeit beim Unterlassenden begründe keine Verhinderungspflicht, die allein eine Unterlassungstäterschaft rechtfertigen könne, wie sich bereits aus § 323c StGB ergebe.⁷⁸⁹

Für die Pflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Straftaten aus seinem Unternehmen könne es jedoch eine andere Rechtfertigung geben: Aus den oben genannten Gründen komme als Grundlage einer Garantenstellung des Betriebsinhabers ausschließlich die Eröffnung einer Gefahrenquelle – durch Führung des Betriebes, keinesfalls aber die Person des betriebsinternen Täters als Gefahrenquelle⁷⁹⁰ – in Betracht.⁷⁹¹ Ein ähnlicher Gedanke liegt wohl auch dem Urteil des LG Nürnberg-Fürth⁷⁹² zugrunde, das ausführte, der Geschäftsführer eines Unternehmens habe die Pflicht, die Realisierung solcher Gefahren zu verhindern, die sich aus einem „*hochgefährlichen System*“ ergeben, das im Unternehmen geschaffen worden sei und das es mit sich gebracht habe, dass zwangsläufig Straf-

784 Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 113 ff.

785 Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 117; vgl. zur formellen Rechtspflichtlehre Jescheck/Weigend AT, § 59 IV Nr. 2, S. 621 m.N.; ferner von Coelln Das „rechtliche Einstehenmüssen“, S. 87 ff.

786 Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 114.

787 Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 113.

788 Vgl. auch Hsü Garantenstellung des Betriebsinhabers, S. 241 ff.; Otto Jura 1998, 409, 413.

789 Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 114.

790 So Gimbernat in: FS Roxin, 2001, S. 652, 661 f., der aber jede Garantenstellung aus einer Gefahrenquelle herleiten will, ebenso Schünemann wistra 1982, 41, 43; a.A. Roxin AT I, § 32 Rn. 139.

791 Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 118.

792 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824 ff.; vgl. hierzu hier S. 146 ff.

taten begangen und es mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erheblichen Schadensfolgen kommen würde.

Dabei besteht jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass es insofern nicht zu einer schlichten Übernahme zivilrechtlich entwickelter Verkehrssicherungspflichten in das Strafrecht kommen darf.⁷⁹³ Gegen einen solchen Transfer spricht – neben der zwingenden Eigenständigkeit des Strafrechts gegenüber dem Zivilrecht – insbesondere der Umstand, dass die Verkehrssicherungspflichten im Zivilrecht mindestens ebenso umstritten sind wie im Strafrecht, so dass eine Übernahme in das Strafrecht keinen Gewinn an Rechtssicherheit und damit an verfassungsrechtlicher Bestimmtheit erwarten lassen würde.⁷⁹⁴ Ferner kennt das Zivilrecht auch verschuldensunabhängige Haftungsformen, die für das Strafrecht inakzeptabel sind.⁷⁹⁵

(bb) Personalfahrer als Teil einer einheitlichen Betriebsmittelgefahr

Folgt man diesem Ansatz, so ergibt sich die Geschäftsherrenverantwortlichkeit aus einer Haftung für die vom Geschäftsherrn geschaffene Gefahr. Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass derjenige, der eine Gefahr schafft und für den Verkehr öffnet oder ansonsten die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Rechtsgüter Dritter herbeiführt, zumindest dann die strafbewehrte Pflicht hat, diese Gefahr zu bewachen und den Eintritt von Schäden zu verhindern, wenn die Rechtsgutsinhaber sich selbst nicht hinreichend vor der Gefährdung schützen können. Betrachtet man insofern die allgemeinen Grundlagen der in der Strafrechtswissenschaft diskutierten Stellungen als Bewachergarant, so beruht die Annahme der Verhinderungsverantwortlichkeit auf zwei Säulen:⁷⁹⁶

Der Garant beherrscht eine Gefahrenquelle, und das Recht verbietet dem Einzelnen, der von der Gefährdung betroffen sein könnte, eigene Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen, um die Gefahr abzuwenden. Daher kann die Rechtsordnung dem Garant die Gefährdungsöffnung nur gestatten, wenn die Rechtsgemeinschaft sich darauf verlassen kann, dass er die sich ergebenden Bedrohungen für Rechtsgüter Dritter vermeidet oder in dem ihm zumutbaren Maß eindämmt. Die Garantstellung resultiert daher nicht allein aus der faktischen Sachherrschaft des Garant, ⁷⁹⁷ sondern auch aus dem Ausschluss des Inhabers bedrohter Rechtsgüter von der Einwirkung auf die Gefahrenquelle zugunsten des Unterlas-

793 Beulke/Bachmann JuS 1992, 737, 740; vgl. ferner zu der Diskussion über den Transfer zivilrechtlicher Verkehrssicherungspflichten in das Strafrecht Dous Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 192 ff.; Vogel in: FS Lorenz, 2001, S. 65, 75 f.

794 Vgl. Dous Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 194 f.

795 Vgl. Kaspar Verhältnismäßigkeit, S. 270 m.w.N.

796 Hierzu Rudolph/Stein in: SK-StGB § 13 Rn. 27 ff.

797 Volk in: FS Roxin, 2001, S. 563, 569 der die „Tendenz, Brücken zwischen Pflicht und Herrschaft zu schlagen“ als „Tendenz zur Einheitstäterschaft bezeichnet“; so aber wohl Roxin AT II, § 32 Rn. 137.

senden, aus dem „*Gestaltungsrecht unter Ausschluss anderer Personen*“.⁷⁹⁸ Andernfalls würde die faktische Sachherrschaft zum alleinigen Kriterium der Pflichtbegründung, was aber zu dem allgemein abgelehnten Schluss vom Verhindern-Können zum strafrechtlichen Verhindern-Müssen führen würde.

Daraus folgt, dass sich die Garantenstellung nur auf die Verhinderung von dem Betrieb eigentümlichen, spezifischen Gefahren bezieht. Die Realisierung allgemeiner, betriebsunabhängiger Gefahren hat der Betriebsinhaber nicht abzuwenden. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich auch die Begehung einer Straftat durch den Untergebenen als eine betriebspezifische Gefahr darstellen und damit der grundsätzlich anerkannte Ansatz der Verkehrssicherungspflicht auch auf die Personalgefahr als Betriebsgefahr übertragen werden kann. Versteht man den Betrieb und die von ihm ausgehenden Gefahren als Gesamtheit von Sach- und Personalgefahren, so spricht nichts gegen eine solche Übertragung. Damit könnte die einheitliche Betriebsmittelgefahr eine ebenso einheitliche Garantenstellung des Betriebsinhabers und seiner Beauftragten begründen.⁷⁹⁹

(cc) Keine Trennbarkeit von Sach- und Personalgefahren

*Roxin*⁸⁰⁰ hat die einheitliche Behandlung von Sachgefahren und Personalgefahren daraus hergeleitet, dass eine überzeugende Trennung zwischen beiden Gefahrenherden nicht möglich sei. Ein im Rahmen eines technischen Betriebs auftretender gefährlicher Mangel, der durch Wartungsfehler verursacht sei, stelle sowohl eine Sach- als auch eine Personalgefahr dar. *Roxin* spricht daher unter Bezugnahme auf *Schlüchter*⁸⁰¹ von einer „*verlängerten Sachgarantenstellung*“. Dem hat *Spring*⁸⁰² entgegengehalten, eine Trennung sei sehr wohl möglich, da zwar Sachgefahren existierten, die durch Personalgefahren hervorgerufen oder potenziert worden seien; jedoch seien auch sowohl reine Sach- als auch reine Personalgefahren denkbar. Im Falle der Geschäftsherrenhaftung handle es sich zudem nur um reine Personalgefahren. Die Fälle der gemischt-personal-sachlichen Gefahren seien auch Sachgefahren und damit fraglos vom Betriebsinhaber zu bewachen. Die Untrennbarkeit trete damit überhaupt nur in den Fällen auf, die aufgrund des Wirksamwerdens einer Sachgefahr von der Garantenpflicht umfasst seien. Hier würde demnach die Rechtsfigur der Geschäftsherrenhaftung keine (eigenständige) Rolle spielen.

798 Vgl. *Jakobs* AT, 29/31; ferner *Bosch* Organisationsverschulden, S. 222; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 35; *Beulke/Bachmann* JuS 1992, 737, 740; vgl. aber auch *Otto* in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 341.

799 So *Roxin* AT II, § 32 Rn. 137; *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen, S. 275 ff.; *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 35 f.; *Schall* in: FS Rudolphi, 267, 277 f.

800 *Roxin* AT II, § 32 Rn. 137.

801 *Schlüchter* in: FS Salger, S. 139, 160 f.

802 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 166 f.; vgl. auch *Konu* Garantenstellung, S. 167 f.

Die Thesen *Spring*s sind zwar grundsätzlich richtig, führen allerdings nicht weiter. Wenn er behauptet, eine Trennung zwischen reinen Personalgefahren und *auch* Sachgefahren sei möglich, dann berücksichtigt er nicht, dass im Hinblick auf die Betriebsbezogenheit die Personalgefahr fast zwangsläufig mit einer Sachgefahr zusammenhängt. Begeht der Mitarbeiter aus dem Betrieb heraus eine kriminelle Handlung, etwa eine Korruptionsstraftat (§§ 299, 331 ff. StGB) oder eine Straftat gegen den Wettbewerb (§ 298 StGB), so handelt es sich typischerweise um eine betriebsbezogene Tat.⁸⁰³ Die Gefahr geht hier also regelmäßig nicht allein vom unmittelbaren Täter aus, sondern schon von der grundsätzlichen Tätigkeit des Unternehmens in einem bestimmten Bereich, wie der Baubranche oder einem Wirtschaftsbereich, der stark von öffentlichen Aufträgen abhängig ist, mithin korruptionsanfällig ist.⁸⁰⁴ Der Bereich, in dem das Unternehmen agiert, wirkt sich hier zumindest als Katalysator für das rechtswidrige Verhalten des Unternehmensangehörigen aus, so dass eine klare Trennung von Sach- und Personalgefahr nur selten möglich ist.

(dd) Vergleichbarkeit von Sach- und Personalgefahren

Andere Stimmen in der Literatur stützen sich zwar nicht auf die praktische Untrennbarkeit von Sach- und Personalgefahren, wollen aber beide dennoch gleich behandeln.⁸⁰⁵ *Brammsen*, der eine Pflicht des Betriebsinhabers als Aufsichtsgarant aus einer Autoritätsstellung heraus ausdrücklich ablehnt, leitet die Garantstellung des Geschäftsherrn aus dessen Verantwortlichkeit für einen „*räumlich-gegenständlichen Herrschaftsbereich*“ ab.⁸⁰⁶ Auch vom Mitarbeiter eigenverantwortlich begangene Straftaten ohne unmittelbaren Betriebsbezug seien in diesen Bereich einzubeziehen, soweit sie innerhalb des Herrschaftsbereichs des Betriebsinhabers begangen werden und die Tat eine „*Verletzung elementarer Rechtsgüter wie Leib, Leben oder die Freiheit der Willensbetätigung und -entschließung*“ darstelle. Bei der Haftung für Vermögensdelikte will *Brammsen* Einschränkungen vornehmen, so dass zwar eine „*ordnungswidrige Verwendung vermögensrelevanter*“ Betriebsmittel die Garantienpflicht auslösen könne, jedoch die Einstandspflicht „*ansonsten deutlich restriktiv*“ gehandhabt werden müsse.⁸⁰⁷

Gimbernat, der ebenfalls eine Behandlung des autonomen Individuums als „*Gefahrenquelle*“ und eine Haftung aus einer Verletzung der Aufsichtspflicht

803 Vgl. nur *Roxin* AT II, § 32 Rn. 139; a.A. jedoch *Gimbernat* in: FS *Roxin*, S. 652, 661 f.

804 Vgl. zur Korruptionsanfälligkeit bestimmter Wirtschaftsbereiche *Bannenberg/Schauptensteiner* Korruption, S. 50 ff.

805 *Brammsen* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 105, 124.

806 *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen, S. 277; *ders.* in: Individuelle Verantwortung, S. 105, 126 ff.; 128 (Fn. 132).

807 *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen, S. 277; *ders.* in: Individuelle Verantwortung, S. 105, 128.

über eine Person beim Betriebsinhaber ablehnt,⁸⁰⁸ sieht den Grund für die Garantenstellung des Betriebsinhabers darin, dass der unmittelbar handelnde Unternehmensangehörige „auf einen betriebsbezogenen Gefahrenherd“ einwirke.⁸⁰⁹ Danach soll nur der Betriebsinhaber haften, der einen neuen Gefahrenherd schafft oder einen präexistenten Gefahrenherd kontrolliert, auf den sich die Handlungen des Betriebsangehörigen auswirken. Die durch den Betrieb geschaffene Gefahr gelange so letztlich durch die Handlung des Mitarbeiters zur Geltung. Der Geschäftsherr hat darüber zu wachen, dass solche betrieblich bedingten Gefahren nicht in einen Schaden umschlagen. Jedoch schränkt *Gimbernat* den Kreis der zu überwachenden Gefahrenherde stark ein und reduziert ihn auf konkrete Sachgefahren aus gefährlichen Anlagen, Geräten und ähnliche gefährliche Sachen (Baustellen, Herstellung bzw. Lieferung von Lebensmitteln, Arzneimitteln oder Kraftfahrzeugen etc.).⁸¹⁰ Straftaten von Unternehmensangehörigen wie dem betrügenden Croupier, Diebstähle im Betrieb oder die Bestechung durch einen Unternehmensangehörigen sollen nicht als Konstellationen einer Geschäftsherrenhaftung in Betracht kommen. Dieser Ansatz führt also zu einer gravierenden Verkürzung der Verantwortlichkeit des Unternehmensinhabers.⁸¹¹

Eine Reihe von Autoren beschreibt die Geschäftsherrenhaftung als Haftung für den Gesamtbetrieb daher weiter, um die oben genannten Fallgestaltungen erfassen zu können. Dabei geht *Langkeit*⁸¹² zunächst von der Prämisse aus, dass ein rechtmäßig eingerichtetes und geführtes Unternehmen regelmäßig ebenso wenig als Gefahrenquelle angesehen werden könne wie seine Mitarbeiter.⁸¹³ Etwas anderes könne für betriebspezifische Gefahren nur dann gelten, wenn der entsprechende Betrieb oder Betriebsteil selbst als gefährlich einzustufen sei, wie etwa bei der Produktion von Waffen, der Herstellung außenwirtschaftsrechtlicher Exportgüter, der Verursachung umweltbeeinträchtigender Emissionen oder auch im Hinblick auf das Verhalten solcher Mitarbeiter, die sich schon in der Vergangenheit in relevanten Zusammenhängen nicht ordnungsgemäß verhalten hätten und somit als Gefahrenquellen anzusehen wären.⁸¹⁴ Diese Beschränkung der Qualifizierung von Mitarbeitern als Gefahrenquellen auf solche Konstellationen, in denen sich Mitarbeiter in der Vergangenheit bereits als unzuverlässig erwiesen haben, wird jedoch von anderer Seite abgelehnt. Nach dem Grundgedanken der Garantenstellung aus Sachherrschaft könne es keinen Unterschied machen, ob die Gefahr aus dem Betrieb selbst herrührt, weil dieser auf den Umgang mit gefährlichen Gegenständen angelegt ist, oder aus einem sorgfaltswidrigen oder gar

808 *Gimbernat* in: FS Roxin, 2001, S. 652, 660.

809 *Gimbernat* in: FS Roxin, 2001, S. 652, 661.

810 *Gimbernat* in: FS Roxin, 2001, S. 652, 661.

811 Kritisch auch *Roxin* AT II, § 32 Rn. 139.

812 *Langkeit* in: FS Otto, S. 649, 653.

813 A.A. *Schall* in: FS Rudolphi, S. 267, 268.

814 *Langkeit* in: FS Otto, S. 649, 653.

vorsätzlichen Verhalten des Betriebsangehörigen.⁸¹⁵ Roxin sieht daher den Unternehmensinhaber als verpflichtet an, die Gefahren in seinem Betrieb unabhängig davon zu kontrollieren, aus welcher Quelle sie herrühren.⁸¹⁶ Nichts spreche dagegen, einen Angestellten als Gefahrenquelle anzusehen, soweit nur die konkreten Gegebenheiten des Betriebes die Gefahr der Begehung bestimmter Straftaten durch diesen Betriebsangehörigen mit sich brächten.⁸¹⁷

Auch Welp⁸¹⁸ hat bereits auf die Gefahrschaffung abgestellt, um die Geschäftsherrenhaftung zu begründen. Er stützte diese Verantwortlichkeit ebenfalls auf das Gefährdungspotenzial. Bereits die Betriebseröffnung und seine Fortführung stellten eine gefährliche Vorhandlung dar, weil dadurch fremde Risikohandlungen eröffnet würden. Die Eröffnung des Verkehrs als Veranlassung fremder Risikohandlungen ziehe eine Pflicht zur Abwendung betriebsbezogener Straftaten nach sich. Welp berücksichtigt in seinen Überlegungen durchaus die Problematik der Selbstverantwortung des Handelnden, sieht aber den Grund für die Einstandspflicht im Einzelfall in einer Gefahrenherrschaft. Diese Herrschaft begründet er unter Bezugnahme auf Gallas⁸¹⁹ mit der Verantwortlichkeit, die entstehe, weil der Betriebsinhaber den Risikopotenzialen „in seinem Machtbereich“ Raum gebe.⁸²⁰

Eine in der Begründung ähnliche Position wie Roxin hat Ransiek⁸²¹ bezogen, der die Differenzierung zwischen Sach- und Personalfahren, die Roxin für nicht möglich hält, als weder berechtigt noch sinnvoll ansieht. Der Geschäftsherr habe die Pflicht, die gesetzlichen und vertraglichen Vorgaben für seine unternehmerische Tätigkeit einzuhalten. Aus § 13 StGB folge, dass es nicht um die Verhinderung von Straftaten gehe, sondern vielmehr um die Abwendung eines bestimmten Erfolgs. Selbst bei gefährlichen Betriebsmitteln sei nicht die Sache selbst, sondern die Tätigkeit mit dem Betriebsmittel der Gefahrenherd, den es einzudämmen gelte. Es gehe daher nicht um die Verantwortlichkeit für „statische Zustände“, sondern für „komplexere rechtlich normierte Organisationen oder organisierte Tätigkeiten“. Unbedeutend sei, ob das Unternehmen „per se gefährliche“ Waffen oder aber Fahrräder produziere.⁸²² Der Inhaber eines Spielkasinos habe die Straftaten eines Croupiers zu unterbinden, aber nicht, weil er für dessen Fehlverhalten verantwortlich sei, sondern weil er die Gefahrenquelle „Spielbetrieb“ zu überwachen habe. Dabei sei es irrelevant, ob das Spielgerät schadhaft

815 Schall in: FS Rudolphi, S. 267, 277 f.; vgl. auch Fischer, § 13 Rn. 70.

816 Roxin AT II, § 32 Rn. 137.

817 Roxin AT II, § 32 Rn. 137.

818 Welp Vorangegegangenes Tun, S. 235 ff.

819 Gallas Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 35.

820 Welp Vorangegegangenes Tun, S. 238.

821 Ransiek Unternehmensstrafrecht, S. 36.

822 A.A. jedoch die wohl herrschende Lehre, vgl. die Nachweise bei Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 166.

ist und zu Vermögensschäden bei den Gästen führt oder der Angestellte die Gäste betrügt.⁸²³ Jedoch lehnt *Ransiek* eine pauschale Verantwortlichkeit von Vorgesetzten für Fehlverhalten innerhalb des Unternehmens ab und macht den Umfang der Pflichten von Betriebsinhabern und Geschäftsherren ebenso wie *Brammsen* von der Bedeutung des gefährdeten Rechtsguts abhängig.⁸²⁴

Nach diesen Ansätzen für die Geschäftsherrenhaftung, die die Gefährschaffung in das Zentrum der Betrachtung stellen, ist eine spezifische Pflicht zur Verhinderung von Straftaten Untergebener nach diesen Ansätzen deswegen nicht zu begründen, weil eine solche eigenständige Verantwortlichkeit für fremdes Verhalten nicht erforderlich erscheint. Danach ist der Prinzipal für alle Sachgefahren verantwortlich, mögen sie auch durch pflichtwidriges Handeln der Untergebenen ausgelöst werden. Die Begrenzung der Garantenstellung des Geschäftsherrn hat nach *Ransiek* ebenso wie nach der Auffassung der meisten Befürworter der Geschäftsherrenhaftung – ebenso auch jüngst der Bundesgerichtshof⁸²⁵ – durch das Kriterium der Betriebsbezogenheit zu erfolgen, so dass den Geschäftsherrn eine Einstandspflicht nicht für allgemeine, sondern nur für spezifisch betriebliche Gefahren trifft. Zudem sei in diesem Zusammenhang der Vertrauensgrundsatz zu beachten.

Der grundsätzlichen Gleichsetzung von Sach- und Personalfahr, die für Letztere nur eine Haftung bei besonders gefährlichen Betriebstätigkeiten annimmt,⁸²⁶ ist *Spring* entgegengetreten. Er hat ausgeführt, dass die Ansätze von *Roxin*, *Langkeit* und *Ransiek* zwar elegante und scheinbar gerechte Lösungen versprechen, aber deswegen nicht überzeugen können, weil die materielle Legitimation der Einstandspflicht bei Sachgefahren und Personalfahren zu unterschiedlich sei.⁸²⁷ Hinsichtlich der Sachgefahren aus einem Betrieb sei die Überwachung ein „soziales ‚Muss‘“, da gefährliche Sachen „auf kurz oder lang zwangsläufig“ zu Schäden an Rechtsgütern führen, wenn sie nicht überwacht werden. Daher müsse sich jeder Mensch, der sich im Einflussbereich eines anderen bewege, im Interesse eines geordneten Zusammenlebens darauf verlassen können, dass Gefahrenquellen aus dem fremden Herrschaftsbereich abgesichert werden. Diese Verkehrssicherungspflicht müsse aufgrund ihrer elementaren Bedeutung zudem strafbewehrt sein. Für eigenverantwortlich handelnde Unternehmensmitarbeiter sei das jedoch anders zu bewerten, weil diese eigenständige Normadressaten seien und der Normappell sich allein an die handelnde Person richte, die diesem

823 *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 36.

824 *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 41.

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

826 *Jakobs* AT, 29/34; *Jescheck* in: Leipziger Kommentar¹¹, § 13 Rn. 45; *RudolphStein* in: SK-StGB § 13 Rn. 28, 35a; *Weigend* in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 56; *Bosch* Organisationsverschulden, S. 191 f.; *Heine* Verantwortlichkeit, S. 119 f.; *Otto* Jura 1998, S. 409, 411; *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 166 ff.

827 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 166 f.

auch regelmäßig nachkomme, so dass die Strafbarkeit Dritter – des Geschäftsherrn – nicht erforderlich sei.⁸²⁸ Daher sei die Pflicht zur Aufsichtsführung über eine dritte Person in einem modernen Rechtssystem nur die Ausnahme.⁸²⁹ Auf dieser Basis sei es an den Vertretern der Auffassung einer einheitlichen Betriebsmittelhaftung, die Vergleichbarkeit der Sach- und der Personalhaftung zu begründen. Dies sei ihnen jedoch bislang nicht gelungen.⁸³⁰

Diese Argumentation überzeugt jedoch deswegen kaum, weil sie von einer Prämisse ausgeht, die die Vertreter der einheitlichen Gefahrenhaftung nicht anerkennen: Der Normappell richtet sich nicht allein an den Mitarbeiter, der die Straftat begeht, sondern – wenn man dem Ansatz der einheitlichen Gefahrkontrolle folgt – auch an den Betriebsinhaber. *Spring* geht also bei der Bewertung des Ansatzes von einer unzutreffenden Argumentationsbasis aus. Das zeigt auch seine These, die Anhänger der Haftung für die einheitliche betriebliche Gefahr müssten darlegen, warum ausnahmsweise eine Aufsicht für Dritte, eigenverantwortliche Personen haftungsrelevant sein könne. Der Ansatz, den die einheitliche Verantwortlichkeit für Betriebsgefahren zugrunde legt, ist gerade der, dass es nicht um Aufsicht über eine Person, sondern über eine Gefahr aus dem Betrieb geht. Wenn diese Gefahr durch eine Person ausgelöst wird, so ändert dies nichts an der Grundannahme, dass es sich nicht um eine Haftung für eine Aufsichtspflichtverletzung, sondern für einen Erfolg handelt. Damit sind jene „*Grundlagen der Garantendogmatik*“, die *Spring*⁸³¹ verletzt sieht, überhaupt nicht berührt. Die Kritik basiert auf der zweifelhaften Annahme, die Haftung für die Betriebsgefahr gründe sich auf eine strafrechtsdogmatisch selbstständige Pflicht zur Aufsicht über den unmittelbar handelnden Mitarbeiter. Ebenso wenig plausibel ist das Argument, das *Spring* dem Ansatz von *Welp* entgegengehalten hat: Eine Ingerenzhaftung setze ein pflichtwidriges oder zumindest sozialinadäquates Handeln bei der Schaffung der Gefahrenquelle voraus.⁸³² Die Kritik geht jedoch fehl, weil *Welp* im Hinblick auf die Betriebseröffnung nicht auf die Begründung der Einstandspflicht durch Ingerenz eingeht. Es handelt sich bei seinem Ansatz um einen auf jegliche betriebliche Gefahrschaffung abstellenden Lösungsweg, der ebenso gangbar erscheint wie die Ansätze von *Roxin*, *Langkeit* oder *Ransiek*.

