

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.

I. Strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verfehlungen weisungsgebundener Personen

Zunächst soll jedoch ein kurzer Blick auf die Historie der strafrechtlichen Pflicht zur Verhinderung Straftaten Dritter erfolgen, um die Einordnung der später erörterten Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit zu vereinfachen. Das germanische Recht kannte eine unmittelbare Haftung für die Straftat eines anderen in Form der Haftung des Hauses und des Oberhaupts einer Sippe, die nach modernem Verfassungsverständnis dem Schuldprinzip widerspricht. Der germanische Mensch – so Eberhard Schmidt – war „eingegliedert in persönliche Verbände, die ihm die Existenz als Person gewährleisteten“.⁹⁷⁷ Diese essenzielle Verbindung des Einzelnen zu seinem Haus, seiner Sippe und seinem Stamm führte dazu, dass der Einzelne nicht selbst Rechtsperson war.⁹⁷⁸ Das Individuum wurde erst durch seine Verwurzelung in der Sippe, die für ihn Friedens-, Schutz- und Rechtsverband war, zum Rechtssubjekt. Das hatte eine nahezu natürliche Einbeziehung der anderen Verbandsangehörigen in die Haftung zur Folge. Die Verletzung eines Sippenmitglieds konnte die Fehde zwischen zwei Sippen zur Folge haben. Es kam bei dieser Auseinandersetzung nicht darauf an, den Täter selbst zu treffen; er war als Einzelperson regelmäßig ohne Bedeutung. Vielmehr sollte die gegnerische Sippe in ihrem „besten Manne“ getroffen werden.⁹⁷⁹ Damit wurde das Individuum innerhalb des Verbandes gegen die Außenwelt abgeschirmt; es trat als Einzelter strafrechtlich nicht in Erscheinung, konnte aber auch nicht als Person verletzt werden, weil Verfehlungen – modern formuliert – als Verletzungen von Rechtsgütern des Kollektivs angesehen wurden, selbst wenn sie die höchstpersönlichen Rechtsgüter einzelner Personen betrafen.

Bis in das Mittelalter und in die frühe Neuzeit war diese Sippenhaft zwar weitgehend aufgegeben worden, aber eine Haftung aufgrund der Hausherrschaft bestand fort. Die Begründung für diese Verantwortlichkeit des Hausherrn wurde in seiner Hausgewalt gesehen,⁹⁸⁰ so dass eine Parallele zur Begründung der Garantenhaftung im modernen Strafrecht durchaus erkennbar ist. Aufgrund der Gewalt, die der Hausherr über die zu seinem Hausstand gehörenden Personen ausübte, war er verpflichtet, die von ihnen ausgehende Gefahr eines Fehlverhaltens zu vermeiden. Im Falle des Schadenseintritts hatte er für die Gefahrrealisierung zu haften; er war insofern einer Gefährdungshaftung ausgesetzt. So ist aus dem altfriesischen Recht eine Haftung des Ehemanns für die Verfehlungen seiner Ehefrau überliefert.⁹⁸¹ Ebenso haftete der Hausherr im frühen Mittelalter für die

⁹⁷⁷ Eberhard Schmidt Geschichte der Strafrechtspflege, S. 21.

⁹⁷⁸ Eberhard Schmidt Geschichte der Strafrechtspflege, S. 22.

⁹⁷⁹ Eberhard Schmidt Geschichte der Strafrechtspflege, S. 22.

⁹⁸⁰ His Mittelalter Bd. 1, S. 103.

⁹⁸¹ His Mittelalter Bd. 1, S. 103.

Missetaten seiner unfreien Knechte, die er als „*Ungefährwerk*“⁹⁸² – eine der Fahrlässigkeit ähnliche Haftungsmodalität – zu vertreten hatte.⁹⁸³ Für Friesland ist bis in das 15. Jahrhundert hinein nicht nur an einer Haftung für das „*brotesende Gesinde*“, sondern auch an einer unbedingten Haftung des Herrn für die auf seinem Boden siedelnden Landsassen festgehalten worden. Im Sachsenpiegel und den von ihm abhängigen Quellen war diese umfassende Haftung des Hausherrn zwar bereits aufgegeben worden, jedoch sind auch aus der frühen Neuzeit Quellen bekannt, die weiterhin eine Haftung des Herrn für Taten seines Knechtes vorsehen, wenn dieser die Tat im Beisein seines Herrn oder auf dessen Anordnung begangen hat.⁹⁸⁴ Insofern war bereits eine Art Vorgesetztenverantwortlichkeit im engeren Sinne entstanden.

Auch für das Fehlverhalten volljähriger Kinder hatte der Vater als Hausherr und Familienoberhaupt regional noch bis in das 16. Jahrhundert hinein strafrechtlich einzustehen. Diese Haftung ging so weit, dass der Vater, der seinen Sohn, der einen Totschlag begangen hatte, wieder in sein Haus aufnahm, mit „*Leib und Gut*“ zu büßen hatte.⁹⁸⁵ Mag diese Haftung auch mehr wie eine Strafbarkeit wegen Begünstigung oder Billigung der Straftat wirken, so betont *His* doch, diese strafrechtliche Verantwortlichkeit sei ausdrücklich nicht mit dem Gedanken der Begünstigung, sondern mit der ungebrochenen Fortdauer der Hausegewalt gegenüber dem Sohn begründet worden.⁹⁸⁶ Eine Sondervorschrift des Regensburger Stadtrechts bedrohte die Eltern, die Fluchen und Lästern ihrer Kinder und des Gesindes duldeten, gar mit dem Galgen.⁹⁸⁷ Eine vergleichbare Haftung des Hausherrn wie für das Gesinde und die Kinder galt in Friesland sowie in Süddeutschland und Österreich für Gäste. Im Mühlendorfer Stadtrecht haftete der Hausherr für seinen Gast sogar mit Leib und Gut, während die Haftung für den Gast in Österreich sehr unterschiedlich war und auch von der Dauer des Aufenthalts abhing.⁹⁸⁸ In stark veränderter Form war eine Regelung, die die Verletzung der Aufsichtspflicht über noch nicht 18-jährige Personen mit Freiheitsstrafe bedrohte, wenn der zu Beaufsichtigende eine mit Strafe bedrohte Handlung beging, auch noch im Strafgesetzbuch, zunächst in § 139b, dann bis zum 4. Strafrechtsreformgesetz von 1973⁹⁸⁹ in § 143 StGB enthalten.⁹⁹⁰

982 Vgl. zum Begriff *Eberhard Schmidt* Geschichte der Strafrechtspflege, S. 30 f.

983 *Eberhard Schmidt* Geschichte der Strafrechtspflege, S. 31; *His* Mittelalter Bd. 1, S. 107.

984 *His* Mittelalter Bd. 1, S. 108; vgl. auch *Spring* Geschäftsherrenhaftung, S. 148 ff.

985 *His* Mittelalter Bd. 1, S. 105.

986 *His* Mittelalter Bd. 1, S. 106.

987 *His* Mittelalter Bd. 1, S. 106.

988 *His* Mittelalter Bd. 1, S. 109.

989 *Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts* (4. StrRG), vom 23. November 1973, BGBl. 1973 I S. 1725.

990 Vgl. *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 592 f.

Im friesischen Recht haftete weiterhin der Eigentümer für Handlungen des Pächters und das Kloster für Verfehlungen der Laienbrüder.⁹⁹¹ Noch weiter gingen zum Teil die hochmittelalterlichen Landfriedensregelungen des 12. und 13. Jahrhunderts, nach denen der Burgherr die Haftung für einen von seiner Burg aus unternommenen Raubzug übernehmen musste. Nach dem Reichslandfrieden von 1152 hatte der Burgherr den Räuber zu richten oder, wenn er entflohen war, seine Habe herauszugeben. Ein späterer Landfrieden, der vermutlich in den Sachsenriegel und das österreichische Landrecht einfloss, verschärfe diese Haftung des Burgherrn noch und sah die Pflicht zum Schadenersatz auch dann vor, wenn den Burgherrn keine Schuld traf, weil er sich von dieser reinigen konnte. Die „bairischen Landfrieden“ des 13. Jahrhunderts sahen ferner Strafzahlungen des Burgherrn vor, der den Räuber nicht auslieferte.⁹⁹²

Auch in der Neuzeit finden sich Vorschriften, nach denen eine Haftung für das Verhalten Dritter aufgrund bestimmter Stellungen oder Funktionen vorgesehen ist. So sieht das PrALR in seinem 2. Teil 20. Titel § 6 vor, dass „*Obrigkeiten und Vorgesetzte, welche die Obsicht und Vorbeugungsmittel gedachter Art [zur Verhütung von Laster und Verbrechen seiner Untergebenen, § 1] vernachlässigen, ... sich der Verbrechen ihrer Untergebenen, nach Verhältniß der Umstände, mehr oder weniger theilhaftig*“ machen. Ferner war nach § 1213 II 20 PrALR der Rädelführer einer Räuberbande für alle Handlungen, die die „*Raubgenossen*“ vornehmen und die er befohlen, genehmigt oder auch nur geduldet hatte, als sogenannten Haupturheber⁹⁹³ zu bestrafen. Der Polizeibedienstete, der wissentlich eine Übertretung der Polizeigesetze duldet, war nach § 458 II 20 PrALR mit der Strafe für die Übertretung selbst bedroht.

Das Strafrecht des Deutschen Reiches beinhaltete noch im 20. Jahrhundert im Gewerberecht sowie im Steuer- und Zollwesen strenge Haftungstatbestände, die eine verschuldensunabhängige Strafbarkeit im Sinne einer Gefährdungshaftung vorsahen.⁹⁹⁴ Hier wurde von einer umfassenden Verantwortlichkeit des Inhabers eines Unternehmens für Rechtsverstöße seiner Beschäftigten ausgegangen.⁹⁹⁵ Diese als zu streng empfundene Haftung wurde später in einigen Bereichen durch Änderungen der Gewerbeordnung⁹⁹⁶ (GewO) durch eine Stellvertreterhaftung gemildert.⁹⁹⁷

⁹⁹¹ *His Mittelalter* Bd. 1, S. 110.

⁹⁹² *His Mittelalter* Bd. 1, S. 110.

⁹⁹³ Zur Unterscheidung des Urhebers vom Gehilfen in der älteren Teilnahmelehre *Bindokat* JZ 1982, 421 m.w.N.

⁹⁹⁴ Vgl. hierzu Becker Reichsabgabenordnung, § 357, S. 679 f.

⁹⁹⁵ Hierzu Rogall ZStW 98 (1986), 573, 579 m.w.N.; vgl. auch RG, Urt. v. 26.9.1893 – 2064/93, RGSt 24, 293 ff.

⁹⁹⁶ GewO vom 1.7.1883 (RGBl. S. 177), vgl. hierzu Thiemann, S. 4 ff.

⁹⁹⁷ Vgl. hierzu Rogall ZStW 98 (1986), 573, 580.

Oftmals⁹⁹⁸ wird als Haftungsgrundlage für die strafrechtliche Verantwortlichkeit auch § 108 SeemannsG genannt. Diese Vorschrift begründet jedoch allenfalls eine allgemeine Garantenpflicht des einem Seemann vorgesetzten Offiziers zur Verhinderung von Verstößen gegen die guten Sitten und Gesetze.⁹⁹⁹ Denn in § 108 Abs. 1 S. 1 SeemannsG heißt es, der Kapitän oder Vorgesetzte habe solchen Verstößen seiner Untergebenen entgegenzutreten. Selbst diese Verantwortlichkeit ist jedoch mit dem Argument bestritten worden, diese Vorschrift diene allein der Aufrechterhaltung der Disziplin, nicht aber dem Schutz der durch die Verstöße gefährdeten oder verletzten Rechtsgüter.¹⁰⁰⁰ Im vorliegenden Kontext führt die Betrachtung dieser Vorschrift ohnehin nicht weiter, weil sie zwar eine Garantenstellung begründen mag, aber keinen Hinweis beinhaltet, wie mit dem Phänomen der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Allgemeinen umgegangen werden könnte. Die Statuierung von Garantenstellungen nach dem Vorbild des § 13 StGB kann – wie gezeigt – allenfalls in einem sehr eng begrenzten Raum Abhilfe schaffen.

Aus dieser Aufzählung unterschiedlicher Grundlagen für eine Haftung wegen Herrschaft über Sachen und Personen oder Personenverbände wird deutlich, dass es dem deutschen Recht in der Vergangenheit eher bekannt als fremd war, dem Inhaber eines abgegrenzten Herrschaftsbereichs die strafrechtliche Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten anderer Personen zuzuschreiben, die unter seiner Aufsicht oder grundsätzlichen Kontrolle standen. Bereits *Friedrich II. von Preußen* wies eindringlich auf die Pflicht des Herrschers zur Sanktionierung von Autoritätsmissbrauch unter Beamten und sogar eine Vorgesetztenverantwortlichkeit des Souveräns hin:

„Man darf mit den Pflichtvergessenen kein Erbarmen zeigen: die Stimme der Witwen und Waisen fordert Vergeltung, und Sache des Fürsten ist es, die Beamten zu ihrer Pflicht anzuhalten und streng gegen die vorzugehen, die seine Autorität missbrauchen und das öffentliche Vertrauen unter dem Vorwand von Recht und Gerechtigkeit täuschen. Gerade gegen derartige Fälle von Pflichtvergessenheit muss ich die äußerste Strenge anraten; denn der Herrscher macht sich gewissermaßen zum Mitschuldigen an den Verbrechen, die er unbestraft lässt.“¹⁰⁰¹

II. Vorgesetztenverantwortlichkeit im Militär- und Wehrstrafrecht

Die weitreichendste, seit Langem im deutschen und im internationalen Strafrecht verwurzelte Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit findet sich im Militärstrafrecht. Hier ist der Vorgesetztenbegriff in besonderer Weise ausgeprägt, der im allgemeinen Strafrecht im Kontext der Geschäftsherrenhaftung Probleme im

998 Vgl. nur Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 724; Heine Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 114.

999 Vgl. auch Konu Garantenstellung, S. 126.

1000 So Schultz Amtswalterunterlassen, S. 160.

1001 Friedrich II. Politisches Testament, S. 5.

Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG bereitet und damit der Schließung von Verantwortlichkeitslücken entgegensteht.

Kontroll- und Aufsichtsverhältnisse sind im Militärstrafrecht von besonderer Bedeutung. Daher verwundert es nicht, dass die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorgesetzten auf diesem Gebiet für die hiesige Untersuchung von herausragender Wichtigkeit ist. Das Militärstrafrecht galt aus praktischen Gründen, auch nachdem sich durch die der Territorialstaatenbildung ein auf die Staatsgebiete beschränktes Recht entwickelt hatte, als weiterhin territorial unabhängig, aber mit Bezug auf einen Personenverband. Es wies die Besonderheit auf, dass es durch auf den einzelnen Kriegsfall bezogene sogenannte Artikelbriefe (später Kriegsartikel)¹⁰⁰² bestimmt wurde. Diese Regularien wurden zwischen dem 15. und 18. Jahrhundert zunächst von den jeweiligen Obristen eines Heeres, später von den Landesherren verfasst und bildeten das für die Streitkräfte geltende Militärrecht ab. In der Anfangszeit enthielten sie vornehmlich Vereinbarungen über die Treue zu den jeweiligen Befehlshabern, auf die die Soldaten eingeschworen wurden, und galten nur für den jeweiligen Feldzug, stellen also eine Feldordnung dar. Später wurden aus den Artikelbriefen ausführliche Regelwerke über die Struktur der jeweiligen Streitkräfte, die einzuhaltende Disziplin etc. In Preußen wurden diese Artikelbriefe als Kriegsartikel durch *Friedrich Wilhelm I.* zu einer Art Rechtshandbuch des Soldaten zusammengeführt, auf das sich später dann auch der Dienststid der preußischen Militärangehörigen bezog.¹⁰⁰³ Für Österreich wurden diese Anweisungen ebenfalls als Kriegsartikel zusammengefasst.¹⁰⁰⁴

1. Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem als Grundlage der Vorgesetztenverantwortlichkeit

In diesem Zeitraum entstanden neben diesen Zusammenstellungen der maßgeblichen Rechtsvorschriften für die Soldaten auch umfassendere Kodifikationen wie die Militärstrafgesetze und Militärdisziplinarvorschriften. In den insbesondere im 19. Jahrhundert entwickelten deutschen Kodifikationen des Militärstrafrechts spielt das Verhältnis des Vorgesetzten zu seinen Untergebenen eine zentrale Rolle. In diesem Zusammenhang hat die Befehlsgewalt des Vorgesetzten, die schon den Kerngegenstand der Artikelbriefe und Kriegsartikel bildete, essenzielle Bedeutung.

1002 Laut Mayers Großes Konversationslexikon, S. 662 ist unter Kriegsartikel eine „kurze Pflichtenlehre für den Soldaten sowie ein in gemeinverständlicher Sprache abgefaßter Auszug aus dem Militärstrafgesetzbuch und allgemeine dienstliche Anordnungen“ zu verstehen; vgl. auch Brockhaus, Kleines Konversations-Lexikon zum gleichen Stichwort.

1003 Kriegs-Artikel für die Unteroffiziere und gemeine Soldaten vom 3.8.1808, Nr. 31-33, abgedruckt bei Friccius (Hrsg.), Preußische Militair-Gesetz-Sammlung Bd. 1, S. 46 ff.

1004 Vgl. Damianitsch Die Kriegsartikel für die k. u. k. österreichische Landarmee, Kriegsmarine und das Flottillenkorps vom 15. Jänner 1855, passim.

Für wie wichtig das reibungslose Funktionieren des Befehlsgangs innerhalb dieses Verhältnisses gehalten wurde, wird dadurch deutlich, dass das Militärstrafrecht des Deutschen Bundes in § 178 der *Verordnung die Einführung des Preußischen Militair-Strafrechts im ganzen Bundesgebiete betreffend* vom 29. Dezember 1867¹⁰⁰⁵ (PrMStVO) zum Schutz dieses Verhältnisses die Strafbarkeit als Missbrauch der Dienstgewalt bereits dann anordnete, wenn ein Vorgesetzter sich von einem Untergebenen ohne Wissen des gemeinsamen Vorgesetzten Geld lieh oder von einem Untergebenen Geschenke annahm. Das Militärstrafrecht sollte jede Beeinträchtigung der Befehlskette durch sachfremde Erwägungen rigoros verhindern.

2. Befehl und Gehorsam als Grundlage des Militärstrafrechts

Schon im römischen Militärrecht galt der Grundsatz des Gehorsams und der weitgehenden Unverantwortlichkeit des Untergebenen, der lediglich seinen Befehlen nachkommt, ebenso wie für das mittelalterliche und frühneuzeitliche Recht.¹⁰⁰⁶ Dieses Verständnis der Befreiung des Untergebenen von Verantwortlichkeit, sogar von moralischer oder religiöser Schuld, kommt in *Shakespeares The Life of Henry the Fifth* (Act Third, Scene III) zum Ausdruck, wo *Bates* auf die Feststellung des Königs, seine Sache sei gerecht und ehrenvoll, antwortet: „... if his cause be wrong, our obedience to the king wipes the crime of it out of us“.

Diese Prämisse der Nichtverantwortlichkeit des gehorsamen Befehlsempfängers galt ebenfalls für das Recht der Kriegsartikel.¹⁰⁰⁷ In *Carl Heckers Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts* aus dem Jahr 1887¹⁰⁰⁸ heißt es, für die Disziplin – das richtige Verhalten des Soldaten seinen Vorgesetzten und seinen Berufspflichten gegenüber – sei die militärische Unterordnung (Subordination) von wesentlichem Einfluss. Diese mache dem Untergebenen die Achtung und Ehrerbietung gegen den Vorgesetzten sowie den unbedingten Gehorsam gegen seine Befehle zur Pflicht. *Carl Hecker* beruft sich insofern auf eine Rede von *Helmut Karl Bernhard Graf von Moltke*, die dieser bei den Beratungen zum Militärstrafgesetzbuch am 7. Juni 1872 vor dem Reichstag gehalten hatte. Dort heißt es: „*Autorität von oben und Gehorsam von unten; mit einem Wort Disziplin, ist die ganze Seele der Armee.*“

Die Disziplin – so von *Moltke* – mache die Armee erst zu dem, was sie sein soll. Eine Armee ohne Disziplin sei in jedem Fall eine kostspielige, für den Krieg nicht ausreichende und im Frieden gefährvolle Institution. *Von Moltke* setzt sich

1005 Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, Nr. 13, S. 185 ff.

1006 Zu den psychologischen Voraussetzungen und gewissensentlastenden Wirkungen des Gehorsams und der Gehorsameinübung *Vest Völkerrechtsverbrecher*, S. 149 m.w.N.

1007 Vgl. von *Calker* Die strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 69 ff.; *Fuhrmann* Der höhere Befehl, S. 1.

1008 *Carl Hecker* Militärstrafrecht, S. 185.

im weiteren Verlauf der Rede mit der Notwendigkeit strenger Strafen zur Aufrechterhaltung der Disziplin auseinander und führt aus, eine Autorität, die in der Lage sei, eine so große Anzahl von Menschen unter den schwierigsten Bedingungen und persönlichen Gefahren zur Ausführung eines Befehls anzuhalten, müsse „*ungemein stark*“ sein. Diese Autorität könne „*nur unter schützenden Bedingungen erwachsen*“.¹⁰⁰⁹ Gemeint ist damit eine grundsätzlich unbedingte Befehlsgewalt des Vorgesetzten über den Untergebenen. Damit gehe zwar eine Ungleichheit vor dem Gesetz einher, die aber keine Privilegierung des Offiziers bedeute, da dieser wiederum seinem Vorgesetzten Gehorsam schulde. Der strengen Strafen bedürfe es ohnehin nicht für die große Masse der Soldaten, die durch Ermahnungen oder Belehrungen unschwer zu leiten seien. Jedoch habe man es, weil jeder Mann, der bestimmte körperliche Voraussetzungen erfülle und das dienstpflichtige Alter erreicht habe, eingezogen werde, auch „*mit ganz schlechten Subjekten zu thun*“. Wenn „*alles unter Waffen*“ trete, dann eben auch diese „*schlechten*“ Menschen, da die Aushebungskommissionen die Wehrpflichtigen nicht auf ihre moralische Integrität überprüfen könnten.¹⁰¹⁰

Damit spricht *von Moltke* zwei grundlegende Probleme aller Streitkräfte an, die insbesondere strenge Hierarchien und eine strikte Geltung von Befehl und Gehorsam grundsätzlich erforderlich machen: Zum einen ist die effektive Bewältigung der Aufgaben von Streitkräften ohne klare Hierarchien und eine strenge Befehlsstruktur kaum denkbar. Zum anderen sind in einer Armee Personen, deren geistige Stabilität und moralische Integrität nur sehr bedingt überprüft werden kann, mit Waffen ausgerüstet. Damit ist die Sicherheit der Bevölkerung eines Gebiets, in dem sich diese bewaffneten Personen aufhalten, per se abstrakt gefährdet.¹⁰¹¹ Dies wird an den katastrophalen Auswüchsen deutlich, die sich insbesondere während des Dreißigjährigen Krieges ereigneten, als marodierende Landsknechtshorden durch das Heilige Römische Reich zogen und Verbrechen an der Bevölkerung sowie auch untereinander begingen.¹⁰¹² Mögen diese Streitkräfte auch schon eine weit entwickelte Befehlshierarchie aufgewiesen haben,¹⁰¹³ eine stringente Führung, die zu einer Begrenzung der mit der Bewaffnung einhergehenden Gefahren geführt hätte, war nicht gegeben. Eine undisziplinierte Armee stellt damit stets einen extremen Risikofaktor dar. Diese Bedeutung der Disziplin

¹⁰⁰⁹ Deutscher Reichstag – 37. Sitzung am 7. Juni 1872, Stenographischer Bericht, 1872, Band 2, Nr. 122, S. 814.

¹⁰¹⁰ Deutscher Reichstag – 37. Sitzung am 7. Juni 1872, Stenographischer Bericht, 1872, Band 2, Nr. 122, S. 815; vgl. auch *Carl Hecker* Militärstrafrecht, S. 185.

¹⁰¹¹ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 171 (Rn. 44) mit zust. Anm. *Safierling* JZ 2010, 965 ff.

¹⁰¹² Vgl. nur die Schilderungen in *von Grimmelshausen* Simplicissimus, S. 15 ff.; ferner über die insbesondere von den schwedischen Söldnern in Schwaben begangenen Kriegsverbrechen *Steger* Flucht, 19 ff.

¹⁰¹³ Von *Frauenholz* Das Heerwesen, Bd. 2, S. 41 ff.

erklärt den Ausspruch von Carl Phillip Gottlieb von Clausewitz: „*Nichts geht im Kriege über den Gehorsam!*“¹⁰¹⁴

Das bedeutet allerdings nicht, dass die Frage nicht diskutiert worden wäre, ob Soldaten im Einzelfall Befehle, die gegen ihre Ehre oder ihr Gewissen verstößen, nicht nur zu verweigern berechtigt, sondern sogar zum Ungehorsam verpflichtet sein könnten. Auch im Militärrecht wurde über den notwendigen Ungehorsam in Fällen „*veränderter Sachlage*“¹⁰¹⁵ und „*ernstester Bedrohung für Volk und Staat*“ nachgedacht.¹⁰¹⁶ Das Reichskriegsgericht hatte in einer Entscheidung vom 11. August 1938¹⁰¹⁷ zu klären, unter welchen Voraussetzungen der Befehl eines Vorgesetzten ausnahmsweise keine Gehorsamspflicht begründen könne. Diese Fallgestaltungen wollte die Literatur der Figur des übergesetzlichen Notstandes zuordnen¹⁰¹⁸ und berief sich insofern auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum allgemeinen Strafrecht.¹⁰¹⁹ Das Recht zur Verweigerung eines Befehls wurde aber keineswegs jedem Soldaten zugestanden, sondern sollte auf Führungsoffiziere beschränkt sein.¹⁰²⁰ Insofern bezweifelt Schreiber zu Recht, dass das preußische oder deutsche Militärrecht bzw. Militärstrafrecht zu irgendeiner Zeit eine Pflicht zum unbedingten Gehorsam vorgesehen habe, wenn auch in der Praxis die unbedingte Pflicht zur Ausführung eines Befehls, zumindest in Bezug auf die unteren militärischen Ränge nicht ernsthaft infrage gestellt wurde.¹⁰²¹

Der Gehorsam wird auch von der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als eine der „*zentralen Dienstpflichten des Soldaten*“ angesehen,¹⁰²² die für das Funktionieren der Streitkräfte von grundlegender Bedeutung sei.¹⁰²³ Das Prinzip von Befehl und Gehorsam ist damit nach wie vor die tragende Säule des Militärs.¹⁰²⁴ In keiner anderen Sozialbeziehung ist die Notwendigkeit klarer Befehshierarchien und des grundsätzlichen Gehorsams so evident wie in militärischen Subordinationsbeziehungen. Die Unabdingbarkeit strenger Hierar-

1014 Von Clausewitz Vom Kriege, S. 85; dennoch zeigt H. Jäger (Verbrechen, S. 152 f.) auf, dass Ungehorsam in SS und Polizei ein eher häufig vorkommendes Delikt gewesen ist.

1015 Vgl. dazu auch Schreiber Befehlsbefugnis, S. 39.

1016 Schwinge Soldatischer Gehorsam, S. 8 ff.

1017 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 177 unter Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsmilitägerichts, Urt. v. 12.3.1910 – Nr. 51/1289, RMG 14, 278, 281 m.w.N.

1018 Schwinge Soldatischer Gehorsam, S. 9.

1019 RG, Urt. v. 11.3.1927 – I 105/26, RGSt 61, 242 ff.

1020 Schwinge Soldatischer Gehorsam, S. 9.

1021 Schreiber Befehlsbefugnis, S. 30; vgl. auch Vest Völkerrechtsverbrecher, S. 131, der feststellt, für das „*deutsche Militär bis zum Ende des 2. Weltkrieges*“ sei der Kadavergehorsam sprachwörtlich gewesen.

1022 BVerwG, vgl. nur Urt. v. 14.11.1991 – 2 WD 12.91, BVerwGE 93, 196, 199; Urt. v. 3.8.1994 – 2 WD 18.94, NZWehr 1995, 211, Urt. v. 4.7.2001 – 2 WD 52.00, NZWehr 2002, 76; Urt. v. 2.7.2003 – 2 WD 47.02, NZWehr 2004, 80, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12.04, NJW 2006, 77, 80; Urt. v. 26.9.2006 – 2 WD 2/06, BVerfGE 127, 1, 25 (Rn. 85).

1023 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 0a ff.; zur Begrenzung der Gehorsamspflicht durch Art. 4 Abs. 1 GG BVerwG, Urt. v. 21.6.2005, 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 80.

1024 So Österreichischer VwGH, Erk. v. 18.1.2007, Geschäftszahl 2004/09/0139, vgl. ferner § 11 Abs. 1 Satz 1 SG.

chie- und Anweisungsstrukturen ist zum einen durch die allgemeine Gefahrensituation in bewaffneten Konflikten begründet und zum anderen zur Minimierung von Risiken erforderlich, die der Waffenbesitz und die -verwendung auch in Friedenszeiten zwangsläufig mit sich bringt. Gehorcht der Soldat dem Vorgesetzten nicht, so kann dies schwerwiegende Gefahren, sogar Lebensgefahr für Militärangehörige und Dritte, zur Folge haben.¹⁰²⁵ Der militärische Vorgesetzte (Befehlshaber) muss daher auch nach dem modernen Wehrrecht eines demokratischen Rechtsstaats faktisch und rechtlich in der Lage sein, zu befehlen und für seine Anordnungen Befolgung in einer Weise einzufordern, die im zivilen Leben kaum denkbar ist.¹⁰²⁶

Auch innerhalb von Streitkräften, die wie die Bundeswehr am heftig umstrittenen Konzept der „*inneren Führung*“¹⁰²⁷ ausgerichtet und damit sehr zivilorientiert sind, die auf demokratische Legitimation, Integration in bürgerliche Gesellschaft und die Identität des Soldaten als „*Staatsbürger in Uniform*“¹⁰²⁸ setzen, ist einer effektiven Befehlsstruktur und damit zwangsläufig auch dem Gehorsam essenzielle Bedeutung beizumessen. Diese Relevanz der Befehlsbeziehung ergibt sich nicht aus falsch verstandenem Militarismus oder der Eitelkeit des Offiziers, sondern aus der schlichten Notwendigkeit, für einen bewaffneten Einsatz ausgebildete bewaffnete Kräfte unter Kontrolle zu halten.¹⁰²⁹ Daher hat der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Militärrechts mit guten Gründen eine sehr weitgehende Bindung des Untergebenen an den Befehl des Vorgesetzten normiert.¹⁰³⁰ In der Praxis wird auch bis heute nicht ernsthaft die Gehorsamspflicht des Soldaten in Frage gestellt und insbesondere von niedrigen Dienstgraden verlangt, dass sie einen gegebenen Befehl selbst dann nichtfragen stellen, wenn die Völkerrechtswidrigkeit naheliegt.¹⁰³¹

Doch hat das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem nicht nur im Hinblick auf die Verhaltensanforderungen an den Untergebenen Bedeutung. Auch den Vorgesetzten treffen Pflichten aus diesem Verhältnis. So heißt es in den vom damaligen Reichspräsidenten *Paul von Hindenburg* formulierten „*Pflichten des deutschen Soldaten*“ vom 25. Mai 1934 unter der Ziffer 4,¹⁰³² der Gehorsam

1025 Vgl. hierzu auch *Weigend* ZStW 116 (2004), 999, 1002 ff.

1026 Vgl. *Schreiber* Befehlsbefugnis, S. 14.

1027 Die Dienstvorschriften des Bundeswehr umschreiben das Konzept der inneren Führung in der Zentralen Dienstvorschrift 10/1.

1028 Ein von dem SPD-Abgeordneten *Friedrich Beermann* 1952 geprägter Begriff, der heute noch Leitbild der Bundeswehr ist und deutlich machen soll, dass man sich im Rahmen der Wiederbewaffnung Deutschlands bewusst auch begrifflich von dem Kadavergehorsam des deutschen Soldaten der Wehrmacht absetzen wollte; vgl. hierzu § 6 SoldatenG; ferner BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 86; *Dau* in: Müko-StGB, Vorbemerkungen zu den §§ 1 ff. WStG Rn. 13; ders. in: Erbs/Kohlhaas, WStG Vorbemerkungen Rn. 1.

1029 Vgl. auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 171 (Rn. 44).

1030 Vgl. *Fuhrmann* Der höhere Befehl, S. 10.

1031 Vgl. hierzu hier S. 291 f.

1032 Abgedruckt bei *Rittau* Militärstrafgesetzbuch, Anh. 3.

sei die Grundlage der Reichswehr, Vertrauen sei die Grundlage des Gehorsams. Soldatische Führungseigenschaften beruhten auf „*Verantwortungsfreude, überlegenem Können und unermüdlicher Fürsorge*“. Damit erlegt das Militärrecht dem Vorgesetzten als Korrelat zum Anspruch auf Gehorsam erhebliche Obhuts- und Führungspflichten gegenüber dem Untergebenen auf.

3. Umsetzung des Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses im deutschen Militärstrafrecht

Bei Erfüllung dieser Aufgabe, die von einer Armee stets ausgehenden erheblichen und bei einer disziplinlosen Armee unkontrollierbaren Gefahren zu vermeiden, kommen Disziplin und Verantwortungsbewusstsein also zentrale Bedeutung zu. Daher steht das Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem im deutschen Wehrrecht und Wehrstrafrecht bis zum heutigen Tage im Zentrum der Be- trachtung. Dieses Verhältnis und seine strafrechtsdogmatischen Auswirkungen sollen hier zunächst erörtert werden, um damit die Analyse der Struktur militärischer Vorgesetztenverantwortlichkeit zu beginnen:

a) Preußisches Militärstrafrecht

Zum materiellen preußischen Militärstrafrecht des frühen 19. Jahrhunderts gehören im Wesentlichen die Disziplinarordnung (DiscO), die aus einer Zusam- menstellung von Kabinett-Ordern und Dienstreglements besteht,¹⁰³³ die Kriegsartikel¹⁰³⁴ und die Militärstrafgesetze.¹⁰³⁵ Grundlage des Militär- und Militärstraf- rechts im Allgemeinen und der Disziplinarordnung im Besonderen ist nach § 3 (DiscO) der Gehorsam. Dort heißt es, der militärische Beruf erfordere „*unver- brüchliche Treue gegenüber dem Landesherrn und unbedingten Gehorsam ge- genüber den von ihm und in seinem Namen gegebenen Befehlen, ohne Rücksicht auf Gesundheit und Leben*“.¹⁰³⁶ Die Disziplin hat nach dem Verständnis der DiscO die Aufgabe, die Ordnung innerhalb der Streitkräfte aufrechtzuerhalten und dafür zu sorgen, dass nicht jeder „*seinen Wünschen und Neigungen*“ folge,¹⁰³⁷ sondern die ihm gegebenen Befehle befolge.¹⁰³⁸ Die Disziplin – so § 13 DiscO – beruhe „*wesentlich auf Subordination, welche dem Untergebenen unbedingten*

1033 Zusammengestellt bei *Friccius* (Hrsg.), Das Preußische Militair-Strafrecht, S. 1 ff. jeweils mit Ver- weisen auf die betreffenden Kriegsartikel und Kabinettsordnen.

1034 Vgl. Die Kriegsartikel und die Verordnung wegen deren Anwendung vom 27. Juni 1844, Gesetz- Sammlung für die Königlich Preußischen Staaten für 1844, S. 276 ff.

1035 Vgl. die systematische Darstellung bei *Friccius* (Hrsg.), Das Preußische Militair-Strafrecht, S. 1 ff.

1036 Vgl. *Friccius* (Hrsg.), Das Preußische Militair-Strafrecht, S. 2; ferner Art. 11 ff. der Kriegsartikel für das Preußische Heer vom 26.1.1853, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1867, Nr. 13, S. 309 f.

1037 Vgl. hierzu auch *Schwinge* Soldatischer Gehorsam, S. 1 ff.

1038 Vgl. hierzu bereits *Friedrich II.* Politisches Testament, S. 117.

Gehorsam gegen die Dienstbefehle der Vorgesetzte und äußere Ehrerbietung gegen jeden höheren im Range ... überhaupt in allen Verhältnissen, zur Pflicht macht“.¹⁰³⁹ Die Grenzen dieser Gehorsamspflicht und auch des Rechts, sich auf das Vorliegen eines Befehls zu berufen, zieht § 15 DiscO dort, wo durch eine Befolgung eines Befehls offenkundig die Pflicht zur Treue gegenüber dem Landesherrn verletzt wird. Diese Pflicht zum – „*unter Waffen*“ unverzüglichen und ohne Widerrede zu leistenden (§ 23 DiscO) – Gehorsam, gegen den nur ein sehr eingeschränktes Beschwerderecht gegeben war (vgl. §§ 27 ff. DiscO), aber auch ein Recht zur Verantwortungsfreiheit inbegriffen war, ergibt sich aus § 14 DiscO. Danach sei die Pflicht zum Gehorsam bei jedem Befehl gleichermaßen gegeben und der Untergebene nur für richtige Vollziehung des erhaltenen Befehls verantwortlich. Die Verantwortlichkeit für die Folgen der weisungsgemäßen Ausführung trägt – im Gegensatz zum allgemeinen Strafrecht (§ 69, II 20 PrALR) – allein der Vorgesetzte, der den Befehl erteilt hat.

Dem Befehlshaber wird in § 31 Satz 1 DiscO ferner die Verantwortung für die Ordnung innerhalb der von ihm kommandierten Einheit übertragen. Der Befehlshaber muss sich weiterhin nach § 31 Satz 2 DiscO „*die Achtung und das Vertrauen seiner Untergebenen durch Sorgfalt für das Wohl derselben erwerben, und unter ihnen den Geist der wahren militärischen Ehre, welche durch treue Pflichterfüllung, durch verdienstliche Handlungen und durch reine Sittlichkeit erworben wird, zu verbreiten und zu befestigen suchen*“. Als Bestandteil dieser Pflicht sieht die Disziplinarordnung nicht nur die Bestrafung von Vergehen der Untergebenen an (§ 30 Satz 2 DiscO), sondern auch die Beseitigung jeder Gelegenheit zur Begehung von Straftaten. Er hat ferner die Ausführung seiner Befehle zu überwachen; dabei soll er jedoch nicht in den „*seinen Untergebenen angewiesenen Wirkungskreis*“ eingreifen (§ 32 DiscO). Für den Vorgesetzten war die Erteilung von Rügen mit herabsetzenden Worten oder gar Tätigkeiten verboten (§ 37 Satz 2 DiscO).

Damit wird deutlich, dass schon diese Disziplinarregeln klare Verantwortlichkeitsstrukturen und eine eindeutige Rollenverteilung schaffen sollten. Der Vorgesetzte ist als Herr dem Untergebenen gegenüber unbedingt weisungsbefugt, muss aber für Fehler bei der Ausführung seiner Weisungen, soweit er sie hätte vermeiden können, oder auch für die Folgen unrichtiger Befehle haften.¹⁰⁴⁰ Der Untergebene ist als „*Arm des Befehlenden*“ mangels eigenen Willens nicht für seine befohlenen Handlungen oder deren Folgen verantwortlich. Das Strafgesetzbuch für das preußische Heer sah strenge Strafen bis zur Todesstrafe für die Insubordination.

1039 Vgl. auch Rudolff Militärrecht, §§ 547 ff., §§ 636 ff.

1040 Bei Friedrich II. Politisches Testament, S. 117 heißt es dazu: „Aus diesem Grunde besitzen die Generale und Obersten umbeschränkte Vollmachten über ihre Regimenter. Sie haften dem König für sie Mann für Mann.“.

tion (§§ 125 ff.) vor.¹⁰⁴¹ Die Frage, inwiefern sich die Befolgung eines Befehls strafausschließend oder strafmildernd auswirkt, war jedoch in den preußischen Militärstrafgesetzen nicht ausdrücklich geregelt, obwohl die Verantwortlichkeit des Untergebenen von jeher eine der zentralen Fragen des Militärstrafrechts ist.¹⁰⁴²

b) Militärstrafrecht des Deutschen Bundes

In der PrMStVO wird ebenfalls das Gehorsamsverhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem dadurch besonders betont, dass zum einen auch hier (§ 122 PrMStVO) die Insubordination mit strenger Strafe belegt wird und § 71 PrMStVO¹⁰⁴³ zum anderen – als Korrelat zur Strafbarkeit des Ungehorsams – vorsieht, dass ein Untergebener, der einen Befehl ausführt, grundsätzlich nicht bestraft werden kann, wenn dadurch ein Strafgesetz verletzt wird. Eine Ausnahme galt jedoch schon unter dieser Verordnung für den Fall, dass der Untergebene erkannt hatte, dass „der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte“ (§ 71 S. 2 Nr. 2 PrMStVO). Den Untergebenen, der in diesem Falle einen Befehl ausführte, sah die Verordnung jedoch als Teilnehmer, nicht als Täter, einer Straftat des Vorgesetzten an. Diese Vorschrift wird durch eine das insofern gleichlautende Strafgesetzbuch für das preußische Heer von 1845¹⁰⁴⁴ betreffende „unter dem 27. März 1860 erteilte authentische Interpretation des § 71“ ergänzt: „Es ist, wenn durch pünktliche Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Militair-Strafgesetz verletzt wird, der befehlende Vorgesetzte allein dafür verantwortlich und der gehorrende Untergebene kann nur strafbar werden, wenn in der Ausführung eine Verletzung der militairischen Treue liegt.“

Die „Theilnahme“ im Sinne von § 34 des Preußischen Strafgesetzbuchs von 14. April 1851 (PrStGB) fasst den Anstifter und den Gehilfen zusammen. Auf beide kommt nach § 35 PrStGB das Strafgesetz zur Anwendung, das auch auf den Täter anzuwenden ist. Problematisch ist der Verweis auf die Teilnahme insofern, als für den Teilnehmer, der nach heutigem Strafrecht Gehilfe wäre, eine Strafmilderung nach § 35 Satz 2 PrStGB in Betracht kam. Der Verweis des § 71 PrMStVO ist insofern nicht eindeutig, weil er offenlässt, ob der Untergebene als

1041 Vgl. zum gemeinen Recht Feuerbach Lehrbuch, § 490, S. 328 f.

1042 Vgl. Dau in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 1; ders. im Erbs/Kohlhaas, § 5 WStG Rn. 1.

1043 § 71 PrMStVO lautet: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte in der Regel allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorgenden Untergebenen die Strafe des Theilnehmers: 1) wenn er den ihm ertheilten Befehl überschritten hat, oder 2) wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche offenbar ein Verbrechen bezweckte.“

1044 Gesetz v. 3.4.1845 abgedruckt bei Friccius (Hrsg.), Preußische-Militair-Gesetz Sammlung Bd. 3, S. 219 ff.

Anstifter oder Gehilfe zu behandeln ist. Doch wird man mit Blick auf die untergeordnete Stellung des Untergebenen seine Teilnahme nicht als Anstiftung im Sinne von § 34 Nr. 1 PrStGB, sondern als Teilnahme im Sinne von Nr. 2 ansehen müssen. Danach war derjenige Teilnehmer, der zur Begehung der Tat Anleitung gegeben hatte, Waffen, Werkzeuge oder andere Mittel liefert oder dem Täter in anderer Weise Hilfe leistete, also Gehilfe.

Unter Berücksichtigung der Bedeutung von Befehl und Gehorsam im militärischen Kontext wird die dogmatische Konstruktion, die das Gesetz verfolgte, klar: Der Untergebene, der die Tathandlung unmittelbar ausführte, war wegen des Befehls nicht Täter der Tat, die durch die Folgen seiner befehlsgemäßen Handlung verwirklicht wurde. Er war vielmehr für die Haupttat aufgrund seiner Befehlsbindung nicht unmittelbar verantwortlich, obwohl er die Tathandlung ausgeführt hatte. Dadurch, dass er aber seine Handlung als Instrument der Begehung zur Verfügung stellte, machte er sich selbst zum Werkzeug der Tatbegehung durch den Vorgesetzten. Er war damit Gehilfe, soweit er wissentlich im Hinblick auf die Strafbarkeit der Handlung handelte, zu der er angewiesen worden war.

Diese Lösung ist auf den ersten Blick umständlich, weil sie den unmittelbar Handelnden zunächst von der Haftung freistellt, um ihm dann die Hilfeleistung zur Benutzung seiner eigenen Person für eine fremde Tat vorzuwerfen. Letztlich ist diese Lösung aber bestechend konsequent, setzt sie doch das durch Befehl und Gehorsam bestimmte Verhältnis zwischen Vorgesetztem und Untergebenem minutiös um.¹⁰⁴⁵

c) *Militärstrafrecht des Deutschen Reiches*

Die Notwendigkeit einer klaren militärischen Hierarchie ist auch in die spätere Militärgesetzgebung des Deutschen Reiches eingeflossen. Dort wurde versucht, den Schutz der Hierarchien ebenso wie im preußischen Militärstrafrecht durch klare Vorgaben für die Pflicht zum Gehorsam und durch strenge Strafvorschriften gegen Insubordination (§§ 89 ff. des Militär-Strafgesetzbuchs vom 20. Juni 1872 [MStGB]) zu erreichen.¹⁰⁴⁶ Auf der anderen Seite war – ebenso wie nach preußischem Militärstrafrecht – der Soldat, der eine Straftat aufgrund eines verbindlichen Befehls beging, nicht für die von ihm unmittelbar begangene Straftat

¹⁰⁴⁵ A.A. Carl Hecker Militärstrafrecht, S. 93, der in der Formulierung des § 47 MStGB, die besser lauten solle: „*es ist jedoch auch der gehorchende Untergebene verantwortlich*“, ausschließlich einen Verweis auf die allgemeinen Täterschaftsformen sah.

¹⁰⁴⁶ Vgl. hierzu auch Carl Hecker Militärstrafrecht, S. 185 ff.

verantwortlich;¹⁰⁴⁷ dies bestimmte § 47 Abs. 1 S. 1 MStGB¹⁰⁴⁸ ausdrücklich. Hier wurde – anders als es vielleicht dogmatisch naheliegend wäre – nicht darauf abgestellt, dass der aufgrund des Befehls handelnde Soldat sich in einer Zwangslage befindet; vielmehr wurde angenommen, der Soldat könne wegen des Mangels eines strafbaren Vorsatzes nicht bestraft werden. Die Handlung des Soldaten sei rechtmäßig, so dass sich die Frage nach einem dolus – damals noch als Teil der Schuld verstanden – auch dann nicht stelle, wenn der Untergebene wisse, dass die Befolgung des Befehls die Begehung einer Straftat bedeute. Durch den Befehl werde die Handlung des Befehlsempfängers erlaubt.¹⁰⁴⁹

*Carl Hecker*¹⁰⁵⁰ zieht hier den Vergleich mit dem Zivilbeamten heran und stellt fest, dass dieser nach § 13 des Reichsbeamtentengesetzes vom 31. März 1873 für die Gesetzlichkeit seiner dienstlichen Handlungen selbst verpflichtet war.¹⁰⁵¹ Das bedeutet, dass er sich zur Begründung seiner Nichtverantwortlichkeit nicht darauf berufen kann, die Diensthandlung sei von einem Vorgesetzten angeordnet worden. Dies sei bei einem Soldaten anders, weil es im militärischen Kontext im Gegensatz zum Zivilleben Befehle gebe, die in einer Weise verbindlich seien, dass ihnen selbst dann gehorcht werden müsse, wenn der Untergebene die Ungesetzlichkeit erkannt habe. Der Militärdienst erfordere weitergehende Gehorsamspflichten als der allgemeine, zivile Staatsdienst.¹⁰⁵² Jedoch war es keineswegs umstritten, ob es sich bei der Vorschrift des § 47 MStGB um einen Rechtfertigungsgrund oder einen Schuldausschließungsgrund handelte.¹⁰⁵³ Hier stellte sich stets die Frage nach den Grenzen der Gehorsamspflicht bei einem rechtswidrigen Befehl. Die herrschende Ansicht, dass auch ein rechtswidriger Befehl die Gehorsamspflicht auslöst und damit möglicherweise schon die Handlung des Untergebenen rechtmäßig machen könnte, ist nämlich durchaus auch schon damals bestritten worden.¹⁰⁵⁴

Die Freiheit von strafrechtlicher Handlungsverantwortlichkeit fand in § 47 Abs. 1 S. 1 MStGB ihren Ausdruck: Wurde durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so war dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. *Carl Hecker* begründete diese Vorschrift damit, dass derjenige, der den Gehorsam zu seinen hervorragenden Dienstpflichten zähle, für die

1047 *Carl Hecker* Militärstrafrecht, S. 89.

1048 § 47 des Militär-Strafgesetzbuchs vom 20.6.1872 lautete: „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorgenden Untergebenen die Strafe des Theilnehmers:

1) wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat, oder

2) wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“.

1049 *Carl Hecker* Militärstrafrecht, S. 89.

1050 *Carl Hecker* Militärstrafrecht, S. 89.

1051 Vgl. auch *Schreiber* Befehlsbefugnis, S. 40.

1052 *Carl Hecker* Militärstrafrecht, S. 89.

1053 Vgl. zum Streitstand *Beckmann* Vorgesetzter und Untergebener, S. 31 ff.

1054 Vgl. die Nachweise bei *Führmann* Der höhere Befehl, S. 10 f.

durch Ausführung des Befehls entstandenen Gesetzesverletzungen nicht verantwortlich gemacht werden könne.¹⁰⁵⁵ Es kam also zu einer Pflichtenkollision, bei der sich die Gehorsamspflicht durchsetzte. Auch insofern übernahm jedoch das Militärstrafgesetzbuch des Deutschen Reiches die zuvor für Preußen und den Deutschen Bund geltenden Regelungen des Militärstrafrechts und normierte in § 47 Abs. 1 S. 2 die bekannten Ausnahmen. Allerdings ergab sich in der Bedeutung des Verweises auf die Teilnahme, der im MStGB für das Deutsche Reich erhalten blieb, insofern eine Änderung, als die Teilnahme nach dem Strafrecht des Deutschen Reiches (§§ 47 ff. RStGB) auch die Mittäterschaft (§ 47 RStGB) umfasste. Damit wurde die dogmatische Konstruktion des PrStGB in gewisser Weise preisgegeben; doch wird man auch diesen Verweis auf „die Teilnahme“ – im Hinblick auf die obige Argumentation – allein als Bezugnahme auf die Beihilfe des § 49 RStGB sehen müssen.

d) Das Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis in den Leipziger Prozessen

Die militärstrafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit und ihre Entwicklung im nationalen Wehrstrafrecht lassen sich nicht nur anhand der gesetzlichen Vorschriften über längere Zeit relativ gut nachvollziehen. Die strafrechtliche Haftung von militärischen Entscheidungsträgern erlangte auch in einer Reihe von bisweilen gesellschaftlich und politisch brisanten Strafprozessen Bedeutung. Wenn die Gerichte zum Teil auch nur sehr zögerlich eine Verantwortlichkeit von Vorgesetzten annahmen, so war Strafbarkeit trotz Befehls und die Verantwortlichkeit von Befehlshabern seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts im deutschen Wehrstrafrecht durchaus eine der dogmatischen Kernfragen.

Besondere Bedeutung erlangte § 47 MStGB in den sogenannten Leipziger Prozessen. Dabei handelte es sich um Strafverfahren, die vor dem Reichsgericht gegen deutsche Soldaten vor allem auf Initiative der Alliierten und der assoziierten Mächte durchgeführt wurden. Hier sollten im Ersten Weltkrieg begangene Kriegsverbrechen aufgeklärt und die Täter abgeurteilt werden, nachdem die Bemühungen um ein internationales Kriegsverbrechertribunal nicht zuletzt am Widerstand der USA gescheitert waren.¹⁰⁵⁶ Es wurden insgesamt 907 Verfahren gegen von den Alliierten benannte Personen und gegen 837 weitere Beschuldigte durchgeführt, die die deutschen Behörden ermittelt hatten. Jedoch fand erst im Januar 1921 ein erstes Strafverfahren vor dem zuständigen Ersten Senat des Leipziger Gerichts gegen Angeklagte aus der zweiten Gruppe statt. Dabei wurde gegen Soldaten aus eher untergeordneten militärischen Rängen verhandelt, wahr-

1055 Carl Hecker Militärstrafrecht, S. 90.

1056 Vgl. Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Anh. zu Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920, Bd. 368, Aktenstück Nr. 2584, S. 2542 ff.

scheinlich um die Reaktionen aus der deutschen Bevölkerung zu testen.¹⁰⁵⁷ Es folgten 13 weitere Verhandlungen vor dem Reichsgericht; diese Verfahren endeten mit Einstellungen durch den Oberreichsanwalt.¹⁰⁵⁸

Von den Strafverfahren, die aufgrund von Art. 228 Abs. 2 des Versailler Vertrages durchgeführt wurden, haben insbesondere jene wegen der Versenkung der Lazarettschiffe *Dover Castle* und *Llandovery Castle* durch deutsche U-Boote¹⁰⁵⁹ sowie das Verfahren gegen Generalleutnant *Karl Stenger* und Major *Benno von Crusius* zu Hauptverhandlungen vor dem Reichsgericht geführt.¹⁰⁶⁰ Diese Strafprozesse haben im hier relevanten Kontext Bedeutung erlangt, wenn den Entscheidungen auch keine verbindlichen Aussagen zur Verantwortlichkeit von Vorgesetzten zu entnehmen sind, weil es zu keiner Verurteilung eines Vorgesetzten wegen Handlungen seiner Untergebenen gekommen ist, die einen Straftatbestand erfüllten.

(1) Die Versenkung der Dover Castle

Dem Kapitänleutnant *Karl Kaufmann* war vorgeworfen worden, am 26. Mai 1917 das Lazarettschiff *Dover Castle* kriegsrechtswidrig torpediert und versenkt zu haben.¹⁰⁶¹ *Kaufmann* habe erkannt, dass das Schiff eine äußerliche Kennzeichnung trug, die es nach dem 10. Haager Abkommen betreffend die Anwendung der Grundsätze des Genfer Abkommens auf den Seekrieg als militärisches Lazarettschiff auswies. Dennoch habe er das Dampfschiff torpediert und versenkt. Der Beschuldigte berief sich darauf, zwar die Abzeichen gesehen, jedoch bei der Torpedierung einen Befehl des deutschen Admiralstabes ausgeführt zu haben. Dieser Befehl vom 29. März 1917¹⁰⁶² lautete, militärische Lazarettschiffe seien im Sperrgebiet des Mittelmeeres nicht mehr zugelassen und daher ohne Weiteres anzugreifen. Von diesem Befehl waren nur bestimmte, ausdrücklich bezeichnete Schiffe ausgenommen.¹⁰⁶³

Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Juni 1921 zeigt, dass der Zweite Strafsenat die klare Linie des Reichsmilitärgerichts bei der Anwendung des § 47 MStGB beibehielt: Das Gericht führt aus, der Befehl vom 29. März 1917 sei für den Beschuldigten verbindlich gewesen. Es handele sich um einen militärischen

1057 Herde Command Responsibility, S. 51.

1058 Herde Command Responsibility, S. 52 ff. auch zu den Einzelheiten des tatsächlichen Verlaufs der Leipziger Prozesse.

1059 Vgl. zu weiteren Verfahren wegen Versenkung von britischen Schiffen Hankel Die Leipziger Prozesse, S. 452 ff.

1060 Vgl. zu den Einzelheiten Bauer Kriegsverbrecher, S. 39 f.

1061 Vgl. hierzu auch Bauer Kriegsverbrecher, S. 159.

1062 Teilweise abgedruckt Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Anh. zu Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920, Bd. 368, Aktenstück Nr. 2584, S. 2557.

1063 Vgl. auch Herde Command Responsibility, S. 52; Hinden ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 25 ff.

Grundsatz, dass der Untergebene den dienstlichen Befehlen seines Vorgesetzten uneingeschränkt zu gehorchen habe. Diese Pflicht zum Gehorsam sei militärstrafrechtlich von wesentlicher Bedeutung. Aus ihr folge, dass im Falle der Verletzung eines Strafgesetzes durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen, der befehlende Vorgesetzte allein für diese Gesetzesverletzung verantwortlich sei.¹⁰⁶⁴ Dieses Prinzip sei in dem in casu zur Anwendung kommenden § 47 MStGB ausdrücklich normiert und entspreche zudem den Rechtsauffassungen des Militärrechts „*aller anderen Kulturstaten*“. Insofern verweist das Reichsgericht auf das englische Militärrecht. Der Beschuldigte habe daher den Befehlen des Admiralsstabes zu gehorchen gehabt und sei, soweit er lediglich Befehle befolgte, von Strafe freizusprechen. Zu möglichen Ausnahmen von der Haftungsbefreiung des § 47 MStGB führt der Senat aus, der Beschuldigte habe weder den Befehl überschritten, noch sei ihm bekannt gewesen, dass der Befehl ein Vergehen oder Verbrechen bezeichnete.¹⁰⁶⁵ Er sei nachweislich davon überzeugt gewesen, dass sein Handeln nicht völkerrechtlich verboten gewesen sei.

(2) Der Befehl, „keine Gefangenen zu machen“

In einem weiteren Verfahren, das gemäß Art. 228 Abs. 2 des Versailler Vertrages durchgeführt wurde, waren Generalleutnant *Karl Stenger*, der auf der Kriegsverbrecherliste Frankreichs als Erster genannt wurde,¹⁰⁶⁶ und sein Untergebener Major *Benno von Crusius* der Ermordung verwundeter und gefangengesetzter französischer Soldaten beschuldigt. *Stenger* wurde vorgeworfen, auf dem Vormarsch nach Lothringen zweimal den Befehl gegeben zu haben, Gefangene und Verwundete zu töten. *Crusius* hatte in einer früheren Vernehmung eingeräumt, an die Mannschaften den Befehl weitergegeben zu haben, es würden keine Gefangenen gemacht, kein Pardon gewährt und keines gefordert. In seiner Stellungnahme zu der Beschwerde gegen den gegen *Crusius* erlassenen Haftbefehl äußert sich der Oberreichsanwalt zu der Anwendbarkeit des § 47 MStGB: Als Berufssoldat sei *Crusius* zweifellos bekannt gewesen, dass der Befehl, dessen Erteilung er annahm, rechtswidrig und mit ihm die Begehung eines Verbrechens beabsichtigt gewesen sei (§ 47 S. 2 Nr. 2 MStGB).¹⁰⁶⁷ Einen solchen Befehl hätte *Crusius* damit nicht befolgen dürfen; zumal der Befehl sich ohnehin nicht auf die Erschießung von hinter der Front befindlichen Verwundeten hätte erstrecken können. Die Verteidigung hielt es dagegen für eine schlichte Überforderung und zudem für

¹⁰⁶⁴ Vgl. Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Anh. zu Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920, Bd. 368, Aktenstück Nr. 2584, S. 2557.

¹⁰⁶⁵ Vgl. Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Anh. zu Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920, Bd. 368, Aktenstück Nr. 2584, S. 2557.

¹⁰⁶⁶ Hankel Die Leipziger Prozesse, S. 124.

¹⁰⁶⁷ Hankel Die Leipziger Prozesse, S. 139.

unzumutbar und unsinnig, von einem Offizier zu verlangen, dass er eigenständig die Vereinbarkeit von Befehlen mit dem Strafrecht, der Landkriegsordnung und sogar dem Völkerrecht prüft. *Crusius* habe zudem allenfalls fahrlässig die Grenzen des Völkerrechts verkannt. Ein solcher fahrlässiger Verstoß könne jedoch nicht die Teilnahmestrafbarkeit nach § 47 MStGB begründen.¹⁰⁶⁸

Das Gericht kam allerdings zu dem Ergebnis, dass der Befehl, keine Gefangenen zu machen und kein Pardon zu geben, von *Stenger* schon gar nicht erteilt worden sei. Es sei der nervlichen Erregung *Crusius* zuzuschreiben gewesen, wenn er die Erteilung eines solchen Befehls angenommen habe.¹⁰⁶⁹ Daher könne § 47 MStGB nicht zur Anwendung kommen. Das Reichsgericht wählte schließlich den von der Verteidigung angedeuteten Mittelweg und verurteilte *Crusius* wegen fahrlässiger Tötung. Dabei trat es jedoch der von der Verteidigung geäußerten Auffassung entgegen, der Soldat könne nicht jederzeit das Recht beachten. Der Staat, der in einen Krieg mit einem anderen Staat eintrete, unterwerfe sich dem Völkerrecht, so dass eine Tötung entgegen den Regeln des Völkerrechts objektiv rechtswidrig sei.¹⁰⁷⁰ Auch das Strafgesetzbuch gelte weiterhin, wenn auch während der Kämpfe vielfach gegen seine Vorschriften verstößen werde. Die Frage nach der Wirkung eines vermeintlichen Befehls ließ das Reichsgericht offen.

(3) Die Versenkung der Llandovery Castle

In dem unter anderem gegen Oberleutnant zur See *Ludwig Dithmar* und *John Boldt* geführten Strafverfahren hatte das Reichsgericht über die Versenkung der *Llandovery Castle* am 27. Juni 1918 zu entscheiden.¹⁰⁷¹ Hier nimmt das Reichsgericht den Ausnahmefall an, den es in der Entscheidung zur Versenkung der *Dover Castle* noch abgelehnt hatte. Die Angeklagten Oberleutnants waren Wachoffiziere auf dem U-Boot 86, das die *Llandovery Castle* torpediert hatte. Der kommandierende Offizier des Schiffes, Oberleutnant zur See *Helmut Patzig* ließ das Lazarettsschiff, das er als solches erkannt hatte, torpedieren, weil er der Meinung war, die *Llandovery Castle* werde völkerrechtswidrig zum Transport von Truppen, Militärpersonen und Munition missbraucht. Nach der Versenkung, so die Feststellungen des Reichsgerichts, habe *Patzig* die Zerstörung der Rettungsboote befohlen, die die Überlebenden des Lazarettsschiffs aufgenommen hatten. Zwei der Boote wurden durch Beschuss zerstört, eines entkam.