Strafrechtsdogmatisch problematisch ist allerdings der von *Brammsen* und *Ransiek* angeführte Gedanke, das Bestehen einer Garantenstellung des Geschäftsherrn hänge von der Bedeutung des Rechtsguts ab, dem die Gefahr drohe. Denn diese Überlegung bedeutet eine Durchbrechung des insbesondere von

828 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 167; vgl. ferner *Neudecker* Verantwortlichkeit, S. 77.

829 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 167 f. m.w.N.

830 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 168.

831 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 168.

832 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 171 f.; vgl. auch die Nachweise bei *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 30.

*Tiedemann*⁸³³ dargelegten Grundsatzes der Rechtsgutsneutralität des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs bzw. der Allgemeinen Lehren. Die Garantenstellung bestimmt sich nicht nach dem konkreten Rechtsgut, dessen Verletzung droht, sondern nach dem Bestehen der Schutzzweckidentität zwischen Rechtsgut einerseits und der Schutzaufgabe des potenziellen Garanten andererseits. Wollte man nun die Frage der Geschäftsherrenhaftung von der Pflicht zur Beherrschung von Gefahren für bestimmte, besonders relevante Rechtsgüter abhängig machen, so müsste dies wohl im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs bestimmt werden. Eine Lösung über § 13 StGB würde zu einem strafrechtsdogmatischen, vielleicht sogar zur einem verfassungsrechtlichen Bruch führen.

(ee) „Rückwirkung des Verhaltens auf den Organisationskreis“

Jakobs hat einen eigenständigen, auf seiner Zurechnungsdogmatik über den Organisationskreis⁸³⁴ und damit einer entsprechenden Einteilung der Garantenstellung basierenden Ansatz zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung gewählt. Dieser Lösungsweg steht der einheitlichen Haftung für Betriebsgefahren durch den Betriebsinhaber in den zuvor dargestellten Ausprägungen jedoch sehr nahe:

Jakobs unterscheidet zwischen der Garantenstellung aus der Verantwortlichkeit für die Gestaltung eines Organisationskreises, aus der sich die „*Einstandspflicht kraft Organisationszuständigkeit*“⁸³⁵ ergebe, und der Verantwortlichkeit aufgrund einer Pflicht zur zuwendenden Leistung, aus der die „*Pflichten kraft institutioneller Zuständigkeit*“ folgen.⁸³⁶ Eine Pflicht zur Sicherung „*wegen eines gefährlichen, insbesondere deliktischen Verhaltens anderer Personen*“ kann sich nach *Jakobs* kraft Organisationszuständigkeit ergeben. Dazu müsse der Organisationskreis der potenziellen Garanten mit dem desjenigen, der die gefährliche Handlung vornimmt, in spezifischer Weise verbunden sein,⁸³⁷ weil der potenziell Einstandspflichtige an der Tat des unmittelbar Handelnden – im technischen Sinne von § 28 Abs. 1 StGB – beteiligt ist,⁸³⁸ da dieser eine gefährliche Sache des möglichen Garanten benutzt oder eine von diesem geschaffene gefährliche Situation ausnutzt. Ferner kann die besondere Beziehung in einer Herrschaft des potenziell Verantwortlichen über den unmittelbar Handelnden oder in einer Rückwirkung des Verhaltens des unmittelbar Handelnden auf den Organisationskreis des potenziellen Garanten liegen.

833 *Tiedemann* in: FS Baumann, S. 7 ff.; vgl. ferner hier S. 309 f.

834 *Jakobs* AT, 7/56 ff.

835 *Jakobs* AT, 29/29 ff.; vgl. auch *ders.* System, S. 34 ff.

836 *Jakobs* AT, 29/28.

837 *Jakobs* AT, 29/32.

838 *Jakobs* AT, 29/33.

Da *Jakobs* eine Haftungsbegründung durch ein Autoritätsverhältnis ablehnt, kommen zur Begründung einer Geschäftsherrenhaftung nur zwei Ansätze in Betracht: Entweder betrachtet man die Tätigkeit des Mitarbeiters im Unternehmen bereits als das Benutzen einer gefährlichen Sache des Garanten oder das Ausnutzen einer von diesem geschaffenen gefährlichen Situation oder man sieht die Tat des Mitarbeiters als Rückwirkung auf den Organisationskreis des Unternehmers an. *Jakobs* scheint Letzteres bei der Beantwortung der Frage nach der Geschäftsherrenhaftung für wichtiger zu halten, führt er doch aus, dass diese Konstellation insbesondere für den Betriebsinhaber bedeutsam sein könne.⁸³⁹ Zwar habe dieser hinsichtlich des Verhaltens seiner Arbeitnehmer kein *Gestaltungsrecht*, weil die Angestellten unter Inkaufnahme der arbeitsrechtlichen Konsequenzen jederzeit Anweisungen unbefolgt lassen können. Dennoch habe der Betriebsinhaber die Pflicht, bei einem gefährlichen oder deliktischen Verhalten eines Arbeitnehmers einzugreifen und Schaden zu verhindern. Er habe etwa die Auslieferung giftiger Stoffe oder die verkehrswidrige Verwendung von Kraftfahrzeugen des Unternehmens zu unterbinden. Denn Handlungen im Rahmen des Betriebes sind stets Handlungen im Organisationskreis des Betriebsinhabers. Im Kontext dieser Pflichten hafte der Unternehmer zwar nicht für „das Verhalten des anderen selbst, wohl aber für die durch das Verhalten bewirkte Ausgestaltung seines Organisationskreises“, solange durch die fragliche Handlung (noch) seine Geschäfte organisiert werden.⁸⁴⁰ Dies sei etwa dann der Fall, wenn der Mitarbeiter Produkte zur Auslieferung bringt, deren Gebrauch schädigt, aber auch beim Abschluss rechtswidriger Geschäfte im Namen des Betriebsinhabers. Durch diesen Bezug zum betrieblichen Organisationskreis seien aber solche Straftaten aus dem Bereich der Einstandspflicht ausgeschlossen, die nur *gelegentlich* der Tätigkeit im Betrieb begangen würden, wie etwa das Benutzen einer betrieblichen Lagerhalle als Sprengstofflager durch „*anarchistisch gesinnte Mitarbeiter*“.⁸⁴¹

Mit diesem Ansatz hat sich vor allem *Spring* auseinandergesetzt und ihn als nicht weiterführend verworfen.⁸⁴² Jedoch überzeugt die Argumentation *Spring*s insofern nicht völlig. Er setzt sich zur Widerlegung des Ansatzes von *Jakobs* insbesondere mit dem Beispiel des „*Abschlusses rechtswidriger Geschäfte*“ auseinander und kommt zu dem Ergebnis, dass der Abschluss rechtswidriger Verträge allein noch keine Gefahren schaffe, die der Betriebsinhaber abzuwenden habe. Dieses Fazit ist jedoch im vorliegenden Zusammenhang nur bedingt hilfreich. Denn wird außer dem Geschäftsabschluss keine weitere Handlung vorgenommen und ist der Geschäftsabschluss als solcher nicht strafbar – eine Strafbarkeit des Vertragsabschlusses ist gerade im Korruptionsstrafrecht aber durchaus denkbar –

839 *Jakobs* AT, 29/36.

840 *Jakobs* AT, 29/36.

841 *Jakobs* AT, 29/36.

842 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 174 ff.

und begründet er schließlich – wie *Spring* meint – auch unmittelbar keine Gefahr für Rechtsgüter, dann kommt es auf die Frage der Einstandspflicht nicht an. Der Geschäftsherr hätte ohnehin keine Gefahr abzuwenden. Die Frage nach einer Unterlassensstrafbarkeit stellt sich also nicht. Geht aber vom Vertragsschluss selbst bereits eine Gefahr für ein Rechtsgut aus – und das scheint *Jakobs* vorauszusetzen –, so kann auch eine Einstandspflicht zum Unterbinden der Handlung entstehen, die zum Vertragsabschluss führt. Dies berücksichtigt *Spring* insbesondere bei der Wahl seiner Beispiele⁸⁴³ nicht hinreichend.

(ff) Pflicht zur gefahrmindernden Gestaltung des eigenen Organisationsbereichs

Ebenfalls in die Kategorie der auf die Gefahrbeherrschung abstellenden Lösungsansätze kann die Theorie von der Pflicht zur gefahrmindernden Gestaltung des eigenen Organisationskreises eingeordnet werden: *Bosch* hat sich deutlich gegen eine eigenständige Geschäftsherrenhaftung als Vorgesetztenverantwortlichkeit ausgesprochen und schon den Begriff der *Geschäftsherrenhaftung* als irreführend angesehen, weil er unterschiedlichste Garantenpositionen – wie zum Beispiel Herrschaft über Sachgefahren, Beschützerpflicht gegenüber dem Unternehmen, Ingerenzansatz im Produkthaftungsrecht etc. – vereine und durch die damit verbundene Pauschalierung die jeweiligen haftungsbegrenzenden Besonderheiten der Einstandspflichten vergessen lasse.⁸⁴⁴ Diese Kritik dürfte jedoch insofern eher untergeordnete Bedeutung haben, als sie sich mehr auf die fehlende Exaktheit der Begrifflichkeit als auf einen Mangel der Sache selbst bezieht.⁸⁴⁵

Doch auch die Geschäftsherrenhaftung im engeren Sinne, also als Vorgesetztenhaftung, kritisiert *Bosch* als misslich⁸⁴⁶ und wendet sich gegen eine einheitliche Begründung von betriebsbezogenen Aufsichtspflichten gegenüber Dritten.⁸⁴⁷ *Bosch* legt diesen Fallgestaltungen dagegen eine Haftung für die Verletzung der Pflicht zur „*gefahrmindernden Gestaltung des eigenen Organisationskreises*“⁸⁴⁸ zugrunde. Er geht – entgegen der wohl herrschenden Ansicht⁸⁴⁹ – davon aus, dass die Mitarbeiter eines Unternehmens mit ihrer Tätigkeit nicht nur derivativ von den Pflichten des Geschäftsherrn abgeleitete, sondern auch originäre Pflichten erfüllen müssen.⁸⁵⁰ Diese eigenständigen Pflichten seien jedoch nicht unabhängig von den abgeleiteten Pflichten, vielmehr fänden sie in diesen ihre Grenzen. Auf

843 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 176.

844 *Bosch* Organisationspflichten, S. 158 f., 161, 166; vgl. auch *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 53a.

845 Vgl. *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 177.

846 *Bosch* Organisationspflichten, S. 146 f.

847 *Bosch* Organisationspflichten, S. 150.

848 *Bosch* Organisationspflichten, S. 219.

849 Vgl. nur BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 ff. (Rn. 23); *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 881, 986.

850 Ähnlich *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 38; wohl auch *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 31.

der Führungsebene eines Unternehmens wandelten sich die Aufsichts- und Sicherungspflichten in eigenständige Organisationspflichten.⁸⁵¹ Für die Geschäftsherrenhaftung sei allein maßgebend, ob diese Pflicht zur gefahrmindernden Organisation verletzt wird und die eingetretene Rechtsgutsverletzung sich „auf strukturelle Organisationsmängel zurückführen läßt“.⁸⁵² Ob die Rechtsgutsverletzung auf einer Straftat des Arbeitnehmers beruhe, sei dagegen von Relevanz.

Gegen den Lösungsansatz von *Bosch* und seine Formel der Pflicht zur gefahrmindernden Gestaltung hat *Spring* eingewandt, sie sei zu unbestimmt, um tatsächlich einen Fortschritt in der Frage nach der dogmatisch belastbaren Begründung der Geschäftsherrenhaftung für Personalfahren zu leisten. Er gibt allerdings zu, *Bosch* habe zu Recht auf das Problem der zu pauschalierten Begründung der Geschäftsherrenhaftung hingewiesen und betont, dass eine exakte Prüfung der Einstandspflicht in jedem Einzelfall notwendig sei.⁸⁵³

(gg) Geschäftsherrenhaftung als Korrelat zur Wahrnehmung des Rechts zur wirtschaftlichen Betätigung

Ebenfalls in den Bereich der vornehmlich gefahrorientierten Ansätze wird man die Überlegungen von *Bottke*, *Hoyer* u.a. einordnen können. Sie haben die Möglichkeit der Betätigung „auf Kosten der Allgemeinheit“ als Argument zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung genannt. So hat *Bottke* den Grund für das Verhindern-Müssen auch in dem Gebot der „sozialen Fairness“ gesehen.⁸⁵⁴ Sie rechtfertigt es, dem Unternehmer als Ausgleich für die ihm zugestandene Möglichkeit einer potenziell gefährlichen privatwirtschaftlichen Tätigkeit, die Verhinderung bestimmter Gefahren abzuverlangen. Die strafbewehrte Risikoabsicherungspflicht sei damit die Gegenleistung zur Freiheit der gefährlichen wirtschaftlichen Betätigung. *Bottke* stellt zudem weniger auf die Straftat oder den Tatbestand als vielmehr auf die Beziehung der Tathandlung zum Betrieb ab und fordert damit zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung eine objektive oder zumindest beabsichtigte Betriebsnützlichkeit der strafbaren Handlung.⁸⁵⁵ *Hoyer* argumentiert zur Begründung der Geschäftsherrenhaftung ähnlich, wenn er in der privatwirtschaftlichen Betätigung eine „potentielle Gefahr für das Recht“ erkennt, die durch eine verstärkte Gefahrabwendungspflicht ausgeglichen werden muss.⁸⁵⁶

851 *Bosch* Organisationspflichten, S. 219.

852 *Bosch* Organisationspflichten, S. 224 f.; vgl. aber auch *Ransiek* Unternehmensstrafrecht, S. 36.

853 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 178 f.

854 *Bottke* Haftung, S. 23 ff.; zust. auch *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 56 m.w.N.

855 *Bottke* Haftung, S. 69; vgl. auch *Köhler* AT, S. 223.

856 *Hoyer* Verantwortlichkeit, S. 32; ähnlich auch *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 613.

Gegen den Ansatz der Geschäftsherrenhaftung als Korrelat der wirtschaftlichen Freiheit hat sich *Dous* ausgesprochen. Er sieht diese Lösung als in mehrerlei Hinsicht „*nicht konsequent zu Ende gedacht*“ an. Dem Unternehmen entstehe aus Straftaten nicht stets ein wirtschaftlicher Vorteil, erst recht nicht dem Führungspersonal, das meistens zu einem festen Gehalt angestellt sei.⁸⁵⁷ Doch greift dieser Einwand insofern zu kurz, als es nicht um die Haftung als Ausgleich für einen bestimmten, konkretisierbaren Vermögensvorteil geht, den die Vertreter dieser Geschäftsherrenhaftung als normativen Gegenpol zur Ausübung wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit im Auge haben. Vielmehr soll die Haftung auf dem Gedanken des Ausgleichs für die wirtschaftliche oder sonstige Betätigungsmöglichkeit als solcher basieren. Da zudem die Garantenstellung der jeweils haftenden Personen, des Vorgesetzten, nicht originär begründet werden soll, sondern sich von der des Geschäftsherrn ableiten muss, kommt es auf die Frage, in welcher Hierarchieebene sich der Haftende befindet, letztlich nicht an.⁸⁵⁸

Auch die Kritik, ein Nutzen-Lasten-Ausgleich habe ausschließlich über das Zivilrecht stattzufinden,⁸⁵⁹ überzeugt nicht. Mögen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs oder Produkthaftungsrechts auch Ausgleichsvorschriften beinhalten, so ändert dies nichts daran, dass dem Strafrecht ebenfalls die Funktion der Absicherung des rechtlich begründeten Ausgleichs von Freiheitsinteressen zukommt. Daher steht die zivilrechtliche Ausgleichsfunktion einer strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung wegen der Inanspruchnahme von Freiheiten, die zu Gefahren für andere führen, keineswegs entgegen.

Das ebenfalls gegen den hier erörterten Ansatz vorgebrachte Argument, ein allgemeiner Grundsatz, dass „*jedes privatnützige egoistische Verhalten ... zugleich eine strafbewehrte Garantenpflicht zur Folge haben*“⁸⁶⁰ müsse, existiere nicht, ist zwar tragfähiger; *Dous* hält die Annahme eines solchen Grundsatzes zu Recht für sehr vage.⁸⁶¹ Doch letztlich wird ein so allgemeiner Grundsatz diesem Konzept der Geschäftsherrenhaftung auch nicht zugrunde gelegt.⁸⁶² Ausschlaggebend ist vielmehr, dass auch eine eigennützige Tätigkeit keine Garantenstellung und damit keine Einstandspflicht begründen kann, solange von der Tätigkeit keine Gefahr für die Rechtsgüter Dritter ausgeht. Daher kommt es letztlich weniger auf die wirtschaftliche Betätigung im Eigeninteresse an, als mehr auf die durch die Betätigung geschaffene Gefahr. Dies haben aber auch die oben genannten

857 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 186 f.; vgl. auch *Heine* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 119; *Bosch* Organisationsverschulden, S. 178.

858 So aber *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 186 f.

859 Vgl. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 187 f.; *Bosch* Organisationsverschulden, S. 179 f.; vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen das Zivilrecht das Strafrecht bei der Bekämpfung von Fehlverhalten ersetzen kann *Tiedemann* Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 34 f.2.

860 *Bosch* Organisationsverschulden, S. 175.

861 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 187.

862 Vgl. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 187.

Vertreter dieser Auffassung anerkannt, stellen sie doch auf die erhöhte Gefahrschaffung durch den Betrieb ab. Damit handelt es sich bei dem Argument der sozialen Fairness nicht um einen eigenständigen Ansatz, sondern vielmehr um eine Rechtfertigung und Unterstützung des Gefahrenansatzes: Wer zur Verfolgung eigener (wirtschaftlicher) Interessen Gefahren für die Rechtsgüter anderer schafft, soll auch für die Verhinderung ihrer Realisierung haften, notfalls auch strafrechtlich.⁸⁶³

- (e) Verfassungsrechtliche Bewertung der Rechtsfigur der strafrechtlichen Geschäftsherren- bzw. Vorgesetztenverantwortlichkeit als Ausfüllung von § 13 StGB

Aufgabe der vorangegangenen Sichtung der Literatur zur Geschäftsherrenhaftung war die Beantwortung der Frage, ob der persönliche Anwendungsbereich des § 13 StGB in diesem Kontext durch die Lehre in verfassungsrechtlich hinreichender Weise konkretisiert werden kann, so dass die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG erfüllt werden. Zu diesem Zweck wurden die Ansätze für eine Legitimation der Vorgesetztenverantwortlichkeit in der Literatur skizziert.

Insofern kann festgestellt werden, dass die Ansätze, die auf die faktische Autorität des Geschäftsherrn oder Vorgesetzten abstellen, mit der Lenkungsgewalt durch das Weisungsrecht zwar eine Lösung anbieten können, die hinreichende verfassungsrechtliche Bestimmtheit aufweist. Ob der Normadressat Weisungs- oder Verhinderungsgewalt innehat und damit über faktische Steuerungsmacht verfügt, kann er nämlich selbst relativ leicht einschätzen und damit auch feststellen, ob eine Garantenstellung besteht. Jedoch ist dieser Lösungsansatz so heftig umstritten, dass eine Auslegung des § 13 StGB, die auf dieser Lösung basiert, kaum eine zuverlässige Grundlage einer Beurteilung der Strafbarkeit schaffen kann. Daher kann die verfassungsrechtliche Ausgangsfrage mangels anderweitiger Vorgaben aus dem Gesetz oder der Rechtsprechung wohl nur dann positiv beantwortet werden, wenn die Kriterien, die sich als „kleinster gemeinsamer Nenner“ der Literaturbetrachtung ergeben, noch eine zuverlässige Beurteilung der Strafbarkeit zulassen.

Zwar hat die Legitimation der Geschäftsherrenhaftung für die Frage der verfassungsrechtlichen Bestimmtheit keine unmittelbare Relevanz; dennoch soll sie hier wegen ihrer mittelbaren Auswirkungen betrachtet werden. Denn eng mit der Frage der Legitimation der Garantenstellung verbunden ist die Frage nach ihrer Herleitung und damit auch ihrer Übertragung, aus der sich der persönliche Anwendungsbereich erschließen kann. Die Kenntnis des Ursprungs der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn kann wichtigen Aufschluss über die Möglichkeiten

863 Vgl. auch Konu Garantenstellung, S. 169; Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 991.

einer Übertragung, Überleitung oder Entstehung bei weiteren Entscheidungsträgern im Unternehmen geben. Diese Überlegungen könnten zur Entwicklung eines hinreichend sicheren, weil subsumierbaren Vorgesetztenbegriffs führen. Die Zuverlässigkeit dieser Begriffsbildung ist jedoch von der Anerkennung in der Rechtsprechung oder zumindest einer weitgehenden Einigkeit in der Lehre abhängig.

Die Betrachtung der Begründungsansätze für eine strafrechtliche Einstandspflicht zur Verhinderung der Straftaten von Betriebsangehörigen lässt zunächst die Feststellung zu, dass sich als roter Faden durch alle Begründungsansätze und die Judikatur nur das vornehmlich als begrenzendes Kriterium eingesetzte Element der *Betriebsbezogenheit* der Rechtsgutsverletzung durch den Untergebenen zieht: Allenfalls zur Verhinderung von betriebsbezogenen Verfehlungen soll der Geschäftsherr auf Posten gestellt sein. In diesem Merkmal der Geschäftsherrenhaftung ist jedoch weniger ein normatives Korrektiv als vielmehr die Grundlage der Verantwortlichkeit des Prinzipals überhaupt zu sehen. Die Beschränkung der Verantwortlichkeit auf betriebsbezogene Handlungen Untergebener wird nicht von außen an die Geschäftsherrenhaftung als Korrektiv herangetragen, sondern liegt ihr notwendig zugrunde und grenzt dadurch bestimmte Handlungen bereits strukturell aus dem Anwendungsbereich der Einstandspflicht aus. Durch die Betriebsbezogenheit muss also nicht eine ansonsten zu weite Geschäftsherrenhaftung eingegrenzt werden; vielmehr ist der Betriebsbezug Grundlage der Legitimation dieser Haftung und verfassungsrechtlich notwendige Grenze gleichermaßen.⁸⁶⁴

(aa) Vertrauen als Variable für die Gefahrerhöhung in der Judikatur

Durch diese zentrale Stellung des Merkmals der Betriebsbezogenheit als Grundlage der Haftung wird deutlich, dass sie Grund und Grenzen der Verantwortlichkeit bestimmt. Nur die Herbeiführung eines rechtsgutsverletzenden oder -gefährdenden Erfolgs aus dem betrieblichen Umfeld kann eine strafrechtliche Haftung des Betriebsinhabers begründen.⁸⁶⁵ Daher kann auch nur eine von einem Mitarbeiter begangene Rechtsgutsverletzung, in der sich Gefahren aus dem Betrieb verwirklichen, eine Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn begründen. Damit wird deutlich, dass sich auch in der Begehung von Straftaten aus dem Unternehmen Gefahren realisieren, die in dem konkreten Betrieb angelegt sind, wie der Sachverhalt der oben erörterten Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe zeigt.⁸⁶⁶

864 Vgl. BGH, Urt. v. 20.10.2012 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 47 f.

865 BGH, Urt. v. 20.10.2012 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 45 ff.

866 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281 ff.