1068 *Hankel* Die Leipziger Prozesse, S. 141.

1069 Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Anh. zu Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920, Bd. 368, Aktenstück Nr. 2584, S. 2567; vgl. ferner *Hankel* Die Leipziger Prozesse, S. 138; *Herde* Command Responsibility, S. 54; vgl. ferner *Hendin* ELaw Vol. 10, Number 1 (March 2003), Nr. 34 ff.

1070 Vgl. hierzu auch BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 82.

1071 Vgl. zu den Einzelheiten *Bauer* Kriegsverbrecher, S. 61; *Hankel* Die Leipziger Prozesse, S. 452 ff.

Der Strafsenat sah das Beschießen der Schiffsbrüchigen als eine Verletzung von Art. 23c der Haager Landkriegsordnung (LKO) an. Diese Überschreitung der erlaubten Kriegsmittel sei als Totschlag strafbar, soweit dem Täter die Völkerrechtswidrigkeit seines Handelns bewusst sei. Diesbezüglich hatte das Reichsgericht jedoch bei dem Beschießen von besetzten Rettungsbooten keine Bedenken, dieses Bewusstsein zu bejahen; das Völkerrecht sei insofern einfach und klar. Die Angeklagten *Boldt* und *Dithmar*, die sich – nach den Feststellungen des Reichsgerichts – durch das Ausschauhalten nach den Booten an dem Beschießen beteiligt hatten, seien Gehilfen zu dieser Tat gewesen.

Dass sie auf Befehl *Patzigs* gehandelt hatten, führe nicht zur Straflosigkeit. Zwar sei der befehlende Offizier verantwortlich, so dass der Soldat, der einen Befehl in Dienstsachen ausführt und dabei ein Strafgesetz verletzt, nicht bestraft werden könne; jedoch hier liege die Ausnahme des § 47 S. 2 Nr. 2 MStGB vor. Den Angeklagten sei bekannt gewesen, dass der Befehl ihres Vorgesetzten die Verwirklichung eines Vergehens oder Verbrechens bezweckt habe. Freilich sei davon auszugehen, dass ein militärischer Untergebener nicht zur Nachprüfung der ihm erteilten Befehle verpflichtet sei, sondern mit deren Rechtmäßigkeit rechnen dürfe. An dieser Vertrauensgrundlage fehle es jedoch dann, wenn sich der Befehl offenkundig und für jedermann, auch für den Vorgesetzten, zweifelsfrei erkennbar als verbrecherisch darstelle. Als Berufsoffiziere sei ihnen das Verbot, wehrlose Menschen zu töten, bewusst gewesen. Sie hätten sich daher nicht zur Begehung eines Verbrechens durch ihren Vorgesetzten missbrauchen lassen dürfen.

In diesem Zusammenhang erteilt das Reichsgericht auch der abweichenden Rechtsauffassung zweier hoher Militärs eine Absage. Diese hatten geäußert, in der deutschen Flotte herrsche die Auffassung, ein Seeoffizier, der im Rahmen von Kampfhandlungen über das rechtlich Erlaubte hinausgehe, könne sich keiner Straftat schuldig machen; er sei nur seinem Vorgesetzten verantwortlich. Vizeadmiral *Adolf v. Trotha* hatte zu dieser Frage erklärt, nie sei in seiner Amtszeit im Flottenkommando der Gedanke aufgetreten, die Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts könnten irgendwie mit der Durchführung einer Kriegs- oder Kampfaufgabe in Zusammenhang gebracht werden.¹⁰⁷² Diese Ansicht bezeichnet der Strafsenat des Reichsgerichts als rechtlich unzutreffend, weshalb nur ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum gegeben sei. Das Reichsgericht zieht damit erstmals eine zumindest theoretisch klare Grenze der militärischen Gehorsampflicht im Hinblick auf die kriegsvölkerrechtliche Bewertung.¹⁰⁷³

1072 Vgl. *Hankel* Die Leipziger Prozesse, S. 460.

1073 Ebenso *Hankel* Die Leipziger Prozesse, S. 463.

e) Das Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis in nationalsozialistischer Zeit

Die Strafvorschrift des § 47 MStGB wurde durch Gesetz vom 10. Oktober 1940¹⁰⁷⁴ um eine Strafmilderungsmöglichkeit in Absatz 2 ergänzt. Mit dem Verlauf des Krieges zeichnete sich eine Entwicklung ab, die die Möglichkeit einer Gehorsamsverweigerung gegenüber einem Befehl mehr und mehr aus dem Bewusstsein zu verdrängen schien. Fest stand, dass die Nichtausführung eines Befehls nur auf die Kenntnis seines verbrecherischen Zwecks gestützt werden können sollte und nicht auf die reine Überzeugung des Befehlsempfängers. Das Reichskriegsgericht¹⁰⁷⁵ berief sich zur Stärkung der Verbindlichkeit von Befehlen auf die „*Manneszucht*“,¹⁰⁷⁶ die ihren Ausdruck in der Gehorsampflicht finde,¹⁰⁷⁷ die „*Grundlage der Wehrmacht*“¹⁰⁷⁸ sei. Es sei daher scharf zu trennen zwischen der Rechtswidrigkeit eines Befehls und seiner Verbindlichkeit; von dieser allein hänge die Gehorsampflicht ab. Ein Recht zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit oder gar Zweckmäßigkeit der erteilten Befehle stehe dem Untergebenen nicht zu. Jedoch betont auch das Reichskriegsgericht, dass ein „*ausnahmsloser, „blinder“ Gehorsam*“ damit nicht verlangt werde.¹⁰⁷⁹ Der Untergebene sei durch seine Gehorsampflicht „*nicht widerspruchslos der Willkür der Befehlsgewalt preisgegeben*“.¹⁰⁸⁰ Die Gehorsampflicht und auch das Recht zum Gehorsam enden nach der Überzeugung des Reichskriegsgerichts dort, wo der Untergebene erkennt, dass er mit der Befolgung des Befehls eine Straftat begeht:

„Ist dem Untergebenen bekannt, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betrifft, die ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen beweckt, so darf er nicht nur, sondern muß nach § 47 Nr. 2 MStGB den Befehl

1074 Verordnung über die Neufassung des Militärstrafgesetzbuchs, RGBl. 1940 I, S. 1347, 1351: „(2) Ist die Schuld des Täters gering, so kann von seiner Bestrafung abgesehen werden.“.

1075 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 177, 179.

1076 Dieser Begriff ist bereits im Art. 133 Abs. 2 S. 2 der Weimarer Reichsverfassung vom 11.8.1919 (RGBl. S. 1383) enthalten und wird dort zunächst noch als Synonym für Disziplin und ihre Aufrechterhaltung als Rechtfertigung für Grundrechtseinschränkungen verwendet. Carl Hecker (Militärstrafrecht, S. 185) umschreibt den Begriff mit dem richtigen außerdienstlichen Betragen des Soldaten. Die *Manneszucht* wird jedoch später durch *Schwinge* (Zeitschrift für Wehrrecht II [1937/38] S. 29 ff.) zum bedingungslosen Gehorsam und Quasi-Rechtsgut der Strafvorschriften des Militärrechts qualifiziert; dagegen *Thierfelder* Deutsches Recht 1936, 251; 1937, 39; *Friedrich II.* stellt in seinem politischen Testament von 1752 (S. 1, 117) ebenfalls die überragende Bedeutung der Manneszucht heraus.

1077 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 179.

1078 Nr. 4 der Pflichten des deutschen Soldaten vom 25. Mai 1934.

1079 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 179; anders hatte dies das BVerwG (Urt. v. 21.6.2005, 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 80) mit Verweis auf die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.4.1871 (RGBl. S. 63) aufgefasst, die unbedingte Befolging der Befehle des Kaisers verlangt und auf den Dienststand der Soldaten der Wehrmacht, wie er durch Gesetz vom 20.7.1935 (RGBl. I 1035) vorgeschrieben war, und in dem es heißt, der Soldat gelobe „*unbedingten Gehorsam*“. In diesem Sinne auch *Friedrich II.* Politisches Testament, S. 117: Die Manneszucht führe „*im Heer zu blindem Gehorsam*“.

1080 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 179.

nicht befolgen, wenn er nicht als Teilnehmer an der strafbaren Handlung des Vorgesetzten bestraft werden will.“¹⁰⁸¹

Herbert Jäger hat im Übrigen aufgezeigt, dass in einer 1941 erschienenen „Pflichtenlehre“ und einer 1943 veröffentlichten „Unterweisung für den Dienstunterricht“ für die nationalsozialistische Schutzstaffel (SS) darauf hingewiesen wird, dass rechtswidrige Befehle zwar auszuführen sind, nicht aber Befehle, die ein Verbrechen bezeichnen.¹⁰⁸² In der Praxis muss jedoch daran gezweifelt werden, dass diese Vorgaben auch den an Massenmorden beteiligten Einheiten vermittelt worden sind.¹⁰⁸³ Ferner ist ein Befehl des Oberkommandos der deutschen Wehrmacht bekannt, das jede „Humanität gegen Kriegsgefangene ... streng“ verbietet.¹⁰⁸⁴

Das Reichskriegsgericht ging hinsichtlich der Unverbindlichkeit eines Befehls sogar noch weiter, als es der Wortlaut des § 47 MStGB vorsah: Unverbindlich sei auch derjenige Befehl, bei dem der Untergebene erkenne, dass er „*ohne militärisch rechtfertigenden Grund zu einer Verletzung der Rechtsordnung durch den Vorgesetzten beitragen soll*“.¹⁰⁸⁵ Ob damit nur die strafrechtlich relevante Verletzung der Rechtsordnung gemeint ist, geht aus dem Urteil nicht eindeutig hervor, liegt jedoch nahe. Das Reichskriegsgericht ging auch mit seinen Feststellungen zur Unzumutbarkeit über die bis dahin wohl herrschende Rechtsprechung hinaus: Der Gehorsam könne auch dann verweigert werden, wenn der Befehl ohne dienstlichen Grund „*so tief in das Rechtsgebiet des Untergebenen, seine Ehre, sein Ansehen, seine militärische Stellung, seine Gesundheit, sein Leben, sein wirtschaftliches Dasein usw. eingreift, daß dem Untergebenen bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht zugemutet werden kann, den Befehl zu befolgen*“.¹⁰⁸⁶

In der nationalsozialistischen Militärstrafpraxis spielte diese Frage der Gehorsamsverweigerung jedoch letztlich keine Rolle, weil die Verantwortlichkeit von Wehrmachtsangehörigen für die Verletzung von Kriegsvölkerrecht nach dem Militärstrafgesetzbuch, zumindest auf dem Gebiet der damaligen Sowjetunion, durch den sogenannten Kriegsgerichtsbarkeitserlass vom 13. Mai 1941¹⁰⁸⁷ nahezu völlig entrechtlicht wurde. Verbrechen wurden kategorisch nicht verfolgt, so

1081 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 179.

1082 H. Jäger Verbrechen, S. 153 f.; vgl. hierzu auch die Darstellung der „10 Gebote für die Kriegsführung des deutschen Soldaten“, die das Töten wehrloser oder die Misshandlung von Kriegsgefangenen nicht nur verbietet, sondern sie auch als Straftaten bezeichnet.

1083 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 179.

1084 So Bauer Kriegsverbrecher, S. 149.

1085 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 180.

1086 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 180; vgl. hierzu auch Rostek Der rechtlich unverbindliche Befehl, S. 25 sowie BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 83 m.W.N.; ferner die Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum Soldatengesetz vom 23.9.1955 BT-Drs. II/1700, S. 21.

1087 Erlass über die Ausübung der Kriegsgerichtsbarkeit im Gebiet „Barbarossa“ und über besondere Maßnahmen der Truppe vom 13. Mai 1941, abgedruckt bei Moll (Hrsg.), „Führer-Erlasse“ 1939–1945, S. 172 ff.

dass die Straflosigkeit auch formal von der Dysfunktion zur Intention wurde.¹⁰⁸⁸ Der Kriegsgerichtsbarkeitserlass stellte unter der Überschrift „II. Behandlung von Straftaten von Angehörigen der Wehrmacht und des Gefolges gegen Landes-einwohner“ fest, dass für strafbare Handlungen gegen „feindliche Zivilperso-nen“ kein Verfolgungszwang bestehe. Damit wird die Strafverfolgung in das Er-messen des Gerichtsherrn – des militärischen Befehlshabers – gestellt, die mitten in einem Feldzug wenig Interesse an der Verfolgung ihrer eigenen Soldaten hat-ten. Zudem ist unter Ziffer II. Nr. 2 des Erlasses ausgeführt, „bei der Beurteilung solcher Taten [sei] in jeder Verfahrenslage“ zu berücksichtigen, „daß der Zusam-menbruch im Jahre 1918, die spätere Leidenszeit des deutschen Volkes und der Kampf gegen den Nationalsozialismus mit zahllosen Blutopfern der Bewegung entscheidend auf bolschewistischen Einfluss zurückzuführen war und daß kein Deutscher dies vergessen hat“. Disziplinarische Maßnahmen und gerichtliches Einschreiten seien daher vom Gerichtsherrn nur anzuordnen, wenn „es die Auf-rechterhaltung der Manneszucht oder die Sicherung der Truppe“ erfordere. Da-mit wurde die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Militärstrafrecht des Deut-schen Reiches zumindest im Geltungsbereich dieses Befehls faktisch ausgehebelt. Genau diese Beseitigung der tatsächlichen Beachtung völkerstrafrechtlicher Grundsätze war auch gewollt, wie Ziffer III. des Erlasses deutlich macht. Dort werden die Truppenbefehlshaber für die Belehrung der Offiziere über die Grund-sätze der Ziffer II. und deren Umsetzung im militärgerichtlichen Alltag im Inter-esse der „politischen Absichten der Führung“ als persönlich verantwortlich ge-macht.

f) Die Auslegung des Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses des § 47 MStGB durch bundesdeutsche Gerichte

Das Militärstrafgesetzbuch wurde durch das Kontrollratsgesetz Nr. 34 mit Wir-kung vom 20. August 1946 ebenso aufgehoben wie die Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz vom 17. August 1938; ein Militärstrafgesetzbuch war in einem entmilitarisierten Staat nicht mehr erfor-derlich.¹⁰⁸⁹ Dennoch kam es in der Bundesrepublik bis in die jüngste Vergangen-heit zu einer Reihe von Entscheidungen, die sich mit dem Vorgesetzten-Unter-gebenen-Verhältnis nach § 47 MStGB auseinandersetzen. Es handelte sich um Ent-scheidungen, die die Ausführung von verbrecherischen Befehlen in der Zeit des Zweiten Weltkriegs, nicht aber stets im engen Zusammenhang mit militärischen Operationen, betrafen.

1088 In Anlehnung an die Formulierung von *Vest* Völkerrechtsverbrecher, S. 146.

1089 Vgl. auch Rostek Der rechtlich unverbindliche Befehl, S. 21.

Das Oberlandesgericht Bremen hatte im Jahr 1947 einen Fall zu beurteilen, in dem Mitgliedern der Sturmabteilung (SA) der Befehl zu einem Mord erteilt worden war: Die Angeklagten hatte diesen Befehl trotz anfänglicher Skrupel durchgeführt, da ihnen von ihrem Vorgesetzten angedroht worden war, die Befehlsverweigerung werde die Erschießung zur Folge haben. Der Senat stellte in diesem Zusammenhang zunächst fest, für das Militärrecht sei der Grundsatz anerkannt, dass die Pflicht zum Gehorsam der Pflicht zur Achtung fremder Rechtsgüter vor gehe; innerhalb der Grenzen der Militärgewalt gebe es auch keine Einschränkungen für diese Gehorsampflicht. Auf die angeklagten ehemaligen SA-Angehörigen wendete das Gericht die Vorschrift des § 47 MStGB jedoch nicht an, weil das Militärstrafrecht nicht für die SA gegolten habe. Die spezielle Dienstordnung der SA sei hier vorgegangen, dieser sei aber keine Verbindlichkeit des rechtswidrigen Befehls zu entnehmen.¹⁰⁹⁰ Dass diese Einschätzung des Oberlandesgerichts zutreffend war, hat im Übrigen auch die historische Forschung bestätigt. Sie forderte „keine Fälle zutage, in denen die Verweigerung weltanschaulicher Unrechtsbefehle zu anderen Reaktionen als einer Versetzung o.ä. geführt hatte“.¹⁰⁹¹ Die Frage, ob man Zweifel an der Richtigkeit eines Befehls äußerte, war „mehr eine Karrierefrage“.¹⁰⁹²

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1956¹⁰⁹³ in dem Verfahren gegen Walter Huppenkothen und Otto Thorbeck hat sich der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs mit der Frage auseinandergesetzt, ob die an dem „Strafprozess“ gegen die Widerstandskämpfer Hans von Dohnanyi, Wilhelm Franz Canaris, Hans Paul Oster, Karl Sack, Ludwig Gehre und Dietrich Bonhoeffer im Konzentrationslager Flossenbürg als Ankläger bzw. Richter eines SS-Standgerichts beteiligten Angeklagten wegen Beihilfe zum Mord verurteilt werden konnten. Das Landgericht Augsburg hatte die Angeklagten schuldig gesprochen, weil es sich bei dem gegen die Widerstandskämpfer geführten „Strafverfahren“ lediglich um ein Scheinverfahren gehandelt habe, dessen Unrechtmäßigkeit offenkundig gewesen sei. Zu § 47 MStGB, den die Kammer als Regelung eines Entschuldigungsgrundes charakterisierte, hatte das Landgericht festgestellt, es sei den Angeklagten darum gegangen, durch den Anschein eines Strafprozesses den Schein eines Verfahrens zur Rechtfertigung der Tötungen aus niedrigen Beweggründen zu schaffen, so dass eine Annahme des Handelns auf Befehl nicht in Betracht gekommen sei. Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ging hier – indem die beteiligten Richter die

1090 OLG Bremen, Urt. v. 18.9.1947 – Ss 1/47, NJW 1948, 312, 314.

1091 Vest Völkerrechtsverbrecher, S. 8; vgl. auch H. Jäger Verbrechen, S. 149 f. m.w.N.

1092 Vgl. H. Jäger Verbrechen, S. 150.

1093 BGH, Urt. v. 19.6.1956 – 1 StR 50/56, BGH NStZ 1996, 485 ff.; vgl. auch Hirsch in: BMJ (Hrsg.), Rosenberg, S. 57, 65 ff.

Augen vor der Wahrheit bewusst verschlossen¹⁰⁹⁴ – davon aus, die offensichtliche Rechtswidrigkeit der Verfahren habe sich nicht feststellen lassen und sprach daher den ausschließlich als Vorsitzenden Richter an dem Standgericht beteiligten Angeklagten *Thorbeck* frei, während der Strafsenat die Verurteilung des Angeklagten *Huppenkothen*, der auch der Hinrichtung beiwohnte, zum Teil¹⁰⁹⁵ bestätigte. Dabei stützte sich der Senat diesbezüglich auf die Begründung, das Todesurteil hätte vor der Vollstreckung in jedem Fall bestätigt werden müssen. Daher sei die Vollstreckung rechtswidrig gewesen und der Angeklagte *Huppenkothen* habe dies auch gewusst. Daher könne er sich weder auf § 47 Abs. 1 Nr. 2 MStGB noch auf einen vermeintlichen Notstand berufen.¹⁰⁹⁶

Die Überlegungen des Bundesgerichtshofs zu § 47 MStGB hat das Landgericht Aachen in einem Urteil aus dem Jahr 2010¹⁰⁹⁷ ansatzweise aufgegriffen und ausgeführt, dass bei einer „*hinterlistigen, willkürlichen, niederträchtigen und feigen Tötung*“ der unmittelbar Handelnde nicht von § 47 MStGB geschützt sei. In einem solchen Fall sei dem Befehlsempfänger „*klar ... dass die Erschießung unschuldiger Zivilisten rechtswidrig war, und dass er den verbrecherischen Charakter der Tötungsbefehle erkannt hatte*“.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs bestätigte ferner in einer Entscheidung aus dem Jahr 1960¹⁰⁹⁸ die Verurteilung eines Soldaten, der sich an der Erschießung von Zwangsarbeitern beteiligt hatte. Neben der Frage, ob der völkerrechtliche Grundsatz des *tu-quoque* als Rechtfertigungsgrund für die Tötung wehrloser Gefangener dienen kann,¹⁰⁹⁹ erörterte der Bundesgerichtshof, welche Anforderungen an das Erkennen der Unrechtmäßigkeit des Befehls zu stellen seien. Hierzu führte der Senat aus, auch ein Befehl, dessen Rechtswidrigkeit der Vorgesetzte möglicherweise nicht erkannt habe, sei nach dem Erkenntnishorizont des Untergebenen zu bewerten. Sei dieser rechtskundig, so sei von ihm zu erwarten, dass er den verbrecherischen Charakter des Befehls erkennt, den er von seinem unmittelbaren Vorgesetzten erhalten hat. Etwaige Rechtsblindheit des Vorgesetzten entbinde den Untergebenen nicht von seiner eigenen strafrechtlichen

1094 Hirsch (in: BMJ [Hrsg.], Rosenburg, S. 57, 66) hat aufgezeigt, dass der Freispruch *Thorbecks* grob fehlerhaft gewesen und anders als durch politische Motive nicht zu erklären ist: Der Angeklagte saß einem Gericht vor, das mangels Zugehörigkeit der Angeklagten zur SS nicht zuständig war, ferner nicht ordnungsgemäß besetzt war, keine Verteidiger zugelassen hatte, keine Protokolle führte, gegen offensichtlich gefolterte Angeklagte verhandelte und unzulässige Beweismittel verwertete.

1095 Vgl. zu den Einzelheiten Hirsch in: BMJ (Hrsg.), Rosenburg, S. 57, 66.

1096 Mit der völlig zutreffenden Bewertung der Entscheidung als „*Schlag ins Gesicht*“ der Widerstandskämpfer, als Fehlurteil mit verheerenden Folgen für die Aufarbeitung des NS-Justizunrechts, Hirsch in: BMJ (Hrsg.), Rosenburg, S. 57, 66 f.

1097 LG Aachen, Urt. v. 23.3.2010 – 52 Ks 45 Js 18/83 10/09, 52 Ks 45 Js 18-83 10/09, BeckRS 2010, 14176.

1098 BGH, Urt. v. 30.9.1960 – 4 StR 242/60, BGHSt 15, 214 ff.

1099 Vgl. dazu Jescheck Verantwortlichkeit, S. 277 ff., 416; Knieriem Nürnberg, S. 382 ff.; Sauer Grundlagen des Völkerrechts, S. 258.

Verantwortlichkeit für die Ausführung eines als verbrecherisch erkannten oder zu erkennenden Befehls.¹¹⁰⁰

Das Landgericht Frankfurt am Main entschied im Jahr 1961¹¹⁰¹ ebenfalls über § 47 MStGB und stellte fest, die Vorschrift könne nur zur Anwendung kommen, soweit es um den Gehorsam gegenüber unmittelbar erteilten, direkten Befehlen gehe, nicht aber, wenn sich der Untergebene auf eine allgemeine Dienstanweisung berufe, bei deren Umsetzung ihm ein Ermessensspielraum eingeräumt sei.¹¹⁰² Weiter hat der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einer Entscheidung aus dem Jahre 1963¹¹⁰³ eine Berufung auf das Handeln auf Befehl nach § 47 MStGB für den Fall ausgeschlossen, dass der Befehlsempfänger den verbrecherischen Befehl durch eine unwahre Meldung selbst verursacht hat.

Betrachtet man diese Rechtsprechung, so wird deutlich, dass nach 1945 eine deutlichere Linie zu erkennen ist: Die Begrenzung einer Strafbefreiung bei offenkundig strafbarer Handlung wird (nachträglich) ernster genommen. An der Grundaussage des § 47 MStGB, der grundsätzlichen Strafbefreiung nicht eindeutig strafbarer Handlungen, hat auch die Nachkriegsrechtsprechung nicht gerüttelt. Der Befehlshaber hat nach dieser Judikatur mit dem Befehl immer noch ein wirksames Lenkungsinstrument in der Hand.

g) Wehrstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland

Das Wehrstrafrecht setzte sich nach 1945 schon deswegen nicht kontinuierlich fort, weil die junge Bundesrepublik nach der Kapitulation des Deutschen Reiches über keine bewaffneten Kräfte mehr verfügte. Erst mit dem Beitritt der Bundesrepublik zur North Atlantic Treaty Organisation (NATO) und der Gründung der Bundeswehr im Jahr 1955 erlangte das Wehrstrafrecht wieder eine Daseinsberechtigung. Das neue Wehrstrafgesetz (WStG)¹¹⁰⁴ wurde zum 30. März 1957 ausgefertigt.

(1) Die Neuorientierung im militärischen Strafrecht durch das Wehrstrafgesetz

Eduard Dreher stellte zum neuen Wehrstrafrecht des Jahres 1957 fest, eine Aufhebung des alten Militärstrafgesetzbuchs zur Anpassung an die „junge Demokratie“ sei unumgänglich gewesen.¹¹⁰⁵ Dem im Geiste des deutsch-französischen Krieges geschaffenen Militärstrafrecht liege eine konservative Auffassung des

1100 BGH, Urt. v. 30.9.1960 – 4 StR 242/60, BGHSt 15, 214, 217.

1101 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.7.1961 – 4 Ks 1/61, NJW 1962, 1309 ff.

1102 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 17.7.1961 – 4 Ks 1/61, NJW 1962, 1309, 1310 ff.

1103 BGH, Urt. v. 16.7.1963 – 1 StR 118/63, BGHSt 19, 33, 35 ff.

1104 Wehrstrafgesetz (WStG) vom 30.3.1957, BGBl. I 1957, 298 ff.

1105 Dreher JZ 1957, 393.

Soldatentums zugrunde. Diese könne nach einer Liberalisierung im Jahr 1926 und den dann „übersteigerten Strafdrohungen“ des nationalsozialistischen Militärstrafrechts¹¹⁰⁶ nicht mehr den strafrechtlichen Kern eines Wehrrechts der Bundeswehr bilden.¹¹⁰⁷ Offizier und Soldat seien nun Bürger in Uniform, so dass das Wehrstrafrecht kein Eigenleben mehr führen dürfe; es sollte keine „bewaffnete Macht“ als „Anstalt“ mehr existieren.¹¹⁰⁸ Das Offizierskorps sei keine Kaste mehr, der man in irgendeiner Weise ihrer Eigenart wegen Sonderrechte zubilligen könne. Das Wehrrecht sei als Recht eigener Art für den Soldaten nur noch insoweit zu rechtfertigen, wie es sich aus der Natur der Sache als notwendig ergebe. Die rechtliche Sonderbehandlung Vorgesetzter könne nur Ausfluss dieser sachlichen Zwänge sein.¹¹⁰⁹ Daraus – nicht allein aus dem Wunsch nach Vereinfachung des Wehrstrafrechts – erkläre sich die drastische Reduzierung der Zahl der Vorschriften vom Militärstrafgesetzbuch auf das Wehrstrafgesetz, der insbesondere das strafrechtliche Standesrecht (§§ 116, 150 MStGB) und die unechten Soldatendelikte „zum Opfer gefallen“ seien. Das Wehrstrafrecht sollte aus einer Stellung eines Sonderstrafrechts zumindest auf das allgemeine Strafrecht zubewegt werden.¹¹¹⁰

Hält man sich diese Begründung vor Augen, so darf erwartet werden, dass das Militärstrafrecht mit seiner Wandlung nicht nur eine äußerliche Anpassung der Vorschriften des Wehrrechts durch eine kontinuierliche Entwicklung von einer zur anderen militarisierten Staatsform durchgemacht hat. Vielmehr liegt es nahe, dass mit dem Bruch und der kurzen Zeit ohne deutsche Streitkräfte in der Bundesrepublik eine strukturelle Änderung stattgefunden hat, die mit einem Abschmelzen der Vorschriften der Vorgesetztenverantwortlichkeit von einem Ehrenkodex des Offiziers zu einer rechtsstaatlich, rational und am Schuldprinzip ausgerichteten Vorgesetztenverantwortlichkeit verbunden war.

(2) Zum Vorgesetztenbegriff nach dem Wehrrecht

Das geltende Wehrstrafrecht der Bundesrepublik Deutschland bildet im Rahmen dieser Untersuchung der strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit einen wichtigen Schwerpunkt der Betrachtungen. Der Vorgesetztenbegriff hat im deutschen Militärrecht und Militärstrafrecht von jeher entscheidende Bedeutung. Im

1106 Dreher war ein seinerseits mit der Strafrechtsanwendung im Nationalsozialismus bestens vertrauter ehemaliger NS-Staatsanwalt, u.a. am Sondergericht Innsbruck; vgl. Klee Personenlexikon, S. 118; ferner Safferling in: BMJ (Hrsg.), Rosenberg, S. 14, 16 ff.

1107 Zur Entwicklung der Gesetzesentwürfe und dem Gesetzgebungsverfahren des Wehrstrafgesetzes Dreher JZ 1957, 393.

1108 Vgl. Laband Staatsrecht, Bd. 4, S. 34; Mayer Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 268 ff.; ferner BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 86.

1109 Dreher JZ 1957, 393; vgl. auch BT-Drs. 2/3040, Anl. 2, S. 13.

1110 Dreher JZ 1957, 393 f.

Wehrstrafrecht hat der Begriff des *militärischen Vorgesetzten* in § 2 Nr. 2 WStG innerhalb der Definition des Befehls – der im Soldatengesetz (SG) nicht definiert ist¹¹¹¹ – eine Bestimmung durch den Verweis auf § 1 Abs. 3 SG erhalten. Nach § 1 Abs. 3 Satz 1 SG ist Vorgesetzter, wer befugt ist, einem Soldaten Befehle zu erteilen: Damit definiert sich das Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis durch die Befehlsgewalt. Insofern nennt das Soldatengesetz ausdrücklich die Vorgesetztenstellung aufgrund von Dienststellung, Dienstgrad, besonderer Anordnung und eigener Erklärung. Die nähere Regelung hat der Gesetzgeber allerdings mit § 1 Abs. 3 S. 2 SG der Vorgesetztenverordnung (VorgV)¹¹¹² überlassen, die – mit Ausnahme der in Art. 65a, 115b GG vorgesehenen Befehlsgewalten – die militärischen Vorgesetztenverhältnisse abschließend regelt.¹¹¹³

In dieser Verordnung wird eine ausgefeilte Systematik von Vorgesetzten eines Soldaten entfaltet, gegliedert nach Vorgesetzten aufgrund der Dienststellung (§§ 1–3 VorgV), des Dienstgrades (§ 4 VorgV), besonderer Ausbildung (§ 5 VorgV) und eigener Erklärung (§ 6 VorgV). Dabei ist zu berücksichtigen, dass schon der Begriff des *unmittelbaren Vorgesetzten* (§ 1 VorgV) so weit gefasst wird, dass nicht nur der Soldat, der eine Teileinheit leitet, deren unmittelbarer Vorgesetzter ist. Vielmehr ist jeder Vorgesetzte des Leiters der Teileinheit wiederum nicht nur dessen unmittelbarer Vorgesetzter, sondern auch für die Angehörigen der Teileinheit unmittelbarer Vorgesetzter. Damit hat der Soldat innerhalb der Befehlskette regelmäßig mehrere unmittelbare Vorgesetzte. Die gesamte Stufenleiter der Vorgesetzten von größeren Einheiten, denen eine kleinere Teileinheit angehört, ist damit unmittelbar den Angehörigen der Teileinheit vorgesetzt.¹¹¹⁴ Dabei kann – abgesehen vom Ausnahmefall des zivilen Vorgesetzten – unmittelbarer Vorgesetzter eines Soldaten der Bundeswehr nur ein Soldat der Bundeswehr sein, der organisatorisch in ihren Aufbau eingegliedert ist und in einem festen Zuordnungsverhältnis steht. Ein Soldat, der ausländischen Streitkräften angehört, kann grundsätzlich nicht Vorgesetzter sein.¹¹¹⁵

Die Vorgesetztenverordnung definiert in § 1 den Begriff des *Vorgesetzten* über die Befehlsgewalt, indem unter der Überschrift „*Unmittelbare Vorgesetzte*“ ausgeführt wird, dass derjenige, der eine Einheit, Teileinheit oder einen Verband führt oder eine militärische Dienststelle leitet,¹¹¹⁶ die allgemeine Befugnis hat, die ihm unterstellten Soldaten zu befehligen. Die Vorgesetztenstellung bestimmt sich

1111 Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 21.6.2005, 2 WD 12/04, NJW 2007, 77, 80 m.w.N.

1112 Verordnung über die Regelung des militärischen Vorgesetztenverhältnisses (Vorgesetztenverordnung – VorgV) vom 4.6.1956, BGBl. I, S. 459; VMBl 1957, S. 71 in der Fassung vom 7.10.1981, BGBl. I, S. 1129.

1113 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz § 1 Rn. 69, auch zur Bedeutung von § 21 Abs. 2 Nr. 2b WDO.

1114 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz § 1 Rn. 70 ff.

1115 Dau in: MüKo-StGB, WStG § 1 Rn. 41 m.w.N.

1116 Vgl. hierzu Dau in: MüKo-StGB, WStG § 1 Rn. 38 m.w.N.

also durch die Befehlsgewalt, die wiederum mit der Führungsaufgabe korreliert. Ähnliches gilt für die Fachvorgesetzten (§ 2 VorgV) sowie die Vorgesetzten mit besonderem Aufgabenbereich (§ 3 VorgV) und aufgrund besonderer Anordnung (§ 5 VorgV),¹¹¹⁷ deren Befehlsgewalt mit den speziellen Aufgabenbereichen zusammenhängt. Daher können diese ihre Befehlsgewalt im Zweifelsfall auch nur gegenüber Untergebenen ausüben, die sich im Dienst befinden. Die Vorgesetzten-eigenschaft „*aufgrund eigener Erklärung*“, die sogenannte Notvorgesetzeneigen-schaft¹¹¹⁸ (§ 6 VorgV), die eine zeitlich beschränkte Vorgesetztenstellung für Krisensituationen normiert, stellt insofern eine Besonderheit dar, als sie nicht durch eine allgemeine oder besondere Aufgabenzuweisung, sondern durch eine akute situative Notwendigkeit aufgrund eines Notrechts zur Befehlsausübung entsteht. Die Vorgesetztenstellung aufgrund des Dienstgrades (§ 4 VorgV) unterscheidet sich dahin gehend von den aufgabenbezogenen Vorgesetztenverhältnissen, dass das Vorgesetztenverhältnis allein durch den Dienstgrad entsteht und nicht durch konkrete Aufgaben, zu deren Durchführung die Befehlsgewalt dient.

Doch kennt das Wehrstrafrecht, wie § 1 Abs. 2 WStG deutlich macht, nicht nur militärische Vorgesetzte, die Soldaten sind. Auch Zivilpersonen können Vorgesetzte von Soldaten sein und in wehrstrafrechtlich relevanter Weise Befehle er-teilen, aber auch im Sinne von §§ 30 ff. WStG ihre Pflichten als Vorgesetzte verletzen. Insofern erscheint § 1 Abs. 2 WStG zwar mit Blick auf § 1 Abs. 1 WStG unglücklich formuliert; Sinn und Inhalt der Regelung des Absatzes 2 sind dennoch dem Grunde nach klar. Allerdings hat diese Vorschrift insofern nur geringe praktische Bedeutung, als von der verfassungsrechtlich nicht unproblematischen Möglichkeit, aus § 1 Abs. 3 S. 2 SG die Vorgesetztenstellung von Zivilpersonen durch Verordnung zu bestimmen, kein Gebrauch gemacht worden ist und ansonsten als Zivilvorgesetzter nur der Bundesminister der Verteidigung als Inhaber der Befehls- und Kommandogewalt (Art. 65a GG) und im Verteidigungsfalle der Bundeskanzler (Art. 115b GG) in Betracht kommen.¹¹¹⁹

(3) Grundsatz der Gehorsamspflicht

Aufgrund der besonderen Strukturen innerhalb von Streitkräften und ihren Aufgaben bildet das hierarchische Prinzip von Befehl und Gehorsam auch nach gelgendem deutschem Recht noch den Grundpfeiler des Wehrrechts und das maßgebende Kriterium der Vorgesetztendefinition. § 2 Nr. 2 WStG normiert nunmehr den Begriff des *Befehls* als eine mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilte Anweisung zu einem bestimmten Verhalten seitens eines militärischen Vorgesetzten an

1117 Vgl. zu diesen Formen der Vorgesetztenstellung im Einzelnen Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz § 1 Rn. 72 ff.

1118 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz § 1 Rn. 105.

1119 Vgl. Dau in: MüKo-StGB, WStG § 1 Rn. 30 ff.

einen Untergebenen, ohne dass es grundsätzlich auf die Rechtmäßigkeit des Befehls ankäme.¹¹²⁰ § 22 WStG regelt die Verbindlichkeit von Befehlen. Rechtmäßige Befehle sind stets verbindlich; die Überschreitung der Befehlsgewalt durch Verstoß gegen Gesetze, höhere Befehle, anderweitige Dienstanordnungen oder ohne Dienstbezug macht den Befehl rechtswidrig, damit aber nicht zwingend unverbindlich.¹¹²¹ § 11 Abs. 1 S. 1 SG bestimmt ferner, dass der Soldat seinen Vorgesetzten zu gehorchen und ihre Befehle nach besten Kräften vollständig, gewissenhaft und unverzüglich auszuführen hat.¹¹²² Die Verantwortung für die Auswirkungen eines Befehls trägt grundsätzlich nach wie vor der befehlende Vorgesetzte (§ 10 Abs. 5 S. 1 SG).

Dass der Gesetzgeber des Wehrstrafgesetzes am Prinzip von Befehl und Gehorsam grundsätzlich festgehalten und dem Gehorsam die zentrale Stellung im Wehrrecht eingeräumt hat, zeigen zum einem die Strafbarkeit der Gehorsamsverweigerung und der Nichtbefolgung von Befehlen (§§ 19 ff. WStG) – soweit dadurch fahrlässig eine schwere Folge verursacht wird – und zum anderen die Irrtumsregelungen des § 22 WStG hinsichtlich der Strafbarkeit von Insubordinationen. Nach § 22 Abs. 2 WStG kommt nur dem Soldaten, der aufgrund eines unvermeidbaren Irrtums die Unverbindlichkeit eines strafrechtswidrigen Befehls annimmt, die Straflosigkeit zugute. Der Untergebene, der glaubt, der Befehl sei aus anderen Gründen unverbindlich, darf nur mit einer Strafmilderung gemäß § 22 Abs. 3 WStG rechnen. Irrtümer gehen – u.a. aufgrund der strengen Anforderungen an die Unvermeidbarkeit¹¹²³ – damit wie im allgemeinen Strafrecht tendenziell zulasten des unmittelbar Handelnden, hier des Untergebenen.¹¹²⁴ Die Gründe für diese harten Folgen der Weigerung, einen Befehl zu befolgen, seien – so Dreher¹¹²⁵ – „soldatische“: Eine Truppe könne nur dann „intakt und verteidigungsfähig gehalten werden, wenn sich ihre Leiter darauf verlassen können, dass Befehle grundsätzlich befolgt werden“.

Der grundsätzlichen Pflicht zum Gehorsam steht für den Fall, dass es aufgrund der Ausführung des Befehls zu einer Straftat oder einer Rechtsverletzung kommt, nach § 10 Abs. 5 S. 1 SG auch weiterhin die volle Verantwortlichkeit des befehlenden Vorgesetzten gegenüber.¹¹²⁶ Befolgt der Untergebene den Befehl aufgrund einer entsprechenden Pflicht, so ist er zwar von der Verantwortung für die

1120 Vgl. hierzu auch BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 80 m.w.N.

1121 Vgl. Arndt DRiZ 1957, S. 134, 135; Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 184 m.w.N.

1122 Vgl. hierzu Schreiber Befehlsbefugnis, S. 31, 38 ff.; Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 3 ff.

1123 Vgl. nur Neumann in: NK-StGB, § 17 Rn. 53 ff.

1124 Dreher JZ 1957, 393, 396.

1125 Dreher JZ 1957, 393, 396.

1126 Schreiber Befehlsbefugnis, S. 36 f., Nr. 4; vgl. auch Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 34.

Folgen seiner Handlung grundsätzlich frei,¹¹²⁷ und der Vorgesetzte haftet gemäß §§ 33, 34 WStG für die aufgrund seiner Befehle begangenen Straftaten. § 11 SG und seine strafrechtliche Umsetzung in § 5 WStG – der Nachfolgebestimmung des § 47 MStGB – stellen jedoch nunmehr weitaus höhere Anforderungen an die Verantwortung und die Einsicht des Untergebenen als § 47 MStGB, indem das Prinzip des strengen – wenn auch nicht unbedingten – Gehorsams durch das Prinzip einer zumindest bedingten „Verantwortung für die Ausführung der ihm erteilten Befehle ersetzt worden ist“.¹¹²⁸

Die dogmatische Wirkung des Befehls hat sich unter der Geltung von § 5 Abs. 1 WStG bzw. § 10 Abs. 2 SG grundlegend geändert. Anders als im Militärstrafrecht Preußens oder des Deutschen Reiches ist es nunmehr kaum noch vertretbar, anzunehmen, das Vorliegen eines Befehls zur Begehung einer rechtswidrigen Tat im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB bedeute für den gehorgenden Untergebenen einen Ausschluss aus der dogmatischen Stellung des (unmittelbaren) Täters. Es handelt sich bei § 5 Abs. 1 WStG und § 11 Abs. 2 SG lediglich noch um Schuldausschließungsgründe;¹¹²⁹ die Stellung als Täter bleibt beim Untergebenen erhalten. Bedeutung hat diese Unterscheidung insbesondere für Fragen des Irrtums über die Voraussetzungen von § 5 Abs. 2 WStG und § 11 Abs. 2 SG. Diese Vorschriften normieren nicht mehr die Rechtmäßigkeit der Handlung des Untergebenen, sondern berücksichtigen lediglich die psychische Drucksituation des Befehlsempfängers, der die Tat begeht. Ihm soll kein persönlicher Vorwurf deswegen entstehen, weil der Vorgesetzte seine Befehlsmacht missbraucht hat: § 5 Abs. 1 WStG, § 11 Abs. 2 SG beinhalten also nur einen Schuldausschließungsgrund.¹¹³⁰

Das Verhältnis zwischen dem militärischen Vorgesetzten und seinem Untergebenen steht dennoch weiterhin unter der maßgeblichen Einwirkung der Befehlsbeziehung: Der Untergebene hat die Befehle des Vorgesetzten grundsätzlich auszuführen, soweit die Befolgung der Anordnung nicht offensichtlich die Begehung einer Straftat bedeutet.¹¹³¹

(4) Unverbindlichkeit von Befehlen

Jedoch beschränken das Grundgesetz bzw. die Grundrechte¹¹³² und das Soldaten gesetz die Gehorsamspflicht – in konsequenter Weiterentwicklung der Rechtspre-

¹¹²⁷ BVerfG, Urt. v. 8.4.1993 – 2 BvE 5/93, 2 BvQ 11/93, BVerfGE 88, 173, 184 m. Bespr. *Sachs JuS* 1994, 75 f.

¹¹²⁸ Dau in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 4; *Schwenck Wehrstrafrecht*, S. 79 f.

¹¹²⁹ Vgl. *Arndt DRiZ* 1957, 134, 135.

¹¹³⁰ Dau in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 12.

¹¹³¹ Vgl. zu dem entsprechenden § 114 MStGB RMG, Urt. v. 27.4.1911 – Nr. 96/59, BVerfGE 16, 19, 21.

¹¹³² Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 80.

chung des Reichskriegsgerichts¹¹³³ – auf solche Befehle, die zu dienstlichen Zwecken erteilt werden und nicht die Menschenwürde,¹¹³⁴ sondern allenfalls privatrechtliche Rechtsnormen verletzen oder Ordnungswidrigkeitentatbestände erfüllen,¹¹³⁵ also auf verbindliche Befehle. Ferner sind für solche Befehle, die Auswirkungen auf die außerdienstliche Sphäre haben, Ausnahmen von der Gehorsamspflicht anerkannt.¹¹³⁶ Ein Befehl, der auf die Ausführung einer Handlung gerichtet ist, die gegen ein (nationales) Strafgesetz¹¹³⁷ – nicht schon gegen ein Gesetz, das eine Ordnungswidrigkeit normiert¹¹³⁸ – verstößt, ist nicht nur dienstrechlich unverbindlich, sondern der Soldat darf einen solchen Befehl gemäß § 11 Abs. 2 SG nicht befolgen.¹¹³⁹ Ein solcher Befehl ist unzulässig. Das bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass Befehle, die *nur* gegen Gesetze oder Dienstvorschriften verstossen, grundsätzlich verbindlich sind.¹¹⁴⁰ Die Unwirksamkeit strafrechtswidriger Befehle bedeutet zwar eine Abweichung von dem im Militärrecht geltenden Grundsatz, dass jeder Befehl zu befolgen ist; jedoch wirkt sich diese Änderung im Hinblick auf die daraus entstehende strafrechtliche Verantwortlichkeiten nur bedingt aus:

Nach § 5 Abs. 1 WStG, § 11 Abs. 2 S. 2 SG trifft den Soldaten, der einen rechtswidrigen Befehl befolgt, nur dann ein Schuldvorwurf für die von ihm begangene Tat, wenn er erkennt, dass es sich bei der befohlenen Handlung um eine rechtswidrige Tat im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. Nur der Soldat ist strafrechtlich verantwortlich, der erkennt, dass durch die Ausführung des Befehls eine Straftat begangen wird, der also bösgläubig ist, weil er positiv weiß, dass die verlangte Handlung den Tatbestand eines Strafgesetzes im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB erfüllt und rechtswidrig ist.¹¹⁴¹ Dabei muss der Soldat jedoch nur erkannt haben, dass es sich bei der Handlung um schwerwiegendes Unrecht handelt, das eine Kriminalstrafe nach sich zieht. Eine exakte juristische Einordnung ist nicht erforderlich; vielmehr reicht es nach herrschender Ansicht aus, wenn der Untergabene die Tat nicht „*für eine Ordnungswidrigkeit oder sonstige Geringfügigkeit hält*“.¹¹⁴²

1133 RKG, Urt. v. 11.8.1938 – Rev. L 102/38, RKG 1, 176, 180.

1134 Zur Verletzung der Menschenwürde durch Befehle BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 80 ff.

1135 Vgl. Schreiber Befehlsbefugnis, S. 42 ff.; vgl. Arndt DRiZ 1957, S. 134, 135; zum Irrtum in diesen Fällen Schreiber, a.a.O., S. 44.

1136 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 17; ferner Dreher JZ 1957, 393, 395.

1137 Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 81.

1138 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 185.

1139 Dreher JZ 1957, 393, 395.

1140 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 185.

1141 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 26.

1142 Dau in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 7; vgl. auch Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 26.

Dabei ist die letztere Alternative der offensichtlichen Strafbarkeit der befohlenen Handlung nach der herrschenden Auffassung so zu verstehen, dass dem Soldaten keine Pflicht zur Prüfung auferlegt ist, ob sein Handeln einen Straftatbestand erfüllt. Die Ausnahme von der Verantwortlichkeit betrifft danach ausschließlich Fälle, in denen die Strafbarkeit zweifellos feststeht, also Befehle, denen der verbrecherische Charakter „auf der Stirn“ geschrieben steht.¹¹⁴³ Nach einer verbreiteten Ansicht im Wehrrecht soll der „gewissenhafte Soldat“ die Ausführung keines Befehls scheuen müssen.¹¹⁴⁴ Dem Urteil des Vorgesetzten über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens vertraue die Rechtsordnung regelmäßig eher als der Einschätzung des Untergebenen. Dies beruhe auf der Vermutung, dass der mit überlegenen Kompetenzen ausgestattete Vorgesetzte auch in seinen Kenntnissen und seiner Urteilskraft überlegen sei.¹¹⁴⁵ Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 S. 2 Var. 2 SG „richtet sich vielmehr nur gegen die Gewissenlosen und moralisch Blinden ... Diese können sich nämlich in den Fällen, in denen niemandem sonst der verbrecherische Charakter verborgen geblieben wäre, durch ihre Berufung darauf, dass ihnen die Straftat, die in der Ausführung des Befehls liegt, überhaupt nicht zu Bewusstsein gekommen sei, ihrer Verantwortung nicht entziehen.“¹¹⁴⁶ Solche „Gewissenlosigkeit und moralische Blindheit“ liegt nach Poretschkin¹¹⁴⁷ aber nicht bei jeder grob fahrlässigen Nichtkenntnis vor, weil man den Soldaten ansonsten mit einer Prüfungspflicht¹¹⁴⁸ belaste, die das Gesetz gerade nicht statuieren wolle.

Diese Annahme ist jedoch nur bedingt zutreffend. Es geht nicht um die Frage einer fahrlässigen Pflichtverletzung, da die Kenntnis der Strafbarkeit bzw. deren Offensichtlichkeit sich nicht auf die objektiven Voraussetzungen des Unrechts, sondern nur auf die Vorwerbarkeit, also die Schuld bezieht. Daher kann im Hinblick auf die offensichtliche Strafbarkeit allenfalls von einer Obliegenheit des Untergebenen zur Unrechtsbewertung gesprochen werden. Denn für die Bewertung des Unrechts der Handlung kommt es auf die Frage, ob die Strafbarkeit der Tat auf der Hand liegt, nicht an.

Dau beschreibt im Übrigen etwas strengere Anforderungen an die „Sorgfalt“ des Untergebenen. Der Verstoß gegen das Strafrecht durch die Ausführung des Befehls sei offensichtlich, „wenn es für einen gewissenhaften, pflichtbewussten und über seine staatsbürgerlichen und völkerrechtlichen Pflichten und Rechte

1143 BT-Drs. 2/1700, S. 21; *Dau* in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 9; ähnlich Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 28f.

1144 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 30; vgl. auch BT-Drs. 2/1700, S. 21.

1145 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 187.

1146 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 28; vgl. auch BT-Drs. 2/1700, S. 21; ferner Dreher JZ 1957, 393, 396.

1147 Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 28; zust. *Dau* in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 7.

1148 Diese verneint auch Dreher JZ 1957, 393, 396.

(§ 33 Abs. 2 SG) unterwiesenen Soldaten auf der Hand liegt, dass ein Verbrechen oder Vergehen von ihm verlangt wird.“¹¹⁴⁹ Habe der Untergebene Zweifel an der Strafbarkeit, die er aber nicht aufklären könne, so dürfe er den Befehl ausführen.¹¹⁵⁰ Es wird damit vorausgesetzt, dass der Untergebene einen unter den konkreten Umständen möglichen Aufklärungsversuch zu unternehmen hat. Dies gilt mit der Folge einer Pflicht zur Gegenvorstellung etwa dann, wenn der Untergebene erkennt, dass sich sein befehlshabender Vorgesetzter im Irrtum befindet und bei Kenntnis der wahren Sachlage – oder auch Rechtslage – den Befehl nicht erteilt hätte, oder wenn für den pflichtbewussten Soldaten ein solcher Irrtum des Vorgesetzten offensichtlich ist.¹¹⁵¹ Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass der Soldat, auch wenn er pflichtgemäß eine Gegenvorstellung unternommen und diese nicht zu einer Änderung des Befehls geführt hat, berechtigt und verpflichtet ist, die Ausführung des Befehls zu verweigern.¹¹⁵² Gehorcht er dennoch, so handelt er nicht schuldhaft, aber rechtswidrig. Insofern beinhaltet die Lösung eine Abweichung vom Konzept des alten Militärstrafgesetzbuchs. In Fällen, in denen lediglich Dienstvorschriften verletzt oder Ordnungswidrigkeiten begangen werden, hat der Soldat weder ein Recht, die Ausführung des Befehls zu verweigern, noch kann er selbst wegen der entsprechenden Handlung verantwortlich gemacht werden.

Diesen Vorrang des Befehls begründet *Hoyer* mit einer abstrakten Gefährdung der Rechtsordnung, die durch eine Gehorsamsverletzung entstehe. Abstrakt gesehen sei es dagegen für die Rechtsordnung ungefährlich, einen Befehl zu befolgen, da dieser Befehl kraft gesetzlicher Vermutung der Verteidigung der Rechtsordnung diene. Anders sei das nur in den durch das Wehrrecht beschriebenen Fällen, die ein Recht zur Befehlsverweigerung geben. In diesen Fällen, in denen es für jedermann oder zumindest für den Untergebenen in der konkreten Situation offensichtlich ist, dass der Vorgesetzte seinem Auftrag zur Verteidigung der Rechtsordnung bewusst oder aus Unkenntnis nicht nachkomme, sei die gesetzliche Vermutung für die Rechtmäßigkeit widerlegt.¹¹⁵³

Zusammenfassend kann man jedoch feststellen, dass es zwar nach § 11 SG keine Pflicht zum unbedingten Gehorsam gibt. Das nahm auch der 4. Senat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 31. Januar 1964¹¹⁵⁴ an, indem er feststellte, eine Pflicht zur Gegenvorstellung gegen einen Befehl sei bereits durch das

¹¹⁴⁹ *Dau* in: MüKo-StGB, WStG§ 5 Rn. 8 m.w.N.; vgl. auch BGH, Urt. v. 31.1.1964 – 4 StR 514/63, BGHSt 19, 231, 233.

¹¹⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 2/1700, S. 21; *Schreiber* Befehlsbefugnis, S. 40; *Dau* in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 8; noch weitgehender Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 27, die annehmen, Zweifel müsste der Soldat nicht einmal zu beheben versuchen.

¹¹⁵¹ BGH, Urt. v. 31.1.1964 – 4 StR 514/63, BGHSt 19, 231, 234; *Schreiber* Befehlsbefugnis, S. 40 f.; *Dau* in: MüKo-StGB, WStG § 5 Rn. 9 m.w.N.

¹¹⁵² So auch Scherer/Alff/Poretschkin/Lucks Soldatengesetz, § 11 Rn. 27.

¹¹⁵³ *Hoyer* in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 187.

¹¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 31.1.1964 – 4 StR 514/63, BGHSt 19, 231, 233.

Reichsmilitärgericht anerkannt gewesen,¹¹⁵⁵ obwohl damals die Bindung des Soldaten durch Gehorsam an den Befehl über § 47 MStGB erheblich strenger gewesen sei. Diese Öffnung für den Ungehorsam kommt durch das Soldatengesetz der Bundesrepublik auch dadurch zum Ausdruck, dass § 11 Abs. 2 WStG nicht – wie § 47 Nr. 2 MStGB – einen Befehl erfordert, „*der ein Verbrechen oder Vergehen bezeckt*“; es reicht nun vielmehr aus, dass durch das Befolgen des Befehls eine Straftat begangen würde. Es wird damit das Recht – und auch die Pflicht zum Ungehorsam – nicht mehr von der Zweckrichtung der Begehung einer bestimmten Straftat abhängig gemacht; die Befolgung des Befehls muss lediglich eine rechtswidrige Erfüllung des Straftatbestandes bedeuten. Es wurde im Kontext von § 5 WStG und § 11 SG nach der Ansicht von Dreher¹¹⁵⁶ ein Schritt von der „*bloßen Gesinnungsethik zur Verantwortungsethik gegangen*“.

§ 22 WStG ergänzt die Regelung des § 11 SG um eine strafrechtlich entscheidende Bestimmung. Nach § 22 Abs. 1 WStG ist der Ungehorsam, die Gehorsamsverweigerung oder das leichtfertige Nichtbefolgen eines Befehls dann nicht rechtswidrig, wenn der Befehl nicht verbindlich ist. Dies gilt „*insbesondere, wenn er nicht zu dienstlichen Zwecken erteilt ist oder die Menschenwürde verletzt oder wenn durch das Befolgen ein Verbrechen oder Vergehen begangen würde*“.¹¹⁵⁷ Daraus folgt nach der herrschenden Meinung, dass § 11 Abs. 1 S. 2 SG letztlich nur beispielhafte Fälle benennt, in denen der Gehorsam verweigert werden darf oder sogar muss.¹¹⁵⁸ Dreher nennt etwa den Fall, in dem ein Befehl anerkannte Grundsätze des Völkerrechts verletzt; zu diesen gehören neben dem ius cogens¹¹⁵⁹ im Sinne von Art. 53 der Wiener Vertragsrechtskonvention auch das Völkergewohnheitsrecht und die allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze im Sinne von Art. 38 Abs. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs.¹¹⁶⁰ Ein solcher Befehl muss und darf nicht ausgeführt werden.¹¹⁶¹

1155 Vgl. hierzu RMG, Urt. v. 18.7.1906 – Nr. 135/3242.06, RMG 10, 158, 163; Urt. v. 20.12.1907 – Nr. 231/5227. 07, RMG 12, 18, 20; Urt. v. 21.9.1902 – Nr. 198/234, RMG 17, 142, 147 f.

1156 Dreher JZ 1957, 393, 396.

1157 Vgl. hierzu BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 80 f.; vgl. auch Dau in: MüKo-StGB, § 2 WStG Rn. 30 f.

1158 Vgl. BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 81 m.w.N.

1159 Vgl. zur Bedeutung Ipsen Völkerrecht, § 16 Rn. 37 ff.

1160 Näher hierzu BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 82.

1161 Dreher JZ 1957, 393, 395; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 82 auch zum Begriff der allgemeinen Regeln des Völkerrechts; a.A. Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 185: „*Militärische Befehle, die Regeln des Völkerrechts, Gesetze oder Dienstvorschriften mißachten, müssen also trotzdem befolgt werden, solange sie nicht die Menschenwürde verletzen, dienstfremde Zwecke verfolgen oder zu einer Straftat führen würden.*“.

Das Bundesverwaltungsgericht wies in der ausführlichen Entscheidung zu dem aufsehenerregenden Fall *Pfaff*¹¹⁶² ferner darauf hin, dass Befehle nicht ausgeführt werden müssen, wenn sie widersprüchlich oder unzumutbar sind oder wenn die Ausführung unmöglich ist. Die Unverbindlichkeit eines Befehls hat das Bundesverwaltungsgericht ferner angenommen, wenn der Befehl im konkreten Fall im Konflikt mit dem durch Art. 4 Abs. 1 GG geschützten Gewissen des Untergebenen steht.¹¹⁶³

(5) Begründung eines überlegenen Wissens beim Vorgesetzten

Aus dieser Rechtslage ergibt sich eine Einteilung von Befehlen in drei Kategorien, die sich zunächst durch das militärinterne Innenrechtsverhältnis definieren und die *Hoyer* der strafrechtlichen Beurteilung zugrunde gelegt hat: Die erste Kategorie bildet hierbei der verbindliche Befehl, den der Soldat innenrechtlich zu befolgen hat und für dessen Folgen der Kommandeur vollständig und allein verantwortlich ist. In die zweite Kategorie fallen die unverbindlichen Befehle, die der Untergebene innenrechtlich befolgen darf, aber nicht muss, und die wegen ihrer innenrechtlichen Unverbindlichkeit für die Strafbarkeit des Vorgesetzten grundsätzlich irrelevant sein müssten, aber aufgrund ihrer tatsächlichen Zwangswirkung Verantwortlichkeit begründen können. In die dritte Kategorie sind die Befehle zu fassen, die unzulässig sind, deren Befolgung für den Untergebenen strafrechtliche Verantwortlichkeit nach sich zieht, weil die Anordnung für den Soldaten innenrechtlich unbeachtlich ist, so dass es unzulässig ist, einen solchen Befehl zu befolgen.¹¹⁶⁴

In dieser soldatenrechtlichen Dreiteilung finden sich die hierarchische militärische Struktur und die Bedeutung des Prinzips von Befehl und Gehorsam wieder. Grundsätzlich befiehlt der Vorgesetzte dem Untergebenen; dieser soll und darf auch darauf vertrauen, dass sein Vorgesetzter vor der Befehlseerteilung das Risiko der Begehung einer Straftat durch die Befolgung des Befehls hinreichend geprüft und ausgeschlossen hat.¹¹⁶⁵ Das Soldatengesetz geht in § 11 auch gerade davon aus, dass der Soldat im Zweifelsfall verpflichtet ist, Vertrauen in die strafrechtliche Bewertung seines Vorgesetzten zu setzen. Die Rechtsordnung gibt durch die Zuweisung von Befehlsgewalt zu erkennen, dass sie regelmäßig eher dem Urteil

1162 Major *Florian Pfaff* verweigerte am 20.3.2003 die Ausführung eines Befehls im Kontext des Irakkrieges mit der Begründung, es handele sich um einen völkerrechtswidrigen Krieg; die Befolgung des ihm gegebenen Befehls sei ein Verbrechen. Ihm wurde von seinen Vorgesetzten angewiesen, eine Prüfung der ihm erteilten Befehle auf ihre strafrechtliche Relevanz zu unterlassen. Das BVerwG hob seine Degradierung auf.