Wer ein Unternehmen mit Kundenservice betreibt, schafft die nahe liegende Gefahr, dass durch die Tätigkeit seiner Mitarbeiter ein Schaden an Rechtsgütern seiner Kunden verursacht wird. Auch das Risiko einer durch einen Mitarbeiter vorsätzlich herbeigeführten strafbaren Rechtsgutsverletzung entsteht bereits durch die Eröffnung des Betriebs und die Übernahme eines Auftrags. Jedoch wird diese Gefahrschaffung regelmäßig hingenommen, weil die von dem Unternehmer angebotenen Dienste von der Rechtsgemeinschaft gewünscht sind oder sogar benötigt werden. Zudem weiß auch der Kunde um die grundsätzliche Möglichkeit, dass seine Rechtsgüter verletzt werden können, wenn der Unternehmer seine Mitarbeiter zum Einsatz bringt. Der Leistungsempfänger ebnet dennoch den Weg zur Dienstleistung, der auch über die Verletzung seiner Rechtsgüter führen kann, weil er die Dienste des Unternehmers in Anspruch nehmen will. Er geht das Risiko ein, weil er in der Regel zum einen darauf vertraut, dass die Mitarbeiter, die der Geschäftsherr zur Erfüllung der eigenen Leistungspflicht zu dem Vertragspartner entsendet, keine Straftaten zu dessen Nachteil begehen werden, und zum anderen davon ausgeht, der Einfluss des Geschäftsherrn werde solche Taten verhindern.

Insofern entsteht durch die Öffnung der Rechtsgutssphäre des Kunden für Eingriffe des Unternehmers durch das Gefährden-Lassen ein erhöhtes Risikopotenzial. Diese Risikoerhöhung ist das Substrat der strafrechtlichen Garantenhaftung, die Basis der Einstandspflicht. Dadurch, dass der Kunde sich auch im Interesse des Unternehmers „verwundbar“ macht, ist er besonderen Schutzes durch die Rechtsgemeinschaft würdig und bedürftig. Zwar verneint das Oberlandesgericht Karlsruhe letztlich die Garantenstellung, begründet dies – und damit auch die mangelnde besondere Schutzwürdigkeit – aber nicht mit fehlendem Vertrauen des Kunden, sondern mit der mangelnden Betriebsbezogenheit des durch den Untergebenen vorgenommenen Eingriffs in die Rechtsgüter des Kunden und damit mit dem Fehlen des spezifischen Gefahrezusammenhangs zwischen erhöhter Schutzwürdigkeit und Schadenseintritt: Der Täter hatte die Tat nicht während der Arbeit begangen, sondern war nach Abschluss der Arbeit noch einmal in das Haus des Opfers zurückgekehrt. Dieses wusste von der Rückkehr des Täters nichts, vertraute also auch nicht mehr auf den Schutz seiner Rechtsgüter durch den Auftragnehmer.⁸⁶⁷

Ein irgendwie geartetes Vertrauen darauf, nicht das Opfer einer Rechtsgutsverletzung zu werden, kann nicht ausreichen, um die Einstandspflicht zu begründen; ebenso wenig wie es letztlich auf ein diffuses, weil subjektiv gefärbtes *Vertrauen-Dürfen* ankommen kann. Das wird deutlich, wenn man dem Vertrauen in das Unterlassen von Diebstählen durch das Personal von Handwerksbetrieben das allgemeine Vertrauen von Menschen gegenüberstellt, dass ihre Mitmenschen

867 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281, 283.

ihnen in der Not beistehen werden. Zu behaupten, niemand dürfe sich aus Rechtsgründen darauf verlassen, dass ihm in einer Notsituation geholfen werde, ist im Hinblick auf § 323c StGB ersichtlich problematisch. Selbst wenn man aus der Vorschrift über die unterlassene Hilfeleistung keinen individuellen Anspruch im Sinne eines subjektiven Rechts auf Nothilfe herleiten kann,⁸⁶⁸ ändert dies nichts daran, dass eine entsprechende Hilfspflicht besteht. Dass der unterlassenen Hilfeleistung als Delikt dennoch keine Einstandspflicht im Sinne des § 13 StGB zugrunde liegt, ergibt sich aus dem Rechtsgutsbezug: Der Einzelne ist aus § 323c StGB nämlich nicht zum *Schutz eines Rechtsguts* und zur Abwendung eines Schadenserfolges verpflichtet, sondern zur *Hilfeleistung* als solcher. Es handelt sich daher um eine *Beistands-*, nicht um eine *Einstandspflicht*.⁸⁶⁹

Der erforderliche Rechtsgutsbezug, den § 13 StGB voraussetzt, entsteht im Falle des Bewachergaranten erst, wenn durch die Gefahrschaffung eine Beziehung zwischen dem Rechtsgut und dem Pflichtigen gegeben ist. Diese Verbindung vermittelt der Geschäftsherr durch seine Annäherung an die Rechtsgüter seines Kunden, der seinen *Schutzwall* gegen Angriffe auf seine Rechtsgüter zum Zwecke der Entgegennahme der Leistung des Unternehmers *senkt*. Eine solche bewusste Preisgabe von Rechtsgütern durch Schutzlosigkeit findet im Hinblick auf die allgemeine Beistandspflicht nicht statt. Gerät ein Rechtsgutsträger in eine Gefahrensituation, so ist ihm jedermann aus § 323c StGB nicht deswegen zur Hilfe verpflichtet, weil der Rechtsgutsträger seine Interessen im Rahmen einer Beziehung zum Helfer einer Gefährdung im Vertrauen auf Rücksichtnahme und Schutz ausgesetzt hat.⁸⁷⁰ Vielmehr stellt die Strafvorschrift die Strafbewehrung einer allgemeinen Hilfspflicht, mithin einer solidarischen Beistandspflicht dar. Der Rechtsgutsträger hat in einer solchen Konstellation zwar möglicherweise darauf vertraut, dass man ihm helfen werde, jedoch stellt dieses Vertrauen nicht das Korrelat einer konkreten Gefahrerhöhung durch den Hilfspflichtigen, sondern nur das Vertrauen in einen allgemeinen zivilisierten Umgang miteinander, in die mitmenschliche Solidarität⁸⁷¹ dar. Dem Hilfsbedürftigen wird lediglich eine Hilfeleistung in Aussicht gestellt, während der Staat demjenigen gegenüber, der durch die Garantienpflicht begünstigt wird, eine strafrechtliche Garantie für die Rettung durch den Pflichtigen abgibt.⁸⁷²

Damit ist das Vertrauen, das insbesondere der Ansatz von *Brammsen*⁸⁷³ bei der Begründung der Geschäftsherrenhaftung in den Mittelpunkt rückt, nicht der unmittelbare Grund für die Einstandspflicht. Das Vertrauen stellt lediglich die

868 Vgl. hierzu *Rudolph/Stein* in: SK-StGB § 323c Rn. 2 m.w.N.

869 Zur Unterscheidung dieser Pflichten voneinander vgl. *Freund* in: MüKo-StGB, § 323c Rn. 7 ff.

870 Vgl. hierzu auch *Haas* ZStW 119 (2007), 519, 525 f.

871 Vgl. *Freund* in: MüKo-StGB, § 323c Rn. 4 f.; ferner *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 30.

872 Vgl. *Schulte* Garantenstellung, S. 20; *Beulke* in: FS Küper, S. 1, 5.

873 *Brammsen* Entstehungsvoraussetzungen, S. 103 ff.

Beziehung des Garanten zu der Gefährdung her, auf der die Garantspflicht basiert. Der Kunde des Unternehmers ist nicht schon besonders schutzbedürftig und schützenswert, weil er auf die Ehrlichkeit und die Achtung der Mitarbeiter und des Unternehmers vor seinen Rechtsgütern vertraut, sondern weil er aufgrund der Durchführung des Vertragsverhältnisses die Gefährdung seiner Rechtsgüter durch das Eindringen in einen geschützten Bereich zulässt, also aufgrund seines Vertrauens das Schutzniveau senkt. Legt man in dieser Weise den Fokus auf die durch das besondere Vertrauen vermittelte Gefährdung, so ergeben sich Konturen, die den vielfach erhobenen Vorwurf einer Beliebigkeit des Vertrauenskriteriums zwar nicht völlig entkräften, aber auf ein hinnehmbares Maß entschärfen können. Das Vertrauen erhält materiellen, bestimmbaren Gehalt und unmittelbaren Rechtsgutsbezug, wenn man nicht mehr danach fragt, ob der Rechtsgutsinhaber vertrauen durfte, sondern ob er aus Gründen, die in der betrieblichen Sphäre des Geschäftsherrn lagen, auf Abwehrmaßnahmen zur Verhinderung von Gefahren für seine Rechtsgüter verzichtet und sich dadurch das Gefährdungspotenzial erhöht hat.

Auch diese gefahrbezogene Betrachtung entbindet nicht von normativen Entscheidungen, insbesondere von der Beantwortung der Frage, inwiefern die Risikoerhöhung betrieblich bedingt und dem Geschäftsherrn zurechenbar gewesen ist. Die Zurechenbarkeit ist letztlich die Kernfrage der Geschäftsherrenhaftung; denn auch wenn es sich bei dieser um eine Unterlassungsverantwortlichkeit handelt, ändert diese doch nichts daran, dass die Haftung ihrem Grunde nach eine Verantwortlichkeit für vorangegangenes gefährliches Tun ist. Das wird daran deutlich, dass keiner der Begründungsansätze, auch soweit auf die durch Autorität begründete „*Herrschaftsgewalt*“ über den Untergebenen im weiteren Sinne abgestellt wird, auf den Rückbezug auf die Betriebseröffnung oder die Aufrechterhaltung des Betriebes durch den Prinzipal verzichten kann.

(bb) Hoheitliche Tätigkeit als Sonderfall der Gefährdung aufgrund von Vertrauen

Dass dieses Vertrauen letztlich nur das Vehikel zur Begründung von Verantwortlichkeit durch Gefahrerhöhung darstellt, die den Grund für die Einstandspflicht bildet, wird an der BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs deutlich. Dort macht der 5. Strafsenat die Garantienstellung im Ergebnis an dem abstrakten Vertrauen der Anlieger in die gesetzmäßige Berechnung der Straßenreinigunggebühren fest. Die Entscheidung setzt sich zunächst vornehmlich mit der Frage auseinander, wie der angeklagte Leiter der Rechtsabteilung und Innenrevision persönlich einstandspflichtig werden konnte. Der Strafsenat konstatiert, dass die Garantienstellung durch eine Übernahme von Aufgaben aus einem bestimmten

Pflichtenkreis entstanden ist.⁸⁷⁴ Auf die Frage, woher diese Aufgaben oder Pflichten stammen, die der Angeklagte übernommen haben soll und die ihn zum Garanten werden ließen, sind nur zwei Antworten denkbar: Entweder leitete die Vereinbarung zwischen ihm und der BSR im Zuge der tatsächlichen Übernahme der ihm zugewiesenen Aufgabenbereiche die Handlungspflicht, die zur strafrechtlichen Einstandspflicht wurde, auf ihn über oder die Garantenpflicht entstand beim Angeklagten selbst. Geht man mit dem Bundesgerichtshof davon aus, dass ein „*Pflichtenkreis*“ übernommen wurde, der Inhalt und Umfang der Garantenstellung bestimmt, so liegt es nahe, eine Überleitung der Garantenstellung und damit eine derivative Einstandspflicht anzunehmen.⁸⁷⁵

Der 5. Strafsenat scheint diese Auffassung zu vertreten, denn er begründet die Garantenpflicht des Angeklagten unter Bezugnahme auf die Aufgaben und die besondere Stellung des Unternehmens, bei dem er beschäftigt war. Der Angeklagte sei – anders als regelmäßig der Leiter der Innenrevision eines privatwirtschaftlich geführten Unternehmens – als Beauftragter der BSR Garant gewesen, weil diese eine Anstalt öffentlichen Rechts sei und sich die vom Angeklagten nicht unterbundene Tätigkeit in dem Bereich der hoheitlichen, vom Anschluss und Benutzungszwang geprägten Tätigkeit des Unternehmens erfolge sei. Diese Tätigkeit unterliege einer besonderen Verpflichtung zum gesetzmäßigen Handeln, welches das „*Kernstück*“ der Tätigkeit der Anstalt öffentlichen Rechts ausmache und die Trennung zwischen den eigenen Unternehmensinteressen und den Interessen außenstehender Dritter nivelliere. Der Bundesgerichtshof stützt damit die Pflicht des Beauftragten für die Verhinderung von Schäden am Vermögen der Anlieger einzustehen, entscheidend auf den Aspekt der hoheitlichen Tätigkeit, ohne jedoch zu konkretisieren, warum dieses Tätigwerden in der hoheitlichen Eigenschaft begründen können sollte, dass die BSR und über sie der Angeklagte im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB einstandspflichtig sein soll. Die Begründung erschöpft sich darin, dass das hoheitliche Handeln den entscheidenden Unterschied zwischen dem „*normalen*“ Innenrevisor und dem Angeklagten als „*juristischem Gewissen*“ der BSR ausmache.⁸⁷⁶

Der Senat stellt in der Entscheidung ausdrücklich fest, dass die Vertragsverhältnisse zwischen der BSR und den Anliegern privatrechtlich ausgestaltet waren. Insofern erscheint der vom Bundesgerichtshof gewählte Begründungsansatz zunächst zweifelhaft; zumindest ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich, warum allein die Eigenschaft der BSR als Anstalt öffentlichen Rechts und die materielle Bewertung ihrer Tätigkeit als hoheitlich eine Pflicht des Beauftragten, das Vermögen der Anlieger zu schützen, zur Folge haben soll. Folgt man dem Bundesge-

874 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49 (Rn. 26).

875 Vgl. Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981, 983 ff.; zust. Konu Garantenstellung, S. 100.

876 Vgl. hierzu Stoffers NJW 2010, 3176 f.

richtshof jedoch hierin, so kann die Garantenstellung ihren Grund nur darin haben, dass die Hoheitlichkeit auf das Verhältnis zwischen Anlieger und BSR in einer Weise ausstrahlt, die über die aufgrund der Klassifizierung als öffentlich-rechtliches oder privatrechtliches Verhältnis zu erwartenden Wirkungen hinausgeht.

In diesem Zusammenhang lohnt es sich, der Frage nachzugehen, wie die BSR-Konstellation – zumindest wohl aus Sicht des 5. Strafsenats – zu beurteilen gewesen wäre, wenn auch das Vertragsverhältnis zwischen der BSR und Anliegern öffentlich-rechtlich ausgestaltet gewesen wäre. Unter Berufung auf das *argumentum a maiore ad minus* fällt die Antwort verhältnismäßig leicht: Wäre ein unrichtiger Gebührenbescheid ergangen, so wären die Zweifel an der strafbewehrten Pflicht des Angeklagten zum Einschreiten gering gewesen. Diese Beurteilung ergibt sich vornehmlich daraus, dass ein Verwaltungsakt, der eine Zahlung von Gebühren anordnet, materiell wie formell eine andere Wirkung hat als die privatrechtliche Gebührenrechnung. Der Gebührenbescheid ist regelmäßig sofort vollstreckbar, weil ein gegebenenfalls erhobener Widerspruch gemäß § 80 Abs. 2 Nr. 1 VwGO keine aufschiebende Wirkung hat und bei unterlassener Anfechtung auch der materiell rechtswidrige Verwaltungsakt in Bestandskraft erwächst. Damit sind die Abwehrmöglichkeiten gegen einen solchen Bescheid deutlich geringer als gegen die privatrechtlich geltend gemachte Forderung über Gebühren für die Straßenreinigung. Man kann daher festhalten, dass das Vermögen eines Anliegers, der mit einem – nicht im Sinne von § 44 VwVfG nichtigen – öffentlich-rechtlichen Gebührenbescheid konfrontiert ist, in einer Weise konkret gefährdet ist, die den Verlust des Vermögenswerts in Höhe des rechtswidrigen Teils der Gebühr als generell naheliegend erscheinen lässt.

Dieser Effekt der Vermögensgefährdung wird durch das grundsätzliche Vertrauen des Bürgers in die Richtigkeit des Verwaltungshandelns und die Hilflosigkeit gegenüber dem Verwaltungsakt zusätzlich verstärkt. Der Adressat eines Gebührenbescheids wird vielfach davon ausgehen, dass der ihm zugestellte Verwaltungsakt inhaltlich richtig ist, weil die Behörden durch Recht und Gesetz gebunden sind. Häufig glaubt er auch, die behördlichen Anordnungen mangels Sach- oder Rechtskenntnis ohnehin nicht überprüfen zu können, oder sieht in einem Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren keine Aussichten, eine Abänderung des Bescheids zu erreichen. Nur in wenigen Fällen entschließt sich der Bürger zur Anfechtung des rechtswidrigen Verwaltungsaktes und dringt dann auch damit durch. Daher begründet bereits der Erlass eines Bescheids, der überhöhte Gebühren ausweist, eine erhebliche Gefahr für das Vermögen des Adressaten.

Dass auch der Gesetzgeber diese Gefährdung gesehen und als strafrechtlich relevant betrachtet hat, ergibt sich bereits aus der Existenz der Strafvorschriften der Gebührenüberhebung (§ 352 StGB) und der Abgabenüberhebung bzw. der Leistungskürzung (§ 353 StGB), mag auch deren rechtspolitische Bedeutung oder

gar Berechtigung zweifelhaft sein, weil § 352 StGB eine „ärgerliche“ Privilegierung von Amtsträgern oder Rechtsbeiständen im Hinblick auf den von der herrschenden Ansicht als nachrangig angesehenen § 263 StGB darstelle.⁸⁷⁷ Der Missbrauch einer Amtsstellung zum Zwecke oder mit der Folge der Herbeiführung einer Vermögensschädigung beim den Amtshandlungen Unterworfenen führt eine Gefährdung der Rechtsgüter des Betroffenen herbei, die dieser nach dem herkömmlichen, preußischen – die Vorschriften des §§ 352, 353 sind im Wesentlichen identisch mit §§ 413, 414 des 2. Teil 20. Titel des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794 (PrALR) – Strafrechtsverständnis als staatlich und damit unabänderlich gegeben hinnimmt.

Aus der Feststellung, dass die Hoheitlichkeit nicht als solche, sondern in ihrer Wirkung als Gefahrenherd für die Rechtsgüter, die von der hoheitlichen Maßnahme in Form des Verwaltungsakts betroffen sind, eine Garantenstellung begründen kann, leitet sich die entscheidende Frage ab, ob dieses Gefährdungspotenzial von der Form, in der hoheitliche Tätigkeit stattfindet, abhängt. Ist also die materielle und formelle Hoheitlichkeit entscheidend für die Begründung der Garantenstellung, oder kann auch eines von beiden ausreichend sein, um eine Garantenstellung entstehen zu lassen?

Es liegt nahe, im Hinblick auf die genannten Gefahrenherde des raschen Vollzugs von Verwaltungsakten und ihrer Eigenschaft, bestandskräftig zu werden, die Gefährdung des Vermögens des Adressaten des Gebührenbescheids als Folge des formellen Verwaltungshandelns anzusehen. Der Bundesgerichtshof hat jedoch offensichtlich eine gewisse Durchschlagswirkung auch der materiell-faktischen Hoheitlichkeit angenommen, als er davon ausging, das privatrechtliche Handeln einer Anstalt des öffentlichen Rechts könne die Garantenstellung des Beauftragten ebenfalls begründen. Wenig stichhaltig erscheint dabei das Argument, durch die besondere Verpflichtung zur Gesetzmäßigkeit der Gebührenberechnung finde quasi eine Verschmelzung zwischen den Interessen der Anlieger und denen der BSR statt. Diese Auffassung führt nämlich zu der dogmatisch kaum noch überzeugend zu beantwortenden Frage, welchen Straftatbestand der Einstandspflichtige durch sein Unterlassen erfüllen könnte. Der Ansatz des Bundesgerichtshofs legt nahe, den Beauftragten als betreuungspflichtig im Hinblick auf das Vermögen des Anliegers anzusehen, soweit er die verschmolzenen Interessen zu wahren hat; damit käme vornehmlich § 266 StGB in Betracht. Daher wäre der Angeklagte in der BSR-Entscheidung dann wohl auch mehr Beschützer als Bewachergarant. Dieser vom Bundesgerichtshof angedeutete Weg führt damit in erhebliche systematische Untiefen.⁸⁷⁸

⁸⁷⁷ Vgl. Fischer, § 352 Rn. 2; vgl. hierzu auch S. 319 ff.

⁸⁷⁸ Ebenfalls mit Zweifeln an diesem Ansatz Stoffers NJW 2010, 3176 f.

Deutlich mehr Ertrag erbringt ein anderer Ansatz, der in der Entscheidung des 5. Strafsenats anklingt: Der Senat stellt fest, dass die Tätigkeit der BSR die „durch den Anschluss und Benutzungszwang geprägte Straßenreinigung“ sei.⁸⁷⁹ Daraus ergibt sich die vom Gericht nicht genannte Folge, dass der Anlieger zwangsläufig mit der extrem komplizierten Berechnung der Tarife für die Straßenreinigung konfrontiert wird, die seiner Kontrolle mangels hinreichender Kenntnisse faktisch entzogen sind. Mögen die Rechtsverhältnisse zwischen der BSR und den Anliegern auch privatrechtlich ausgestaltet gewesen sein, so entwickelt das Zwangsverhältnis zwischen BSR und Anlieger für dessen Vermögen dennoch ein erhebliches Gefährdungspotenzial. Das ergibt sich daraus, dass der Bürger in eine unterlegene Stellung gerät, in der der Schutz seines Vermögens faktisch allein von der Gesetzmäßigkeit des Handelns der Stadtreinigungsbetriebe abhängig ist. Er ist Kalkulationsfehlern oder Missbräuchen weitgehend schutzlos ausgeliefert, weil er zum einen mit der BSR kontrahieren muss und zum anderen die ihm in Rechnung gestellten Gebühren aufgrund regelmäßig fehlender Kenntnis und mangelnder Durchschaubarkeit der Tarifikalkulation und damit auch der Gebührenfestsetzung kaum wirksam kontrollieren kann. Allein deswegen wird er regelmäßig kaum eine andere Wahl haben, als auf die Gesetzmäßigkeit und damit die inhaltliche Richtigkeit der Gebührenrechnung zu vertrauen. Damit ergibt sich die besondere Gefährdung, die eine Einstandspflicht rechtfertigt, aus drei Elementen: dem Anschluss- und Benutzungszwang, der Komplexität der tarifrechtlichen Materie und dem daraus resultierenden Mangel an Kontrollmöglichkeit des Anliegers sowie abschließend der Vertrauen oder Resignation auslösenden Hoheitlichkeit der Tätigkeit der BSR.

Die allgemeine Pflicht eines jeden Amtsträgers zur gesetzmäßigen Ausübung seiner Dienstpflichten allein dürfte, entgegen dem Eindruck, den das Urteil des Bundesgerichtshofs vermitteln mag, nicht hinreichend sein, um die im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB erforderliche rechtsgutsbezogene Einstandspflicht zu begründen. Der Amtsträger ist nicht als Garant auf Posten gestellt, das Vermögen des Bürgers zu schützen, weil er zu gesetzmäßigem Verhalten verpflichtet ist, sondern weil es ihm obliegt, die Rechtsgüter des Adressaten von Verwaltungshandeln vor den Gefahren zu schützen, in die dieser durch die Auswirkungen des formellen oder auch faktischen Subordinationsverhältnisses gerät. Damit kann also auch für die BSR-Entscheidung festgestellt werden, dass nicht die hoheitliche Tätigkeit per se, sondern die von ihr ausgehenden, vom Amtsträger bzw. Beauftragten zu beherrschenden, spezifischen Gefahren für die Rechtsgüter desjenigen, der mit der Leistung in Kontakt kommt, Grund für die Einstandspflicht sind. Die hoheitliche Tätigkeit ist also nur eine Variable, hinter der sich diese Gefahrenherde des

879 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 50 (Rn. 29).

Zwangs, der Unkenntnis und des Vertrauens verbergen, die wiederum die Gefahrerhöhung verkörpern.

(cc) Haftung für sozialadäquate Gefahrschaffung

Ganz offensichtlich wird die Bedeutung der Gefahrschaffung im dritten hier relevanten Fall der Begehung von Straftaten aus dem Unternehmen, dem oben⁸⁸⁰ skizzierten Fall des gefährlichen Speditionssystems des LG Nürnberg-Fürth. Hier stellte das Landgericht fest, der faktische Geschäftsführer einer Spedition habe durch die Erstellung von unter Einhaltung der Lenkzeitbestimmungen unmöglich zu erfüllenden Fahrplänen für die Lastkraftfahrer ein „hochgefährliches System“ geschaffen, welches zwangsläufig die Teilnahme fahruntüchtiger Fahrer am Straßenverkehr zur Folge hatte. Damit habe er eine Dauergefahr für Leib und Leben aller Verkehrsteilnehmer begründet, die unmittelbar an gemeinsamen Verkehrsvorgängen mit den Fahrern beteiligt waren. Hinsichtlich des formell bestellten Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers stellt die Kammer fest, dass er aus seiner Stellung als Organ der juristischen Person die Verpflichtung hatte, das „ihm bekannte rechtswidrige System ... zu unterbinden und für die Einhaltung“ der Vorschriften über die Lenkzeiten „in seinem Betrieb zu sorgen“. Er habe die formalen und faktischen Befugnisse zur rechtmäßigen Organisation innerhalb des Unternehmens besessen und gewusst, dass er das gefährliche Geschehen abstellen konnte und notfalls unter Beendigung der Unternehmenstätigkeit hätte beenden müssen.⁸⁸¹ Die Garantenstellung des formellen Geschäftsführers leitet das Gericht ausdrücklich aus der „organschaftlichen Stellung“ des Angeklagten als Gesellschafter und Geschäftsführer her, aus der sich seine Pflicht ergebe, den Betrieb in einer Weise zu organisieren, die den Lenkzeitvorgaben entspricht und keine vermeidbaren Gefahren für andere Teilnehmer am Straßenverkehr zulässt.