1163 BVerwG, Urt. v. 21.6.2005 – 2 WD 12/04, NJW 2006, 77, 81 ff.

1164 Vgl. *Hoyer* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 183, 185 f.

1165 *Stratenwerth* Verantwortung und Gehorsam, S. 178; *Hoyer* in: Amelung, Individuelle Verantwortung, S. 183, 187.

des Vorgesetzten vertraut als dem des Untergebenen, weil sie bei Ersterem einen Wissens- und Ausbildungsvorsprung vermutet, der die Anordnungsbefugnis rechtfertigt, was sich in der genannten Zweifelsregel niederschlägt. Aus dieser Ausgangssituation ergibt sich im militärischen Kontext ein gesetzlich unterstelltes Vertrauen des Untergebenen in Befehle und damit die Vermutung einer tatsächlichen Befolgung von Befehlen im Allgemeinen.¹¹⁶⁶

4. Die Ausgestaltung der strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit im deutschen Militärstrafrecht vor 1945

Die Vorschriften des Militärrechts sahen in Deutschland zumindest seit dem Ende des 18. Jahrhunderts nicht nur Regelungen für das militärische Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis vor und bestraften den Untergebenen, der einem Befehl nicht gehorchte; vielmehr statuierte das Militärrecht zudem Strafdrohungen gegen Vorgesetzte, die ihren Pflichten gegenüber den Untergebenen und zur ihrer Überwachung nicht nachkamen. Die Pflicht eines Vorgesetzten, das Leben, die Gesundheit und Ehre eines Untergebenen nicht zu verletzen oder zu gefährden, kommt in einer Vielzahl von militärischen Strafvorschriften zum Ausdruck. Das Wehrstrafrecht sieht heute in den §§ 30 ff. WStG eine Reihe solcher Strafvorschriften vor. Doch auch die Verletzung von Interessen Dritter durch Straftaten von Untergebenen nimmt das Militärstrafrecht schon seit langer Zeit zum Anlass für Sanktionen gegen den Vorgesetzten der Täter. Dabei bedrohten die Militärstrafgesetze und bedroht das geltende Wehrstrafrecht nicht nur den Befehlshaber mit Strafe, der in irgendeiner Weise an der Tat seines Untergebenen mitwirkt, indem er deren Begehung anordnet oder nicht verhindert. Vielmehr wird auch die unterlassene Verfolgung von Straftaten Untergesetzener mit Strafe bedroht, so dass eine umfassende Verantwortlichkeit der Vorgesetzten für die Rechtmäßigkeit der Dienstausführung entsteht. Dabei haben die Militärgesetze neben dem Interesse an der rechtmäßigen Diensterfüllung zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Streitkräfte durch Verlässlichkeit der Offiziere auch den Gedanken des Rechtsgütterschutzes im Auge.

a) Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im preußischen Militärstrafrecht

Das Preußische Allgemeine Landrecht sah hinsichtlich der Behandlung von „*Militairpersonen*“ im Titel 20, § 463 vor, dass „*Amtsvergehungen der Militairpersonen nach den Kriegsartikeln beurtheilt und geahndet werden*“ sollten.¹¹⁶⁷ Das

1166 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 186 f.

1167 Vgl. hierzu bereits hier S. 279, ferner Art. 42 der Kriegsartikel für das preußische Heer vom 27.6.1844, abgedruckt bei Friccius (Hrsg.), Preußische-Militair-Gesetz Sammlung Bd. 3, S. 187.

spätere preußische Militärstrafrecht kannte eine strafrechtliche Verantwortlichkeit befehlshabender Offiziere für das Verhalten ihrer Untergebenen schon in der *Verordnung zur Einführung des Preußischen Militair-Strafgesetzes*. Nach § 191 PrMStGB war ein Vorgesetzter, der sich in der Aufsicht über seine Untergebenen oder bei deren Bestrafung nachlässig zeigte, zu bestrafen. Noch konsequenter war die Haftung beim wissentlichen Geschehenlassen von Straftaten durch Befehlshaber und Wachsoldaten geregelt. Nach § 160 PrMStGB war derjenige, der als „*Befehlshaber einer Wache, als Schildwache, oder als Posten ein Verbrechen, welches er verhindern konnte, und zu verhindern dienstlich verpflichtet war, wissentlich begehen lässt ... ebenso zu bestrafen, als ob er zur Ausübung des Verbrechens thätige Hülfe geleistet hätte*“. Im Übrigen wurde der Vorgesetzte, der einen in seiner Dienstgewalt stehenden Untergebenen zu einer gesetzwidrigen Handlung veranlasste, durch § 179 Abs. 1 PrMStGB mit der Strafe des Täters (Urhebers) bedroht, die zudem zu verschärfen war. Dabei sollte im Zuge der Strafzumessung darauf Rücksicht genommen werden, ob der Vorgesetzte den Untergebenen lediglich zur Begehung verleitet oder ihn durch den Befehl bestimmt habe. Diese Rücksichtnahme auf die Art und Weise der Verleitens war wohl dahingehend zu verstehen, dass der Vorgesetzte, der nicht seine unmittelbare Befehlsgewalt verwendete, um die Tat begehen zu lassen, lediglich als Teilnehmer im Sinne von § 34 Nr. 1 PrStGB angesehen werden sollte, während der Vorgesetzte, der den Untergebenen durch den Befehl und damit auf weitgehend verbindliche Weise bestimmte, als Täter anzusehen war. Zumindest würde eine solche Deutung die spätere Fassung von § 115 MStGB¹¹⁶⁸ im Recht des Deutschen Reiches erklären.

b) Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Militärstrafrecht des Deutschen Reiches

Denn die genannten Vorschriften aus dem preußischen Militärrecht wurden in die *Verordnung zur Einführung des Preußischen Militair-Strafgesetzes* und später inhaltlich in das Militärstrafgesetzbuch des Deutschen Reiches vom 20. Juni 1872¹¹⁶⁹ übernommen. § 115 MStGB bedrohte nunmehr den Vorgesetzten, der seinen Untergebenen durch Missbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung vorsätzlich zu einer mit Strafe bedrohten Handlung bestimmte, mit der Bestrafung als „*Täter oder Anstifter*“, wobei die Strafe in beiden Fällen geschärft werden sollte. Nach *Schwinge*¹¹⁷⁰ richtete sich die Strafbarkeit des Vorge-

1168 § 115 MStGB i.d.F. v. 20.6.1872: „Wer durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergebenen zu einer von demselben begangenen, mit Strafe bedrohten Handlung vorsätzlich bestimmt hat, wird als Thäter oder als Anstifter mit erhöhter Strafe belegt.“.

1169 RGBl 1872, Nr. 18, S. 174 ff.

1170 Schwinge MStGB, § 115 Anm. IV. m.w.N.

setzten danach, ob der Untergebene nur die objektiven Voraussetzungen der Straftat erfüllte, zu der der Vorgesetzte ihn bestimmt hatte oder von ihm auch die subjektiven Voraussetzungen erfüllt wurden. Im ersten Falle sei die Täterschaft, in der letzteren Konstellation die Strafe des Anstifters zu verhängen. In strafrechtsdogmatischer Hinsicht anders und eigenständig wurde jedoch durch § 116 MStGB¹¹⁷¹ der Versuch bewertet, einen Untergebenen zu einer Straftat zu bestimmen. Dort wurde, anders als später in § 34 WStG, nicht auf die Strafdrohung gegen den Täter der Haupttat, zu der bestimmt werden soll, Bezug genommen; vielmehr drohte § 116 MStGB für den Versuch des Bestimmens eigenständig eine Freiheitsstrafe an und normierte damit ein selbstständiges Vergehen.¹¹⁷²

Das passive Geschehenlassen einer Straftat durch einen militärischen Vorgesetzten war nach § 143 MStGB strafbar. Dort hieß es: „Wer als Befehlshaber einer militärischen Wache, eines Kommandos oder einer Abtheilung, oder wer als Schildwache oder als Posten eine strafbare Handlung wissentlich begehen lässt, welche er verhindern konnte und zu verhindern dienstlich verpflichtet war, wird ebenso bestraft, als ob die Handlung von ihm selbst begangen wäre.“ Voraussetzung für die Strafbarkeit des Befehlshabers war nach Brauer,¹¹⁷³ dass eine Straftat begangen worden ist, die der Befehlshaber hätte verhindern können, dies jedoch unterlassen hat, obwohl er dienstlich dazu verpflichtet war. Nach Brauer¹¹⁷⁴ wird der „Schuldige gleich einem Anstifter ... d. h. so bestraft, als ob die That von ihm selbst begangen wäre“.

Nach § 147 MStGB¹¹⁷⁵ konnte zudem der Vorgesetzte, „der die ihm obliegende Beaufsichtigung seiner Untergebenen in schuldhafter Weise verabsäumt, oder wer die ihm obliegende Meldung oder Verfolgung strafbarer Handlungen seiner Untergebenen vorsätzlich unterlässt, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft werden“.¹¹⁷⁶ Das Reichsmilitärgericht hat in seiner Judikatur zu § 147 MStGB schon früh festgestellt, es handele sich bei der Verpflichtung eines Feldwebels, Straftaten, die ein Untergesetzener begangen hat, dem Kompaniechef zu melden, um einen militärischen Grundsatz, der sich aus der Stellung des Feldwebels als Gehilfe des Kompaniechefs ergebe. Er sei als dessen Vertreter für die Aufrechterhaltung von Ordnung und Disziplin in der Kompanie verantwort-

¹¹⁷¹ § 116 MStGB i.d.F. v. 20.6.1872: „Wer es unternimmt, durch Mißbrauch seiner Dienstgewalt oder seiner dienstlichen Stellung einen Untergesetzener zur Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung zu bestimmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu Einem Jahre bestraft.“

¹¹⁷² Vgl. Schwinge MStGB, § 116.

¹¹⁷³ Brauer Handbuch des Militärstrafrechts, S. 174 f.

¹¹⁷⁴ Brauer Handbuch des Militärstrafrechts, S. 174 f.

¹¹⁷⁵ § 147 MStGB i.d.F. v. 20.6.1872: „Wer die ihm obliegende Beaufsichtigung seiner Untergesetzenen in schuldhafter Weise verabsäumt, oder wer die ihm obliegende Meldung oder Verfolgung strafbarer Handlungen seiner Untergesetzenen vorsätzlich unterlässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten bestraft; gegen Offiziere kann zugleich auf Dienstentlassung erkannt werden.“

¹¹⁷⁶ Vgl. auch Brauer Handbuch Miliärstrafrecht, S. 178 f.

lich.¹¹⁷⁷ In diesem Zusammenhang hat die Rechtsprechung der Militärgerichte die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten weit gezogen. Es gelte „als unverrückbar feststehender militärischer Grundsatz, daß die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für den jeweiligen Befehlsbereich eine alles umfassende ist, die nur in der im einzelnen Falle sich aus den tatsächlichen Verhältnissen ergebenden Unmöglichkeit ihre Grenze“¹¹⁷⁸ finde.

Die Pflicht des Vorgesetzten zur Verhinderung oder Meldung von Straftaten wird also zunächst mit seiner Aufgabe, der Wahrung von Ordnung und Disziplin begründet. Die Pflicht des Vorgesetzten zur Aufsicht hat jedoch nach der Rechtsprechung des Reichsmilitärgerichts nicht ausschließlich disziplinarische Bedeutung, dient also nicht allein dem Zweck, die Untergebenen zum pflicht- und zweckmäßigen Handeln anzuhalten.¹¹⁷⁹ Die Pflicht dient nach der Judikatur vielmehr auch dem Schutz der Untergebenen selbst. Sie sollen auch, soweit es der Dienst zulasse, vor Schaden und Gefahren bewahrt werden.¹¹⁸⁰ Schon jede leicht fahrlässige Verletzung dieser Fürsorge- und Aufsichtspflicht rechtfertige aufgrund der hohen Verantwortung, die der Vorgesetzte trage, einen kriminalrechtlichen Vorwurf.¹¹⁸¹ Das Reichsmilitärgericht stellte in diesem Zusammenhang in seiner ständigen Judikatur zudem fest, dass § 147 MStGB ein spezifisches Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis voraussetze, das nicht lediglich ein Ranggefälle, sondern vielmehr ein besonderes Dienstverhältnis voraussetze, aus dem für den Vorgesetzten aufgrund seiner dienstlichen Stellung und Funktion dem Untergebenen gegenüber eine besondere Verpflichtung für dessen Disziplin erwachse.¹¹⁸² Um dieses Verhältnis zu begründen, reiche die allgemeine Pflicht zur Aufrechterhaltung der Disziplin nicht aus; anders könnte dies jedoch sein, wenn der Vorgesetzte für bestimmte Dienstabläufe zuständig sei.¹¹⁸³ Dieses Verhältnis müsse zum Zeitpunkt einer Verfehlung durch den Untergebenen oder der zu einer Meldung verpflichtenden Kenntnisnahme bestanden haben.¹¹⁸⁴ Die Rechtsprechung hat ferner angenommen, ein Vorgesetzter sei gemäß § 147 Abs. 1 Var. 2 MStGB verpflichtet, jede Kriminalstrafat eines Untergebenen – mag er von dieser privat oder dienstlich erfahren – zur Anzeige gegenüber den Strafverfolgungsorganen zu bringen, soweit er nicht selbst für die Verfolgung zuständig sei. Dies gelte auch

¹¹⁷⁷ RMG, Urt. v. 15.7.1901 – Nr. 439.01, RMG 1, 231, 233 f.; vgl. auch RMG, Urt. v. 7.4.1909 – Nr. 74/1782, RMG 14, 3, 6 f.

¹¹⁷⁸ Rittau Militärstrafgesetzbuch, § 147 Anm. 1; vgl. ferner RMG, Urt. v. 11.5.1901 – Nr. 287.01, RMG 1, 129, 130 f.

¹¹⁷⁹ RMG, Urt. v. 6.7.1908 – Nr. 143/3157, RMG 12, 302, 305 m.w.N.

¹¹⁸⁰ RMG, Urt. v. 3.11.1910 – Nr. 220/4811, RMG 15, 175, 178 f.

¹¹⁸¹ Vgl. RMG, Urt. v. 17.5.1909 – Nr. 112/2430, RMG 14, 45, 51 m.w.N.; vgl. ferner zum Fahrlässigkeitsmaßstab RMG, Urt. v. 3.11.1910 – Nr. 220/4811, RMG 15, 175, 178.

¹¹⁸² RMG, Urt. v. 9.1.1909 – Nr. 6/261.09, RMG 13, 199, 202; Urt. v. 12.7.1911 – Nr. 142/132, RMG 16, 107, 108 f.

¹¹⁸³ So RMG, Urt. v. 17.5.1909 – Nr. 112/2430, RMG 14, 45, 48 f.; vgl. ferner RMG, Urt. v. 3.7.1911 – Nr. 140/134, RMG 16, 93, 94 f.

¹¹⁸⁴ RMG, Urt. v. 9.1.1909 – Nr. 6/261.09, RMG 13, 199, 202.

für Bagatellangelegenheiten¹¹⁸⁵ und im Hinblick auf die Weitergabe selbst empfanger Meldungen unabhängig davon, ob der Vorwurf, der Untergebene habe eine Straftat begangen, sich nachträglich als zutreffend herausstellt.¹¹⁸⁶

Durch die Verordnung vom 10. Oktober 1940 wurde § 122 MStGB neu gefasst und hier ebenfalls ein eigenständiges Element der Vorgesetztenverantwortlichkeit integriert. Bedrohte die vorherige Fassung der Vorschrift noch körperliche Misshandlungen von Untergebenen im Wesentlichen mit den Strafen, die auch § 223 RStGB vorsah, so erfasste die Vorschrift nun einerseits das körperliche Misshandeln und ähnliche Handlungen, die zuvor in § 122a MStGB unter Strafe gestellt waren, bedrohte aber andererseits auch den Vorgesetzten mit Strafe, der die Misshandlung eines Untergebenen durch einen anderen Untergebenen förderte oder duldeten.

In Zeiten des Kaiserreiches und der nationalsozialistischen Diktatur wurden für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für Verletzungen seiner Aufsichtspflichten und sonstigen Dienstpflchten und für die Rechtfertigung der Strafdrohung gegenüber dem Vorgesetzten vornehmlich zwei Begründungsansätze herangezogen: Zum einen habe der Vorgesetzte die Aufrechterhaltung der „Manneszucht“,¹¹⁸⁷ – gemeint war damit die Effektivität und die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte – zu garantieren, indem er durch die Beaufsichtigung für Disziplin in seinem Kommando und durch die Erfüllung seiner Obhutspflicht für die Einsatzbereitschaft der Soldaten sorge. Zum anderen sei die Drohung der gerichtlichen Ahndung gegenüber dem Vorgesetzten das Äquivalent zu der Gefahr für Leib und Leben, der sich der Soldat tagtäglich aussetzen müsse und der er sich nicht entziehen könne.¹¹⁸⁸ Der Soldat habe die Pflicht, unter Androhung schwerer Strafe seinen gefährlichen Dienst zu versehen. Wenn nun der Vorgesetzte diesem Soldaten gegenüber seine Fürsorgepflicht verletze, so sei die gerichtliche Ahndung die angemessene Strafe.¹¹⁸⁹ Die Begründung der Vorgesetztenverantwortlichkeit stützte sich also zum einen auf die Effektivität der Diensterfüllung und zum anderen auf das durch den Vorgesetzten gegenüber dem Soldaten in Anspruch genommene Vertrauen. Da man aber das Vertrauen der Untergebenen in die Zuverlässigkeit und Pflichterfüllung ihrer Vorgesetzten als ein Element zur Aufrechterhaltung der Disziplin und der Moral – also in der militärstrafrechtlichen Diktion, der „Manneszucht“ – innerhalb der Streitkräfte ansehen kann, dürfte sich der vorgenannte Begründungsansatz auf diesen Aspekt verengen.

1185 RMG, Urt. v. 26.5.1908 – Nr. 111/2538, RMG 12, 228, 229 ff.

1186 RMG, Urt. v. 18.11.1909 – Nr. 206/5087, RMG 14, 175, 177.

1187 Vgl. aber auch noch BGH, Urt. v. 3.5.1960 – 1 StR 131/60, BGHSt 14, 269, 274 f.

1188 Vgl. hierzu auch Art. 3 der Kriegsartikel für das Preußische Heer vom 26.1.1853, Verordnung, die Einführung des Preußischen Militair-Strafrechts im ganzen Bundesgebiete betreffend, 29.12.1867, Beilage lit. g, Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes, 1867, Nr. 13, S. 308.

1189 Dörken in: Grau, Wehrstrafrecht und allgemeines Strafrecht, S. 57, 77.

Die Aufrechterhaltung der Disziplin als Grundlage der „*Schlagkraft der Truppe*“¹¹⁹⁰ ist jedoch nicht der einzige Grund, der eine Sanktionierung solcher Vorgesetzten mit Kriminalstrafe rechtfertigen kann, die nicht die hinreichende Sorgfalt bei der Überwachung und Führung ihrer Untergebenen beachten. Ein in Friedenszeiten fraglos gewichtigerer Grund ergibt sich aus einem Gesichtspunkt, den von Moltke schon während der Erörterung des neuen Militärstrafgesetzes für das Deutsche Reich im Reichstag angeführt hat: Eine undisziplinierte Armee ist ein existenziell bedrohlicher und unberechenbarer Gefahrenherd für jedes Staatswesen und seine Bürger. Diese Gefahr hatte etwa in den Strafvorschriften über den Umgang mit Waffen und Munition ihren Niederschlag gefunden (§§ 148, 149 MStGB). Die besondere Gefährlichkeit, die von bewaffneten Verbänden in bewaffneten Auseinandersetzungen ausgeht, hatte das Militärstrafgesetzbuch ferner in den Vorschriften über *Widerrechtliche Handlungen im Felde gegen Personen und Eigenthum* (§§ 127 ff. MStGB) erfasst.¹¹⁹¹ Danach wurden beispielsweise das eigenmächtige Sich-Entfernen von der Truppe, das Plündern, das Verheeren fremder Sachen oder das Bestehlen von Gefallenen, also Verletzungen des Kriegsvölkerrechts, mit zum Teil drakonischen Strafen belegt. Zudem erfassten die Vorschriften zum Schutze Untergebener nach der Judikatur des Reichsgerichts in den Leipziger Prozessen auch Kriegsgefangene, die durch diese Stellung Untergewordne wurden.¹¹⁹²

Hiermit wird deutlich, dass durch die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Militärstrafrecht bereits zu Zeiten des Militärstrafgesetzbuchs einerseits die Einsatzfähigkeit der Streitkräfte selbst geschützt war, die durch die Aufrechterhaltung der Disziplin und der körperlichen Einsatzfähigkeit gesichert werden sollte und die der Vorgesetzte durch Aufsicht und Fürsorge zu erreichen hatte. Andererseits diente die Vorgesetztenverantwortlichkeit sekundär auch der Wahrung des Völkerrechts sowie der Rechtsgüter einzelner Zivilisten, die durch den Umstand bedroht waren, dass von Soldaten durch die Verfügungsmacht über Waffen eine besondere Gefährdung für Leben, Gesundheit und Eigentum ausgeht.

5. Zur Vorgesetztenverantwortlichkeit im geltenden Wehrstrafgesetz (1957)

Im Wehrstrafgesetz von 1957 ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vorgesetzten ausführlich geregelt. Die alten Vorschriften des Militärstrafgesetzbuchs, die die Misshandlung von Untergebenen, deren Duldung durch Untergewordne oder

¹¹⁹⁰ Vgl. § 2 Nr. 3 WStG.

¹¹⁹¹ Art. 30 ff. der Kriegsartikel für das preußische Heer vom 27.6.1844 verboten ebenfalls das Plündern, selbst im „feindlichen Gebiete“ und drohten hier schwere Strafen an, abgedruckt bei Friccius (Hrsg.), Preußische-Militair-Gesetz Sammlung Bd. 3, S. 185.

¹¹⁹² Vgl. Amtliches Weißbuch über die Prozesse vor dem Reichsgericht, Anh. zu Verhandlungen des Reichstags, Wahlperiode 1920, Bd. 368, Aktenstück Nr. 2584, S. 2547 ff.

die entwürdigende Behandlung von Untergebenen unter Strafe stellten (§ 122 MStGB 1940), finden sich in §§ 30, 31 WStG wieder. Ähnliches gilt für den Missbrauch der Dienstgewalt – § 114 MStGB –, der nun in § 32 WStG seinen Niederschlag gefunden hat; andere Vorschriften dagegen wie § 121 (Beleidigung von Untergebenen), § 101 (unerlaubte Versammlungen) oder § 102 MStGB (Erregung von Missvergnügen) finden keine Entsprechung im neuen Wehrstrafrecht.¹¹⁹³

Für das Verhältnis zwischen Vorgesetzten und Untergebenen weist Arndt auf die Besonderheit hin, dass der Gesetzgeber den Straftaten gegen die Pflichten von Vorgesetzten besondere Aufmerksamkeit geschenkt und vormals einheitlich geregelte Verletzungen der Pflichten von Vorgesetzten nunmehr durch getrennte Regelungen (§§ 30 ff. WStG) in ihrer Bedeutung hervorgehoben habe.¹¹⁹⁴ Dreher weist darauf hin, dass dort allein Verschärfungen der Strafdrohungen zu finden seien, während das Wehrstrafgesetz gegenüber den Strafrahmen des Militärstrafgesetzbuchs vielfach mildere Regelungen getroffen habe.¹¹⁹⁵ Der Schutz des Untergebenen gegenüber Willkür und Befehlsmisbrauch durch Vorgesetzte und ihnen nach § 36 WStG im Hinblick auf §§ 31 bis 35 WStG gleichgestellte Personen ist im Wehrstrafgesetz vielfach erweitert worden.¹¹⁹⁶

a) Das Bestimmen von Untergebenen zu Straftaten (§§ 33, 34 WStG)

Das neue Wehrstrafrecht greift die Vorschriften der §§ 115, 116 MStGB, die mit *Anstiftung eines Untergebenen zu einer Straftat überschrieben* waren, auf und übernimmt diese Regelung in zwei Vorschriften: Dies ist zum einen das „*Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat*“ gemäß § 33 WStG und zum anderen das „*Erfolglose Verleiten zu einem Verbrechen oder Vergehen*“ gemäß § 34 WStG.

(1) Strafrechtsdogmatische Einordnung

(a) §§ 33, 34 WStG als eigenständige Straftatbestände

Soweit es die strafrechtsdogmatische Einordnung betrifft, sind die Aussagen zu § 33 WStG unklar. Dau¹¹⁹⁷ bezeichnet die Vorschrift als „*wehrstrafrechtlichen Paralleltatbestand*“ zu § 357 StGB¹¹⁹⁸ und als sachliche Ergänzung zu § 5 WStG.¹¹⁹⁹ Bei dem Verleiten eines Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat han-

¹¹⁹³ Vgl. zu diesen Änderungen Arndt DRiZ 1957, 134 ff.

¹¹⁹⁴ Arndt DRiZ 1957, 134, 135; vgl. ferner Dreher JZ 1957, 393, 395.

¹¹⁹⁵ Dreher JZ 1957, 393, 395; vgl. auch Arndt DRiZ 1957, 134, 135.

¹¹⁹⁶ Vgl. Arndt DRiZ 1957, 134, 135.

¹¹⁹⁷ Dau in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 2; ders. in: MüKo-StGB, § 33 WStG Rn. 2.

¹¹⁹⁸ Vgl. zu dieser Vorschrift ausführlich, S. 304 ff.

¹¹⁹⁹ Dau in: MüKo-StGB, § 33 WStG Rn. 1.

dele es sich um einen eigenständigen militärischen Straftatbestand, nicht lediglich um einen Strafschärfungsgrund für den Vorgesetzten, so dass die Beteiligung an der Tat des Untergebenen in der Täterschaft der Tat nach § 33 WStG aufgehe. Daher finde § 28 StGB keine Anwendung.¹²⁰⁰ § 33 WStG sei vielmehr eine wehrrechtliche Sonderbestimmung ausschließlich im Verhältnis zu § 26 StGB. Daher könnte der Vorgesetzte, der seinen Untergebenen dazu verleitet, Hilfe zu der Tat des Vorgesetzten zu leisten, in Abweichung zu den allgemeinen Regeln von Täterschaft und Teilnahme, wegen dieses Bestimmens zur Beihilfe an der eigenen Tat strafbar sein. Das Bestimmen zur Beihilfe stehe dann in Tateinheit zur Haupttat des Vorgesetzten.¹²⁰¹ Andere ziehen diese Konsequenz nicht und gehen davon aus, dass die Beteiligung an der Haupttat durch Anstiften des Untergebenen zur Beihilfe in der Täterschaft gemäß § 33 WStG aufgehe.¹²⁰²

(b) §§ 33, 34 WStG als Beteiligungsform sui generis

Die heute herrschende Auffassung zur dogmatischen Einordnung des § 33 WStG, es handele sich um ein eigenständiges Delikt,¹²⁰³ findet zumindest in der Gesetzesentwicklung keine Stütze, wenn auch das Reichsmilitärgericht diese Ansicht ebenfalls vertreten hatte.¹²⁰⁴ Sowohl das preußische Militärstrafrecht (§ 179 PrMStVO) als auch das Militärstrafrecht des Deutschen Reiches (§ 115 MStGB) betrachteten in den jeweiligen Vorgängervorschriften zu § 33 WStG den Vorgesetzten als *Urheber* bzw. *Täter oder Anstifter* der Tat des Untergebenen und drohten entsprechend eine von der Bezugstat abhängige, wenn auch geschräfte, Strafe an. Daher verstand die damals herrschende Ansicht in der Literatur¹²⁰⁵ § 115 MStGB nicht als selbstständiges Delikt, sondern lehnte die Auffassung des Reichsmilitärgerichts wegen eben der Konsequenz als „gekünstelt“ ab, die *Dau* – konsequenterweise – aus der Eigenständigkeit des § 33 WStG zieht: Der Vorgesetzte, der den Untergebenen zu einer Tat bestimmt, ist wegen der Beteiligung an dieser Tat und wegen § 115 MStGB in Tateinheit zu bestrafen. Vielmehr war die herrschende Lehre der Auffassung, diese Vorschrift des Militärstrafgesetzbuchs normiere einen Strafschärfungsgrund, der die Tat – soweit sie sich noch nicht ihrem Wesen nach als Militärstraftat darstellt – zu einem militärischen Verbrechen mache. Demnach gehöre § 115 MStGB der Sache nach in den Allgemeinen

1200 *Dau* in: MüKo-StGB, § 33 WStG Rn. 4; vgl. ferner Arndt, Grundriß des Wehrstrafrechts, S. 230 f.; Schwenck, Wehrstrafrecht, S. 190; *Korte* in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 10.

1201 *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 3; vgl. ferner AG Bogen RWStR Nr. 3 zu § 33 WStG.

1202 *Korte* in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 16; so zu § 115 MStGB auch RG, Urt. v. 9.1.1925 – I 826/24, RGSt 59, 26, 28.

1203 Vgl. *Korte* in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 15.

1204 Vgl. RMG, Urt. v. 25.7.1906 – 138/3283.06, RMG 10, 164, 168; Urt. v. 17.2.1916 – Nr. 85/29, RMG 20, 140 ff. m.w.N.

1205 Schwinge MStGB, § 115 Anm. I m.w.N.

Teil des Militärstrafgesetzbuchs.¹²⁰⁶ Der abweichenden Auffassung des Reichsmilitägerichts war später auch das Reichsgericht¹²⁰⁷ entgegengetreten und hatte eine Tateinheit zwischen § 115 MStGB und § 143 MStGB mit der Begründung abgelehnt, die Vorschrift des § 115 MStGB beinhalte eine besondere Form der Anstiftung bzw. der mittelbaren Täterschaft.¹²⁰⁸

Die gegenteilige Auffassung hatte das Reichsmilitägericht zwar offenbar auf die Entstehungsgeschichte des § 115 MStGB gestützt. In den Entwürfen zum Militärstrafgesetzbuch war in § 115 MStGB ein Zusatz „*der Versuch ist strafbar*“ integriert worden, der dann später in den eigenständigen Vergehenstatbestand des § 116 MStGB verschoben worden war.¹²⁰⁹ Doch lässt sich daraus kaum ein Hinweis auf die dogmatische Stellung des § 115 MStGB selbst herleiten. Die dogmatische Orientierung des Reichsmilitägerichts lässt sich im Ergebnis wohl nur damit erklären, dass es davon ausging, zivile Straftaten könnten nicht durch die Strafschärfungsgründe des § 55 MStGB in militärische Delikte umqualifiziert werden. Es müsse daher ein selbstständiges militärisches Delikt angenommen werden, wenn man das Vorliegen einer Militärstrafftat bejahen und damit die Zuständigkeit der Militärgerichtsbarkeit annehmen wollte.¹²¹⁰

(c) Kritik

Für die Auffassung der herrschenden Lehre und des Reichsgerichts zu § 115 MStGB und gegen die heute herrschende Auffassung spricht weiterhin, dass das preußische Militärstrafrecht den Vorgesetzten ausnahmslos als *Urheber* der Tat betrachtete. Nach dem Sprachgebrauch des preußischen Strafrechts war dies der Täter (vgl. § 195 Abs. 3, § 218 Nr. 8, § 231 Nr. 2 PrStGB),¹²¹¹ wenn auch die Trennung zwischen Urheber und Teilnehmer nach heutigen dogmatischen Maßstäben unscharf erscheint. § 179 PrMStGB ließ allerdings eine Differenzierung der Strafe dahingehend zu, ob der Vorgesetzte den Untergebenen durch den bindenden Befehl gezwungen oder die Tat *nur* veranlasst hatte. Diese Unterscheidung findet sich im Reichsstrafrecht in § 115 MStGB wieder, der den Vorgesetzten als *Täter oder Anstifter* der Tat des Untergebenen ansieht. Daher ist davon auszugehen, dass es sich bei § 33 WStG um eine besondere Form der Beteiligung an der Tat des Untergebenen handelt, die sich in ihren Voraussetzungen an die Anstiftung anlehnt. § 33 WStG umschreibt also kein eigenständiges Delikt.

1206 Vgl. auch Romen/Rissom Militärstrafgesetzbuch, § 115 Anm. 1; vgl. auch Olshausen, § 357 RStGB Anm. 4.

1207 RG, Urt. v. 9.1.1925, I 826/24, RGSt 59, 26, 28.

1208 Vgl. auch Romen/Rissom Militärstrafgesetzbuch, § 115 Anm. 1, 4.

1209 Vgl. hierzu Romen/Rissom Militärstrafgesetzbuch, § 115 Anm. 1.

1210 Vgl. Romen/Rissom Militärstrafgesetzbuch, § 115 Anm. 1.

1211 Vgl. Goltammer Die Materialien, Theil I, §§ 34, 35, S. 299 ff.

Durch die heutige Gesetzesfassung des § 34 WStG wird dieses Ergebnis bestätigt: Der Gesetzgeber hat diese Vorschrift, die den Versuch, einen Untergebenen zu einer Straftat zu bestimmen, unter Strafe stellt, in Anlehnung an § 49a StGB a.F. (§ 30 n.F.) formuliert, der im allgemeinen Strafrecht die versuchte Anstiftung mit Strafe bedrohte. Geht man davon aus, dass § 33 WStG auch nach geltendem Recht einen eigenständigen militärischen Straftatbestand normiert, so ist nicht nachvollziehbar, warum die Versuchsbestimmung, die diese Eigenständigkeit in § 116 MStGB zumindest durch einen eigenen Strafrahmen andeuten konnte, der Vorschrift über die versuchte Anstiftung angepasst wurde.

Ferner wird die Richtigkeit dieser Auffassung auch durch die von *Lingens*¹²¹² beschriebenen Schwierigkeiten bei der Anwendung der Vorschrift auf Fallgestaltungen verdeutlicht, in denen besondere persönliche Merkmale im Sinne von § 28 StGB eine Rolle spielen. Zudem ist auch nicht klar, wie *Lingens*¹²¹³ seine Auffassung, es handele sich um ein selbstständiges Delikt, mit der von ihm ebenfalls vertretenen Ansicht vereinbaren will, dass der Vorgesetzte, der die Voraussetzungen des Tatbestandes des § 33 WStG erfüllt, deswegen als mittelbarer Täter bestraft wird, wenn der Untergebene ohne Schuld handelt. Schließlich bleibt auch die Frage offen, welchem Schutzgut die eigenständige Strafvorschrift des § 33 WStG dienen soll.

Gegen die Einordnung der §§ 33, 34 WStG als reine Beteiligungsregeln spricht auch nicht die systematische Stellung der Vorschrift.¹²¹⁴ Zwar erscheint es wenig sinnvoll, eine Vorschrift, die dem Allgemeinen Teil eines Gesetzes angehört, nicht an den Anfang zu stellen, sondern innerhalb des Gesetzes „zu verstecken“. Jedoch ist die Systematik des Wehrstrafgesetzes insofern andersartig als die des Strafgesetzbuchs. Das Wehrstrafgesetz beinhaltet zu Anfang zwar Allgemeine Bestimmungen (§§ 1–14 WStG), jedoch sind allgemeine Regeln, wie etwa die über den Irrtum über die Verbindlichkeit eines Befehls (§ 22 WStG) oder die Verabredung zur Unbotmäßigkeit (§ 28 WStG), jeweils in den Zusammenhang mit den entsprechenden Strafvorschriften eingebunden und bilden insofern Allgemeine Teile im Besonderen Teil, als sie nur bestimmte Straftaten betreffen. Ferner stellt sich der Dritte Abschnitt des Wehrstrafgesetzes über die Verletzung der Pflichten von Vorgesetzten ohnehin als eine Ansammlung von Vorschriften dar, die eher nach historischen und thematischen Gesichtspunkten zusammengestellt sind als nach streng strafrechtsdogmatischen Kriterien.¹²¹⁵

1212 *Lingens* in: Schölz/Lingens WStG⁴ § 33 Rn. 16.

1213 *Lingens* in: Schölz/Lingens WStG⁴ § 33 Rn. 15; ihm folgend *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 3.

1214 Vgl. zu der entsprechenden Argumentation hinsichtlich § 115 MStGB auch *Romen/Rissom* Militärstrafgesetzbuch, § 115 Anm. 1, 4c) ff.

1215 Vgl. zur grundsätzlichen Bedeutung der Lozierung von Strafvorschriften im StGB S. 309 f.; ferner *Tiedemann* in: FS Baumann, S. 7 ff.

Problematisch erscheint dagegen, dass § 34 WStG nach herrschender Ansicht den erfolglosen Versuch des Verleitens eines Untergebenen zur Tat auch dann mit Strafe bedroht, wenn die versuchte Bezugstat straflos ist. Aus dem Wortlaut des § 34 Abs. 1 S. 1 WStG lässt sich diese Auffassung begründen, heißt es dort doch, derjenige, der einen Untergebenen zur Begehung einer Tat zu bestimmen versucht, werde „*nach den für die Begehung der Tat geltenden Vorschriften bestraft*“. Hier stellt sich allerdings das strafrechtsdogmatische Problem, dass die Beteiligungsregeln grundsätzlich trotz eigenständigen Rechtsgutsangriffs des Teilnehmers auch der Zurechnung von Unrecht dienen¹²¹⁶ und dieses strafrechtlich relevante Unrecht aufgrund der fehlenden Versuchsstrafbarkeit im hier relevanten Fall gerade nicht besteht. Insofern scheint es sich bei § 34 WStG um eine Regelung über die Zurechnung nicht existenten Unrechts zu handeln. Dies könnte dafür sprechen, in § 34 WStG einen eigenständigen Straftatbestand zu sehen. Es handelt sich um ein Problem, dass parallel bei § 159 StGB besteht. Die Frage, ob es sich insofern um einen selbstständigen Straftatbestand handelt, wird jedoch im Hinblick auf diese Vorschrift nicht gestellt, seit die ehemals mit einer eigenen Strafdrohung versehene Vorschrift durch die Strafrechtsangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943¹²¹⁷ und der 2. Durchführungsverordnung vom 20. Januar 1944¹²¹⁸ im Wesentlichen in die heutige Fassung gebracht wurde und damit äußerlich ihre Struktur als eigener Tatbestand verloren hat. Auch hier entsteht die „*Merkwürdigkeit*“,¹²¹⁹ dass die versuchte Tatbegehung nicht strafbar ist, während die versuchte Anstiftung mit Strafe bedroht ist. Der Bundesgerichtshof hat insofern einen Ausweg gesucht, als er den Versuch des Bestimmens zum untauglichen Versuch der Haupttat als nicht von § 159 StGB erfasst ansieht, sondern einen tauglichen Versuch fordert, zu dem bestimmt werden sollte.¹²²⁰ Eine Ge genansicht in der Literatur¹²²¹ lehnt diese Einschränkung jedoch ab, begründet dies allerdings mit rechtsgutsspezifischen Erwägungen. Unabhängig davon, wie man dieses Problem löst, wird jedoch aus der grundsätzlichen Behandlung des § 159 StGB als Anstiftungsregelung deutlich, dass auch der Behandlung der Parallelvorschrift des § 34 WStG als Beteiligungsregel keine strafrechtsdogmatischen Hindernissen entgegenstehen. Die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit speist sich sowohl im § 159 StGB als auch im § 34 WStG aus dem eigenständigen, aber akzessorischen Rechtsgutsangriff, der in dem Versuch der Verursachung einer fremden Tat enthalten ist.¹²²²

1216 Vgl. nur Roxin AT II, § 26 Rn. 11 ff. m.w.N.

1217 RGBl. I 1943, S. 339.

1218 RGBl. I 1944, S. 735.

1219 So Ruß in: Leipziger Kommentar, § 159 Rn. 1.

1220 BGH, Urt. v. 2.9.1970 2 StR 455/70, BGHSt 24, 38 ff.; krit. Rengier BT II Rn. 65.

1221 Vgl. Lenckner/Bosch in: Schönke/Schröder, § 159 Rn. 1/2; Ruß in: Leipziger Kommentar, § 159 Rn. 1 m.w.N.

1222 Vgl. Heine/Weißer in: Schönke/Schröder Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 16 f.

(2) Zum Tatbestand des § 33 WStG

Die Erfüllung des Tatbestandes des § 33 WStG setzt zunächst voraus, dass der Vorgesetzte den Untergebenen zu der Begehung der Tat bestimmt, also im Sinne von § 26 StGB den Tatentschluss hervorgerufen hat.¹²²³ Dazu muss der Vorgesetzte sich seiner Befehlsgewalt oder Dienststellung bedient und diese missbraucht haben. In diesem Zusammenhang ist nach der herrschenden Ansicht entscheidend, dass der Untergebene sich der dienstlich bedingten Überlegenheit des Vorgesetzten beugt. Der Untergebene müsse nicht wissen, dass der Vorgesetzte seine Dienststellung missbraucht, es reiche aus, wenn jener sich durch die dienstliche Autorität des Vorgesetzten unter Druck gesetzt fühlt. Maßgeblich sei hierbei, dass es aufgrund des Drucks der Machtfülle des Vorgesetzten zu dem Entschluss des Untergebenen zur Begehung der Tat kommt, mag dies auch nur mitursächlich gewesen sein.¹²²⁴ Im Hinblick auf die Tathandlungen kommen dazu nach herrschender Ansicht alle Begehungsformen der Anstiftung in Betracht.¹²²⁵ Rechtswidrige Tat im Sinne des § 33 WStG kann dabei jede Straftat sein, also sowohl eine nach dem Wehrstrafrecht als auch nach einem anderen Gesetz, insbesondere dem Strafgesetzbuch strafbare Handlung. Denn in § 33 WStG ist weder von „*militärischer Straftat*“ – dieser Begriff ist in § 2 Nr. 1 WStG legaldefiniert – die Rede, noch wird eine andere entsprechende Einschränkung vorgenommen, sondern es ist schlicht das Verleiten zu einer rechtswidrigen Tat, also nach § 3 Abs. 1 WStG in Verbindung mit § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB jeder Tat, gemeint, die den Tatbestand irgendeines Strafgesetzes erfüllt.

In subjektiver Hinsicht erfordert die Beteiligung gemäß § 33 WStG ebenso wie die Anstiftung den ernsthaften Willen, dass der Untergebene die Tat, die hinreichend konkret bestimmt sein muss,¹²²⁶ begeht.¹²²⁷ Ferner muss der Vorsatz auf das Verhältnis zwischen Untergebenem und Vorgesetztem bezogen sein, und der Vorgesetzte muss sich der missbräuchlichen Geltendmachung seiner besonderen Stellung gegenüber dem Untergebenen ebenso bewusst sein wie des Umstandes, dass er durch diese Stellung den Tatentschluss hinsichtlich der Tat hervorruft.¹²²⁸

1223 BayObLG, Urt. v. 11.12.1969 – RReg. 4a St 208/69, NJW 1970, 769, 770; *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 5; *ders.* in: MüKo-StGB, § 33 WStG Rn. 7.

1224 *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 5; *Korte* in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 5 m.w.N.

1225 Lingens in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 4; *Dau* in: MüKo-StGB, § 33 WStG Rn. 7; vgl. zu § 115 MStGB RG, Urt. v. 31.3.1930 – III 72/30, RGSt 64, 91, 93 f.

1226 RG, Urt. v. 14.5.1901 – Rep 1630/01, RGSt 34, 328, 329.

1227 BayObLG NJW 1970, 769; vgl. auch *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 5.

1228 *Korte* in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 12.

(3) Legitimation der §§ 33, 34 WStG

Der Grund für die schärfere Strafdrohung wird in der nach § 10 SG erhöhten Verantwortung des Vorgesetzten gesehen.¹²²⁹ Der Vorgesetzte bringe den Untergebenen in eine Konfliktlage nach § 5 WStG und nötige ihm durch Missbrauch seiner überlegenen Stellung die Begehung einer Tat auf, für die sein Untergebener allenfalls entschuldigt ist. Damit verwirkliche der Vorgesetzte schwereres Unrecht, als derjenige, der ohne diese Nutzung der militärischen Befehlsverhältnisse bei einem anderen den Entschluss zur Begehung einer Straftat hervorrufe.¹²³⁰ Dieser Auffassung steht nicht entgegen, dass sich die herrschende Ansicht seit Längerem von der Schuldteilnahmetheorie abgewendet hat und die Verursachung fremden Unrechts als Grund für die Strafbarkeit der Beteiligung ansieht.¹²³¹ Denn §§ 33, 34 WStG stützen nur die Verschärfung der Strafdrohung, nicht aber die Strafdrohung als solche auf die Nötigung zur rechtswidrigen Handlung gegenüber dem Untergebenen. Zudem ergibt sich der erhöhte Unrechtsgehalt des Handelns des Vorgesetzten daraus, dass er – anders als andere Anstifter oder sonstige Beteiligte – eine viel weitreichendere Einwirkungsmöglichkeit auf den Untergebenen hat und dieser nur eine sehr begrenzte Möglichkeit hat, sich dem erteilten und in weitem Umfang trotz seiner Rechtswidrigkeit verbindlichen Befehl zu widersetzen. Sogar einem unzulässigen, weil verbrecherischen Befehl wird der Untergebene – zumindest zeigt dies die Erfahrung im Umgang mit Befehlen in der Wehrmacht während der nationalsozialistischen Diktatur – aufgrund seiner Einbindung in die befehlsgeprägten militärischen Hierarchiestrukturen regelmäßig gehorchen.¹²³²

Diese Bewertung wird auch durch den Fall der Sanitätssoldatin der Bundeswehr *Christiane Ernst-Zettl* bestätigt, die am 16. April 2005 in Afghanistan dem – ihrer Auffassung nach – gegen das Kriegsvölkerrecht (Art. 40 Abs. 1, 24, 7 Genfer Abkommen, Verwundete und Kranke) verstößenden Befehl, ihre Rot-Kreuz-Binde abzulegen, den Gehorsam verweigert hatte und daraufhin angewiesen worden war, eine Prüfung der ihr erteilten Befehle auf strafrechtliche Relevanz zu unterlassen. Rechtliche Maßnahmen der Soldatin gegen eine Beurteilung ihres Verhaltens als Befehlsverweigerung blieben erfolglos, weil die Politik bis zu diesem Zeitpunkt den Konflikt in Afghanistan noch nicht als bewaffneten internationalen Konflikt einzustufen bereit war.¹²³³

1229 Dau in: Erbs/Kohlhaas, § 33 WStG Rn. 2.

1230 Vgl. Korte in: Lingens/Korte WStG § 33 Rn. 9.

1231 Vgl. hierzu Jakobs AT, 22/2 m.w.N.; Kühl AT, § 20 Rn. 133.

1232 Vgl. hierzu auch hier S. 789 ff.

1233 Vgl. hierzu Löwisch, Eine Soldatin will den Krieg nicht, taz vom 30.6.2007, S. 5.

b) Mangelhafte Dienstaufsicht (§ 41 WStG)

Auch die Verletzung der präventiv ausgerichteten Pflicht zur Verhinderung von Straftaten durch Untergebene und zur Vermeidung von Schädigungen durch ordnungsgemäße Aufsichtsführung ist strafrechtlich abgesichert. Bei den in § 41 WStG normierten Straftatbeständen könnte man von einer passiven Form der Beteiligung an Straftaten Untergebener im weitesten Sinne durch die Verletzung von Aufsichtspflichten sprechen. Hier findet sich die Regelung des § 147 MStGB inhaltlich wieder, die eine mangelnde Beaufsichtigung von Untergebenen zum Gegenstand hatte, auch wenn der Gesetzgeber bei der Schaffung des Wehrstrafgesetzes einige Modifikationen an der strafrechtlichen Haftung des Vorgesetzten für Handlungen, die von den seiner Aufsicht unterstehenden Personen begangen werden, vorgenommen hat.

(1) Schutzgut der Vorschrift

In dieser Vorschrift bedroht das Gesetz den Vorgesetzten mit Strafe, der mit einer Verletzung seiner Aufsichtspflicht eine schwerwiegende Folge im Sinne von § 2 Nr. 3 WStG¹²³⁴ verursacht, und bringt damit die grundsätzliche Bedeutung der Dienstaufsicht als Führungsmittel im militärischen Bereich zum Ausdruck.¹²³⁵ Ein Mangel in der Wirksamkeit der Dienstaufsicht, mit deren Hilfe die Durchführung von Befehlen und letztlich die Erfüllung des militärischen Auftrags durchgesetzt werden muss, kann zu schwerwiegenden Schäden führen. Demgegenüber gibt eine funktionsfähige Dienstaufsicht dem Vorgesetzten Aufschluss über den inneren Zustand der Truppe und des einzelnen Untergebenen.¹²³⁶ So wird es ihm ermöglicht, Fehlentwicklungen vorzubeugen und damit Schäden zu verhindern. Diese überragende Bedeutung der Dienstaufsicht für den Schutz wichtiger Rechtsgüter ist der entscheidende Grund für die Strafbarkeit folgenschwerer Pflichtverletzungen, denn die Art und Weise, wie ein Vorgesetzter seine Pflicht zur Aufsicht wahrnimmt, ist mitentscheidend für die Funktionsfähigkeit und den Zustand der „inneren Führung“ der Streitkräfte.¹²³⁷ § 41 WStG schützt aus diesen Gründen nach herrschender Ansicht das entscheidende militärische Steuerungselement, die Dienstaufsicht, strafrechtlich gegen ein Versagen des Vorgesetzten, soweit sich schwerwiegende Folgen der Verfehlung einstellen.¹²³⁸ Ob jedoch die pflichtgemäße Wahrnehmung der Dienstaufsicht durch den Vorgesetz-

¹²³⁴ Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 30.5.1978 – 1 StR 736/77, BGHSt 28, 48 ff.

¹²³⁵ Vgl. *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 3.

¹²³⁶ *Dau* in: MüKo-StGB, § 41 WStG Rn. 3; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 17.10.2000 – 2 WD 12/00, 13/00, NJW 2001, 2343.

¹²³⁷ *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 3.

¹²³⁸ Vgl. *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 5.

ten überhaupt Schutzgut des § 41 WStG sein kann,¹²³⁹ ist zweifelhaft. Denn aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre es bedenklich, die Dienstaufsicht als solche zum Gegenstand strafrechtlichen Schutzes zu erheben, allenfalls die Funktionsfähigkeit der Streitkräfte oder die Wehrfähigkeit und damit auch die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland können geschützte militärische Rechtsgüter des § 41 WStG sein. Damit würde § 41 WStG allerdings zum abstrakten Gefährdungsdelikt¹²⁴⁰ und die Dienstaufsicht vom Schutzgut zum tatbestandlichen Angriffsobjekt.

Bedingung für die Erfüllung des Unrechtstatbestandes des § 41 WStG ist aber nicht nur die Verletzung der Dienstaufsicht, sondern auch die kausal und zumindest fahrlässig durch die Pflichtwidrigkeit verursachte Verletzung der in § 2 Abs. 3 WStG genannten Rechtsgüter. § 41 WStG stellt die Verletzung der Dienstaufsicht ausschließlich dann unter Strafe, wenn sie mit einer Verletzung anderer – demnach ebenfalls geschützter – Rechtsgüter einhergeht. Damit wird der Schutzbereich der Vorschrift auf genau diese Rechtsgüter eingengegt und § 41 WStG wird insofern – hinsichtlich seines erfolgsqualifizierten Teils – zum Verletzungsdelikt. Schutzgüter des § 41 WStG sind damit ausschließlich die in § 2 Abs. 3 WStG genannten Rechtsgüter, keinesfalls aber die Dienstaufsicht als solche oder auch nur die Aufsichtspflichten des Vorgesetzten im Hinblick auf die vorgenannten Rechtsgüter, denn die Dienstaufsicht kann stets nur Mittel zur Erreichung eines Zwecks sein, sei er militärischer – wie die Aufrechterhaltung der Wehrfähigkeit etc. – oder ziviler Art – wie der Schutz von Personen und Sachwerten.

(2) Die Aufsichtspflicht als Grundlage der Strafvorschrift des § 41 WStG

Die Pflicht des Vorgesetzten zur Aufsicht ergibt sich im Allgemeinen aus § 10 Abs. 2 SG.¹²⁴¹ Sie ist für spezifische Fälle in § 46 Wehrdisziplinarordnung (WDO)¹²⁴² geregelt. Zudem konkretisieren Verwaltungsdienstvorschriften und Befehle die Aufsichtspflicht des Vorgesetzten. Jeder Befehlshaber mit der Aufgabe, Untergebene zu führen, hat die Pflicht zur Dienstaufsicht bei persönlicher Anwesenheit auch grundsätzlich in eigener Person wahrzunehmen. Im Übrigen hat er durch entsprechende Delegation dafür Sorge zu tragen, dass ein anderer Vorgesetzter die Aufsicht sachgerecht ausübt.¹²⁴³ Soweit die unmittelbare Erfüllung der Aufsichtspflicht nicht möglich ist, hat der Vorgesetzte seine Pflicht in mittel-

1239 So wohl *Dau* in: MüKo-StGB, § 41 WStG Rn. 1.

1240 Kritisch zu dieser Sammelkategorie *Kaspar* Verhältnismäßigkeit, S. 233 m.w.N.

1241 Vgl. *Schreiber* Wehrstrafgesetz § 41 Anm. 1.

1242 Wehrdisziplinarordnung vom 16. August 2001 (BGBl. I, S. 2093), die zuletzt durch Artikel 86 des Gesetzes vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I, S. 2586) geändert worden ist.

1243 *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 8.

barer Dienstaufsicht zu erfüllen.¹²⁴⁴ Die Pflicht zur Aufsichtsführung umfasst auch die Verpflichtung, Untergebene zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten und sie vor der Begehung von Pflichtverletzungen und der Gefahr disziplinärer Maßregelung zu bewahren.¹²⁴⁵ Die Aufsichtspflicht dient daher auch nach heutiger Auffassung – dies hatte bereits das Reichsmilitärgericht in gleicher Weise für § 147 MStGB festgestellt¹²⁴⁶ – einerseits der Erfüllung der Pflichten und Verhinderung von dadurch entstehenden Schadensfolgen, andererseits aber dem Schutz des Untergebenen vor Schäden an seinen Rechtsgütern, sei es auch durch das Erleiden von Sanktionen. Mithin hat die Aufsichtspflicht eine Doppelnatürlichkeit, die man in der Diktion der Unterlassungsdogmatik als Bewacher- und Beschützergarantenpflicht bezeichnen kann. Dabei wird die Pflicht zur Dienstaufsicht sachlich und räumlich sehr weit gefasst; sie endet „*weder mit dem Dienst noch an den Toren dienstlicher Unterkünfte und Anlagen*“.¹²⁴⁷

(3) Strafrechtsdogmatische Einordnung

Der Straftatbestand der mangelnden Dienstaufsicht in § 41 WStG wird – anders als seine Entsprechung in § 147 MStGB¹²⁴⁸ – nicht bereits durch die fahrlässige oder vorsätzliche Verletzung der Aufsichtspflicht erfüllt. Vielmehr ist § 41 WStG als echtes erfolgsqualifiziertes Delikt gestaltet: Die mangelhafte Dienstaufsicht ist nur strafbar, wenn durch die Pflichtverletzung des Vorgesetzten zumindest fahrlässig eine schwerwiegende Folge im Sinne des § 2 Nr. 3 WStG herbeigeführt wurde. Der Tatbestand unterscheidet sich mithin durch den Eintritt der schweren Folge von dem des Disziplinarvergehens der Aufsichtspflichtverletzung, welches bereits durch Verletzung der Aufsichtspflicht verwirklicht wird.¹²⁴⁹ Als Korrelat zu dieser tatbestandlichen Einengung gegenüber dem Militärstrafrecht wurde die Strafdrohung erheblich angehoben. War in § 147 MStGB noch eine Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten vorgesehen, so droht § 41 WStG nunmehr eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren und im Falle der lediglich leichtfertigen Verletzung der Aufsichtspflicht von sechs Monaten an.

Bei der Tat nach § 41 WStG handelt es sich um ein eigenständiges – nach der wohl herrschenden Ansicht¹²⁵⁰ – echtes oder primäres Unterlassungsdelikt in Form eines Sonderdelikts, das nur ein Vorgesetzter begehen kann. *Dau*¹²⁵¹ be-

1244 *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 8.

1245 *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 3.

1246 RMG, Urt. v. 3.11.1910 – Nr. 220/4811, RMG 15, 175, 178f.

1247 BVerwG, Beschl. v. 6.3.1987 – 2 WDB 11/86, NJW 1987, 3213; vgl. auch *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 4.

1248 Vgl. hierzu auch RMG, Urt. v. 3.11.1910 – Nr. 220/4811, RMG 15, 175, 178 m.w.N.

1249 Vgl. *Dau* in: MüKo-StGB, § 41 WStG Rn. 2.

1250 Hierzu Armin Kaufmann Dogmatik, S. 275 ff.; ferner Jakobs AT, 28/9 m.w.N.; Kühl AT, § 18 Rn. 1.

1251 *Dau* in: MüKo-StGB, § 41 WStG Rn. 16.

zeichnet auch § 41 WStG als „*wehrstrafrechtliche Sondervorschrift*“ zu § 357 StGB. Nach seiner Auffassung ist zudem nur das Unterlassen der Aufsicht, nicht aber das Verursachen schwerwiegender Folgen durch unsachgemäße oder sorgfaltswidrige Befehle oder Ähnliches erfasst.¹²⁵² Aus dem Wortlaut der Vorschrift leitet er her, die unzureichend durchgeführte Dienstaufsicht sei nicht „*Gegenstand der Strafdrohung*“ und damit der unterbliebenen Dienstaufsicht nicht gleichzustellen. Der Vorgesetzte, der nicht untätig bleibt, handele nicht tatbestandsmäßig im Sinne von § 41 WStG, könne aber nach anderen Vorschriften (§§ 19, 20 oder §§ 30 ff. WStG) strafbar sein.¹²⁵³ Diese Auffassung ist jedoch mit der herrschenden Ansicht¹²⁵⁴ abzulehnen. Sie kann sich nicht auf den Wortlaut stützen, da dieser formuliert, wer es unterlässt, „*pflichtgemäß zu beaufsichtigen oder beaufsichtigen zu lassen*“. Daher ist sowohl das gänzliche Unterlassen einer Beaufsichtigung als auch das Verletzen von Pflichten bei der Durchführung der Beaufsichtigung tatbestandsmäßig.

(4) Zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 41 WStG

Der Vorgesetzte muss also, um tatbestandsmäßig zu handeln, selbst den Untergebenen nicht bzw. nicht hinreichend beaufsichtigen oder im Rahmen seiner Dienstaufsicht über einen anderen Vorgesetzten keine Sorge dafür tragen, dass dieser seine Aufsichtspflicht erfüllt, bzw. nicht sicherstellen, dass dieser in der Lage ist, seine Pflichten zu erfüllen (mittelbare Aufsicht).¹²⁵⁵ Tritt kausal durch eine vorsätzliche (§ 41 Abs. 1 WStG) oder leichtfertige (§ 41 Abs. 3 WStG) Verletzung der Aufsichtspflicht eine schwerwiegende Folge im Sinne von § 2 Nr. 3 WStG ein, so ist der Unrechtstatbestand erfüllt, soweit der Vorgesetzte hinsichtlich der Folge zumindest fahrlässig gehandelt hat.

c) Unterlassen der Mitwirkung an einem Strafverfahren (§ 40 WStG)

Die zunächst in § 147 MStGB, später in § 147a MStGB,¹²⁵⁶ enthaltene Vorschrift, die das Unterlassen der Mitwirkung eines Vorgesetzten an dem Strafverfahren gegen einen Untergebenen unter Strafe stellt, findet sich nunmehr in § 40 WStG als ausdrückliche Sonderregelung wieder. Wie bei der Übernahme des

1252 Vgl. *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 7.

1253 *Dau* in: MiKo-StGB, § 41 WStG Rn. 7; *Korte* in: Lingens/Korte § 41 Rn. 8; vgl. auch LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 29.5.1963 – 378 Ns 81/63, RWStR Nr. 2 zu § 41 WStG; a.A. *Lingens* NZ-Wehr 1989, 251, 253.

1254 Arndt Grundriß des Wehrrechts, S. 249; *Stauf* Wehrrecht I, § 10 SG Rn. 8; *Lingens* in: Schölz/Lingens WStG⁴ § 41 Rn. 6; ders. NZWehr 1989, 251, 253; wohl auch *Schreiber* Wehrstrafgesetz § 41 Anm. 1.

1255 Vgl. BT-Drs. 2/2030, S. 44; *Dau* in: Erbs/Kohlhaas, § 41 WStG Rn. 8.

1256 Gesetz zur Vereinfachung des Militärstrafrechts vom 30.4.1926, RGBl. I, S. 197, 200.

§ 147 MStGB in § 41 WStG wurde auch in § 40 WStG gegenüber § 147a MStGB einerseits der Strafrahmen erhöht, andererseits sind jedoch auch die Anforderungen an den subjektiven Tatbestand gestiegen. War der Vorgesetzte nach dem Militärstrafgesetzbuch schon strafbar, wenn er es vorsätzlich unterließ, einen Verdacht zu melden oder zu untersuchen, so erfordert die Tatbestandserfüllung nach dem Wehrstrafgesetz nunmehr ein zielgerichtetes Handeln, „um den Untergebenen der gesetzlich vorgesehenen Strafe oder Maßregel zu entziehen“.¹²⁵⁷ Insofern gleicht § 40 WStG nunmehr partiell § 258 StGB, der jedoch bereits ein Handeln in dem Wissen um die Vereitelung ausreichen lässt.¹²⁵⁸

Aus dem Erfordernis der Entziehungsabsicht kann jedoch nicht gefolgert werden, § 40 WStG sei als wehrstrafrechtliche Verfolgungsvereitelung ein Sondertatbestand zu § 258 StGB,¹²⁵⁹ der hinter § 40 WStG im Rahmen der Konkurrenzen zurücktrete. Diese These wäre nämlich nur dann richtig, wenn § 40 WStG den Zweck verfolgte, besondere Fälle des § 258 StGB zu erfassen und auf diese Weise in spezifischer Weise das durch § 258 StGB geschützte Rechtsgut, die innerstaatliche Strafrechtpflege, zu schützen.¹²⁶⁰ Nach herrschender Auffassung dient § 40 WStG jedoch gerade nicht der Strafrechtpflege, sondern der „Disziplin und Ordnung und damit [der] Funktionsfähigkeit der Truppe“.¹²⁶¹ Es soll verhindert werden, dass „aus falsch verstandener Kameradschaft (‘Kameraderie’) strafwürdige Taten vor den zuständigen Strafverfolgungsbehörden vertuscht werden“.¹²⁶² Ziel der Vorschrift ist es danach zu verhindern, dass Straftaten innerhalb einer Einheit vertuscht werden und Vorgesetzte mit dem Verstoß gegen ihre Pflichten die Disziplin und Ordnung untergraben.¹²⁶³ Diese Ansicht kann sich insbesondere darauf stützen, dass es für die Erfüllung des Tatbestandes von § 40 WStG nicht darauf ankommt, ob tatsächlich eine Straftat begangen worden ist. Allein entscheidend ist dort das Bestehen eines entsprechenden Verdachts,¹²⁶⁴ während § 258 StGB das Vorliegen einer Straftat erfordert. Damit zielen § 40 WStG einerseits und § 258 StGB andererseits nicht auf den Schutz des gleichen Rechtsguts ab. Mangels identischen Regelungsziels kann also nicht davon ausgegangen werden, dass § 40 WStG lex specialis zu § 258 StGB ist, mögen die Tatbestandsvor-

1257 Vgl. Schreiber Wehrstrafgesetz § 40 Anm. 4.

1258 Vgl. Bülte in: Graf/Jäger/Wittig § 258 Rn. 12; Fischer, § 258 Rn. 33; Walter in: Leipziger Kommentar, § 258 Rn. 112.