Diese klare Aussage der Kammer ist bemerkenswert. Dies gilt nicht deswegen, weil sie aus der Organstellung des Angeklagten eine Verantwortlichkeit für Gefahren aus dem Betrieb herleitet, sondern weil sie diese Feststellung einer Garantenhaftung des Inhabers oder Organs in den Kontext des gefährlichen Fehlverhaltens eines Unternehmensangehörigen stellt, ohne das Problem der Drittverursachung, also der Straftaten durch Dritte, beim Namen zu nennen. Das Landgericht fragt nicht danach, wer die unmittelbare Gefahr verursacht hat, sondern konstatiert lapidar, der Unternehmer habe seinen Betrieb gesetzeskonform und unter weitestmöglicher Gefahrvermeidung zu organisieren. Diese Feststellung folgt zwar einem entsprechenden, in Judikatur und Literatur anerkannten Grundsatz, macht aber deutlich, dass für das Gericht die Ursache der Gefahrver-

880 Hier S. 146 ff.

881 LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 8.2.2006 – 2 Ns 915 Js 144710/2003, NJW 2006, 1824, 1826.

ursachung letztlich gleichgültig war. Der Geschäftsführer als gesetzlicher Vertreter hat diese Gefahrenquelle zu beseitigen und für die Verhinderung der aus seinem Unternehmen herrührenden, vermeidbaren Schäden einzustehen. Dies gilt nach der Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth auch dann, wenn die unmittelbare Gefahr von dem gefährlichen Verhalten eines Betriebsangehörigen ausgeht. In der Entscheidung wird nicht ausdrücklich angesprochen, dass es sich bei dem Betrieb einer Spedition um ein Unternehmen handelt, das schon ohne Pflichtverletzungen der Leitung oder der Fahrer ein relativ großes Gefahrenpotenzial mit sich bringt, weshalb schon die Tätigkeit als solche die Pflicht des Geschäftsführers zur Gefahrvermeidung auslöst. Die Sachgefahr ist also schon ohne eine zusätzliche Personengefahr nicht unerheblich. Hier wird deutlich, was *Roxin* mit der Nichttrennbarkeit von Sach- und Personengefahren meint. Dementsprechend rückt die Entscheidung auch nicht das Fehlverhalten des faktischen Geschäftsführers in den Blick und fragt nach der Verantwortlichkeit für sein Handeln, sondern setzt sich allein mit der Pflicht zur möglichst ungefährlichen Organisation des Betriebes als solchem auseinander.

Die Frage, ob die verletzten Verkehrsteilnehmer in dem Vertrauen darauf, dass der Unternehmer seinen Betrieb gefahrminimiert organisieren werde, am Straßenverkehr teilgenommen haben, hat die Kammer zu Recht nicht gestellt. Denn ein konkretes Vertrauen der Verkehrsteilnehmer dürfte kaum gegeben oder gar feststellbar sein; die Gefahren durch Lenkzeitüberschreitungen und übermüdete Fahrer sind allgemein bekannt. Es wäre realitätsfern, von einem grundsätzlichen konkreten Vertrauen aller Teilnehmer des Straßenverkehrs in die Erfüllung der gesetzlichen Gefahrminderungsvorgaben durch Speditionsunternehmen auszugehen. Hier kann jedoch ein allgemeines abstraktes Vertrauen der Rechtsgemeinschaft und der staatlichen Verwaltung dahin gehend angenommen werden, dass der Unternehmer seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen werde. Auf einem solchen allgemeinen abstrakten Vertrauen basiert auch die rechtliche Zulässigkeit des Betriebs eines gefährlichen Unternehmens. Die Rechtsgemeinschaft nimmt die Schaffung von Gefahren durch die Aufnahme und Führung eines Betriebes hin, weil die erbrachten Leistungen für notwendig oder nützlich und im Verhältnis zu dem Risiko als hinnehmbar angesehen werden. Nur aus diesem Grund „senkt“ hier die Rechtsgemeinschaft, ähnlich wie der Kunde, der die Mitarbeiter des Unternehmers in sein Haus einlässt, „den Schutzschild“ gegen die Gefahrschaffung; nur dass es sich im Falle des Betriebes um rechtliche Schutzmaßnahmen handelt, auf die verzichtet wird, während der Hauseigentümer tatsächliche Schutzmaßnahmen unterlässt, weil er auf die Redlichkeit des Unternehmers und seiner Mitarbeiter vertraut. Damit wird deutlich, dass es jeweils um Gefahrschaffung einerseits und um den Verzicht auf die Beseitigung oder Verhinderung einer Gefahrenquelle andererseits geht, die die Garantenstellung im Kern begründen.

(dd) Zwischenfazit

Es können damit die beiden Elemente herausgestellt werden, die eine Einstandspflicht des Betriebsinhabers begründen und bestimmen: zum einen die Gefahrschaffung, die in einer Herbeiführung der Gefahr selbst oder in der Herbeiführung der relativen Schutzlosigkeit von Rechtsgütern Dritter liegen kann; zum anderen die tatsächliche Möglichkeit zur Abwendung der Schädigung durch die Gefahr; Letztere allein reicht auch dann nicht, wenn die betreffende Person die einzige ist, die die Gefahr abwenden kann. Dass diese beiden Elemente der Garantenpflicht dem Grunde nach auch von den Befürwortern einer sehr eingeschränkten Überwachungspflicht des Betriebsinhabers für seine Mitarbeiter anerkannt sind, zeigt sich deutlich an der Argumentation *Strees/Boschs*⁸⁸² in der Diskussion um die Garantenstellung des Inhabers von Räumlichkeiten für die Verhinderung darin ausgeführter Straftaten:

„Allein die Gewalt über einen bestimmten Herrschaftsbereich gibt keinen hinreichenden Grund ab, dem Gewaltinhaber schlechthin die Pflichten eines Ordnungshüters beizulegen. Ein solcher Grund lässt sich auch nicht darin erblicken, dass der Hausfrieden besonderen Schutz genießt und Eingriffe von öffentlicher Hand besonderen Kautelen unterworfen sind, mithin die Möglichkeit anderweitiger Hilfe faktisch und rechtlich erheblich eingeschränkt ist ... Aus den für eine Garantenstellung angeführten Gesichtspunkten lässt sich vielmehr erst dann eine spezielle Rechtspflicht zum Einschreiten ableiten, wenn der Herrschaftsbereich zu einem maßgeblichen Faktor für die Durchführung einer Straftat oder für die Sicherung des Taterfolgs wird ... Die Wohnung muss vermöge ihrer Eigenart in dem konkreten Ablauf der Straftat eine Rolle spielen ...“

Damit wird noch einmal die Richtigkeit der von *Heine* besonders betonten These deutlich, die Abwehrmöglichkeit allein kann keine Garantenpflicht begründen, auch wenn sie monopolisiert sein sollte. Es muss eine spezifische Verantwortlichkeit für die konkrete Gefahr hinzukommen. Diese Verantwortlichkeit kann sich aus der Gefahreröffnung als Ausprägung der Freiheitswahrnehmung ergeben. Es besteht eine Art Do-ut-des-Verhältnis zwischen dem Recht zur Inanspruchnahme der Freiheit, einen gefährlichen Betrieb zu führen, und der Pflicht, dessen Gefahren zu beschränken.⁸⁸³ Daraus folgt aber auch, dass die Pflicht zur Gefahrbeherrschung nur so weit gehen kann, wie sich die Gefahren aus dem Betrieb ergeben. Damit ist die Garantenpflicht Ausfluss der Freiheitsverteilung, die das Strafrecht absichert, und sie greift nur dann ein, wenn die Rechtsgemeinschaft im Hinblick

⁸⁸² *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder²⁷ § 13 Rn. 54.

⁸⁸³ Ähnlich wohl auch *Hoyer* Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 32; vgl. auch *Brammsen* Die Entstehungsvoraussetzungen, S. 277; *Volk* (in: FS Roxin, 2001, S. 563, 569 f.) meint, in den Fällen des faktischen Geschäftsführers werde aus der faktischen Herrschaftsstellung eine Pflicht hergeleitet. Das ist jedoch insofern zweifelhaft, als die faktische Geschäftsführung die Übernahme von Pflichten mit sich bringt. Dadurch, dass der faktische Geschäftsführer das Unternehmen führt, begründet oder aktualisiert er Gefahren. Diese Inanspruchnahme eines Rechts zur Gefährdung korrespondiert mit der Pflicht zur Vermeidung. Die faktische Herrschaft allein reicht nicht aus.

auf das im Interesse der Berufsfreiheit des Betriebsinhabers hingenommene Zurückstehen von genereller Gefahrenabwehr eine Abwendung einer konkret darauf entstehenden Gefahr erwarten darf.

Wenn *Spring*⁸⁸⁴ die von *Botcke* „proklamierte ‚Brücke sozialer Fairness‘ ... als *Luftgebilde*“ bezeichnet, so ist dieser Bewertung nicht uneingeschränkt zuzustimmen. Es ist nämlich nicht nur ein Gebot der Fairness, denjenigen, der zu seinem Vorteil Rechte in Anspruch nimmt und Gefahren für andere verursacht, zur Minimierung dieser Gefahren und Verhinderung von Schäden zu verpflichten. Es ist vielmehr auch ein Gebot der praktischen Konkordanz von Freiheitsrechten.⁸⁸⁵ Das Recht zur Ausübung wirtschaftlicher Betätigung kann nur gewährt werden, wenn eine für die Rechtsgüter anderer möglichst gefahrlose Wahrnehmung gesichert ist. Diesem Argument kann man auch nicht mit dem Hinweis entgegentreten, es sei offensichtlich abwegig, den privaten Inhaber eines Aschenbechers für Verletzungen Dritter durch Würfe mit diesem Gegenstand durch andere Personen verantwortlich zu machen.⁸⁸⁶ Denn insofern lässt *Spring* den Aspekt der Betriebsbezogenheit unberücksichtigt, der die Gefahr an die Abwägung der Grundrechte gegeneinander rückbindet. Die Haftung des Inhabers eines Speiselokals, der zulässt, dass ein Kellner einen Aschenbecher nach einem Gast wirft, wird man nämlich nicht ohne Weiteres ablehnen können.

(f) Haftung des Vorgesetzten und des Beauftragten für Straftaten aus Unternehmen

Im Ergebnis wird deutlich, dass der Geschäftsherr auf Posten gestellt ist, um die Realisierung der durch die Tätigkeit seines Betriebes geschaffenen spezifischen Gefahren, gegen die sich der Inhaber gefährdeter Rechtsgüter nicht wehren kann oder darf, zu verhindern. Er ist Bewachergarant. Diese Frage kann im Wesentlichen als geklärt und die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG als hinreichend konkretisiert angesehen werden. Aber dem Vorgesetztenbegriff, der den persönlichen Anwendungsbereich des § 13 StGB unterhalb der Ebene der Unternehmensleitung beschreibt, fehlt es noch an der nötigen Präzision. Das ist deswegen misslich, weil sich in der Praxis regelmäßig die Frage nach der strafrechtlichen Haftung von Entscheidungsträgern und Beauftragten ergibt, also solcher Personen, die zur Erfüllung bestimmter Aufgaben durch den Unternehmer beauftragt worden, aber nicht Betriebsinhaber oder deren gesetzliche Vertreter sind. Insbesondere im Hinblick auf Beauftragte ist bereits umstritten, ob diesen durch die Übernahme einer bestimmten Funktion im Unternehmen

884 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 153.

885 Vgl. zur praktischen Konkordanz *Hesse*, S. 317 ff.; ferner *Kaspar* Verhältnismäßigkeit, S. 98.

886 *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 168 Fn. 551.

– sei es als Leiter eines eigenständigen Betriebs oder als Compliance-, Umwelt-, Immissionsschutz-, Arbeitsschutz-, Korruptions- oder Geldwäschebeauftragter – eigenständige Pflichten auferlegt sind oder ob sich ihre Pflichtenstellung aus derjenigen des Geschäftsherrn ergibt, und gegebenenfalls eine Überleitung zu begründen ist.⁸⁸⁷

(aa) Systematische Vorbemerkungen: Originäre Einstandspflicht nur durch Gesetz

Hier soll vorausgeschickt werden, dass eine eigenständige Begründung von Einstandspflichten des Beauftragten – also originärer Pflichten – regelmäßig wohl allenfalls im Einzelfall zu rechtfertigen sein dürfte,⁸⁸⁸ nämlich dann, wenn es sich um gesetzlich normierte Pflichten handelt.⁸⁸⁹ Zwar stellt *Dous*⁸⁹⁰ zutreffend fest, dass jeder Mitarbeiter eines Unternehmens eine unternehmensunabhängige Pflicht hat, keine Körperverletzungen oder andere Straftaten zu begehen. Jedoch bezieht sich dieser Grundsatz des *neminem laedere* nicht in dem Sinne auf ein Unterlassen, dass jedermann rechtlich verpflichtet wäre, stets Schaden von seinen Mitmenschen abzuwenden; eine allgemeine Einstandspflicht für die Rechtsgüter anderer besteht nämlich – wie sich bereits aus §§ 13, 323c sowie § 138 StGB ergibt – nicht. Originäre Einstandspflichten treffen die Mitarbeiter in Unternehmen in Bezug auf ihre betriebliche Tätigkeit nur als Bewachergaranten aus Ingerenz und als Beschützergaranten im Einzelfall.⁸⁹¹ Es dürfte kaum zu rechtfertigen sein, dass die tatsächliche Herrschaft des Mitarbeiters über einen gefährlichen Gegenstand ausreicht, um eine *originäre* Garantenstellung für Leib und Leben der Kunden eines Unternehmens oder andere vom Produktionsvorgang oder den Produkten betroffene Personen zu begründen. Denn der Mitarbeiter wird mit der Bewachung bestimmter Betriebsgefahren durch das Unternehmen beauftragt werden; erst aus dieser Aufgabenstellung entsteht die Gefahrenherrschaft.⁸⁹²

Dous hat der Annahme *derivativer*, also vom Unternehmensinhaber abgeleiteter Pflichten entgegengehalten, dass nur die Annahme originärer Einstandspflichten den strafrechtlichen Handlungsmöglichkeiten und der Verantwortung des Einzelnen gerecht werde. Die Ableitung von Pflichten aus den seitens des Unternehmens übertragenen Aufgaben – wie sie im Übrigen auch der Bundesgerichtshof⁸⁹³ in der BSR-Entscheidung vorgenommen hat – führe zu einer Stellvertreter-

887 Hierzu wegweisend BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.; vgl. ferner *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981 ff.; *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53 ff.

888 Vgl. hierzu nur *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981, 986.

889 Hierzu *Dannecker/Bülte* NZWiSt 2012, 81, 87 f.

890 *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 188.

891 A.A. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 209.

892 Insofern möglicherweise widersprüchlich *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 198.

893 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 ff. (Rn. 23).

haftung für das Unternehmen. Jedoch ist diese Befürchtung unbegründet; *Dous* nennt auch keinen Grund, warum er von einer Stellvertreterhaftung ausgeht. Der Garant wird nur für die Nichterfüllung solcher Aufgaben zur Verantwortung gezogen, die ihm zur Erfüllung seitens des Unternehmens übertragen worden sind und die er auch übernommen hat. Die Annahme einer abgeleiteten Pflicht als Begründung für die Garantenstellung führt weder zu einer stellvertretenden Haftung noch zu einer Haftung jenseits der Verantwortlichkeit des einzelnen Vorgesetzten. Eventuell führt hier die Verwendung eines zu engen Begriffs der *abgeleiteten Pflicht* zu einem Missverständnis. Dieses verschleiert – und davon geht wohl auch *Dous* aus –, dass nicht Pflichten vom Unternehmen auf den Beauftragten übergehen, sondern dieser übernimmt einen tatsächlichen Aufgabenkreis innerhalb des Unternehmens oder Betriebes, und hieraus ergibt sich die Einstandspflicht.⁸⁹⁴ Die Pflicht ist insofern eine Rechtsfolge, die nicht übertragen werden kann.

(bb) BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs und die Aussage zum Compliance-Officer

An dieser Stelle muss sich die Betrachtung noch einmal der vom Bundesgerichtshof obiter dictum aufgeworfenen These zuwenden, der Compliance-Officer sei regelmäßig Garant für die Verhinderung solcher Straftaten, die aus dem Unternehmen begangen zu werden drohen, und die im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehen. Dies sei die notwendige Kehrseite der vom Compliance-Beauftragten gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße, insbesondere Straftaten aus dem Unternehmen, zu verhindern. Diese Aussage des 5. Strafsenats ist in der Literatur angegriffen worden. So moniert *Stoffers*,⁸⁹⁵ dass bereits *Kraft/Winkler*, deren Ausführungen⁸⁹⁶ der Senat zur Stützung seiner Auffassung anführe, nur im absoluten Ausnahmefall die Garantenstellung eines Compliance-Officers annehmen. *Rönnau/Schneider*⁸⁹⁷ haben zum obiter dictum des Bundesgerichtshofs festgestellt, es habe in der Literatur „*Unbehagen*“ hervorgerufen, weil die freiwillige ebenso wie die sondergesetzlich angeordnete Compliance nach ganz herrschender Ansicht primär dem Unternehmensinteresse und allenfalls reflexartig dem Interesse unternehmensfremder Dritter diene. Daher dürfe der Compliance-Officer nicht als „*Hilfspolizist*“ oder „*Staatskommissar*“ angesehen werden und zum Garanten gemacht werden. Dieser Einwand, den *Rönnau/Schneider*⁸⁹⁸ zu Recht als nur vordergründig plausibel

894 So im Ergebnis auch BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 ff. (Rn. 23).

895 *Stoffers* NJW 2010, 3176.

896 *Kraft/Winkler* CCZ 2009, 29, 32.

897 *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 56 f. m.w.N.

898 *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 57.

ansehen, ist insoweit zutreffend, als die Stellung als Compliance-Officer als solche regelmäßig nicht geeignet ist, eine originäre Schutzpflicht zugunsten unternehmensfremder Dritter zu begründen. Originäre Schutzpflichten können sich allenfalls dann ergeben, wenn dem Compliance-Officer diese Aufgabe aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorgaben auferlegt ist.⁸⁹⁹

Jedoch lassen die Stimmen, die sich für eine Straffreiheit des Compliance-Officers aussprechen, wie *Rönnau/Schneider* zu Recht bemerken, den Aspekt der Geschäftsherrenhaftung außer Acht. Haftet ein Geschäftsherr als Garant für die Abschirmung einer bestimmten Gefahrenquelle, also für das Unternehmen mit den kriminell handelnden Mitarbeitern, so kann sich aus dieser die Garantenstellung des Inhabers begründenden Gefahrenherrschaft auch eine Einstandspflicht des Compliance-Officers als abgeleitete Pflicht ergeben, wenn der Beauftragte die Aufgabe der Bewachung einer Gefahrenquelle vom Inhaber übernimmt.⁹⁰⁰ Das obiter dictum des 5. Strafsenats ist daher – wie *Rönnau/Schneider*⁹⁰¹ zutreffend feststellen – insofern keine denkwürdige Überlegung, als damit strafrechtsdogmatisches Neuland betreten werden würde, sondern lediglich die Feststellung von hinlänglich Bekanntem: Übernimmt ein Angestellter – mag er Innenrevisor, Compliance-Officer oder Anti-Korruptionsbeauftragter heißen – die Aufgabe, bestimmte Gefahrenherde zu überwachen, so ist er im Sinne einer strafrechtlichen Einstandspflicht (§ 13 StGB) auf Posten gestellt, drohende Schäden abzuwenden. Seine strafrechtlichen Pflichten richten sich dabei nach den konkreten Umständen der übernommenen Aufgabe. Nimmt der Angestellte seine Aufgaben ausschließlich gegenüber dem Unternehmen und aufgrund dessen Auftrages wahr, so ist er ausschließlich zur Sicherung von Rechtsgütern des Unternehmens einstandspflichtig. Übernimmt er Aufgaben, die sich aus Pflichten des Unternehmens gegenüber Dritten ergeben, so kann er diesen Außenstehenden gegenüber strafrechtlich einstandspflichtig sein.

Daraus folgt letztlich, dass eine allgemeine Diskussion über die Garantenstellung des Compliance-Beauftragten wenig sinnvoll erscheint, weil nicht hinreichend einheitlich beurteilt werden kann, welche Aufgaben ein solcher Angestellter überhaupt übernimmt. Seine Einstandspflichten ergeben sich regelmäßig aus den vom Geschäftsherrn abgeleiteten Aufgaben. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass hier keineswegs eine Übertragung von Pflichten vom Geschäftsherrn auf den Compliance-Officer oder einen anderen Beauftragten stattfindet,⁹⁰² sondern dieser mit seinem Auftraggeber die Wahrnehmung bestimmter Pflichten des Geschäftsherrn in dessen Aufgabenkreis vereinbart. Aufgrund dieser tatsächlichen Übernahme durch den Beauftragten und des Vertrauens des Prinzipals in

899 Hierzu näher *Dannecker/Bülte* NZWiSt 2012, 81, 86 f.

900 *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 56 f. m.w.N.

901 *Rönnau/Schneider* ZIP 2010, 53, 56 f. m.w.N.

902 So ausdrücklich *Dannecker* in: FS Achenbach, S. 83, 100.

die Wahrnehmung der Aufgaben durch den Beauftragten entsteht dessen Einstandspflicht gegenüber dem Geschäftsherrn. Eine Garantenpflicht für Rechtsgüter der Allgemeinheit kann nur dann bestehen, wenn der Geschäftsherr selbst eine solche Pflicht gegenüber der Allgemeinheit innehat und der Beauftragte die sich aus dieser Pflicht ergebenden Aufgaben übernommen hat.

(cc) Voraussetzungen einer Garantenhaftung von Beauftragten und Vorgesetzten

Bei der Aufgabenübertragung in Betrieb oder Unternehmen muss daher eine klare Trennung zwischen gesetzlichen Sonderpflichten und allgemeinen Einstandspflichten vorgenommen werden: Handelt es sich um gesetzliche Sonderpflichten, die das Unternehmen selbst treffen – wie etwa verwaltungsrechtliche Pflichten im Sinne von §§ 324a, 325, 325a StGB etc., als Unternehmer im Sinne des Geldwäschegesetzes (§ 11 i.V.m. § 2 GwG) oder als Beauftragter im Sinne von §§ 81a, 197a SGB V⁹⁰³ –, werden diese dem Mitarbeiter durch Vereinbarung übertragen, und nimmt er sie tatsächlich wahr, so kommt die Begründung einer strafrechtlichen Einstandspflicht nur auf der Grundlage von § 14 StGB in Betracht. Dies ergibt sich aus dem Sonderpflichtdeliktscharakter der jeweiligen Vorschriften.

Handelt es sich dagegen um allgemeine Verkehrssicherungspflichten oder besondere, aus den Gefahren des jeweiligen Betriebs resultierende Pflichten zur Bewachung von betriebsspezifischen Risiken, wie etwa zur Verhinderung von Korruptionshandlungen oder Verstößen gegen den Wettbewerb, so ist eine Übertragung der Pflichten auch jenseits der Vorgaben des § 14 StGB möglich.⁹⁰⁴ Die Vorschrift bezieht sich nämlich, auch wenn ihre Grundwertungen darüber hinaus anwendbar sein mögen, ihrem Wortlaut nach allein auf die Anwendbarkeit eines Gesetzes, „nach dem persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen“. Die Frage nach einer unmittelbaren Anwendung des § 14 StGB stellt sich daher nicht, wenn die in Rede stehende Strafvorschrift nicht entweder ein Sonderpflichtdelikt darstellt oder zumindest die Erfüllung des Straftatbestandes auf der Verletzung von Pflichten basiert, die sich ihrerseits aus Vorschriften ergeben, deren Adressat allein der Inhaber eines Verbandes selbst ist.⁹⁰⁵ In der Regel wird ein Beauftragter eines Betriebes, der bestimmte Gefahrenquellen überwachen soll, bei eigenverantwortlicher Wahrnehmung seiner Aufgaben allerdings ohnehin die Voraussetzungen des § 14 StGB erfüllen.