1259 So aber Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 2; Korte in: Lingens/Korte § 40 WStG Rn. 1a: mildere Spezialvorschrift.

1260 Vgl. Bülte in: Graf/Jäger/Wittig § 258 Rn. 3; Fischer, § 258 Rn. 33; Walter in: Leipziger Kommentar, § 258 Rn. 3ff.; krit. Kargl in: FS Hamm, S. 235, 240 ff.; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit des Schutzes der Funktionsfähigkeit der Strafrechtpflege durch Strafrecht Kaspar Verhältnismäßigkeitsprinzip, S. 389 f. m.w.N.

1261 Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 1; Korte in: Lingens/Korte § 40 Rn. 1a; Schwenck Wehrstrafrecht, S. 198.

1262 Schreiber Wehrstrafgesetz § 40 Anm. 1.

1263 Korte in: Lingens/Korte WStG § 40 WStG Rn. 1a; Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 1.

1264 Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 4 ff.

aussetzungen auch teilweise identisch sein. Denn ein Spezialitätsverhältnis kann nur zwischen zwei Vorschriften mit zumindest teilweise identischer Schutzrichtung bestehen.

Der objektive Tatbestand des § 40 WStG ist erfüllt, wenn der Vorgesetzte es pflichtwidrig unterlässt, den Verdacht an die für die Strafverfolgung zuständige Stelle weiterzugeben, dass ein Untergebener eine rechtswidrige Tat begangen hat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Die Pflicht zur Meldung dieses Verdachts kann sich unmittelbar aus dem Gesetz, aus einer Dienstvorschrift oder auch aus einem Befehl, nicht aber allein aus allgemeinen militärischen Grundsätzen oder Besonderheiten des Wehrdienstes ergeben.¹²⁶⁵ Eine spezifische Pflicht zur Meldung statuiert etwa § 33 Abs. 3 WDO ausdrücklich.¹²⁶⁶ Ein pflichtwidriges Unterlassen kann nach herrschender Auffassung auch in dem Melden eines unrichtigen Verdachts liegen, soweit damit der zutreffende Verdacht verschwiegen oder gar verdeckt wird.¹²⁶⁷ Die Meldepflicht wird nach herrschender Ansicht nicht dadurch suspendiert, dass sich der Vorgesetzte bei Erfüllung seiner Pflicht selbst disziplinarischer Verfolgung aussetzt; § 258 Abs. 5 StGB sei jedoch entsprechend anzuwenden.¹²⁶⁸ Eine Meldung sei nur dann entbehrlich, wenn der Vorgesetzte weiß, dass die Stelle, der er zu melden hat, bereits positive Kenntnis von dem Verdachtsfall erhalten hat; auf das Vorliegen eines Strafantrags komme es grundsätzlich nicht an.¹²⁶⁹

d) Sonderregelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit für körperliche Misshandlungen (§ 30 Abs. 2 WStG)

Eine besondere Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit ist in § 30 Abs. 2 WStG enthalten, der sich allein auf körperliche Misshandlungen oder Gesundheitsschädigungen bezieht, die ein Vorgesetzter an einem Untergebenen begeht. § 31 Abs. 2 WStG trifft eine analoge Regelung für die Duldung einer entwürdigenden Behandlung durch einen Untergebenen. § 30 Abs. 1 WStG stellt die körperliche Misshandlung von Untergebenen unter Strafe. Diese Vorschrift unterscheidet sich insofern von dem allgemeinen § 223 StGB, als § 30 Abs. 1 WStG zum einen eine erhöhte Mindeststrafe androht und grundsätzlich keine Geldstrafe zulässt und zum anderen neben einem minder schweren Fall auch eine Strafzumessungsregel für den besonders schweren Fall beinhaltet. § 30 Abs. 2 WStG droht dem Vorgesetzten, der vorsätzlich¹²⁷⁰ die Misshandlung eines Untergebe-

1265 Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 4.

1266 Vgl. zu weiteren Einzelheiten Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 5.

1267 Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 6.

1268 Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 6.

1269 Dau in: MüKo-StGB, § 40 WStG Rn. 5.

1270 Dau in: MüKo-StGB, § 30 WStG Rn. 14.

nen fördert oder pflichtwidrig duldet, die Strafe an, die für die in eigener Person begangene Misshandlung vorgesehen ist. Dabei ist unter Fördern im Sinne von § 30 Abs. 1 WStG jede psychische oder physische Unterstützung durch den Vorgesetzten zu verstehen.¹²⁷¹ Es handelt sich hier also um eine zur Täterschaft heraufgestufte Beihilfe durch aktives Tun.

Unter pflichtwidrigem Dulden ist das Unterlassen zu verstehen, gegen die Misshandlung eines dem Täter des § 30 Abs. 2 WStG Untergebenen durch einen anderen Soldaten einzuschreiten. Die Pflicht zur Verhinderung von Misshandlungen Untergebener wird dabei unmittelbar aus der Dienstaufsicht nach § 10 Abs. 2 SG, der Fürsorgepflicht des Vorgesetzten nach § 10 Abs. 3 SG und aus der Pflicht zur Kameradschaft gemäß § 12 SG hergeleitet. Der Vorgesetzte hat Misshandlungen, etwa im Rahmen von Einstands- oder Bestrafungsritualen, in seinem Verantwortungsbereich strikt zu unterbinden.¹²⁷² Insofern handelt es sich um eine Vorschrift, die eine besondere Bestimmung für das Unterlassen beinhaltet und – begrenzt auf die Pflicht zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Gesundheit – die Unterlassungsbegehung stets als Täterschaft behandelt und auch im Hinblick auf den Strafrahmen der aktiven Begehung gleichstellt.

Die Vorschrift des § 30 Abs. 2 führt damit zu einer partiellen Einheitstäterschaft des Vorgesetzten in Bezug auf alle Misshandlungen innerhalb seiner Verantwortungssphäre. Jede Mitwirkung an der Misshandlung des Untergebenen wird als täterschaftsadäquate Begehung verstanden, da mit den Tatbestandsvarianten des Förderns oder Duldens jede Art der aktiven Beteiligung an der fremden Tat erfasst ist. Die Strafbarkeit nach § 30 Abs. 2 WStG verdrängt daher als speziellere Regelung sowohl die Beteiligung durch Unterlassen in täterschaftlicher oder teilnehmender Form als auch die aktive Beteiligung. Hinsichtlich der aktiven Begehungstäterschaft dürfte § 30 Abs. 1 WStG in Verbindung mit § 25 StGB jedoch vorrangig sein, weil § 30 Abs. 2 WStG nach der Systematik des Gesetzes einen Auffangtatbestand darstellt und zudem mit der Verwendung des Begriffs des *Förderns* die Akzessorietät der Tatbegehung des Vorgesetzten von der Tat eines anderen zum Ausdruck bringt. Dies unterscheidet die Vorschrift von § 357 StGB.¹²⁷³

Jedoch handelt es sich bei § 30 Abs. 2 WStG nicht um eine Vorschrift über die Vorgesetztenverantwortlichkeit, die den Gegenstand dieser Untersuchung bilden soll. Denn die Verantwortlichkeit richtet sich bei § 30 Abs. 2 WStG vornehmlich nach innen. Die Vorschrift regelt die Frage der Strafbarkeit einer Verletzung von Fürsorgepflichten, also von Pflichten, die dem Vorgesetzten primär im Interesse seiner Untergebenen auferlegt sind. Die in dieser Untersuchung relevante Frage

1271 Dau in: MüKo-StGB, § 30 WStG Rn. 11.

1272 Dau in: MüKo-StGB, § 30 WStG Rn. 12.

1273 Vgl. hierzu hier S. 306 ff.

einer strafrechtlichen Haftung für Verletzungen von Rechtsgütern externer Dritter ist nicht Regelungsgegenstand der Vorschrift, die die Fürsorgepflicht des Vorgesetzten mit einer Sanktionsdrohung bewehrt und der daher eine Beschützergarantenstellung und nicht die Pflicht zur Bewachung des Untergebenen und der von ihm im Rahmen seiner militärischen Tätigkeit ausgehenden Gefahren zugrunde liegt.

Auch wenn das BVerwG nicht allein die körperliche Unversehrtheit des Untergebenen als geschützt ansieht, „sondern ebenso die Disziplin und der Ordnung der Bundeswehr als ‚überindividuelle Werte‘“¹²⁷⁴ so führt dies zu keiner anderen Bewertung. Denn die Strafvorschrift schützt auch insoweit nicht außenstehende Dritte vor einer Verletzung von Rechtsgütern, sondern die Bundeswehr vor den von ihr selbst verursachten Gefahren. Mag also der Vorgesetzte insofern eine Bewachergarantenstellung innehaben, so ist diese nicht Gegenstand dieser Untersuchung von Verantwortlichkeit von Vorgesetzten für Straftaten *aus Verbänden heraus*.

6. Zwischenfazit: Verantwortlichkeit des militärischen Vorgesetzten als Korrelat zur Befehlsgewalt

Betrachtet man die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten im Verhältnis zu seinem Untergebenen und dessen Handlungen, so ist eine umfassende Verantwortlichkeit zu konstatieren, die weit über die Strafbarkeit hinausgeht, die im bürgerlichen Strafrecht für die Handlungen von weisungsabhängigen, aber grundsätzlich eigenverantwortlich handelnden Personen derzeit denkbar erscheint.

a) Dreigliedrige Vorgesetztenverantwortlichkeit des militärischen Befehlshabers

Der militärische Vorgesetzte hat es nicht nur – wie jedes andere Rechtssubjekt auch – zu unterlassen, an der Begehung von Straftaten Untergebener mitzuwirken. Vielmehr ist der Befehlshaber bereits dann strafrechtlich verantwortlich, wenn er wenigstens leichtfertig (§ 41 Abs. 3 WStG) seine Pflichten zur Aufsicht über einen Untergebenen verletzt und dadurch eine schwerwiegende Folge im Sinne von § 2 Nr. 3 WStG verursacht. Hier besteht damit nicht nur eine strafbewehrte Pflicht des Vorgesetzten zur Verhinderung von Straftaten Untergebener, sondern auch zur Abwendung von Schadenserfolgen. Jedoch bestehen nicht nur Pflichten zur Verhinderung von Straftaten oder Schäden; vielmehr hat der Vorgesetzte auch an der Verfolgung von Straftaten aus den Reihen seiner Untergebenen aktiv mitzuwirken. Diese Pflicht ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus Straf-

¹²⁷⁴ BVerwG, Urt. v. 1.2.2012 – 2 WD 1/11, NZWehrr 2012, 213, 215.

vorschriften, sondern aus dem Wehrverwaltungsrecht, ist jedoch durch § 40 WStG strafbewehrt, der das Unterlassen der Mitwirkung an der Durchführung eines Strafverfahrens gegen einen Untergebenen unter Strafe stellt.

b) *Anordnungsbefugnis und Gehorsamszwang als Verantwortungsgrundlage*

Im Hinblick auf diese weitgreifende Vorgesetztenverantwortlichkeit drängt sich die Frage nach dem Grund für die hohen Anforderungen auf, die das Wehrstrafrecht an den Vorgesetzten stellt. Die Antwort auf diese Frage ist in der Basis des gesamten Wehrstrafrechts, dem System von Befehl und Gehorsam, zu vermuten. In dem strikt hierarchischen System, in dem die vorsätzliche Gehorsamsverweigerung gemäß § 20 WStG und die leichtfertige Gehorsamsverweigerung gemäß § 21 WStG bei Eintritt einer schwerwiegenden Folge mit Freiheitsstrafe bedroht sind, stellt die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten, der den Willen des Untergebenen durch seinen Befehl vor dem Hintergrund einer Strafdrohung zu beugen vermag, das notwendige Korrelat zum zwingenden Gehorsam dar. Dies gilt umso mehr, als das Wehrrecht und Wehrstrafrecht dem Untergebenen nur einen sehr geringen Raum lassen, in dem er rechtswidrige Befehle missachten darf. Der Untergebene läuft daher stets Gefahr, entweder eine strafbare Gehorsamsverweigerung zu begehen, wenn er sich einem Befehl widersetzt, oder bei Befolgung des Befehls *nur* nach § 5 WStG entschuldigt zu handeln. Die strenge Einbindung des Untergebenen in ein Steuerungssystem lässt mithin eine eigenständige Verantwortlichkeit des Vorgesetzten entstehen. Aus der Entwicklung der Vorschriften zur Entlastung des Untergebenen bei Befolgung eines Befehls wird dieses System deutlich: Je strenger die Bindung des Untergebenen an den Befehl war, desto weiter wurde der Untergebene aus der Haftung für die Folgen seines befohlenen Handelns entlassen. Das preußische (§ 71 PrMStVO) und das deutsche (§ 47 MStGB) Militärstrafrecht sahen den einem Befehl gehorchenden Untergebenen regelmäßig nicht einmal als Täter der von ihm begangenen Straftat, sondern allenfalls ausnahmsweise als Teilnehmer an. Diese Verantwortlichkeitsentlassung findet nach heutigem Wehrrecht erst mit § 5 WStG ein Ende, der den Untergebenen regelmäßig als schuldlos handelnd ansieht. Der Vorgesetzte hatte davon unabhängig stets die volle Verantwortlichkeit für die Ausführung seiner Befehle zu tragen.

Fraglich ist, ob man so weit gehen kann, mit *Hoyer* anzunehmen, selbst der Befehl, den der Untergebene nicht befolgen darf, sei geeignet, einen Teil des Unrechts aufzunehmen, insofern eine bedingte Rechtfertigungswirkung auszuüben und damit das durch den Untergebenen begangene Unrecht zu mindern. Es wird nicht deutlich, wie ein unzulässiger Befehl, der gemäß § 5 WStG ausdrücklich nicht einmal entschuldigende Wirkung hat, in der Lage sein soll, das Unrecht zu

berühren und den Untergebenen „ein Stück weit strafrechtlich zu entlasten“.¹²⁷⁵ Hoyer geht aber von einer Teilbarkeit des Gesamtunrechts einer anbefohlenen Straftat in ein durch den Befehl noch legitimierbares und ein nicht mehr legitimierbares Unrechtsquantum aus. Dementsprechend trennt er offenbar den unzulässigen Befehl in einen rechtmäßigen und einen rechtswidrigen Teil auf. Diese Differenzierung überzeugt nicht, weil in einem Befehl, der auf die Begehung einer Straftat gerichtet ist, ohne eine völlig gekünstelte Konstruktion kein rechtmäßiger Teil zu erkennen ist. Zutreffend ist dagegen, dass der Vorgesetzte durch seine Befehlsgewalt auch dann noch eine tatsächliche Willensherrschaft über den Untergebenen ausübt, wenn er Befehle gibt, die nicht befolgt werden müssen; diese Abhängigkeitsbeziehung kann sich für den Untergebenen fraglos strafmildernd auswirken.¹²⁷⁶ Damit basiert aber die Lenkungsmacht nicht allein auf der rechtlichen Wirkung des Befehls, sondern zumindest auch auf der Autorität, die sich aus der sozialen Rolle des Vorgesetzten als Befehlshaber ableitet.

c) Parallele zur mittelbaren Täterschaft als Täter hinter dem Täter

Führt man sich diese Ausgangslage vor Augen, so liegt eine Parallele der militärischen Befehllssituation zur Entscheidung des 4. Strafsenats im Katzenkönig-Urteil¹²⁷⁷ nahe. Dort hatte der Bundesgerichtshof die mittelbare Täterschaft als Täter hinter dem Täter auf der Grundlage der Steuerung des Vordermanns durch ein enges Beziehungs- und Einwirkungsgeflecht gerechtfertigt, dass die Hinterleute dazu ausgenutzt hatten, die Tat durch den Tatmittler zu begehen.¹²⁷⁸ Angeichts der Ausführungen in dieser Entscheidung werden die Parallelen zum unzulässigen, aber mit dem Gewicht des höheren Rangs und der Autorität ausgesprochenen Befehl deutlich. Der Strafsenat führte aus, grundsätzlich erfordere die mittelbare Täterschaft im Hinblick auf das Verantwortungsprinzip zwar ein unmittelbar handelndes Werkzeug, das ein Strafbarkeitsdefizit aufweise. Diesem normativierenden Ansatz folgt der Bundesgerichtshof jedoch nicht ausnahmslos. Vielmehr hat die Rechtsprechung angenommen, auch ein vermeidbarer Verbotsirrtum könne die mittelbare Täterschaft desjenigen begründen, der den Irrtum verursacht hat oder ausnutzt. Dass der unmittelbar Handelnde Kenntnis vom Verbote seines Tuns haben könne, ändere nichts an der faktischen Steuerbarkeit durch den Hintermann; dadurch werde dem Vordermann nicht die Eigenschaft des Werkzeugs genommen. In solchen Fällen stellt der Bundesgerichtshof auf „das Kriterium der vom Täterwillen getragenen objektiven Tatherrschaft“

1275 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191.

1276 Vgl. zum eigenständigen Strafmilderungsgrund der „Verstrickung in ein Unrechtssystem“ BVerfG, Beschl. v. 16.4.1980, I BvR 505/78, BVerfGE 54, 100, 102 ff.

1277 BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 ff.

1278 BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 351 ff.

ab, deren Vorliegen nach „*Art und Tragweite des Irrtum und der Intensität der Einwirkung des Hintermannes*“ zu beurteilen sei.¹²⁷⁹

Im Katzenkönig-Urteil hatten die Hinterleute den Vordermann manipuliert, indem sie bei ihm die tatbestimmende Wahnnidee hervorriefen. Diese hatten sie dann für die Zwecke der Tatbegehung, insbesondere zur Beseitigung der rechtlichen und moralischen Bedenken des Handelnden ausgenutzt und ihn veranlasst, die Tat ihren Plänen gemäß auszuführen. Das von den Hinterleuten entwickelte „*enge Beziehungs- und Einwirkungsgeflecht*“, das sie zur Steuerung einsetzten und dessen Einfluss sich der Vordermann nur schwer entziehen konnte, begründete demnach die Tatherrschaft und die Täterschaft der Hinterleute.¹²⁸⁰ Haas hat diese Konzeption unterstützt, indem er auf die Repräsentation des Hintermanns abstellt, für die es nicht darauf ankomme, ob sie auf Auftrag, Befehl oder bloßer Nötigung beruhe. Die außerordentliche Verhaltenszurechnung begründe sich durch „*die Unterordnung des Tatmittlers unter den in Form des Auftrages, eines Befehls oder einer Nötigung verobjektivierten Willen des mittelbaren Täters, der dadurch in zurechenbarer Weise das Verhalten des Vordermanns autorisiert hat.*“¹²⁸¹

Eine solche Situation findet man im Bereich der militärischen Hierarchiestrukturen auch im Falle eines unzulässigen, verbrecherischen Befehls vor. Denn der Militärangehörige ist ebenso wie der unmittelbar Handelnde im Katzenkönig-Fall regelmäßig in ein *enges Beziehungs- und Einwirkungsgeflecht* verstrickt, dem er sich kaum entziehen kann. Der Untergebene trägt, wenn er einem Befehl die Ausführung verweigert, nicht nur das Strafbarkeitsrisiko, sondern läuft in der Praxis zudem Gefahr, anderen Repressalien ausgesetzt zu werden. Der Befehl entwickelt damit, selbst wenn er rechtlich unverbindlich oder sogar unzulässig ist, eine erhebliche praktische Zwangswirkung, die mit einem vermeidbaren Verbotsirrtum vergleichbar erscheint. Zwar weiß der Untergebene möglicherweise, dass er einem Befehl nicht gehorchen muss oder sogar nicht gehorchen darf. Er weiß aber ebenso gut, dass er von seinem Vorgesetzten, gegebenenfalls auch von seinen Kameraden erheblich unter Druck gesetzt werden kann.¹²⁸² Zudem wird er häufig bereits von der faktischen und persönlichen Autorität des Befehlshabers zur Ausführung des Befehls genötigt werden. Dem Befehlshaber, der genau um diese Zwangslage weiß, wird man eine objektive Tatherrschaft kaum absprechen können, selbst wenn ihm die mangelnde rechtliche Bindungswirkung seines Befehls bewusst ist. Das Bewusstsein, dass die Anweisung trotzdem ausgeführt werden wird, weil er seinen Rang und die damit verbundene, gegebenenfalls auch

1279 BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 354.

1280 BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 354.

1281 Haas ZStW 119 (2007), 519, 542.

1282 Vgl. zu diesem Konformitätsdruck hier S. 783 ff.; ferner Vest *Völkerrechtsverbrecher*, S. 90 f., 125 ff.

seine persönliche, Autorität zur Geltung bringt, reicht aus, um die Tatherrschaft zu begründen.

In diesem Punkt wird deutlich, dass die militärische Befehlsstruktur nicht allein von der rechtlichen Durchsetzbarkeit von Befehlen und damit von einer normativen Handlungssteuerung der Untergebenen durch den Vorgesetzten, sondern oftmals von einer eher autoritär-hierarchischen Steuerung bestimmt wird, die mehr sozialer als rechtlicher Natur ist. Dies wird insbesondere an Untersuchungen über den Umgang mit Befehlen in der Wehrmacht deutlich. Hier war weniger die Drohung mit militärrechtlichen Konsequenzen der Grund für die Befolgung verbrecherischer Befehle, vielmehr sind insbesondere bei Massenexekutionen vielfach Fälle dokumentiert, in denen Soldaten sich aus Angst vor sozialen Repressalien gleichgestellter Soldaten oder aus reiner Ideologietreue an befohlenen Verbrechen beteiligt haben. Dies haben besonders die Feststellungen des Landgerichts Ulm im Prozess gegen das Einsatzkommando Staatspolizei und SD Tilsit deutlich gemacht.¹²⁸³

d) Entscheidungsgewalt als Bedingung für Verantwortlichkeit

Aus dieser gegenüber dem zivilen Leben erheblich gesteigerten Abhängigkeit und Steuerungsmöglichkeit ergeben sich jedoch nicht nur das Befehlsrecht, die Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für Befehle, sondern die Vorgesetztenverantwortlichkeit betrifft letztlich auch die Person des Untergebenen. Der Vorgesetzte hat seine Dienstaufsicht nicht allein zur Vermeidung von durch die Diensthandlungen seiner Untergebenen drohenden Schäden auszuüben, sondern auch ausdrücklich zum Schutz des Untergebenen vor Schäden, auch vor solchen Schäden, die aufgrund eigener Dienstpflichtverletzungen des Untergebenen eintreten. Das zur Eindämmung der erheblichen Gefahren durch bewaffnete Personengruppen streng hierarchische militärische Befehlssystem geht zwingend mit einer Reduzierung von Verantwortlichkeit auf der einen Seite und einer Übernahme dieser Verantwortlichkeit auf der anderen Seite einher.¹²⁸⁴ Der pflichtgemäße Gehorsam verschiebt nicht nur das Entscheidungsrecht und die damit einhergehende Entscheidungsverantwortung, sondern auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit vom Untergebenen auf den Vorgesetzten, der ihm die Entscheidung abnimmt und die Handlung vorgibt. Das rechtfertigt eine umfassende Vorgesetztenverantwortlichkeit im Wehrstrafrecht; hier wird deutlich, dass genau die Wechselbeziehung zwischen Entscheidungskompetenz und Verantwor-

1283 Vgl. hierzu etwa LG Ulm, Urt. v. 29.8.1958, Ks 2/57 (Einsatzgruppen-Prozess Ulm, Einsatzkommando Stapo und SD Tilsit); ferner *Vest Völkerrechtsverbrecher*, S. 125 ff.; eingehend hierzu hier S. 789 ff.

1284 So auch BGH, Beschl. v. 17.6.2010 – AK 3/10, BGHSt 55, 157, 171 (Rn. 44).

tung für Entscheidungen bereits konstituiert ist, die im Wirtschaftsstrafrecht gefordert wird.

7. Folgerungen für die vorliegende Untersuchung

Die Erörterung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Wehrstrafrecht hat mit Blick auf das Ziel der vorliegenden Untersuchung zunächst gezeigt, dass es im deutschen Strafrecht eine spezifische dreigliedrige Vorgesetztenverantwortlichkeit gibt. Diese bezieht ihre Bestimmtheit im Sinne von Art. 103 Abs. 2 GG allerdings aus einer klaren und gesetzlich normierten Hierarchiestruktur. Die Person des Vorgesetzten ist im Gesetz klar bestimmt. Aus der Rechtsprechung des BVerwG ergibt sich ferner, dass die Aufsichtspflicht des Befehlshabers nicht am Kasernenstor endet, vielmehr lässt sich aus der besonderen Gefährlichkeit der militärischen Tätigkeit eine umfassende Pflicht zur Verhinderung von Straftaten Untergebener herleiten. Die Autorität des Vorgesetzten über den Befehlsempfänger steht außer Frage, so dass die Strafvorschriften auf klaren Anweisungsstrukturen basieren, die im allgemeinen Strafrecht ebenso wenig vorhanden sind wie im Wirtschaftsstrafrecht. Das Wehrstrafrecht erfüllt also durch seine klaren gesetzlichen Regelungen die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG, kann aber nur sehr bedingt als Modell für eine allgemeine Vorgesetztenverantwortlichkeit dienen. Dennoch zeigen die Regelungen mit ihrem abgestuften System der Haftung einen effektiven Lösungsweg zur Staffelung der Verantwortlichkeit, wenn es gelingt, das Problem der Vorgesetztendefinition zu lösen.

Ferner hat die Untersuchung des Militär- und Wehrstrafrechts die Erkenntnis gebracht, dass es für die Frage nach der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nicht ausschließlich auf die rechtliche Bindungskraft der Anweisung ankommt. Mag es für die Rechtswidrigkeit der Handlung des Untergebenen noch maßgeblich sein, ob er den Befehl zu befolgen hat, so kommt es im Wehrstrafrecht für die Strafbarkeit des Vorgesetzten nicht auf die Schuld des Untergebenen an. Auch der Vorgesetzte, der allein die Autorität – und nicht die rechtliche Bindung – zur Tatbegehung ausnutzt, die mit seiner rechtlichen Anweisungsmacht einhergeht, von dieser aber grundsätzlich unabhängig ist und aus seiner sozialen Rolle¹²⁸⁵ herröhrt, wird strenger bestraft als der Anstifter. Er wird als Täter behandelt und seine Strafe sogar noch geschärft. Das macht deutlich, dass zumindest die §§ 33, 34 WStG nicht allein auf die rechtliche Wirkung der Vorgesetztenstellung abstehen, sondern vielmehr an die soziale Bedeutung der Rolle als Vorgesetzter anknüpfen.

1285 Zur Bedeutung der Rolle innerhalb des hierarchischen Zusammenhangs vgl. hier S. 785 ff.

III. Vorgesetztenverantwortlichkeit der Amtsträger nach § 357 StGB

Der Blick auf die §§ 331 ff. StGB verspricht in Bezug auf die Problematik des Vorgesetztenbegriffs insofern weitergehende Erkenntnisse, als im Recht der Amtsträger zwar keine so strengen Hierarchien herrschen wie im Wehrrecht, aber ebenfalls spezifische gesetzliche Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit gelten. Denn auch im (bürgerlichen) Strafrecht der Amtsträger findet sich eine – in der Praxis allerdings weitgehend bedeutungslose¹²⁸⁶ – Vorschrift, die die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten normiert und die Pflicht zur Aufsicht mit Strafe bewehrt. § 357 StGB bedroht unter der Überschrift „*Verleiten eines Untergebenen zu Straftaten*“ im Absatz 1 den Vorgesetzten mit Strafe, der seine Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB im Amt verleitet, zu verleiten unternimmt oder eine solche rechtswidrige Tat seiner Untergebenen geschehen lässt.¹²⁸⁷ Bei der letzten Variante spricht man von *Konnivenz*.¹²⁸⁸ Die Strafe bestimmt sich nach der Strafvorschrift, deren Straftatbestand der Untergebene verwirklicht hat oder nach der Vorstellung des Vorgesetzten verwirklichen sollte. § 357 Abs. 2 StGB erfasst die Amtsträger, die zwar nicht Vorgesetzte im engeren Sinne, aber dennoch zur Kontrolle oder Aufsicht über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers verpflichtet sind.¹²⁸⁹ Begeht der zu beaufsichtigende oder zu kontrollierende Amtsträger eine rechtswidrige Tat, die ein zur Aufsicht oder Kontrolle gehörendes Geschäft betrifft, so hat der Aufsicht führende oder kontrollierende Amtsträger, auch wenn er kein Vorgesetzter ist, die für diese rechtswidrige Tat angedrohte Strafe verwirkt.

1. Begriffsbestimmung

Die Tat, die von dem Untergebenen begangen und durch die die Strafbarkeit des Vorgesetzten bestimmt wird, soll im Folgenden nicht als Haupttat bezeichnet werden, da dies eine dogmatische Einordnung als Teilnahmeregel voraussetzt und Verwechslungsgefahr birgt. Vergleichbares gilt für die Bezeichnung als Vortat oder Nachtat, die eine Betrachtung der Konnivenz als selbstständiges Delikt zur Bedingung hätte. Daher soll die Tat des Untergebenen, auf die sich das Verleiten oder Geschehenlassen des Vorgesetzten bezieht, als *Bezugstat* oder *Bezugs-*

1286 Es wurde verschiedentlich in Gesetzesverfahren über eine vollständige Umwandlung oder Abschaffung des § 357 StGB nachgedacht, vgl. BT-Drs. IV/650, S. 648; 7/550, S. 288; vgl. Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 7. Schon 1906 hatte Neumeyer (VDB IX, S. 517, 524) die Abschaffung der Vorschrift wegen ihrer „juristischen Entbehrlichkeit“ vorgeschlagen; vgl. auch Will Verantwortlichkeit, S. 254; zu den Verurteilungszahlen nach der Rechtspflegestatistik Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 2.

1287 Mit rechtsvergleichenden Überlegungen Neumeyer, VDB IX, 1906, S. 517, 521 f.

1288 Der Begriff ist vom neulateinischen Wort *conniventia* (Nachsicht) abgeleitet, vgl. Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 1.

1289 Vgl. Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 27.

delikt und der entsprechende Straftatbestand als *Bezugstatbestand* bezeichnet werden. Soweit es die Bezeichnung des Untergebenen im Sinne von § 357 Abs. 1 StGB oder des zu beaufsichtigenden oder zu kontrollierenden Amtsträgers im Sinne von § 357 Abs. 2 StGB betrifft, der jeweils unmittelbar handelt, also die Bezugstat begeht, wurde von *Krause/Thoma*¹²⁹⁰ der Begriff des *Ausführungsorgans* geprägt. Ferner soll zur sprachlichen Vereinfachung sowohl in dem Fall des Vorgesetzten des § 357 Abs. 1 StGB als auch des beaufsichtigenden oder kontrollierenden Amtsträgers des § 357 Abs. 2 StGB von *Vorgesetztenverantwortlichkeit* gesprochen werden.