903 Hierzu eingehend *Dannecker/Bülte* NZWiSt 2012, 81, 86 f.

904 Vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff., der § 14 StGB nicht nennt und dennoch von einer Überleitung von Unternehmenspflichten spricht; a.A. *Dous* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 188.

905 Vgl. *Bülte* NSTZ 2009, 57, 58 f.

Ergibt sich aus einer Schaffung besonderer Gefahren die Einstandspflicht des Inhabers eines Unternehmens gemäß § 13 StGB, so kommt es auf § 14 StGB nicht an, weil die Garantenstellung des Unternehmensinhabers unter den Bedingungen, die diese Vorschrift stellt, nach der Judikatur des Bundesgerichtshofs auch eine strafrechtliche Einstandspflicht des Mitarbeiters des Unternehmens begründen kann. Die Überleitungsnorm des § 14 StGB ist damit hier überflüssig. Dennoch könnte die Übertragung der Vorgaben für den persönlichen Anwendungsbereich des § 14 Abs. 2 StGB auf den Bereich der Geschäftsherrenhaftung zu einer Konkretisierung des Vorgesetztenbegriffs führen.

Der 5. Strafsenat stellte fest, die Garantenstellung eines Mitarbeiters sei nur dann gegeben, wenn ihm von seinem Arbeitgeber ein „*Pflichtenkreis*“ – richtiger müsste es hier Aufgabenkreis heißen – zur Erfüllung übertragen worden ist und der Übertragende darauf vertraut, dass der Übertragungsempfänger diese Aufgaben, deren Erfüllung grundsätzlich dem Unternehmensinhaber selbst obliegt, weisungsgemäß erfüllen werde.⁹⁰⁶ Dabei bestimmen sich die Grenzen und der Umfang der Garantenpflicht nach dem konkreten Aufgabenkreis, den der Verantwortliche übernommen hat, nach den besonderen Verhältnissen im Unternehmen und dem Zweck der Übertragung.⁹⁰⁷ Der Vollständigkeit halber sollte ergänzt werden, dass auch die Umstände der Übertragung relevant sind. Insbesondere ist entscheidend, inwiefern der Beauftragte die Aufgabe, mit der die Pflicht zusammenhängt, tatsächlich übernimmt, und inwieweit der Betriebsinhaber von ihm tatsächlich die Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben verlangt und ihm die tatsächlichen Möglichkeiten gibt, seinen Aufgaben gerecht zu werden.

Neben die Pflicht des Geschäftsinhabers, Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern, die sich aus den oben genannten Umständen herleiten und begründen lässt, tritt dann eine gleichgerichtete Pflicht des mit der Führung von Mitarbeitern oder Bewachung betriebsspezifischer Gefahren betrauten Funktions- und Entscheidungsträgers im Unternehmen. Der Umfang dieser Einstandspflicht bemisst sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls und kann nur so weit gehen, wie die Pflicht des Unternehmensinhabers selbst reicht. Es ist insofern zutreffend, von einer *derivativen* Einstandspflicht zu sprechen, denn die Pflicht des Beauftragten leitet sich aus seiner Beauftragung her und wird durch diese begrenzt; sie ist damit akzessorisch zu dieser Pflicht des Unternehmensinhabers.⁹⁰⁸

Der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung zur BSR für die Begründung der Garantenstellung nicht darauf ab, ob der Beauftragte die Möglichkeit zur Erteilung einer unmittelbaren Weisung gegenüber demjenigen hat, der die Straftat zu begehen droht. Es ist auch nicht unmittelbar erkennbar, in welcher

906 Vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 f. (Rn. 25).

907 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 49 (Rn. 26).

908 Vgl. auch *Konu* Garantenstellung, S. 201 ff.

zwingenden dogmatischen Beziehung die Weisungsbefugnis zu der Frage des Auf-Posten-Gestellt-Seins stehen soll. Zwar ist die Erteilung einer innerbetrieblichen Anweisung an den Mitarbeiter, die Straftat zu unterlassen, eine denkbare Reaktion, die dem Garanten die Erfüllung seiner Pflichten möglich macht, aber zwingend ist der Einsatz einer Weisung nicht. Der Garant kann seiner Pflicht zur Erfolgsabwendung auch durch andere Maßnahmen gerecht werden, etwa durch rein tatsächliche Schritte wie das Informieren der Geschäftsführung, die dann ihrerseits Maßnahmen ergreift oder schlicht durch das Wegnehmen von zur Tatbegehung notwendiger Arbeitsmittel etc. Hat der Entscheidungsträger oder Beauftragte kein Weisungsrecht, so ändert dies grundsätzlich nichts an seiner Garantenstellung.⁹⁰⁹ Das Fehlen eines Weisungsrechts kann und wird jedoch den Inhalt seiner Handlungspflicht beeinflussen, so dass im Rahmen der konkreten Anforderungen, die an die Abwehrmaßnahmen der Garanten zu stellen sind, zu berücksichtigen ist, welche internen Möglichkeiten zur Erteilung von Weisungen der Garant hat.

(dd) Mangelnde Konturen eines allgemeinen Vorgesetztenbegriffs

Diese Feststellungen des Bundesgerichtshofs lassen – unter Berücksichtigung der von der herrschenden Ansicht anerkannten Herleitung der Garantenstellung des Geschäftsherrn aus der Gefahrenherrschaft – den Schluss zu, dass derjenige, der beauftragt ist, eine betriebsspezifische Gefahr selbstständig zu überwachen oder zu kontrollieren, damit als Bewachergarant auf Posten gestellt ist. Hier kann die Bewertung des § 14 Abs. 2 StGB übernommen und von der Betriebsleitung oder Pflichterfüllung auf die Gefährüberwachung übertragen werden. Doch führt dieser Ansatz nicht zu einem hinreichend konkretisierten allgemeinen Vorgesetztenbegriff, sondern ermöglicht nur die Bestimmung der Garantenstellung desjenigen, dem konkretisierbare Gefahrenquellen zur Bewachung überantwortet sind. Die BSR-Rechtsprechung lässt also eine im verfassungsrechtlichen Sinne hinreichende Bestimmung der Voraussetzungen nur für die Haftung desjenigen zu, der mit der Überwachung oder Kontrolle einer spezifischen Gefahr betraut ist.

Für Vorgesetzte im Allgemeinen, also etwa einen Abteilungsleiter, dem vornehmlich die Überwachung der Arbeitsabläufe im Interesse des Unternehmens übertragen ist, ergibt sich daraus aber noch keine tragfähige Konkretisierung. Hier fehlt es an allgemeinen Kriterien eines Ableitungszusammenhangs zwischen der Person des Vorgesetzten und der betriebsbezogenen Gefahr. Dabei hilft auch die Anleihe bei § 14 StGB nicht weiter, denn diese Vorschrift bezieht sich ausdrücklich auf bestimmte gesetzliche Pflichten. Weitet man die Vorschrift auf alle betrieblichen Pflichten aus, so verliert sie die verfassungsrechtlich notwendigen

909 Vgl. *Dannecker/Dannecker* JZ 2010, 981, 990; a.A. *Konu* Garantenstellung, S. 112 f.

Konturen. § 14 StGB gewinnt seinen Gehalt dadurch, dass dem Betriebsleiter oder sonst Beauftragten im Rahmen seiner Aufgaben eine exakt definierte gesetzliche Pflicht übertragen wird. Damit bleibt der Umfang der Strafbarkeitsbegründung durch die Regelung auf das gesetzlich ausdrücklich bestimmte Maß beschränkt. Diese gesetzliche Beschränkung wird im Fall des spezifisch Beauftragten durch den Inhalt des Auftrags ersetzt, der aber immer noch die Konturen der Pflichtenstellung in einer Weise beschränkt, die es dem Betroffenen möglich macht, sein Handeln nach dem strafrechtlich wirksamen Normappell auszurichten.

Beim allgemeinen Vorgesetzten, dessen Aufsichts-, Organisations- und Kontrollpflichten nur pauschal als Leitung einer Abteilung oder Ähnliches umrissen sind, gehen mit der mangelnden Konkretisierung der Einzelpflichten auch die Konturen der Unterlassungsstrafbarkeit verloren. Während der Betriebsinhaber weiß, dass ihm die Beherrschung aller Gefahren aus seinem Unternehmen zugewiesen ist und er sich darauf einrichten kann, führt die allgemeine Aufgabe zur Führung eines (unselbstständigen) Unternehmensteils oder einer Abteilung zu grundsätzlichen Abgrenzungsproblemen. Nur wenn sich aus seiner Aufgabenbeschreibung unzweifelhaft die Zuweisung bestimmter Aufgaben ergibt, kann sich daraus in einer Weise eine strafrechtliche Verhinderungspflicht ergeben, die § 13 StGB hinreichend bestimmt ausfüllt.

Dem Argument der Unbestimmtheit könnte man allenfalls entgegentreten, wenn man zur Begründung der Vorgesetzten- und der Garantenstellung nicht nur auf den Aufgabenkreis, sondern auch auf die Lenkungsgewalt durch die Unternehmenshierarchie abstellt: Vorgesetzter wäre danach derjenige, der die Weisungsgewalt über die ihm unterstellten Mitarbeiter und damit die Steuerungsmöglichkeit innehat. Auf diese Weise würde sich eine Konturierung ergeben, die dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen könnte. Der Beauftragte wäre dann Garant, wenn ihm die Überwachung und Kontrolle eindeutig übertragen ist. Ein sonstiger Vorgesetzter wäre Garant, wenn die Person, die im Begriff ist, eine Straftat zu begehen, seiner hierarchisch begründeten Weisungsgewalt untersteht. Bei Ersterem würde die Verantwortlichkeit kraft ausdrücklichen Auftrags und tatsächlicher Übernahme der Aufgabe entstehen. Letzterer würde kraft tatsächlicher Übernahme der Aufgabe und grundsätzlicher Inanspruchnahme der hierarchischen Lenkungsmacht Garant. Beide kann eine Verantwortlichkeit nur dann treffen, wenn den Geschäftsherrn oder das Unternehmen eine entsprechende strafrechtlich relevante Verhinderungspflicht trifft.

Diese Zweiteilung der Vorgesetztenverantwortlichkeit über die Geschäftsherrnhaftung basiert auf einer differenzierten Lösung, die aber allenfalls diejenigen Ansätze in der Literatur mittragen könnte, die allgemein auf die Weisungsgewalt des Geschäftsherrn über seine Mitarbeiter abstellen. Aber diese Ansätze sind weder allgemein anerkannt, noch ist sicher, ob sie eine Garantenstellung ohne Wei-

sungsbefugnis rechtfertigen könnten, die der Bundesgerichtshof ebenso zulässt wie der hier aufgezeigte Ansatz. Damit ist wohl eine Auslegung des § 13 StGB in einer Weise, die verfassungsrechtlich hinreichend bestimmt und damit vorhersehbar ist, weil sie auf einem allgemeinen Mindestkonsens in Rechtsprechung und Lehre basiert, kaum möglich. Für eine Garantenstellung des allgemeinen Vorgesetzten fehlt es an Tatbestandsmerkmalen, die Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werden, weil es an einem eindeutigen Vorgesetztenbegriff mangelt. Damit muss die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung auf den Betriebsinhaber bzw. dessen gesetzliche Vertreter und spezifisch Beauftragte beschränkt bleiben, weil das Rechtsinstitut darüber hinaus seine Konturen verlieren würde und damit die Schaffung einer entsprechenden Norm, die der Strafbarkeit von sonstigen Vorgesetzten zugrunde gelegt werden könnte, Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr gerecht würde. Für die beiden zuvor genannten besonderen Personengruppen (Betriebsinhaber und spezifisch Beauftragter) kann jedoch von einer Tatbestandsbestimmtheit ausgegangen werden, die diesen Anforderungen Rechnung trägt.

(5) Umfang der Einstandspflicht

Für die Bestimmung der Maßnahmen, die der Geschäftsherr oder spezifisch Beauftragte im Einzelfall zu ergreifen hat, um Schaden abzuwenden, dürfte es zwar schwer sein, valide Kriterien zu finden, die über das hinausgehen, was in der Literatur zur *Zumutbarkeit* des Handelns im Rahmen von Unterlassungsdelikten diskutiert wird. Doch ist dies auch nicht nötig, weil dieses Merkmal der Garantenpflicht verfassungsrechtlich hinreichende Gestalt geben dürfte.

(a) Kriterien der Zumutbarkeit

Nach der herrschenden Auffassung in der Lehre und wohl auch der neueren Rechtsprechung⁹¹⁰ stellt die Unzumutbarkeit einen die Garantenpflicht begrenzenden, damit die Tatbestandlichkeit des Unterlassens beseitigenden Faktor dar,⁹¹¹ während die Gegenauffassung die Unzumutbarkeit erst auf der Ebene der Schuld berücksichtigen will.⁹¹² Der Auffassung, die die Frage der Zumutbarkeit als Problem der Garantenpflicht behandelt, ist zuzustimmen, weil – wie u.a.

910 BGH, Beschl. v. 16.7.1993 – 2 StR 294/93, JR 1994, 510, 511; OLG Hamburg, Beschl. v. 7.5.1996 – 2 StO 1/96, NStZ 1996, 557, 559; diff. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.3.1975 – 1 Ss 56/75, MDR 1975, 771, 772.

911 Fischer, § 13 Rn. 81; Freund in: MüKo-StGB, § 13 Rn. 201; Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 68; Wohler/Gaede in: NK § 13 Rn. 19.

912 Baumann/Weber/Mitsch AT, § 15 Rn. 19; Jescheck/Weigend AT, § 59 VIII Nr. 3, S. 635; Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 739; ebenso noch BGH, Beschl. v. 17.2.1954 – GSSt 3/53, BGHSt 6, 46, 57; Roxin AT II, § 31 Rn. 233 spricht von Ausschluss der Verantwortlichkeit. Gropp AT, § 11 Rn. 51 sieht die Unzumutbarkeit dagegen als Rechtfertigungsgrund an; Schlehofer in: MüKo-StGB Vor §§ 32 Rn. 273 ff. erkennt keinerlei strausschließende Bedeutung der Unzumutbarkeit an.

Fischer⁹¹³ feststellt – eine Rechtspflicht, deren Erfüllung von Rechts wegen nicht verlangt werden kann, in sich widersprüchlich wäre. Ferner würde die Annahme einer reinen Entschuldigung des Unterlassens dazu führen, dass der Teilnehmer an dem Unterlassen, dessen Interessen selbst nicht gefährdet sind, ebenso zu bestrafen wäre wie derjenige, der sich über das Vorliegen von relevanten, der Einstandspflicht entgegenstehenden Interessen irrt.⁹¹⁴ Inhaltlich reduziert sich die Garantenpflicht demnach auf solche Handlungen, die der Garant vornehmen kann, ohne eigene, wichtige und billigenswerte Interessen in erheblichem Umfang zu gefährden.⁹¹⁵ Dabei soll eine Abwägung der beteiligten Interessen vorzunehmen sein, in die der drohende Erfolg und die Verhinderungschance bei Erfüllung der Handlungspflicht einerseits und das Gewicht der gefährdeten Interessen des Garanten andererseits einzustellen sei.⁹¹⁶

Ferner wird in der Literatur zur Klärung der Frage, was dem Garanten zumutbar ist, die Parallele zu § 323c StGB und den dort zum Merkmal der Zumutbarkeit getroffenen Aussagen gezogen.⁹¹⁷ Die Zumutbarkeit als benanntes Tatbestandsmerkmal wird dort im Gesetzestext zwar nicht definiert, aber zumindest ergeben sich aus dem Wortlaut der Vorschrift Beispielsfälle, an denen die Kriterien für die Hilfeleistungspflicht zu orientieren sind. So kann das Bestehen erheblicher eigener Gefahr oder die Verletzung anderer wichtiger Pflichten zur Unzumutbarkeit der Hilfeleistung führen. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 323c StGB⁹¹⁸ soll die Strafbewehrung der unterlassenen Hilfeleistung durch diese Einschränkung auf Fälle reduziert werden, in denen die Unterlassung der Hilfe sozial unerträglich wäre. Dabei wurde der zunächst in der Rechtsprechung verwendete sittliche Maßstab⁹¹⁹ von der Lehre kritisiert⁹²⁰ und durch eine Abwägung ersetzt, die die potenziell betroffenen Rechtsgüter ebenso berücksichtigt wie die Wahrscheinlichkeit der Risikorealisation und den Umfang des drohenden Schadens.⁹²¹ Insofern wird jedoch das Entfallen der Hilfspflicht nicht erst mit einem Überwiegen der Interessen des potenziellen Helfers angenommen, sondern bereits dann, wenn der Hilfeleistung im Verhältnis zu den auf dem Spiel stehenden Rechtsgütern des Hilfsbedürftigen anzuerkennende Interessen entgegenste-

913 Fischer, § 13 Rn. 81 m.w.N.

914 Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 68.

915 BGH, v. 13.4.1976 – 1 StR 45/76 bei *Kindhäuser* in: NK-StGB, § 263 Rn. 152.

916 Fischer, § 13 Rn. 82; vgl. auch BGH, Beschl. v. 16.7.1993 – 2 StR 294/93, NJW 1994, 1357.

917 So Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 68.

918 BT-Drs. I/3713, S. 44.

919 BGH, Urt. v. 14.11.1957 – 4 StR 532/57, BGHSt 11, 135, 136 f. spricht vom allgemeinen Sittengesetz, nach dem sich die Zumutbarkeit richte, dem folgend OLG Hamm, Urt. v. 10.10.1967 – 3 Ss 1150/67, NJW 1968, 202, 204.

920 Vgl. Geilen Jura 1983, 138, 145; Pawlik GA 1995, 360, 375.

921 Wohler/Gaede in: NK-StGB, § 13 Rn. 11.

hen.⁹²² Folgt man dem, so wird deutlich, dass eine Anleihe bei § 323c StGB kaum weiterführt, handelt es sich hier doch nicht um eine echte Interessenabwägung, sondern vielmehr lediglich um eine normative Beurteilung, ob der Hilfspflicht überhaupt relevante Interessen entgegenstehen. Eine solche Gegenüberstellung der betroffenen Interessen beinhaltet keine vollwertige umfassende Abwägung.

Auch der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat mit seinen Feststellungen in der Lederspray-Entscheidung⁹²³ deutlich gemacht, dass die Entscheidung über den Umfang der Garantenpflicht und die Nachteile, die der Geschäftsherr hinnehmen muss, um einen strafrechtlich relevanten Erfolg zu verhindern, durch eine Interessenabwägung zu ermitteln sind. Diese fiel in der Lederspray-Entscheidung so eindeutig aus, dass sich der Bundesgerichtshof nicht gezwungen gesehen hat, die Basis seiner Abwägung oder deren Kriterien offenzulegen. Daher hilft die Entscheidung nur wenig weiter. Wendet man sich jedoch der Frage nach den Details einer solchen Interessenabwägung zu, so liegt es zunächst nahe, den Ausgangspunkt bei der Vorschrift im Strafgesetzbuch zu nehmen, die eine Interessenabwägung ausdrücklich fordert: bei der Regelung über den rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB.

Danach ist ein tatbestandliches Unrecht gerechtfertigt, wenn der Täter in das durch die Strafvorschrift geschützte Interesse eingreift, um ein nach den Umständen des Einzelfalls *wesentlich* überwiegendes Interesse vor Schaden zu bewahren. Der Erlaubnistatbestand des § 34 StGB gibt dabei Beispiele für die Kriterien der Abwägung widerstreitender Interessen vor, indem er die Rechtfertigung namentlich von den betroffenen Rechtsgütern selbst und dem Grad der ihnen drohenden Gefahr abhängig macht. Insofern sind die Parallelen zwischen § 34 StGB und der die Zumutbarkeitsgrenze im Unterlassungsdelikt bestimmenden Abwägung offensichtlich. Daher wird man die zur Abwägung der widerstreitenden Interessen im § 34 StGB entwickelten Verfahren möglicherweise auf die Bestimmung der Zumutbarkeit anwenden können. Das bedeutet, dass bei der Interessenabwägung in einem ersten Schritt die durch die Rettungshandlung betroffenen Rechtsgüter des Unternehmens jenen Rechtsgütern abstrakt gegenübergestellt werden müssen, die durch das Unterlassen bedroht sind. Im zweiten Schritt muss bestimmt und verglichen werden, wie intensiv – im Hinblick auf den Schadensumfang – die den Rechtsgütern auf beiden Seiten drohenden Gefahren sind. Der dritte Schritt bezieht sich dann auf die Berücksichtigung der Schadenswahrscheinlichkeit.⁹²⁴

An diese Gegenüberstellung schließt sich die Frage an, wie das Ergebnis zu bewerten ist und unter welchen abstrakt formulierten Bedingungen die Unzumut-

922 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 39 Rn. 23; Freund in: MüKo-StGB, § 323c Rn. 95 f.; Wohlerl/Gaede in: NK-StGB, § 13 Rn. 11; Geilen Jura 1983, 138, 145; Röwer NJW 1959, 1263, 1264; vgl. auch Bülte StV 2013, 753, 756.

923 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.

924 Vgl. zu den Beurteilungskriterien nur Erb in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 105 ff.

barkeit der Vornahme der Abwendungshandlung angenommen werden kann. Geht man von dem Bewertungsansatz aus, den § 34 StGB zugrunde legt, so kann nur dann eine Tatbestandslosigkeit des Unterlassens angenommen werden, wenn die durch das Unterlassen geschützten Interessen die verletzten Interessen wesentlich überwiegen. Legt man dagegen den Maßstab des § 323c StGB an, so reicht schon das Vorhandensein relevanter Interessen des Unternehmers aus. Letzteres ist sicherlich im Hinblick darauf, dass der Geschäftsherr auf Posten gestellt ist, um die Schäden zu verhindern, nicht ausreichend, um die Handlungspflicht zu beseitigen. Andererseits leuchtet es nicht ein, warum mit einem wesentlichen⁹²⁵ Überwiegen eine erhebliche Hürde für die Tatbestandslosigkeit des Unterlassens bereitet werden soll und warum nicht schon bei Gleichwertigkeit der Interessen des Geschäftsherrn einerseits und der Interessen des potenziellen Opfers der zu verhindernden Straftat andererseits Unzumutbarkeit vorliegen soll.⁹²⁶ Im Hinblick auf den rechtfertigenden Notstand ist die Forderung nach einem Überwiegen der Interessen des Täters deswegen nachvollziehbar und gerechtfertigt, weil § 34 StGB eine Überleitungsnorm darstellt, die es rechtfertigt, dass derjenige, dessen Rechtsgüter von einer Gefahr betroffen sind, diese Gefahr auf Kosten der Rechtsgüter Dritter beseitigt und diesen Abwehrmaßnahmen gegen den damit einhergehenden Eingriff versagt sind. Der Notstandstäter ist also berechtigt, die Gefahren für seine Rechtsgüter auf andere überzuwälzen und zur Rettung seiner Interessen die Integrität der Rechtsgüter anderer zu opfern.⁹²⁷ Der Grund für diese Pflicht des Inhabers des Eingriffsguts, den Eingriff hinzunehmen, liegt nach herrschender Ansicht einerseits im Grundsatz des überwiegenden Interesses und andererseits im Prinzip der Mindestsolidarität.⁹²⁸ Andere Stimmen gehen davon aus, dass die Rechtfertigung der Notstandshandlung auf dem Prinzip des Utilitarismus beruht. Danach sind die betroffenen Interessen als solche der Gemeinschaft zu betrachten und insofern intern zu verrechnen, als die Gemeinschaft in Abwägung der möglichen Übel durch die Beeinträchtigung von Interessen das kleinere Übel wählt.⁹²⁹ Doch auch die Vertreter dieser utilitaristischen Sichtweise erkennen an, dass die kompromisslose Interessenverrechnung insofern eingeschränkt ist, als zum einen ein *wesentliches* Überwiegen gefordert wird und § 34 StGB eine Angemessenheitsprüfung vorsieht. Zum anderen beschränkt das Sicherungsprinzip die Interessenverrechnung. Dabei handelt es sich um den Grundsatz, auf Gefahrenquellen einwirken zu dürfen, um eigene Rechtsgüter zu bewahren, auch wenn diese Einwirkung zu erheblichen Beeinträchtigungen der mit der

925 Vgl. zu den verschiedenen Auslegungsvarianten des Begriffs des wesentlichen Überwiegens Erb in: MüKo-StGB, § 34 Rn. 107 ff.

926 So *Delonge* Interessenabwägung, S. 167 ff.

927 Vgl. *Freund* AT, § 3 Rn. 66 f.; ferner *Hruschka*, Strafrecht, S. 113 f.

928 Vgl. *Neumann* in: NK-StGB, § 34 Rn. 9; *Dannecker* in: *Graf/Jäger/Wittig* § 34 Rn. 1; *Frister* GA 1988, 291, 292; *Kühl* in: FS Lenckner, S. 143, 156; *ders.* in: FS H.-J. Hirsch, S. 259, 266.

929 So *Hruschka* Strafrecht, S. 112 f.

Gefahrenquelle notwendig verbundenen Rechtsgüter führt (vgl. § 228 BGB). Hier wird also mitberücksichtigt, aus wessen Sphäre die Gefährdung stammt.⁹³⁰

Diese Sichtweise ist für Zumutbarkeit im Kontext der Geschäftsherrenhaftung insofern weiterführend, als sie die beiden Aspekte aufzeigt, die im Rahmen der Begrenzung der Garantenpflicht in Ansatz gebracht werden können und müssen: Auf der einen Seite steht das Prinzip des überwiegenden Interesses und auf der anderen Seite das Sicherungsprinzip. Diese beiden sich widersprechenden Grundsätze müssen hier in Übereinstimmung gebracht werden. Dabei kommt dem Bewachergaranten die Aufgabe zu, für die Wahrung beider Prinzipien Sorge zu tragen, weil er einerseits die Rechtsgüter derjenigen zu bewahren hat, für die er einzustehen hat, andererseits aber auch das Recht hat, seine eigenen Interessen zu schützen. Der Garant wird dadurch zum Bewahrer fremder Interessen gegen seine eigenen, es findet ein Rollentausch statt, der die Frage der Zumutbarkeit aufwirft.

Aus der Fortführung dieses Gedankens folgt für die Frage der Bewertung des Abwägungsergebnisses, dass auch § 34 StGB umgekehrt werden müsste, so dass die Verletzung eigener Rechtsgüter dem Geschäftsherrn nur unter der Bedingung zumutbar wäre, dass die durch seine Rettungshandlung bewahrten Erhaltungsgüter seine verletzten Interessen in einer umfassenden Abwägung überwiegen. Denn legt man auch hier den Maßstab an, dass jeder die Gefahren, die seinen Rechtsgütern drohen, grundsätzlich selbst zu ertragen hat, und sie nicht auf andere überwälzen darf,⁹³¹ so hat auch derjenige, dem eine Gefahr droht, diese selbst abzuwehren, will er nicht Schaden an seinen Rechtsgütern nehmen. Jedoch würde ein solches Ergebnis den Sinn und Zweck der Stellung als Bewachergarant konterkarieren, weil die Hürde der Unzumutbarkeit nur geringfügig höher gesteckt wäre als bei § 323c StGB und derjenige, der auf Posten gestellt ist, um Gefahren, die von bestimmten Quellen ausgehen, abzuwenden, sich darauf berufen könnte, dass es nicht seine Angelegenheit sei, für die Abwendung drohender Gefahren zu sorgen.

Doch nicht allein das widersinnige Ergebnis drängt auf eine andere Bewertung des Abwägungsergebnisses. Bedenkt man den Hintergrund, vor dem sich die Garantenstellung des Geschäftsherrn oder Beauftragten etabliert hat, so wird ihm seine Wächterrolle gerade deswegen auferlegt, weil er oder sein Auftraggeber durch den Betrieb seines Unternehmens oder bestimmter Tätigkeiten im Rahmen der unternehmerischen Aktivitäten Gefahren für die Rechtsgüter Dritter schafft. Das Recht, diese Gefahren zu schaffen, wird ihm zwar zum einen im Hinblick

930 So Hruschka Strafrecht, S. 114.

931 Vgl. Freund AT, § 3 Rn. 67 unter Verweis auf den entsprechenden Grundsatz des römischen Rechts *casum sentit dominus*, der – wörtlich übersetzt – „den Vorfall fühlt der Herr“ zum Ausdruck bringt, dass jeder Rechtsgutsinhaber mit dem Verlust seiner Rechtsgüter grundsätzlich selbst belastet ist; Hruschka Strafrecht, S. 113 f. unter Hinweis auf das österreichische Zivilrecht: § 1311 ABGB.

auf die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG und zum anderen auch zum Nutzen der Gemeinschaft aus der unternehmerischen Tätigkeit zugebilligt. Aber die Gestattung, Gefahren zu schaffen, ist mit der Auflage der Gefahrbeherrschung und Schadensvermeidung verbunden. So wird die notwendige Konkordanz zwischen den widerstreitenden Freiheitsinteressen hergestellt. Daher ist es gerechtfertigt, den Geschäftsherrn als Gefahrverursacher zu behandeln und ihm deswegen besondere Gefahrtragungspflichten aufzuerlegen, wie sie bestimmten Berufsgruppen bei der Interessenabwägung in § 34 StGB auferlegt werden. Das Maß des dem Geschäftsherrn Zumutbaren wird dabei zum einen von den von seinem Unternehmen ausgehenden Gefahren und zum anderen dem Nutzen der Tätigkeit für die Gesellschaft modifiziert. Ein eventuelles Verschulden bei der Gefahrverursachung, etwa durch die Verletzung von Rechtsvorschriften oder Auflagen, spielt insofern keine Rolle, als dieses bereits die Abwägung auf eine andere Ebene hebt und es rechtfertigt, dem Geschäftsherrn, der als Garant für die Abwendung von ihm geschaffener Gefahren haftet, deutlich weitergehende Handlungspflichten aufzuerlegen.

Dem Prinzipal, der ausschließlich für die grundsätzlich erlaubte Gefahrschaffung einzustehen hat, sind dennoch größere Opfer zumutbar als dem Träger des Eingriffsguts im rechtfertigenden Notstand, weil Ersterer die grundsätzliche Aufgabe übernommen hat, die Gefahren, die aus seinem Unternehmen drohen, abzuwenden und die Rechtsgemeinschaft auf Erfüllung dieser Aufgabe durch den Unternehmer vertraut und daher auf das Ergreifen eigener Maßnahmen, die im Übrigen auch zu Eingriffen in das Grundrecht des Geschäftsherrn aus Art. 12 GG führen würden, verzichtet. Bei der Bestimmung der Opfergrenze ist insofern der Nutzen der Gesellschaft aus der unternehmerischen Tätigkeit mit dem – meist wirtschaftlichen – Nutzen der Tätigkeit für den Unternehmer selbst vor dem Hintergrund in Einklang zu bringen, dass der Unternehmer seine Tätigkeit regelmäßig freiwillig und bewusst aufgenommen hat und betreibt, sich also der Gefahren für seine Rechtsgüter aufgrund von Rettungsmaßnahmen bewusst zu sein hat. Diese Überlegungen machen die abstrakten Voraussetzungen für die Opfergrenze deutlich:

Der Garant ist insoweit verpflichtet, die durch den Betrieb seines Unternehmens verursachten Gefahren zu beseitigen und bedrohte Rechtsgüter zu schützen, wie ein im Hinblick auf die Güterabwägung und die Interessenbewertung berechtigtes Vertrauen der Rechtsgemeinschaft besteht, dass der Garant die unter seiner Herrschaft stehende Gefahrenquelle bewacht und seine Interessen diesem Ziel unterordnet.

(b) Umfang der Einstandspflicht und Zumutbarkeit ihrer Erfüllung bei Organmitgliedern

Der Bundesgerichtshof hat sich im Lederspray-Urteil auch mit der Frage auseinandergesetzt, inwiefern ein Organ Handlungspflichten wahrnehmen muss, die den Unternehmensinhaber, die juristische Person, treffen. Dabei unterscheidet der 2. Strafsenat zwischen dem Berufen-Sein zum Handeln und der Zumutbarkeit einer konkreten Rettungsmaßnahme.⁹³² Nach dem Grundsatz der Generalverantwortung und Allzuständigkeit der Geschäftsleitung⁹³³ sei in Fällen, in denen das Unternehmen als Ganzes betroffen ist – etwa in Krisen- und Ausnahme-situationen, wie sie bei gehäuften Verbraucherbeschwerden über die Gesundheitsschädlichkeit eines Produkts auftreten –, die Geschäftsführung als Gesamtheit, also alle ihre Mitglieder, auch dann zum Handeln berufen, wenn grundsätzlich eine Aufteilung der einzelnen Ressorts stattgefunden hat und dadurch ein Organteil an einer Entscheidung über eine Problematik beteiligt sei, die sein Ressort nicht berührt.

Von dieser Pflicht zur Schadensabwehr, die in einem aus mehreren natürlichen Personen bestehenden Organ die Gesamtheit und die Einzelpersonen trifft, trennt der Bundesgerichtshof das dem Einzelnen obliegende Handlungsgebot. In diesem Zusammenhang hat der Senat Kritik an den Ausführungen der Kammer des Landgerichts geübt, die angenommen hatte, für jedes der Mitglieder der Geschäftsführung sei der Rückruf tatsächlich möglich und zumutbar gewesen: Die Ablehnung einer solchen Rückrufaktion durch das Organ hätte zudem nicht dazu geführt, dass die individuelle Pflicht zum Tätigwerden entfalle. Eventuelle betriebsinterne oder berufliche Nachteile hätten in Kauf genommen werden müssen. Dem entgegnete der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs, eine Handlungspflicht bestehe nur im Rahmen der betriebsinternen Strukturen und gesellschaftsrechtlichen Weisungsverhältnisse. Das führe dazu, dass sich im Falle der Gesamtgeschäftsführung, die bei ressortübergreifenden, die Gesellschaft als Ganze betreffenden Entscheidungen die Beschlussfassung durch alle Mitglieder der Geschäftsführung notwendig macht, die strafrechtlich relevante Pflicht des einzelnen Mitgliedes darin erschöpfe, im Rahmen seiner gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten auf eine Entscheidung des Organs zur Erfüllung der Einstandspflicht hinzuwirken und diesen Entschluss zu vollziehen. Der Bundesgerichtshof nahm also an, die gesellschaftsrechtlichen Mitwirkungsrechte der Organmitglieder begrenzen zwar nicht ihre Garantenstellung, aber ihre Garantenpflicht. Damit verlagert sich das Problem des Arguments, die Angeklagten seien ihrer Mitwirkungspflicht nicht gerecht geworden, von der Ebene der Pflichtbestimmung auf

932 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 124 f.

933 Vgl. hierzu Otto in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 344, 346 ff.

die der Kausalität der Pflichtverletzung.⁹³⁴ Es käme damit umso mehr auf die Frage an, ob die gesellschaftsrechtlich zur Verfügung stehenden Mittel des Einzelnen ausgereicht hätten, um die Rückrufaktion in die Wege zu leiten.

Diese Eingrenzung der Garantenpflicht über das Gesellschaftsrecht wirkt auf den ersten Blick einleuchtend, weil es widersinnig erscheint, den Garanten für einen Erfolg rechtlich eintreten lassen zu wollen, den er nur unter Verletzung der Regeln des Gesellschaftsrechts – nämlich durch Übernahme der Geschäftsführung entgegen dem Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung – verhindern könnte; hier steht als Argument das Postulat der Einheit der Rechtsordnung im Raum.⁹³⁵ Jedoch greift dieser Schluss bereits im Ansatz zu kurz. Er setzt voraus, dass die gesellschaftsrechtlichen Rechte und Pflichten von der Pflicht zur Schadensvermeidung unmodifiziert bleiben und dem Organmitglied kein Recht zur Notgeschäftsführung, auch gegen den Willen der weiteren Organmitglieder zukommt, sofern sich diese weigern, die Pflichten der Gesellschaft gegenüber der Rechtsgemeinschaft zu erfüllen. Unstreitig besteht kraft gesetzlicher Anordnung die Pflicht des Organs zur Erfüllung der dem Verband obliegenden Pflicht zur Schadensabwendung. Diese ergibt sich nach dem Bundesgerichtshof durch die Gefahrbeherrschung und die Tätigkeit im Rahmen des Unternehmens. Die Aufgabe der Erfüllung dieser mangels strafrechtlicher Verantwortlichkeit des Verbandes oder des Organs als solchem nur allgemein als Verkehrssicherungspflicht zu klassifizierenden Verpflichtung übernehmen die Geschäftsführer grundsätzlich gemeinsam. Sie rücken damit in die abstrahierte Vertrauensstellung ein, die Verband und Organ innehaben, jedoch strafrechtlich noch nicht ausfüllen. Diese Ausfüllung erfolgt erst durch die natürlichen Personen, die Mitglieder des Organs, die dessen Aufgaben zu erfüllen haben.

Ferner stellt sich ohnehin die Frage, inwiefern eine Pflichtenstellung, die sich aus der tatsächlichen Übernahme der Aufgaben des Verbandes im schützenswerten Vertrauen der Allgemeinheit auf die Abwehr von durch den Verband verursachten Gefahren ergibt, durch gesellschaftsrechtliche Regelungen eingeschränkt werden kann. Die Antwort ist daran zu orientieren, wie sich die gesellschaftsrechtlichen Vorschriften auf die durch das Vertrauen hervorgerufenen Gefahren auswirken. Mit der Übernahme der Organeigenschaft und Organtätigkeit durch den Einzelnen wird ein Vertrauenstatbestand geschaffen, der dazu führt, dass die Rechtsgemeinschaft den Verband tätig werden lässt. Insofern wird die Eröffnung einer Gefahr zugelassen, die nur unter der Bedingung akzeptiert wird, dass diejenigen, die die Geschäftsführung übernommen haben und nach außen hin als Repräsentanten des Verbandes auftreten, dessen Pflichten erfüllen. Für die Allgemeinheit ist – abgesehen vielleicht von einer Eintragung ins Handelsregister – we-

934 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106, 125 f.

935 Vgl. hierzu nur *Felix* Einheit der Rechtsordnung, S. 410 ff.

der objektiv erkennbar noch relevant, wie die Geschäftsführungsbefugnisse verteilt sind. Das bedeutet, dass die Rechtsgemeinschaft von jedem, der als Geschäftsführer bestellt ist, die Erfüllung der Organ- bzw. Verbandspflichten verlangen kann. Auf die Frage, inwiefern die Einzelgeschäftsführer nach dem Gesellschaftsrecht oder der Satzung des Verbandes grundsätzlich berechtigt sind, eine Maßnahme zur Abwehr von Schaden zu ergreifen, kommt es damit nicht an, weil die Garanten nicht auf Posten gestellt sind, um ihre gesellschaftsrechtlichen Pflichten dem Verband gegenüber, sondern um die Schutzaufgabe des Verbandes hinsichtlich der von diesem geschaffenen Gefahren zu erfüllen. Danach richtet sich auch die Handlungspflicht des Organs bzw. Organmitglieds. Weigert sich ein Mitglied der Geschäftsführung, die von ihm übernommene Aufgabe zu erfüllen, die Pflichten des Organs wahrzunehmen, so resultiert daraus gesellschaftsrechtlich das Recht und die Pflicht zur Notgeschäftsführung, so dass gesellschaftsrechtliche Pflichten die strafrechtlichen Handlungspflichten nicht per se begrenzen können.

Entgegen der in der Lederspray-Entscheidung vertretenen Ansicht ist ein Organmitglied daher nicht nur verpflichtet, alles zu unternehmen, was grundsätzlich gesellschaftsrechtlich zulässig ist, um einen tatbestandsmäßigen Erfolg zu verhindern, sondern jedes Organmitglied hat grundsätzlich auch zu anderen ihm tatsächlich zu Gebote stehenden Mitteln zu greifen, um die Verhinderungspflicht zu erfüllen. Daher sind nicht nur gefährliche Waren notfalls auch im Alleingang zurückzurufen, sondern auch Straftaten unbedingt, unter Umständen auch gegen die Mehrheit in der Geschäftsleitung, zu unterbinden. Im Hinblick auf die Zumutbarkeit bedarf es hier jedoch einer doppelten Abwägung. Zum einen müssen die für das Unternehmen durch das Unterbinden der Gefahr entstehenden Folgen gegen diejenigen abgewogen werden, die mit dem Unterlassen der Intervention voraussichtlich verbunden sein werden, um die Pflicht des Unternehmens zu bestimmen. In der Regel dürfte diese Abwägung mit Blick auf Fehlverhalten wie Straftaten gegen das Lebensmittelrecht, Korruptionsstraftaten oder Steuerhinterziehungen etc. leicht fallen. Zum anderen müssen die Folgen für den unmittelbar Handlungspflichtigen bestimmt werden. Insofern kann die Grundregel gelten, dass zur Verhinderung von Schäden an Rechtsgütern Dritter betriebsinterne oder berufliche Nachteile in Kauf genommen werden müssen. Nur wenn sich über diese betriebsbezogenen Nachteile hinaus erhebliche persönliche Nachteile ergeben sollten, die nicht berufsbezogen sind, kann sich dies im Ausnahmefall auf die Zumutbarkeit der Erfolgsabwendung und damit auf die Handlungspflicht auswirken.

(c) Umfang der Einstandspflicht und Zumutbarkeit ihrer Erfüllung bei Beauftragten

Damit ist die Reichweite der Verhinderungspflicht von Organmitgliedern bestimmt; es bleibt jedoch die Frage, inwiefern auch Beauftragte, die keine Vertretungsmacht besitzen, handlungspflichtig und gegebenenfalls strafbar sind, wenn sie Straftaten aus dem Unternehmen geschehen lassen, ohne auf deren Verhinderung hinzuwirken. Insofern geht es also um die strafrechtliche Verantwortlichkeit eines intern Beauftragten, der aber nicht – wie das Organ – nach außen hin als Vertreter des Verbandes auftritt und Vertrauen für die Gesellschaft in Anspruch nimmt bzw. Aufgaben für die Gesellschaft als ihr Repräsentant erfüllt. Die Frage nach dem Umfang der Strafbarkeit sonstiger Entscheidungsträger im Unternehmen, die nicht Geschäftsherren oder Beauftragte sind (Abteilungsleiter etc.), stellt sich nach der hier vertretenen Auffassung nicht, weil ihre Garantstellung nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit konturiert werden kann, die Annahme einer Unterlassungsstrafbarkeit in Form der Geschäftsherrenhaftung also gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstieße.

(d) Allgemeines Recht und strafrechtliche Pflicht zum sogenannten Whistleblowing

Wenig problematisch ist insofern die Lösung der Fälle, in denen der Beauftragte seiner Pflicht auch gegenüber dem Verband nicht nachkommt und eine bevorstehende Straftat – etwa eine Bestechungshandlung – eines Mitarbeiters, aus seinem Aufgabenbereich oder seiner Abteilung geschehen lässt und weder zur Unterlassung anweist, noch andere Maßnahmen ergreift, wie etwa die Geschäftsführung zu informieren, um das Fehlverhalten zu unterbinden. Hier ist die Verletzung der Handlungspflicht unproblematisch gegeben; wer auf Posten gestellt ist, um die Verwirklichung von Gefahren aus dem Bereich des Betriebs im Auftrag des Unternehmensinhabers zu verhindern, der verletzt bei Untätigkeit seine Handlungspflicht und begründet damit seine strafrechtliche Verantwortlichkeit.

Weitaus schwieriger ist die Beurteilung, wenn der Garant sich im Rahmen der Unternehmenshierarchie um die Verhinderung des Erfolgs bemüht, damit jedoch am internen Widerstand seines Vorgesetzten oder der Geschäftsleitung scheitert. Dieser Fall ist insbesondere im Bereich des Korruptionsstrafrechts nicht nur vorstellbar, sondern sogar naheliegend. Wie weit können die Handlungspflichten des Garantens im Hinblick auf die internen Strukturen des Verbandes, in die er eingebunden ist, gehen? Kann es hier eine Pflicht des Entscheidungsträgers oder Beauftragten geben, entgegen ihm erteilter arbeitsrechtlicher Weisungen zu handeln und für den Fall, dass sich die für die Verhinderung einer Straftat zuständigen Organe der Erfüllung ihrer Pflichten verweigern, selbst an Staatsanwalt-

schaft, Polizei oder die Medien heranzutreten? Man könnte hier also nach einer Pflicht zum sogenannten Whistleblowing⁹³⁶ fragen.

Einer aus der Garantenstellung resultierenden Pflicht zum Whistleblowingscheint zumindest die Judikatur zumindest sehr zurückhaltend gegenüberzustehen.⁹³⁷ Betrachtet man erneut die Lederspray-Entscheidung, so ergibt sich daraus relativ deutlich, dass der Bundesgerichtshof die Handlungspflichten des Organmitglieds als streng durch die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben eingegrenzt angesehen hat. Diese Bewertung legt nahe, dass der 2. Strafsenat damals zu der Überzeugung gelangte, insofern sei selbst bei erheblichen Gesundheitsgefahren eine Handlung außerhalb des gesellschaftsrechtlichen Rahmens kaum zu verlangen. Auch die arbeitsgerichtliche Judikatur, die sich schon früh mit Fragen des Whistleblowings – freilich nicht unter diesem Topos – auseinandersetzen musste, gibt nur bedingt Anlass zu der Annahme, es werde eine Pflicht oder auch nur allgemein ein arbeitsrechtliches Recht zum Whistleblowing von der Judikatur akzeptiert. In einem Fall aus dem Jahre 1959⁹³⁸ hatte das Bundesarbeitsgericht bereits angenommen, dass kein Recht des Arbeitnehmers zur Erstattung einer Strafanzeige bestehe, auch nicht bei nahe liegenden und fortgesetzten Verstößen gegen güterfernverkehrsrechtliche Vorschriften, weil es dem Arbeitnehmer freistehe, seine Arbeit niederzulegen. Erstatte der Arbeitnehmer dennoch Strafanzeige, so rechtfertige dies eine verhaltensbedingte Kündigung. Ähnlich hatte es das Landesarbeitsgericht *Baden-Württemberg*⁹³⁹ in einem Kündigungsschutzverfahren gegen einen Schweißer gesehen, dem durch das Gericht vorgehalten wurde, er habe zugunsten „*geringer eigener Vorteile*“ – es ging um gesundheitliche Nachteile wie Reizungen der Schleimhäute – ein Verfahren gegen seine Arbeitgeberin wegen des Verstoßes gegen öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften in Kauf genommen, obwohl er sich durch eigene Maßnahmen leicht selbst hätte behelfen können. Anders hat allerdings der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte entschieden: Die Strafanzeige einer Altenpflegerin gegen den Betreiber eines Altenheims könne nicht als Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung angesehen werden. Dabei hatte der Gerichtshof auf das be-

936 Vgl. zum Begriff des *Whistleblowings* und zu Beispielsfällen *Schmitt* Whistleblowing – „Verpfeifen“ des Arbeitgebers, S. 1 ff.; vgl. ferner zur Rechtfertigung von Strafanzeigen im Rahmen des sog. Whistleblowings EGMR, Urt. v. 21.7.2011, Az. 28274/08 (Heinisch v. BRD), NJW 2011, 3501 ff. mit zust. Anm. *Ulber* NZA 2011, 962 ff.; mit abl. Anm. *Becker* DB 2011, 2202 ff.

937 Vgl. hierzu insbesondere die Darstellung der Rechtsprechung bei *Schmitt* Whistleblowing – „Verpfeifen“ des Arbeitgebers, S. 8 ff.; vgl. ferner das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtags v. 22.7.2014, Umdruck 18/3198 zum Whistleblowing im öffentlichen Dienst.

938 BAG, Urt. v. 5.2.1959 – 2 AZR 60/56, DB 1959, 980.

939 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 20.10.1976 – 6 Sa 51/76, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8.

sondere öffentliche Interesse an der Information als Rechtfertigungsgrund abgestellt.⁹⁴⁰

Soweit es um erhebliche Gefahren für die Allgemeinheit geht, haben sich aber auch deutsche Arbeitsgerichte anders geäußert. So hat das LAG Baden-Württemberg⁹⁴¹ eine Anzeige einer Mitarbeiterin eines Lebensmittelhändlers, in dessen Betrieb frisches Hackfleisch mit solchem vom Vortrag vermischt und dann als frisch in die Verkaufstheke gelegt wurde, nicht als Grund für eine verhaltensbedingte Kündigung akzeptiert. Insofern führte das Gericht aus, dass es „entschuldigbar“ gewesen sei, die Anzeige unmittelbar an den Wirtschaftskontrolldienst zu richten und nicht erst die Geschäftsführung einzuschalten, weil nach den Umständen davon auszugehen war, dass die Geschäftsführung die Manipulationen gebilligt habe. Ähnliche Erwägungen spielten bei einer Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln⁹⁴² eine Rolle, das dem Fahrer eines Lastkraftfahrzeugs das Recht zugebilligt hat, mit dem ihm zugeteilten Fahrzeug im Falle begründeter Zweifel an der Verkehrstauglichkeit bei der Polizei vorstellig zu werden, wenn der Arbeitnehmer zuvor erfolglos versucht hat, seinen Arbeitgeber zur Herstellung der Verkehrstüchtigkeit zu veranlassen. Das Landesarbeitsgericht Köln führt hierzu weiterhin aus, ein Arbeitnehmer, dem ein technisches Gerät anvertraut ist, für dessen Sicherheit er (mit-)verantwortlich ist, dürfe sich, sofern er zuvor alle innerbetrieblichen Mittel zur Gefahrenbeseitigung ausgeschöpft hat, an die zuständigen Behörden oder Stellen wenden, wenn er nach seiner vertretbaren Ansicht ohne diese Maßnahme Gefahren für sich und die Allgemeinheit befürchtet. Auch wenn man mit *Schmitt*⁹⁴³ eine dahin gehende Tendenz in der Rechtsprechung feststellen kann, dem Arbeitnehmer weitergehend das Recht zuzugestehen, sich bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Rechtsvorschriften an außenstehende Dritte und Behörden zu wenden,⁹⁴⁴ so ist ein allgemeines Recht zum Whistleblowing nicht zu konstatieren, so dass bei der Annahme einer Pflicht zur Abwendung von Schaden durch Maßnahmen, die der Entscheidungsträger über die Unternehmenshierarchien hinaus anzustoßen hat, ebenfalls Vorsicht geboten ist.⁹⁴⁵

940 EGMR, Urt. v. 21.7.2011 – 28274/08, Rn. 71, NJW 2011, 3501, 3503; krit. dazu *Becker* DB 2011, 2202 ff.

941 LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 3.2.1987 – 7 (13) Sa 95/86, NZA 1987, 756.

942 LAG Köln, Urt. v. 23.2.1996 – 11 (13) Sa 976/95, LAGE § 626 BGB Nr. 94, wo allerdings ein Widerspruch zur Entscheidung des BAG (DB 1959, 980) verneint wird.

943 *Schmitt* Whistleblowing, S. 64.

944 Vgl. hierzu auch LAG Köln, Urt. v. 2.2.2012 – 6 Sa 304/11, NZA-RR 2012, 298, 300 f.

945 Vgl. zu den Bestrebungen der gesetzlichen Regelung des Whistleblowings, Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion vom 7.2.2012 BT-Drs. 17/8567, die jedoch im Gesetzgebungsverfahren scheiterten; vgl. ferner Schweizerisches Bundesgericht, Urt. v. 12.12.2011 – 6B_305/2011 NZWiSt 2012, 224; mit Bespr. *Konopatsch* NZWiSt 2012, 217 ff.; vgl. ferner das Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Schleswig-Holsteinischen Landtags v. 22.7.2014, Umdruck 18/3198 zum Whistleblowing im öffentlichen Dienst.

- (e) Erlöschen von konkreten Handlungspflichten des Beauftragten durch „Zurückfallen“ an Organe und andere Verbandsrepräsentanten

Unabhängig davon, ob ein Beauftragter oder Entscheidungsträger, der nicht Organ ist, eine Pflicht hat, Schaden für Rechtsgüter Dritte durch Whistleblowing zu verhindern, stellt sich die Frage, ob die Garantenpflicht als solche durch die Übermittlung der Information über die Gefahr an die vertretungsberechtigten Organe bereits erlischt. Betrachtet man die Voraussetzungen, die der Bundesgerichtshof in der BSR-Entscheidung⁹⁴⁶ an die Entstehung der Garantenstellung gestellt hat, so dürfte der Inhaber einer abgeleiteten Garantenstellung diese wieder verlieren, wenn er seinen Auftraggeber über das Problem informiert und diesen damit und gegebenenfalls mit der Bereitstellung der notwendigen Kompetenzen, Daten oder Fähigkeiten in die Lage versetzt, die Gefahr zu beseitigen. Begründet man nämlich mit dem Bundesgerichtshof die Garantenstellung des Beauftragten mit dem Hinweis auf die Übertragung eines Aufgabenkreises in dem Vertrauen auf die Erfüllung der sich dem Tätigkeitsbereich ergebenden, grundsätzlich das Unternehmen bzw. dessen Inhaber treffenden Pflichten, so liegt es nahe, einen Wegfall dieser Pflicht mit einer Art *actus contrarius* anzunehmen: Liefert der aus der übernommenen Aufgabe handlungspflichtige Beauftragte dem Prinzipal bzw. dem vertretungsberechtigten Organ die notwendigen Informationen über den Stand der Dinge, so reicht er die Verantwortung zurück, die er durch die tatsächliche Übernahme des Aufgabenkreises erhalten hat, weil der Geschäftsherr auf die Aufgabenerfüllung vertraute. Das in den Beauftragten gesetzte Vertrauen wird auf diese Weise zunächst erfüllt.

Es kommt dann auf die Situation im Einzelfall an, wie sich die Handlungspflichten der Beteiligten hier weiterentwickeln. Sind die an den Verband oder das Organ übermittelten Informationen vollständig und geht aus ihnen hervor, dass der Beauftragte allein nicht in der Lage ist, der Bedrohung Herr zu werden, so fällt die konkrete Handlungsverantwortung an das Organ zurück. Der Beauftragte ist nur noch insofern handlungspflichtig, als der Auftraggeber erwarten darf, dass der Auftragnehmer weiterhin handeln wird. Es hängt damit von den jeweiligen Vereinbarungen und Weisungen ab, ob und wie eine Handlungspflicht fortbesteht. So kann sich die Verhinderungspflicht des Beauftragten durch dessen Mitteilung angesichts der konkreten Risikosituation in eine Pflicht zur Durchführung weiterer Untersuchungen oder Überwachungen umwandeln, während sich eine Pflicht des Organs ergibt, den Rückruf eines Produkts in die Wege zu leiten. Es kommt hier auf die bestehenden Vereinbarungen, die im Einzelnen drohenden

946 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44, 48 f.

Gefahren und weitere Interaktion zwischen Delegat und Delegationsempfänger in der Krisensituation an.⁹⁴⁷

Das bedeutet jedoch auch, dass der Beauftragte, der der Geschäftsführung eine drohende Straftat mitteilt, aber keine Einleitung von Maßnahmen zur Verhinderung der Tat erreichen kann, grundsätzlich seiner derivativen Handlungspflicht ledig werden dürfte. Denn soweit der Beauftragte die relevanten Information weitergegeben und um Gegenmaßnahmen ersucht hat, die er nicht eigenständig durchführen kann oder zu deren Einleitung er binnenrechtlich nicht befugt ist, nimmt er regelmäßig nicht mehr das Vertrauen des Verbandes – in Person der informierten Organmitglieder, der Geschäftsführung etc. – in Anspruch, das die maßgebliche Grundlage der Garantenstellung im Allgemeinen und der Handlungspflicht im konkreten Fall darstellt. Damit entfällt die Basis der Garantenpflicht für die konkrete Krisensituation.

(f) Behandlung von gesetzlichen Handlungspflichten (echten Compliance-Pflichten)

Etwas anderes gilt, wenn der Beauftragte durch die Übertragung und Übernahme des Aufgabenkreises oder einer speziellen Aufgabe externe Pflichten des Unternehmens, also gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit übernommen und damit Vertrauen in Anspruch genommen hat. Das ist dann der Fall, wenn es sich um gesetzlich besonders festgeschriebene Unternehmenspflichten handelt, deren Wahrnehmung durch bestimmte, dazu bestellte Personen zu erfolgen hat. In diesen Fällen wird die Aufgabe nämlich nicht rein binnenrechtlich, also im Rahmen einer Obliegenheitserfüllung übertragen, sondern der Verband erfüllt bereits mit der Bestellung des Beauftragten eine eigenständige Pflicht. Durch die Übernahme des Aufgabenkreises durch den Beauftragten wird damit auch nach außen hin ein Vertrauen geschaffen, das die Allgemeinheit nicht nur in das Unternehmen selbst setzen darf, weil hier nicht das Unternehmen allein die Aufgaben und Befugnisse des Beauftragten bestimmt. Gibt nämlich das „Außenrecht“ zumindest die Pflichten des Beauftragten vor, so rückt das Recht diesen Beauftragten durch die eigenständige Regelung in gewisser Weise aus der Verbandsstruktur heraus. Auch er setzt damit einen Vertrauenstatbestand für die Erfüllung dieser gesetzlich vorgegebenen Aufgaben.

Um ein solches Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Aufgabenerfüllung durch den Beauftragten selbst zu begründen, kann es ausreichen, dass dem Unternehmen die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe von Gesetzes wegen zugeschrieben wird, wie dies etwa im Sozialrecht der Fall ist. Hier (§§ 81a, 197a SGB V) werden die Sozialversicherungsträger verpflichtet, selbstständige Stellen

947 Vgl. hierzu auch *Dannecker/Bülte* NZWiSt 2012, 81, 86 ff.

zu schaffen, denen die Aufgabe zugewiesen ist, Fehlverhalten im Gesundheitswesen aufzudecken, wenn sie entsprechende Hinweise auf Unregelmäßigkeiten erhalten.⁹⁴⁸ Diese Pflicht trifft zunächst als Organisationspflicht den Sozialversicherungsträger als Verband, der zur Erfüllung seiner Aufgabe eine eigenständige Stelle einzurichten hat. Die Mitarbeiter dieser Stelle nehmen im Rahmen ihrer Beauftragung die Aufgabe wahr, die Ermittlungen zur Feststellung von Fehlverhalten durchzuführen. Hier werden zwar weder der Aufgabenbereich der Mitarbeiter und ihre Befugnisse unmittelbar durch das Gesetz bestimmt, noch finden sich im Gesetz Vorgaben, die konkret die Stellung der Mitarbeiter dieser Stellen zur Missbrauchsbekämpfung betreffen.⁹⁴⁹ Aber das Gesetz erlegt die Pflicht zur Bekämpfung von Fehlverhalten im Gesundheitswesen ausdrücklich den Sozialversicherungsträgern auf. Deshalb dürfen diejenigen, die von diesem Fehlverhalten betroffen sind – die Vertragsärzte und die Versicherten –, darauf vertrauen, dass diese Aufgabe wahrgenommen wird. Delegiert der Sozialversicherungsträger diese gesetzliche Aufgabe, so nimmt derjenige, der sie übernimmt, das Vertrauen stellvertretend für den Verband in Anspruch und ist nun auch gegenüber den schutzwürdigen Dritten als Garant auf Posten gestellt. Diese Aufgabe, die ihm in Ausfüllung der gesetzlichen Vorgaben übertragen ist, begründet eine gesetzliche, eine echte Compliance-Pflicht, die ihm der übertragende Sozialversicherungsträger nicht wieder nehmen kann. Er kann die Übertragung allenfalls für die Zukunft ändern, nicht aber nachträglich auf die Pflicht zur Unterrichtung einwirken.⁹⁵⁰

Ähnlich stellt sich die Situation des Geldwäschebeauftragten dar, für den das Geldwäschegesetz (GwG) eigenständige und unmittelbare Vorgaben in § 9 Abs. 1 Nr. 1 GwG geschaffen hat. In diesen Regelungen wird konkret bestimmt, dass ein eigenständiger, weil unmittelbar der Geschäftsleitung nachgeordneter Geldwäschebeauftragter in jedem Unternehmen installiert werden muss, das zu den nach § 2 Abs. 1 GwG Verpflichteten gehört. Die Aufgabe dieses Beauftragten wird im Gesetz dahin gehend beschrieben, dass er Ansprechpartner für die Strafverfolgungsbehörden, das Bundeskriminalamt und für die nach § 16 GwG zuständige Behörde sein muss. Er hat im Rahmen seiner Aufgaben insbesondere ein unternehmensindividuelles Geldwäsche-Compliance-Modell zu entwickeln und dieses gegenüber externer Prüfung und den Aufsichtsbehörden zu vertreten.⁹⁵¹ Der Geldwäschebeauftragte tritt damit aus dem Verband dadurch heraus, dass er gesetzlich bestimmte Aufgaben wahrnimmt und durch seine unternehmensinterne

948 Vgl. hierzu etwa Kerber in: Lindemann/Ratzel, Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen, S. 70 ff.; Köhler VerwArch 2009, 391 ff.

949 Vgl. hierzu im Einzelnen Dannecker/Bülte NZWiSt 2012, 1 ff., 41 ff.

950 Hierzu eingehend Dannecker/Bülte NZWiSt 2012, 81, 86 ff.

951 So Warius in: Herzog, Geldwäschegesetz, § 9 Rn. 13 ff.

Weisungsunabhängigkeit⁹⁵² einen Vertrauenstatbestand begründet, der sich auf seine Stellung und seiner Person bezieht und nicht allein auf das Unternehmen. Daher sind die Bestellung und Abberufung eines Geldwäschebeauftragten nicht nur den Aufsichtsbehörden mitzuteilen, sondern die Abberufung ist auch zu begründen.⁹⁵³

Daraus folgt, dass dieser Beauftragte verpflichtet sein kann, auch entgegen einer Anweisung aus der Unternehmensleitung einen erkannten Verdachtsfall, der zu einer Geldwäschehandlung durch das verpflichtete Unternehmen führen könnte, an die zuständigen Behörden zu melden. Zwar besteht weitgehende Einigkeit darüber,⁹⁵⁴ dass der Geldwäschebeauftragte in seinen Weisungen innerhalb des Unternehmens dem Direktionsrecht der Geschäftsleitung untersteht; jedoch kann dies für den Extremfall nicht gelten, in dem die Geschäftsführung sich entgegen der ausdrücklichen Entscheidung des Beauftragten gegen eine Geldwäscheverdachtsanzeige und für die Durchführung eines Geschäfts entscheidet, das der Geldwäsche dient. In diesem Fall ist der Geldwäschebeauftragte im Interesse der Rechtsgemeinschaft auf Posten gestellt, die geldwäschespezifische Sicherheit im Unternehmen zu garantieren und notfalls auch unter Inkaufnahme beruflicher Risiken eine Mitteilung an die Staatsanwaltschaft zu erstatten, um die Begehung einer Straftat gemäß § 261 StGB zu verhindern.

*e) Fazit: Möglichkeiten und Grenzen der Erfassung von
Entscheidungssträgerverantwortlichkeit durch die Haftung des Geschäftsherrn
für Unterlassen*

Der Geschäftsherr ist damit nach wohl einhelliger Ansicht grundsätzlich Garant dafür, dass sich Gefahren, die sich spezifisch aus dem Betrieb seines Unternehmens ergeben, nicht als Schäden für Rechtsgüter außerhalb des Unternehmens realisieren.

(1) Begründung der Garantenstellung des Prinzipals

Diese Garantenstellung ergibt sich – auch insoweit sind sich Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Lehre wohl ebenfalls einig – im Kern aus der durch den Betrieb des konkreten Unternehmens geschaffenen Gefahr. Doch ist die Gefahrschaffung als solche nur ein strukturelles Element der Garantenstellung; die spezifische Beziehung zwischen der verursachten Gefahr und den Interessen außenstehender Dritter bildet das weitere notwendige Element. Die Gefahrverursa-

952 Vgl. BT-Drs. 12/2704, S. 19; ferner *Warius* in: Herzog, Geldwäschegesetz, § 9 Rn. 17.

953 Vgl. *Warius* in: Herzog, Geldwäschegesetz, § 9 Rn. 21.

954 Vgl. die Nachweise *Warius* in: Herzog, Geldwäschegesetz, § 9 Rn. 17.

chung kann darin bestehen, dass dem Unternehmer gestattet wird, eine risikoreiche Tätigkeit – wie der Betrieb einer Spedition, einer emittierenden Anlage etc. – auszuführen und damit seine Freiheitsrechte über die Grenze hinaus auszuüben, die grundsätzlich jeder Ausübung von Freiheiten gesteckt ist: der Beeinträchtigung der Freiheitsrechte anderer, durch eine spezifische Gefährdung. Dem betroffenen Außenstehenden wird damit die Einwirkung auf den Betrieb zur Unterbindung der gefährlichen Tätigkeit des Unternehmers, also die Verteidigung gegen das besondere Risiko durch die hoheitliche Gestattung des gefährlichen Betriebs verwehrt. Der Außenstehende ist mithin verpflichtet, die Gefahren hinzunehmen, die sich aus dem Betrieb ergeben. Er hat Einwirkungen, die auf eine Beeinträchtigung des erlaubten Betriebs abzielen, auch dann zu unterlassen, wenn die unternehmerische oder betriebliche Tätigkeit für seine Interessen eine Gefährdung bedeutet.

Als Korrelat zu diesem Recht des Unternehmers, im Rahmen seiner Freiheitsausübung Gefahren zu begründen, ist der Betriebsinhaber auf Posten gestellt, um eine Gefahrrealisierung zum Nachteil Dritter zu verhindern. Auf diese Weise wird ein Ausgleich zwischen den Freiheitsrechten des Unternehmers einerseits und der durch den Betrieb gefährdeten Einzelrechte und Allgemeininteressen hergestellt. Darauf, ob diese Gefahr durch das betriebsspezifische Fehlverhalten von Mitarbeitern des Unternehmens ausgelöst wird (Personalgefahren) oder sich unmittelbar aus der Gefährlichkeit der Betriebsmittel selbst (Sachgefahren) ergibt, kommt es – auch nach Auffassung der insoweit nicht differenzierenden Judikatur – bereits deswegen nicht an, weil diese beiden Sphären regelmäßig nicht getrennt werden können.⁹⁵⁵ Jedoch besteht diese Gefahrenherrschaft des Unternehmensinhabers nur für betriebsspezifische Sach- und Personalgefahren, also solche Gefahren, die in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehen.

Die Garantenstellung trifft aufgrund dieser Gefahrenherrschaft grundsätzlich unmittelbar den Unternehmensinhaber, soweit dieser eine juristische Person ist, deren Organe bzw. Organmitglieder. Regelmäßig wird der Inhaber bzw. dessen gesetzlicher Vertreter die Gefahrenaufsicht innerhalb der Unternehmenshierarchien auf Personen übertragen müssen, die nicht Organe oder ansonsten notwendige Repräsentanten des Unternehmens sind. Soweit dies durch die allgemeine Delegation bestimmter Aufgabenbereiche an Leiter von Untereinheiten des Unternehmens, wie etwa Abteilungsleiter, erfolgt, dürfte eine Garantenstellung für alle Straftaten der ihnen unterstellten Mitarbeiter an fehlender Bestimmtheit der entstehenden Pflichten scheitern. Anders stellt sich dies bei der expliziten Übertragung der Erfüllung bestimmter Aufgaben an Personen dar, die mit der Erfül-

955 Vgl. Roxin AT II, § 32 Rn. 137; i.E. wohl auch BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 ff.; a.A. Spring Geschäftsherrenhaftung, S. 166 f.; vgl. ferner S. 186 ff.

lung einer bestimmten sachlich eng begrenzten Aufgabe im ganzen Unternehmen betraut werden, wie etwa Korruptionsbekämpfungsbeauftragte nach §§ 81, 197a SGBV oder Geldwäschebeauftragte nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 GwG. Hier ist die mit der Aufgabenübertragung entstehende derivative Pflicht hinreichend klar umrissen.

Die Garantenstellung für die Verhinderung von Straftaten und die Reichweite der konkreten Handlungspflicht richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere danach, ob es sich um gesetzlich geregelte Aufgabenübertragungen handelt und inwieweit der Beauftragte aufgrund von und mit dem Vertrauen der Verbandsverantwortlichen oder sogar der Rechtsgemeinschaft tätig wird. Grundsätzlich sind Entscheidungsträger in Unternehmen soweit einstands- und handlungspflichtig, wie ein schutzwürdiges Vertrauen dahin gehend besteht, dass sie die ihnen gestellte Aufgabe erfüllen. Dieses Vertrauen ist jedoch nicht stets notwendig, um die Garantenstellung zu begründen; vielmehr ist es nur der typische Grund für eine besondere Gefahrerhöhung: Dem Unternehmer wird die Gefahrerhöhung seitens der Rechtsgemeinschaft gestattet, weil die betriebliche Tätigkeit Teil seiner Grundrechtsausübung ist und daher geduldet oder sogar sozial erwünscht ist, weil sie für die Gesellschaft unverzichtbar ist, wie etwa bei der Herstellung von Lebens- oder Arzneimitteln. Die dabei entstehenden Gefahren hat der Unternehmensinhaber einzudämmen. Der Staat unterlässt es in diesem Zusammenhang regelmäßig, aktiv in die betriebliche Organisation einzugreifen, und unternimmt – je nach Gefahrintensität – gegebenenfalls Kontrollen; aber im Wesentlichen bleibt es dem Unternehmensinhaber überlassen, Gefahrabwehrmaßnahmen zu ergreifen. Die Rechtsgemeinschaft vertraut darauf, dass der Unternehmer seine Aufgabe erfüllt, seiner Pflicht nachkommt. Auf diese Weise entsteht insofern eine Gefahrerhöhung, als der Staat sich seiner grundsätzlichen Möglichkeit begibt, die entstehenden Gefahren selbst abzuwenden oder einzudämmen. Vertrauen bedeutet hier Gefahrerhöhung. Auf der anderen Seite führen zunehmende staatliche Kontrollen zu einer Verzögerung der betrieblichen Abläufe. Der Unternehmer „erkauft“ sich damit die mit dem Vertrauen einhergehende größere Freiheit, auch zur zumindest abstrakten Gefährdung der Rechtsgüter Dritter, mit der erhöhten strafrechtlichen Einstandsverantwortlichkeit für Schäden an diesen Rechtsgütern.

(2) Begründung der Garantenstellung spezifischer Beauftragter

Beauftragt der Prinzipal einen Dritten mit der Durchführung einer notwendigen Sicherungsmaßnahme, so leitet der Geschäftsherr dieses Vertrauen durch, soweit er selbst ein schutzwürdiges Vertrauen in die Aufgabenerfüllung durch den Delegationsadressaten hat, diesem also insbesondere die Möglichkeiten zur Verfügung stehen, seiner Aufgabe gerecht zu werden; auf diese Weise entsteht eine

Verantwortungskette. Doch kann eine Verantwortungsbegründung im Einzelfall auch am Unternehmensinhaber vorbei oder durch ihn als Exekutivorgan dann entstehen, wenn das Gesetz mit der Bestellung als Beauftragter des Unternehmens besondere eigenständige und persönliche Pflichten entstehen lässt, wie dies etwa bei Geldwäschebeauftragten der Fall ist. Die Begründung der Verantwortlichkeit beeinflusst maßgeblich die konkrete Handlungspflicht, die sich bei einer nicht gesetzlich im Einzelnen geregelten Delegation des Aufgabenkreises im Verhältnis zwischen Betriebsinhaber und Delegationsadressaten bestimmt, während durch eine Bestellung als Beauftragter mit gesetzlich bestimmten Pflichten auch eine unmittelbare persönliche Verpflichtung gegenüber der Rechtsgemeinschaft entstehen kann. Die Art der Pflichtenübertragung hat insbesondere Bedeutung für eine Pflicht zum Whistleblowing, die aber regelmäßig wohl nur bei gesetzlichen Beauftragten bestehen kann.

(3) Nicht erfasste Taten Untergebener

Letztlich greifen aber die Geschäftsherrenhaftung und die daraus abgeleitete Beauftragtenhaftung – die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des § 13 StGB als normatives Tatbestandsmerkmal unterstellt – nur ein, wenn im Übrigen die Voraussetzungen der Unterlassungsstrafbarkeit gegeben sind. Im Hinblick auf all jene Delikte, deren Tatbestand vorsätzliche Begehung voraussetzt, kommt daher eine strafrechtliche Verantwortlichkeit über die Betriebsinhaber- oder Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht in Betracht, wenn der Betriebsinhaber oder Vorgesetzte die konkrete Tat nicht vorsätzlich geschehen lässt. Dies gilt selbst dann, wenn er seinen Betrieb pflichtwidrig so organisiert hat, dass solche Taten jederzeit geschehen können. Zudem wird man selbst dann nur eine Beihilfe zur Tat des Untergebenen annehmen können, wenn der Vorgesetzte oder Betriebsinhaber die betriebliche Organisation so gestaltet, dass bestimmte Taten sogar geschehen sollen, es aber an der Kenntnis von der konkreten Tatbegehung mangelt. Insofern ist das Wertungsmissverhältnis offensichtlich. Soweit der Vorgesetzte dagegen fahrlässig eine Fahrlässigkeitstat geschehen lässt, kommt er selbst als Täter in Betracht. Insofern kann die Betriebsinhaberhaftung im Einzelfall ausreichend sein, um das kriminelle Unrecht aufzufangen.

(4) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine aus der Geschäftsherrenhaftung abgeleitete allgemeine Vorgesetztenverantwortlichkeit

Rechtsprechung und Lehre ist es bislang jedoch nicht gelungen, die Voraussetzungen des persönlichen Anwendungsbereichs für Entscheidungsträger in Unternehmen, die man allgemein als Vorgesetzte bezeichnet (also z.B. Abteilungsleiter), im Kontext der Geschäftsherrenhaftung in einer Weise zu konkretisieren,

die den Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht würde. Das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip fordert zur Begründung der Unterlassungsstrafbarkeit eine ausdrückliche Zurechnungsregel, denn *„es existiert gerade keine allgemeine Strafbarkeit für Unterlassungen, die einzuschränken wäre, sondern sie wird ausdrücklich für den ‚Garanten‘ begründet“*.⁹⁵⁶ Der herrschenden Ansicht ist zuzustimmen, dass § 13 StGB dem Grunde nach verfassungsgemäß ist, wenn man die Vorschrift als Ermächtigung zur richterrechtlichen Ausfüllung der Garantenpflicht intra legem seitens des Gesetzgebers ansieht. Diese Ausfüllung setzt jedoch zum einen die Beachtung der Grenzen des gesetzlichen Rahmens und zum anderen die Ausfüllung der Rahmenvorschrift mit Tatbestandsmerkmalen voraus, die so konkret sind, dass sie dem Normadressaten die Möglichkeit geben, sich nach dem konkreten Normappell zu richten.

Anders als dem Prinzipal, der weiß, dass er alle betriebsbezogenen Straftaten aus seinem Unternehmen zu verhindern hat, oder dem Beauftragten, der spezifische Gefahren, die sich aus dem Unternehmen ergeben und durch seine Beauftragung bestimmt sind, zu beobachten hat, fehlt es dem persönlichen Verantwortlichkeitsrahmen des allgemeinen Vorgesetzten an einer solchen Eingrenzung. Die Aufgabenübertragung und Aufgabendefinition erfolgt hier in der Regel nicht gefahrenorientiert, sondern personen- oder arbeitsbereichsbezogen. Damit wird die Bestimmung der Gefahrenquellen, die der Vorgesetzte zu bewachen hat, nahezu unmöglich, wenn es sich nicht um einzelne spezifische Gefahren (aus einer bestimmter Anlage etc.) handelt. Mag die Bestimmung der Rechtspflicht im Einzelfall noch möglich sein, etwa bei dem Leiter einer Einkaufsabteilung und der Verhinderung von Korruptionstaten, so wird sie bei unspezifischeren Gefahren unmöglich. Ob der Abteilungsleiter einer Spedition den Missbrauch der Container des Unternehmens für den Menschenhandel oder die Fälschung von Belegen zur Verwendung bei der Buchführung zu unterbinden hat, wird man nicht alleine aus dem Aspekt der Gefahrverursachung beurteilen können. Die Erfassung dieser Risiken kann nur zugeordnet werden, wenn man auf die Weisungsgewalt als begründendes Element abstellt, also einen Personenbezug herstellt. Da dieser Anknüpfungspunkt jedoch von der herrschenden Ansicht abgelehnt wird und von der Rechtsprechung für das allgemeine Strafrecht noch nicht hinreichend ausgeformt worden ist, um eine zuverlässige Auslegungsbasis zu bieten, scheitert die Annahme einer allgemeinen Vorgesetztenunterlassungshaftung für Straftaten aus Unternehmen als Derivat der Geschäftsherrenhaftung am Bestimmtheitsgrundsatz.

Damit muss der Anwendungsbereich der Geschäftsherrenhaftung auf den Prinzipal selbst und auf spezifisch Beauftragte beschränkt bleiben. Hinzu kommt die strafrechtsdogmatische Begrenzung der Verantwortlichkeit für nur vorsätz-

⁹⁵⁶ Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 50.

lich begehbare Taten von Mitarbeitern auf das vorsätzliche Geschehenlassen dieser Straftaten. Aus verfassungsrechtlichen Gründen kann § 13 StGB den notwendigen Transfer von Vorgesetztenverantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit des Entscheidungsträgers im Verband nicht leisten.

4. Zusammenfassung: Allgemeine strafrechtliche Haftung von Entscheidungsträgern in Unternehmen de lege lata

Die vorangegangenen Überlegungen haben gezeigt, dass es aus verfassungsrechtlichen und strafrechtsdogmatischen Gründen nur sehr begrenzt möglich ist, strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit für Straftaten aus Verbänden zu begründen und das Anordnen und Geschehenlassen solcher Straftaten aus dem Kollektiv de lege lata sachgerecht zu sanktionieren. Grundsätzlich stehen dem deutschen Strafrecht dazu zwar die Mittel der allgemeinen Lehren von Täterschaft und Teilnahme und die Unterlassungsstrafbarkeit des § 13 StGB zur Verfügung. Ein gewisser Teil der Vorgesetztenverantwortlichkeit kann mit diesen strafrechtlichen Instituten auch erfasst werden. Aber von einem angemessenen Transfer von Entscheidungs- und Aufsichtsverantwortung in strafrechtliche Verantwortlichkeit kann nicht gesprochen werden.

a) Anstiftung und mittelbare Täterschaft bei der Anordnung von Straftaten

Das Anordnen einer Straftat eines Untergebenen ist regelmäßig als Anstiftung oder zumindest als Beihilfe zur Bezugstat strafbar. Doch dürfte diese Strafbarkeit des Geschäftsherrn oder Vorgesetzten kaum die tatsächliche Verantwortung widerspiegeln, die die Stellung als Entscheidungsträger und der damit verbundenen Entscheidungs- und Lenkungsgewalt mit sich bringt. Die Entscheidungsverantwortung, die in eine Anordnung umgesetzt und mit der Tatbegehung befolgt wird, geht über die Unrechtsverursachung durch die Anstiftung hinaus, wenn auch die Teilnahme nach nahezu unstreitiger Auffassung einen eigenen Rechtsangriff beinhaltet.⁹⁵⁷ Die Verantwortung für die Anweisung zur Tatbegehung wird grundsätzlich nur in einer strafrechtlichen Täterverantwortlichkeit hinreichend abgebildet. Zwar wird auch der „Anstifter wie ein Täter bestraft“, dennoch bildet der Schuldspruch wegen Anstiftung einen Unrechtsinhalt ab, der anders ist als der des Täters: Der „Anstifter – und ebenso der Gehilfe – ist lediglich Teilnehmer, beide sind ... beteiligte Nichttäter“.⁹⁵⁸ Daher mag die Strafe des An-

957 Vgl. hierzu nur Roxin in: FS Stree/Wessels, S. 365, 370 ff.; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder Vor §§ 25 ff. Rn. 16; Kudlich in: Beck-OK-StGB, § 26 Rn. 2 m.w.N.

958 So bereits Schwarz RStGB § 48 Anm. 1a.

stifters mit der des Täters identisch sein, dennoch bringt die Beurteilung als Täter einen anderen Unrechtsgehalt der Tat zum Ausdruck.

Rechtsprechung und Lehre haben versucht, das Problem der unzureichenden Erfassung von Entscheidungsverantwortlichkeit in Verbänden mit einer Ausdehnung der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft kraft Organisationsherrschaft auf Wirtschaftsunternehmen zu lösen. Nach dieser wohl von der herrschenden Meinung vertretenen⁹⁵⁹ – und sogar international anerkannten⁹⁶⁰ –, aber in der Lehre mit Blick auf die Aufweichung der Grenzen des § 25 StGB heftig kritisierten Ansicht,⁹⁶¹ kommt eine Täterschaft des Vorgesetzten in Betracht, der eine Tat des Untergebenen anordnet. Voraussetzung dieser Form der Verantwortlichkeit ist zum einen das aktive Setzen eines Verursachungsbeitrages und zum anderen die Organisationsherrschaft. Diese setzt voraus, dass der im Hintergrund anordnende Vorgesetzte durch die Fungibilität des Untergebenen die Herrschaft über das tatbestandliche Geschehen erlangt,⁹⁶² der Vorgesetzte mithin die Tatherrschaft kraft eines organisatorischen Machtapparats erlangt, den er zur Tatbegehung ausnutzt.⁹⁶³

Doch stehen dieser Lösung verfassungsrechtliche Bedenken entgegen, weil der von der Rechtsprechung angeregte Weg im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts zu einer völligen Auflösung der Konturen der mittelbaren Täterschaft führen könnte. Art. 103 Abs. 2 GG setzt bei der Ausfüllung der durch den Gesetzgeber vielfach bewusst gewährten Auslegungsspielräume durch ergänzendes Richterrecht und Entwicklungen in der Wissenschaft Grenzen: Die Rechtsfindung *intra legem* ist per definitionem durch den Wortlaut des Gesetzes beschränkt und führt ferner nur zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis, wenn eine auf sie gestützte Strafbegründung klare und verlässliche Kriterien für die Auslegung einer Vorschrift zugrunde legt, die es dem Normadressaten ermöglichen, die Strafbarkeit seines Handelns zu beurteilen und es am Normappell auszurichten. Diese Voraussetzungen erfüllen die von der Rechtsprechung und der insbesondere hinsichtlich der Einzelheiten völlig zerstrittenen Lehre entwickelten Konturen der Organisationsherrschaft nicht.

959 Vgl. nur BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218; Beschl. v. 26.8.2003 – 5 StR 145/03, BGHSt 48, 331, 342 f.; Urt. v. 8.11.1999 – 5 StR 632/98, BGHSt 45, 270, 296 ff.; Urt. v. 13.5.2004 – 5 StR 73/03, BGHSt 49, 147, 163 f.; Lackner/Kühl, § 25 Rn. 2; w.N. bei Fischer, § 25 Rn. 11 ff.

960 Vgl. die Nachweise bei Rotsch NStZ 2005, 13; ders. ZIS 2009, 549 ff.; ferner Radtke GA 2006, 350; Kreß GA 2006, 304 ff.

961 Vgl. nur Krey/Nuys in: FS Amelung, S. 203, 214 ff.: („Der Täter hinter dem Täter schlechthin: eine unnötige und unzulässige Rechtsfigur“, S. 214).

962 BGH, Urt. v. 26.7.1994 – 5 StR 98/94, BGHSt 40, 218, 234 m.w.N.; weitere Nachweise bei Fischer, § 25 Rn. 13.

963 Grundlegend hierzu Roxin GA 1063, 13 ff.; ders. Täterschaft, S. 242 ff., 677 ff.; ders. AT II, § 25 Rn. 105 ff.; sowie Schroeder Der Täter hinter dem Täter, S. 166; ferner Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 101 ff.

Zudem setzt der dem Gesetzlichkeitsprinzip nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts immanente Wesentlichkeitsgrundsatz voraus, dass der Gesetzgeber die Grundentscheidung über die Strafbarkeit sowie die Art und das Maß der Strafe durch Parlamentsgesetz trifft:⁹⁶⁴ „Der Gesetzgeber muss die Ermächtigung zur Strafdrohung unzweideutig aussprechen und Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung so genau umreißen, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit und die Art der Strafe aus der Ermächtigung oder der auf sie gestützten Verordnung voraussehbar sind.“⁹⁶⁵ Dass der Gesetzgeber eine solche Wertentscheidung getroffen hat, darf im Hinblick auf die Täterschaft hinter dem vollverantwortlich handelnden Täter bezweifelt werden. Jedoch ist in diesem Kontext einzuräumen, dass der Gesetzgeber durch die Neuverkündung des Strafgesetzbuchs mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz,⁹⁶⁶ die keine Änderung des § 25 StGB beinhaltete, seine Entscheidung zum Ausdruck gebracht hat, die Täterschaft hinter dem Täter grundsätzlich zu akzeptieren. Mit diesem Argument wäre zumindest die Fallgestaltung des die Steuerung des Tatmittlers ermöglichenden Verbotsirrtums, die der Katzenkönig-Entscheidung⁹⁶⁷ zugrunde lag, durch eine gesetzgeberische Grundentscheidung als mittelbare Täterschaft anerkannt.

b) Geschäftsherrenhaftung bei bewusster Nichtverhinderung von Bezugstaten

Durch die Unterlassungsstrafbarkeit von Vorgesetzten in Unternehmen ist das deutsche Strafrecht ebenfalls nicht in der Lage, die Entscheidungsverantwortung so in strafrechtliche Kategorien einzuordnen, dass die tatsächlichen Verantwortungsverhältnisse hinreichend widerspiegelt werden. Dies gilt selbst dann, wenn der Vorgesetzte die Begehung einer Tat, die der Untergebene aufgrund des von *Schünemann* als „kriminelle Verbandsattitüde“ bezeichneten Korpsgeistes⁹⁶⁸ im Interesse des Verbandes begeht, durch einen Untergebenen vorsätzlich geschehen lässt.

Zur Bewältigung dieser Fallgruppe haben Judikatur und Lehre das Institut der Betriebs- oder Geschäftsherrenhaftung entwickelt, die eine besondere Form der Unterlassungsverantwortlichkeit darstellt und sich auf die Verhinderung betriebsspezifischer Straftaten bezieht,⁹⁶⁹ wenn auch die Geschäftsherrenhaftung in

964 Tiedemann Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 103 m.w.N.; Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 173.

965 Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 126.

966 Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) v. 26.1.1998, BGBl. 1998 I, S. 164.

967 BGH, Urt. v. 18.9.1988 – Az. 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 ff.

968 Schünemann in: FS Meurer, S. 54, 55 m.w.N.

969 Vgl. hierzu nur die Nachweise BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13, BGHSt 57, 42, 45 f.; m. Anm. Grützner BB 2012, 150, 151 ff.; ferner S. 168 ff. auch zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen in der Literatur.

ihren Einzelheiten heftig umstritten ist⁹⁷⁰ und von einem Teil der Literatur⁹⁷¹ als eigenständige Fallgruppe vollständig abgelehnt wird. Die Garantenstellung ergibt sich aus der Schaffung einer Gefahr, die durch die betriebliche Tätigkeit verursacht worden ist und die dem Betriebsinhaber trotz ihrer Gefährlichkeit gestattet wird. Im Gegenzug dazu wird dem Betriebsinhaber jedoch eine Gefahrenabwendungspflicht auferlegt. Dabei kommt es letztlich nicht darauf an, ob die Bedrohung der Rechtsgüter Außenstehender durch Sachen oder das rechtswidrige Handeln von Personen hervorgerufen wird, da der Unternehmer und seine Beauftragten zur Verhinderung der Realisierung aller Gefahren auf Posten gestellt sind, deren Verursachung ihm aus Gründen des Allgemeinwohls erlaubt worden ist.

(1) Geschäftsherrenhaftung nur bei Repräsentanten und spezifischen Beauftragten

Die Probleme bei der Bewältigung der kumulativen Kausalität bei Kollegialentscheidungen im Kontext der Unterlassungsstrafbarkeit können durch die von Rechtsprechung und Lehre entwickelten Rechtsfiguren zwar noch bewältigt werden, wie die zwar heftig umstrittene, aber im Ergebnis nicht bezweifelte Leder-spray-Entscheidung⁹⁷² zeigt. Aber eine allgemeine, aus der Geschäftsherrenhaftung abgeleitete Vorgesetztenverantwortlichkeit konnte bislang noch nicht in einer Weise konkretisiert werden, die den Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes gerecht würde. Rechtsprechung und Lehre ist es lediglich gelungen, weitgehende Einigkeit dahin gehend zu erzielen, dass der Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens verpflichtet ist, betriebsspezifische Gefahren für Rechtsgüter Dritter auch dann abzuwenden, wenn es sich um Gefahren aus Straftaten handelt, die Unternehmensangehörige zu begehen im Begriff sind. Ferner ist für die strafrechtliche Unterlassungsverantwortlichkeit von spezifisch mit der Bewachung bestimmter Gefahren und der Verhinderung bestimmter Straftaten Beauftragter ein Konsens gefunden worden oder zumindest erkennbar, der dem Normadressaten eine Beurteilungsgrundlage gibt, damit dieser die Strafbarkeit seines Handelns in dem Maße beurteilen und vorhersehen kann, wie es Art. 103 Abs. 2 GG vorschreibt.

970 Vgl. nur die Nachweise bei *Fischer*, § 13 Rn. 67 ff.; *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 51 ff.

971 *Rudolph/Stein* in: SK-StGB § 13 Rn. 32 ff.; *Heine* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 116 ff.; *Otto* Jura 1998, 409, 413.

972 BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89, BGHSt 37, 106 ff.

(2) Kein hinreichend bestimmter persönlicher Anwendungsbereich bei anderen Entscheidungsträgern

Darüber hinaus fehlt es aber den Kriterien für die Bestimmung des persönlichen Anwendungsbereichs der Unterlassungshaftung von Entscheidungsträgern, die weder einen selbstständigen Betrieb oder Betriebsteil zu leiten noch bestimmte Gefahrenquellen zu bewachen haben, an den notwendigen Konturen. Für die Bestimmung der Unterlassungsstrafbarkeit des Abteilungsleiters oder sonstigen allgemeinen Vorgesetzten, der nicht Organ oder ansonsten Repräsentant des Verbandes ist, fehlen hinreichend bestimmte Tatbestandsbeschreibungen. Selbst wenn man mit der herrschenden Ansicht anerkennt, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 13 StGB der Rechtsprechung und Lehre zu den Garantenpflichten einen gesetzlichen Rahmen geben wollte, der durch ergänzendes Richterrecht und Auslegung auszufüllen ist,⁹⁷³ steht diese Ausfüllung unter der Bedingung der hinreichenden verfassungsrechtlichen Bestimmtheit. Insofern ist jedoch die Entwicklung konkreter Merkmale für den persönlichen Anwendungsbereich und damit die erforderliche Normentwicklung noch nicht abgeschlossen. Es besteht keine Einigkeit darüber, wer jenseits der Fallgruppen des Geschäftsherrn im Sinne des Betriebsinhabers und des speziell Beauftragten Garant sein kann. Daher kann die Umsetzung von Entscheidungsverantwortung in Verantwortlichkeit aus verfassungsrechtlichen Gründen durch die Geschäftsherrenhaftung nur insoweit erfolgen, wie es die Strafbarkeit des Betriebsleiters oder spezifischer Beauftragter betrifft.

(3) Notwendigkeit einer Lösung de lege ferenda

Einen Lösungsweg bietet hier die Statuierung einer personenbezogenen Verantwortlichkeitssphäre – wie sie *Rogall* und *Schünemann* vertreten – zwar an, sie wird von der herrschenden Ansicht jedoch abgelehnt. Daher kann wohl nur eine gesetzliche Ausfüllung des Rahmens des § 13 StGB oder eine völlige Neugestaltung der Vorgesetztenverantwortlichkeit in Unternehmen und sonstigen Verbänden das Auseinanderfallen von Entscheidungskompetenz und Handlungsverantwortlichkeit verhindern. Eine solche Regelung durch den Gesetzgeber würde zum einen die Geschäftsherrenhaftung auf eine zuverlässige Grundlage stellen und damit die langsame und schrittweise Konkretisierung durch die Rechtsprechung, die derzeit noch viele Zweifelsfragen offenlässt, beschleunigen oder obsolet machen. Zum anderen würde damit eine einheitliche Lösung für die Pflicht zur Verhinderung von Straftaten aus einem Verband heraus geschaffen, die eine gleich-

973 Dannecker in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 173 m.w.N.; a.A. Schmitz in: MüKo-StGB, § 1 Rn. 50.

mäßige und damit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz gerecht werdende Erfassung von Entscheidungsverantwortlichkeit ermöglichte.

Einer gesetzlichen Neuregelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit bedarf es zudem, wenn auch solche Fallkonstellationen strafrechtlich erfasst werden sollen, in denen der Vorgesetzte eine Straftat eines Untergebenen durch Fahrlässigkeit oder wegen fahrlässiger Verletzungen seiner Organisations-, Aufsichts- oder Kontrollpflichten ermöglicht. Denn über § 13 StGB und die allgemeine Unterlassungsdogmatik ist in diesen Fällen eine strafrechtliche Verantwortlichkeitsbegründung nur dann möglich, wenn es sich um Straftaten handelt, die auch fahrlässig begehrbar sind. Zwar ist ein Großteil der Straftaten im Wirtschaftsstrafrecht sowohl vorsätzlich als auch fahrlässig begehrbar, aber dies gilt insbesondere nicht für die wichtigen Bereiche des Korruptionsstrafrechts oder des Steuerstrafrechts. Damit kann die Organisation eines Unternehmens in der Weise, dass es zu der vielzitierten „organisierten Unverantwortlichkeit“ durch Informations- und Arbeitsteilung kommt, auch dann noch Strafbarkeitsdefizite herbeiführen, wenn man das Problem des persönlichen Anwendungsbereichs des § 13 StGB beim Vorgesetzten durch eine ausdrückliche Regelung lösen würde.

c) Zufälligkeit der Vorgesetztenverantwortlichkeit durch unsystematische Verantwortlichkeitsregelungen

Diese Darstellung der allgemeinen strafrechtlichen Haftung macht deutlich, dass eine systematische Vorgesetztenverantwortlichkeit in dem von der individuellen Gewaltkriminalität geprägten allgemeinen Strafrecht nicht existiert. Die Versuche von Rechtsprechung und Lehre, aus Unternehmen heraus begangene Straftaten mit den vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Mitteln zu erfassen, sind bislang nur sehr begrenzt erfolgreich. Daher ist der Gesetzgeber gefordert, mit spezifischen Vorschriften zur Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit die erheblichen Sanktionslücken zu schließen und so dem Auftrag gerecht zu werden, den das Strafrecht hat: die Gewährleistung von Sicherheit und effektivem Rechtsgüterschutz⁹⁷⁴ sowie die Gewährung von Rechtsfrieden.⁹⁷⁵

Die Legislative darf sich dabei nicht wie bisher im allgemeinen Strafrecht auf Rahmenvorschriften wie §§ 13, 25 StGB beschränken, weil die Ausfüllung dieser Vorschriften durch Rechtsfindung *intra legem* nur dann in verfassungsrechtlich hinreichender Weise möglich ist, wenn bereits eine gefestigte Judikatur oder klare Lehren entwickelt worden sind. Andernfalls ist es unvermeidbar, dass sich die Rechtsprechung, zunächst in langsamen Schritten und ausgehend von den Ex-

974 Zum Rechtsgüterschutz als Zweck des Strafrechts kritisch *Kaspar* Verhältnismäßigkeit, S. 193 ff., 229 m.w.N.

975 Vgl. nur *Jescheck/Weigend AT*, § 1 Nr. 1, S. 2; *Krey/Esser AT*, Rn. 1 ff.

tremfällen, innerhalb des gesetzlichen Rahmens entwickeln muss. Das würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit durch Unvorhersehbarkeit von Strafbarkeit und Strafe und zu empfindlichen Sanktionslücken führen. Voraussehbares Strafrecht braucht eine systematisch nachvollziehbare Struktur und praktikable Straftatbestände.⁹⁷⁶ Daher ist der Gesetzgeber verpflichtet, durch Strafgesetze, die einen im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend klaren Normappell vermitteln, einen effektiven Schutz von Rechtsgütern vor Straftaten aus Unternehmen auch dadurch zu gewährleisten, dass die Entscheidungsverantwortung als strafrechtlich relevant erfasst wird.

C. Spezialregelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit für besondere Bereiche des Strafrechts

Mit den im vorangegangenen Teil der Untersuchung herausgearbeiteten Ergebnissen ist das Ziel der folgenden Ausführungen bereits angedeutet. Sie sollen der Frage nachgehen, inwiefern das deutsche Strafrecht für Sonderbereiche gesetzliche Regelungen aufweist, die eine systematische Vorgesetztenverantwortlichkeit statuieren. Der Blick auf solche spezifischen Vorschriften könnte hilfreich sein, um zum einen de lege lata Erkenntnisse über die für die Geschäftsherrenhaftung fehlende Bestimmung des Vorgesetztenbegriffs zu gewinnen und zum anderen durch eine Analyse der Struktur von Vorgesetztenverantwortlichkeit in diesen Spezialbereichen Anhaltspunkte für die Strukturen einer künftigen Regelung im allgemeinen Strafrecht zu erhalten.

Die Haftung des Vorgesetzten für Taten seiner Untergebenen ist im Militär- und Wehrstrafrecht in der intensivsten Weise ausgeprägt. Aber auch im Bereich des Strafrechts der Amtsträger und im Ordnungswidrigkeitenrecht in Bezug auf Unternehmensverantwortliche bestehen ausdrückliche gesetzliche Regelungen. Gemein haben diese Regelungen, dass sie festgefügte Hierarchiestrukturen betreffen, innerhalb derer die Straftaten begangen werden, für die Vorgesetzte zu haften haben. Insofern als etwas außergewöhnlich ist das Pressestrafrecht anzusehen, das Regelungen zur strafrechtlichen Haftung von bestimmten Personen innerhalb der Verbreitungsorganisation von Presseerzeugnissen statuiert und weniger an hierarchischen Vorgaben als mehr an der Frage der Kontrolle über die Publikation orientiert ist. Diese vier Bereiche mit Sonderregelungen für Vorgesetztenverantwortlichkeit für Straftaten aus Verbänden werden im Folgenden betrachtet.

⁹⁷⁶ Vgl. Tiedemann Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C. 41.