2. Dogmatische Bedeutung

Die dogmatische Bedeutung der Konnivenz, die in ihrer heutigen Fassung auf die §§ 342, 346 II 20 PrALR und § 330 PrStGB zurückgeht, ist bislang noch nicht hinreichend untersucht worden.¹²⁹¹

a) § 357 StGB als Teilnahmeregelung

Rechtsprechung¹²⁹² und die herrschende Ansicht in der Literatur¹²⁹³ betrachten die Tat nach § 357 StGB als eine besondere Form der Teilnahme.

(1) Tathandlungen des § 357 StGB

Unter Geschehenlassen einer rechtswidrigen Tat wird allgemein das Unterlassen der Hinderung trotz Abwendungsmöglichkeit verstanden.¹²⁹⁴ Der Begriff des *Verleitens* in § 357 StGB ist weniger klar. Er wird als dem *Bestimmen* des § 26 StGB ähnlich angesehen, die Vorschrift in ihrer Verleitensalternative mithin als eine zumindest der Anstiftung sehr nahestehende oder sogar inhaltlich identische Regelung klassifiziert.¹²⁹⁵

Diese Parallelität führt zu der Frage, ob damit Verleiten nur das Verursachen des Entschlusses zur Tatbegehung sein kann oder ob auch der *omnimodo fac-*

1290 *Krause/Thoma* BT, S. 90.

1291 Zwar hat *Andrews* (Verleiten und Geschehenlassen, 1996) eine Dissertation zu dieser Vorschrift vorgelegt, jedoch behandelt diese die für den hiesigen Zusammenhang relevanten Fragen nicht in der hier erforderlichen Tiefe.

1292 RG, Urt. v. 27.3.1933 – III 208/33, RGSt 67, 175, 177; RG, Urt. v. 1.3.1934 – 2 D 126/34, RGSt 68, 90, 92; BGH, Urt. v. 19.12.1952, 1 StR 353/52, BGHSt 3, 349, 351f.

1293 Vgl. *Schnmitt* in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 13; *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 9 m.w.N.; a.A. *Welzel* Lehrbuch, S. 538; *Hoyer* in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191f.

1294 *Kuhlen* in: NK-StGB, § 357 Rn. 8; *Heine/Weißer* in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 7; *Fischer*, § 357 Rn. 5; *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 12.

1295 Vgl. *Rogall* GA 1979, 11, 23 f.

turus zur Tat *verleitet* werden kann. Dies wäre insbesondere dann denkbar, wenn der Vorgesetzte bei dem bereits zur Tat entschlossenen Untergebenen einen Irrtum über die Rechtmäßigkeit des Handelns oder einen Verbotsirrtum erzeugt. Gegen die Anwendung des § 357 StGB auf Fälle des Steuerns ohne Hervorrufen des Tatentschlusses spricht zunächst die Verwendung des Wortes *Verleiten*, das etwa in § 34 PrStGB zur Beschreibung der möglichen Anstiftungshandlungen diente. Jedoch ist dieser Hinweis auf die Entstehungsgeschichte des § 26 StGB nur ein schwaches Indiz, weil Fallgestaltungen, die heute als mittelbare Täterschaft angesehen werden, damals noch als Anstiftungshandlungen betrachtet worden sind, so dass ein Tatentschluss im technischen Sinne nicht zwingende Voraussetzung des Verleitens sein müsste. Zwar kannte bereits das Preußische Allgemeine Landrecht eine Regelung, die die mittelbare Täterschaft erfasste (§ 67 II 20 PrALR); aber diese ist bereits im Preußischen Strafgesetzbuch des Jahres 1851 weggefallen.

Ferner spricht wohl auch der Begriff des *Verleitens* in anderen Straftatbeständen wie §§ 120, 144 StGB¹²⁹⁶ eher gegen eine Anwendung des § 357 StGB in der Verleitensvariante auf Fälle der Steuerung ohne Verursachen des Handlungsent schlusses. Für § 160 StGB, der ebenfalls den Begriff des *Verleitens* verwendet, ist zwar anerkannt, dass ein Verursachen des Tatentschlusses, also des Begehungsvorsatzes, nicht erforderlich ist. Denn die Vorschrift erfasst auch und gerade den Fall des gutgläubig falsch aussagenden Zeugen, der notwendigerweise keinen Tatentschluss fassen kann. Doch ein Argument für die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 357 StGB auf Fälle des bereits entschlossenen Täters liefert § 160 StGB nicht. Er erfordert zwar kein Hervorrufen des Tatentschlusses, aber zumindest eines natürlichen Entschlusses zur Begehung der Tathandlung. Im Hinblick auf § 323b StGB – dort ist als Tathandlung ebenfalls das *Verleiten* genannt – wird zwar vertreten, dass nicht nur das Verursachen des Handlungsent schlusses selbst eine Verleitenshandlung sein kann, sondern auch der omnimodo facturus zur fraglichen Handlung verleitet werden kann.¹²⁹⁷ Diese Deutung widerspricht jedoch wohl dem natürlichen Wortsinn, erfasst doch das Wort *verleiten*, als von *leiten* kommend, das in eine falsche Richtung führen, das Verführen.¹²⁹⁸ Darunter ist jedes Handeln zu verstehen, das einen anderen dazu bringt, etwas Unkluges oder Unerlaubtes zu tun.¹²⁹⁹

Daher wird man der herrschenden Ansicht insofern zustimmen müssen, als für ein *Verleiten* das Wecken eines Entschlusses verlangt wird.¹³⁰⁰ Dennoch kann

1296 Eingehend Andrews Verleitung, S. 47 ff. m.w.N.

1297 Wolters in: SK-StGB § 323b Rn. 10; dem folgend Andrews Verleitung, S. 49 mit Hinweis auf den Schutzweck des § 323b StGB.

1298 Duden, Das Herkunftswörterbuch, Stichwort: *verleiten*, S. 481.

1299 Duden, Das Herkunftswörterbuch, Stichwort: *verführen*, S. 241.

1300 Vgl. auch zu § 19 Abs. 1 Nr. 1a KWKG Heinrich in: Steindorf/Heinrich/Papsthart, Waffenrecht, § 19 KWKG Rn. 4.

man den Begriff nicht so eng verstehen wie das *Bestimmen* im Sinne von § 26 StGB. Während dort das Hervorrufen eines Tatentschlusses, also das Fassen des Tatvorsatzes verlangt wird, kann der Begriff *Verleiten* – wie § 160 StGB deutlich macht – weiter verstanden werden und erfasst auch solche Fälle, in denen der unmittelbar Handelnde dazu gebracht wird, den Handlungsschluss zu fassen, ohne dass sein Vorsatz sich dabei zwingend auf alle Tatbestandsmerkmale des später begangenen Delikts beziehen müsste. Damit umfasst der Begriff des *Verleitens* grundsätzlich jedes Hervorrufen des Handlungsschlusses – nicht zwingend des Tatvorsatzes – und grenzt lediglich solche Fälle aus seinem Anwendungsbereich aus, in denen der nach § 357 StGB Verantwortliche die Herrschaft über den Handlungsablauf erst nach Fassung des Tatentschlusses der Bezugstat ergreift.

Ein solches Verständnis des *Verleitens* ergibt sich auch aus dessen Verwendung in den § 19 Abs. 1 Nr. 1a und § 20 Abs. 1 Nr. 1a KWKG. Dort wird derjenige, der einen anderen zu einer Begehung einer Tat nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 20 Abs. 1 Nr. 1 KWKG „*verleitet*“, wie der Täter bestraft. Insofern ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass bei der Abfassung der Strafvorschrift bewusst nicht die Formulierung des § 26 StGB – als *bestimmen* – gewählt wurde, sondern aus Gründen der strafrechtsdogmatischen Klarstellung das *Verleiten* gewählt wurde. Die herrschende Ansicht leitet aus dieser andersartigen Formulierung her, dass von der Vorschrift nicht nur das *Verleiten* eines vorsätzlich handelnden, sondern auch des gutgläubigen Täters erfasst ist.¹³⁰¹ Im Ergebnis dürfte es auf diese Frage jedoch nur selten ankommen, weil § 357 StGB die rechtswidrige Erfüllung des Tatbestandes der Bezugstat voraussetzt.

§ 357 StGB bedroht nach der herrschenden Auffassung in der Begehungsweise des Geschehenlassens – der Konnivenz im engeren Sinne – die Beihilfe durch Unterlassen oder auch durch aktives Tun¹³⁰² mit der Strafe der Täterschaft.¹³⁰³ Nach dieser Auffassung werden die Beteiligungsregeln des Allgemeinen Teils durch § 357 StGB überlagert und der verleitende oder unterlassende Vorgesetzte wie der Täter bestraft. Da § 357 StGB in seiner derzeitigen Fassung nicht nur das vollendete *Verleiten*, sondern auch das Unternehmen des *Verleitens* eines Untergebenen mit der Täterstrafe bedroht, stellt sich die Regelung demnach zum einen als strafshärfende Vorschrift für die versuchte Anstiftung zu einem Verbrechen des Untergebenen und als strafbegründende Regelung für die versuchte Anstif-

1301 Beckemper in: Achenbach/Ransiek, Teil 4 Kap. 4 Rn. 88; Heinrich in: Steindorf/Heinrich/Papsthart, Waffenrecht, § 19 KWKG Rn. 4 m.w.N.

1302 So bereits Frank RStGB § 357 Anm. I; Binding BT 2/2, § 260 Anm. II Nr. 3 Fn. 2, S. 738 auch zur unberechtigten Kritik, es handele sich bei dieser Annahme um eine verbotene Analogie; a.A. Neumeyer, VDB IX, 1906, S. 517, 520; Rotsch/Sahan in: Gesamtes Strafrecht, § 357 StGB Rn. 4; die Kritik berücksichtigt nicht, dass im aktiven Hilfeleisten stets auch ein Nichthindern liegt.

1303 Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 12; vgl. auch Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 49 Rn. 107; Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438; ferner Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 3.

tung zu einem Vergehen des Untergebenen dar. Zum anderen hat § 357 StGB strafsschärfende Wirkung für das Geschehenlassen, soweit eine Beihilfe des Vorgesetzten durch Unterlassen in Betracht kommt. Die Strafshärfungen ergeben sich daraus, dass § 357 StGB – anders als die Regeln über die versuchte Anstiftung (§ 30 Abs. 1 S. 2 StGB) eine obligatorische oder über das unechte Unterlassen (§ 13 Abs. 2 StGB) – keine fakultative Strafmilderung vorsieht. Dogmatisch hat diese Beurteilung zur Folge, dass es sich bei § 357 StGB um eine Zurechnungsregel handelt, die es ermöglicht, dem Vorgesetzten die von seinem Untergebenen verwirklichte rechtswidrige Tat zuzuschreiben und ihn unter bestimmten Bedingungen für diese Tat strafrechtlich verantwortlich zu machen. Damit wäre die Vorschrift grundsätzlich dem Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuchs und dort dem Bereich von Täterschaft und Teilnahme zuzurechnen.¹³⁰⁴

(2) Erfolgloses Verleiten und § 357 Abs. 2 StGB

Das Unternehmen eines Verleitens ist von § 357 Abs. 2 StGB erfasst. Zwar wird zum Teil vertreten, diese Vorschrift komme für das erfolglose Verleiten nicht zur Anwendung, weil der Gesetzeswortlaut eindeutig eine „*begangene*“ Tat fordert, weshalb eine noch *zu begehende* Tat nicht ausreiche.¹³⁰⁵ Die Bezugstat müsse also zumindest das Stadium des mit Strafe bedrohten Versuchs erreicht haben. Aber so eindeutig ist der Wortlaut nicht: *Zieschang*¹³⁰⁶ argumentiert hier gerade mit dem Wortlaut des § 357 Abs. 2 StGB, wenn er ausführt, das Wort „*dieselbe*“ mache deutlich, dass auch das Unternehmen des Verleitens nach § 357 Abs. 2 StGB strafbar sei. Die Anordnung, es gelte „*dieselbe*“ Bestimmung, wäre sinnlos, wenn nur das erfolgreiche Verleiten erfasst sein sollte, weil ansonsten nicht dieselbe, sondern eine andere Bestimmung zur Anwendung käme.¹³⁰⁷ Dementsprechend hält *Andrews* – der diese Ansicht noch als einhellig bezeichnet – die Formulierung für ein Redaktionsversehen.¹³⁰⁸ Ein solches Versehen kann zwar die Überschreitung der Wortlautgrenze nicht rechtfertigen, aber hier ist der Wortlaut wegen der sich widersprechenden Formulierungen nicht eindeutig. Daher muss der Wortsinn durch den Gesamtwortlaut der Vorschrift und nicht allein durch den Sinn eines einzelnen Wortes ermittelt werden.¹³⁰⁹ Die Formulierung „*begangene Tat*“ steht dann nur als Verkürzung für *begangene* und *angesonnene*

1304 Vgl. hierzu auch *Tiedemann* in: FS Baumann, S. 7, 8, 12 ff.; *Fincke* Verhältnis, S. 26 f.; insofern ist die These *Heinrichs* (Arzt/Weber/Hilgendorf/*Heinrich* BT, § 49 Rn. 104) zweifelhaft, die Vorschrift verdeutlicht den Vorrang des BT vor dem AT.

1305 So *Schmitz* in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 16; *Sinner* in: Matt/Renzkowski, § 357 Rn. 3.

1306 *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 11; ebenso *Fischer*, § 357 Rn. 2; *Lackner/Kühl/Heger*, § 357 Rn. 2; *Heine/Weißer* in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 6; *Rudolphi* in: SK-StGB § 357 Rn. 15; *Andrews* Verleitung, S. 42 f.

1307 Vgl. *Andrews* Verleitung, S. 42.

1308 *Andrews* Verleitung, S. 42 f. m.w.N.

1309 *Dannecker* in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 301.

Tat.¹³¹⁰ Sie hat lediglich zuordnende Bedeutung – sie stellt die Relation zum Untergebenen her – und trifft keine Aussage darüber, ob die Tat bereits begangen worden ist. Diese Auslegung mag mit dem Wortlaut schwer verträglich sein;¹³¹¹ die Wortlautgrenze ist dennoch nicht verletzt. Die teleologische Auslegung¹³¹² spricht fraglos ebenso für diese Lösung wie die historische Auslegung.¹³¹³ Damit stellt auch § 357 Abs. 2 StGB eine umfassende Zurechnungsregel dar.

(3) „Rechtsgutsblindheit“ des Allgemeinen Teils und Rechtsgut des § 357 StGB

Doch führt die Bewertung des § 357 StGB als Beteiligungsregelung insofern zu Friktionen, als die herrschende Ansicht annimmt, § 357 StGB habe die Aufgabe, ein eigenständiges Rechtsgut zu schützen. Die Vorschrift diene nicht – wie andere gesetzliche Bestimmungen über die Beteiligung, die Zurechnungsregeln darstellen¹³¹⁴ – nur mittelbar dem Schutz des Rechtsguts, zu dessen Bewahrung auch der durch die Tat des Untergebenen erfüllte Straftatbestand bestimmt ist. Vielmehr soll § 357 StGB darüber hinaus auch das „*Vertrauen der Allgemeinheit in das ordnungsgemäße Handeln staatlicher Institutionen*“ schützen.¹³¹⁵ Damit setzt sich diese Auffassung in scheinbaren Widerspruch zu der Lehre von der Rechtsgutsblindheit des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuchs.¹³¹⁶ Diese Auffassung erscheint deswegen problematisch, weil die Trennung von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts der Rechtssicherheit dient und damit auch verfassungsrechtliche Bedeutung hat.¹³¹⁷ Die Vorschriften des Allgemeinen Teils über Geltung und Anwendung von Strafrecht sowie die Regelungen über Zurechnung und den abstrakten Vorrang von Rechtsgütern „*kennzeichnen den Allgemeinen Teil im eigentlichen, nämlich rechtstheoretischen Sinn*“, während „*die Tatbestände des Besonderen Teils Verhaltensnormen enthalten, die dem Rechtsgüterschutz dienen*.“¹³¹⁸ Der substanzielle Unterschied zwischen Allgemeinem Teil und Besonderem Teil liegt demnach darin, dass die Vorschriften des Besonderen Teils rechtsgutsbezogene Wertentscheidungen des Gesetzgebers über ein bestimmtes Verhalten, damit eine Handlungsanweisung zur Nichterfüllung des Tatbestandes beinhalten. In dieser Beziehung unterscheiden sich die Bestimmungen des Besonderen Teils qualitativ von jenen des Allgemeinen Teils, da diese keinen eigenstän-

1310 Binding BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 3 Fn. 2, S. 736.

1311 So ausdrücklich Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 7.

1312 Hierzu näher hier S. 389 ff.

1313 Vgl. Andrews Verleitung, S. 43.

1314 Vgl. Jakobs AT, 22/8.

1315 Otto BT, § 100 Rn. 3; Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 2; Kindhäuser LPK, § 357 Rn. 1; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 3; krit. Maurach/Schroeder/Maiwald BT 2, § 97 Rn. 2; a.A. wohl Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191 f.

1316 Vgl. Fincke Verhältnis, S. 27; ferner Tiedemann GA 1976, 89 f.; ders. in: FS Baumann, S. 7 ff.

1317 Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 10.

1318 Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 11.

digen Normappell beinhalten, sondern normwidriges Verhalten voraussetzen.¹³¹⁹ Der Allgemeine Teil dient nicht unmittelbar dem Rechtsgüterschutz, sondern besteht aus Geltungs- und Zurechnungsregeln. Dieser grundlegende Unterschied zwischen den Vorschriften der beiden Teile des Strafgesetzbuchs macht deutlich, dass sich eine Veränderung der Lozierung von Regelungen „*bereits prima vista*“ verbietet.¹³²⁰ Die vom Gesetzgeber vollzogene Trennung von Allgemeinem und Besonderem Teil gewinnt damit eine grundlegende materiell-rechtliche Bedeutung. Eine Zurechnungsvorschrift des Allgemeinen Teils kann daher grundsätzlich nicht mit einem unmittelbar rechtsgutsbezogenen Inhalt aufgeladen werden, ohne die mit der Lozierung der Bestimmung im Strafgesetzbuch getroffene gesetzgeberische Entscheidung infrage zu stellen.¹³²¹

(4) Die Innenrechtslösung Hoyers

Hoyer¹³²² vertritt zur dogmatischen Einordnung des § 357 StGB eine von der herrschenden Meinung abweichende Ansicht. Er geht davon aus, dass im Hinblick auf die Strafbarkeit sowohl des Vorgesetzten als auch des Untergebenen stets zwischen der Innen- und der Außenrechtswidrigkeit getrennt werden müsse. Erstere betreffe ausschließlich das Verhältnis innerhalb des staatlichen Gefüges, also die Beziehung zwischen Staat und Amtsträgern bzw. zwischen dem anordnungsberechtigten und dem untergeordneten Amtsträger. § 357 StGB habe nur in diesem Verhältnis zwischen dem Vorgesetzten und dem Untergebenen bzw. zwischen diesen und dem Staat überhaupt Geltung. Die Vorschrift besage weder positiv noch negativ etwas darüber, ob sich der Vorgesetzte auch im Außenrechtsverhältnis strafrechtswidrig verhalte.¹³²³ § 357 StGB erfasse somit nicht die Verletzung von Rechtsgütern außerhalb des Staates stehender Dritter, sondern ausschließlich die innenrechtliche Pflichtwidrigkeit.¹³²⁴ Das Außenverhältnis werde in diesen Fällen von der Beteiligung an der Bezugstat erfasst, so dass diese Gesetzesverletzung parallel zu der nach § 357 StGB zur Geltung komme, also ein Verhältnis der Tateinheit entstehe.

Folgt man dieser Ansicht, so kann § 357 StGB weder das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung noch die Funktionsfähigkeit des Staatsapparates im weitesten Sinne schützen; dann wäre allenfalls das Vertrauen des Staates in die Lauterkeit eines konkreten Amtsträgers oder aller Amts-

1319 Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 11.

1320 Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 11.

1321 Zu Einwänden gegen diese These Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 11 f.; vgl. auch Fincke Verhältnis, S. 26 f.; a.A. offenbar Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 4.

1322 Dem folgend Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 1.

1323 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 194.

1324 Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 192; dagegen ausdrücklich Will Verantwortlichkeit, S. 45.

träger im Allgemeinen strafrechtlich geschütztes Interesse. Der Grund für die Strafbarkeit wäre damit der Missbrauch der rechtlich eingeräumten Anweisungsbefugnis als solcher, also die Vertrauensverletzung im Verhältnis des Beamten zum Staat selbst.¹³²⁵ Doch die Verletzung dieses, dem Vorgesetzten gewährten Vertrauens kann kaum die Bestrafung aus dem Strafraahmen der Bezugstat begründen, damit würde nämlich das Vertrauen des Staates in den Beamten dem Rechtsgut der Bezugstat gleichgestellt. Der Schutz dieses staatlichen Vertrauens würde jedoch überbewertet, wollte man die Bestrafung des Vorgesetzten als oder wie ein Täter der Bezugstat auf diese Weise rechtfertigen. Die Strafdrohung des § 357 StGB, die sich dann über die §§ 331 ff. StGB als Bezugstaten ergäbe, wäre unverhältnismäßig hoch.

Die Strafraahmen der Amtsdelikte in den §§ 331 ff. StGB lassen sich nicht allein aus dem verletzten Vertrauen des Staates in den Vorgesetzten rechtfertigen. Diese Strafdrohungen können sich vielmehr auf die Gefahren für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung und des Staatsapparats durch Vertrauensverlust stützen, der durch die Taten verursacht wird. Zudem ergibt sich dadurch ein besonderes Missbrauchselement, dass der einzelne Bürger nicht in der Lage ist, sich effektiv gegen Korruption wehren zu können, er also dem Verhalten des Amtsträgers in erheblichem Maße ausgeliefert ist. Hier taucht insofern das vom Bundesgerichtshof in der BSR-Entscheidung¹³²⁶ angesprochene Element der hoheitlichen Überlegenheit und der Schutzwürdigkeit des hilflosen Bürgers auf. Die Anstellungskörperschaft des vorgesetzten Amtsträgers ist diesem aber nicht unterlegen; die Schutzbedürftigkeit besteht mit Blick auf die Handlung des Vorgesetzten – soweit es nicht um Untreuedelikte geht – allenfalls mittelbar, soweit sich der staatliche Träger vor Funktionsverlusten innerhalb seiner Verwaltung schützen muss, die durch den Verlust des Vertrauens in die Lauterkeit aufseiten der Bürger entstehen.

Zudem müsste bei einer Selbstständigkeit des Schutzbutes des § 357 StGB nicht nur die mittelbar täterschaftliche Begehung der Bezugstat durch den Vorgesetzten,¹³²⁷ sondern es müssten alle Formen der Teilnahme an der Bezugstat in Idealkonkurrenz zu der Gesetzesverletzung nach § 357 StGB stehen. Auf diese Weise würde § 357 StGB zu einem eigenständigen Delikt, das zwar einerseits bei der Bezugstat tatbestandliche Anleihen nimmt, andererseits aber deren Begehung voraussetzt. § 357 StGB würde folglich keine Beteiligungsform mehr darstellen, da unterschiedliche Beteiligungsformen sich grundsätzlich zumindest gegenseitig verdrängen, wenn nicht sogar tatbestandlich ausschließen. Die Tat nach § 357

1325 Vgl. Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191.

1326 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff., m. Anm. Dannecker/Dannecker JZ 2010, 981 ff.; vgl. ferner hier S. 148 ff.

1327 Diese Konsequenz zieht auch Hoyer (in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191 f.).

StGB wird funktionell – wie vormals von Oppenhoff¹³²⁸ und Welzel¹³²⁹ vertreten – zu einer verselbstständigten Beteiligungsform ähnlich der heutigen Begünstigung,¹³³⁰ die im gemeinen¹³³¹ und im preußischen Strafrecht bis zur Reform von 1851¹³³² im Abschnitt über die Teilnahme in § 37 als Beihilfe im weiteren Sinne¹³³³ behandelt wurde.¹³³⁴ § 357 StGB normiert unter diesen Prämissen in Entsprechung zu den Anschlussdelikten der §§ 257 ff. StGB eine Art abhängiges Ermöglichungsdelikt.

Diese Konzeption einer atypischen Beteiligung im weitesten Sinne, die neben jede Form der Beteiligung an der Haupttat tritt, ist nicht nur strafrechtsdogmatisch problematisch. Denn auf diese Weise würde der Vorgesetzte für die Mitwirkung an der eigenen Tat, soweit er mittelbarer Täter ist, zweifach bestraft. Diese Rechtsfolge hat der Gesetzgeber selbst in dem kriminalpolitisch und strafrechtsdogmatisch völlig verunglückten Geldwäschetatbestand (§ 261 StGB) vermieden, um eine doppelte Bestrafung auszuschließen.¹³³⁵ § 357 StGB würde eine solche doppelte Bestrafung jedoch dann zulassen.

Die Begründung, die Hoyer anführt, um seine Beurteilung zu rechtfertigen, ist zudem nicht frei von inneren Widersprüchen: Einerseits beschränkt er die Wirkung des § 357 StGB auf die innenrechtliche Beziehung und begründet dies damit, dass die Konnivenz nur auf den Strafrahmen des Bezugsdelikts verweise und nicht wie § 33 WStG eine Verdopplung der Strafdrohung normiere. Dies mache deutlich, dass durch § 357 StGB nur die Innenrechtswidrigkeit erfasst werden solle. Andererseits spricht er jedoch davon, dass der befehlende Vorgesetzte aufgrund der befehlsbedingten Minderung des Unrechts auf Seiten des Untergebenen für dessen rechtswidrige Tat mitverantwortlich wird. Hoyer sieht daher die Befehlsherrschaft als eine Willensherrschaft an, die eine Art mittelbare Täterschaft begründet, wobei jedoch die täterschaftliche Verantwortlichkeit zwischen Unter-

1328 Oppenhoff/Delius RStGB, § 357 Anm. 1, S. 903.

1329 Welzel Lehrbuch, S. 538.

1330 Die Begünstigung erfassste nach dem gemeinen Recht nach Jarcke (Handbuch Bd. 1, S. 231 ff.) die Fälle, die heute als Förderung oder Begünstigung durch Unterlassen betrachtet werden. Die Nicht-verhinderung trotz Verhinderungspflicht war damit ebenso eine Begünstigung wie Hilfe bei der Flucht oder der Verwertung der Beute.

1331 Vgl. hierzu Altenhain Anschlussdelikt, S. 69 ff.; ferner Jarcke Handbuch Bd. 1, S. 231 ff.

1332 § 37 Abs. 1 PrStGB 1851 lautete: „Wer nach Verübung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen, oder ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist als Begünstiger mit Geldbuße bis zu zweihundert Thalern oder mit Gefängniß bis zu Einem Jahre zu bestrafen.“.

1333 Vgl. hierzu Altenhain Anschlussdelikt, S. 29 ff., 76 ff.

1334 Vgl. Temme Lehrbuch, §§ 67 ff., S. 321 ff.; ferner Walter in: Leipziger Kommentar, § 257 Rn. 1; vgl. zur historischen Entwicklung der Begünstigung zur eigenständigen Tat Altenhain Anschlussdelikt, S. 23 ff.

1335 Vgl. hierzu im Einzelnen Bülte ZStW 122 (2010), 550, 553 ff.

gebenem und Vorgesetztem wie bei einer Täuschung, die zu einem vermeidbaren Irrtum führt, geteilt sei.¹³³⁶

Dass § 357 StGB – anders als § 33 WStG – nur die Innenrechtsdimension erfassen soll, erscheint auch aus anderen Gründen wenig überzeugend.¹³³⁷ Allein aus dem Umstand, dass § 357 StGB im Gegensatz zu § 33 WStG nicht eine Strafe bis zum doppelten der Strafe für das Bezugsdelikt androht, zu folgern, es werde nur die Hälfte des Tatunrechts erfasst, greift zu kurz: Zum einen handelt es sich bei § 33 WStG um ein Delikt aus dem Wehrstrafrecht, das die besonderen Bedingungen einer Einwirkungs- und Steuerungsmöglichkeit aufgrund militärischer Befehlssstrukturen zu berücksichtigen hat. Der Soldat ist als Befehlsempfänger in einer noch intensiveren Weise zum Gehorsam verpflichtet als der Amtsträger. Dieser hat bei Weigerung, die Anordnung eines Vorgesetzten auszuführen, disziplinarrechtliche Sanktionen zu erwarten, ihm droht aber – anders als noch nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht (§§ 352 ff. II 20 PrALR)¹³³⁸ – keinesfalls eine Kriminalstrafe wegen Insubordination.

Ferner wies die erste zweifelsfrei nachweisbare Regelung der Konnivenz im deutschen Strafrecht in § 342 20 II PrALR ebenfalls die Verdoppelung der Strafe auf, und die Anpassung der Strafdrohung an die Bezugstat in § 330 PrStGB dürfte kaum darauf zurückzuführen sein, dass der Gesetzgeber nunmehr nur noch die Verletzung des Vertrauens im Innenverhältnis sanktionieren wollte. Vielmehr liegt es nahe, dass man für das neue Preußische Strafgesetzbuch, das keine Verdopplungen von Strafrahmen enthielt, zu dem Ergebnis gekommen war, die einfache Strafdrohung des Bezugsdelikts sei ausreichend, um das Unrecht der Tat zu erfassen.¹³³⁹ Ferner könnte der Grund für die Absenkung des Strafrahmens auch darin liegen, dass im Preußischen Strafgesetzbuch die allgemeine Möglichkeit der besonderen, über die ordentliche Strafe hinausgehende Schärfung für Vorgesetzte und „Respectspersonen“, die sich Untergebener zur Tatbegehung bedienen, die das Preußische Allgemeine Landrecht noch kannte (§§ 68, 65 II 20 PrALR), weitgehend weggefallen war, und feste Höchststrafen vorgeschrieben wurden.¹³⁴⁰ Das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 kannte allgemeine Strafschärfungen über den im Besonderen Teil gesetzlich festgelegten Strafrahmen hinaus nur noch für enumerativ bestimmte Delikte und in einem konkret bestimmten Rahmen, so etwa in § 170, 219, 233 PrStGB.

¹³³⁶ Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191; vgl. hierzu auch hier S. 301 ff. sowie BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347 ff.

¹³³⁷ Vgl. auch Will Verantwortlichkeit, S. 45.

¹³³⁸ Vgl. C. W. Zimmermann ALR, § 1475, S. 925.

¹³³⁹ Vgl. hierzu Lüpkes Verbrechen, S. 66 m.w.N.

¹³⁴⁰ Vgl. Lüpkes Verbrechen, S. 65 f.

(5) § 357 StGB als Regelung eines Allgemeinen Teils für die Amtsdelikte

Spricht man entgegen Hoyers Lösung mit der herrschenden Ansicht § 357 StGB einerseits die Funktion zu, die Zurechnung in Fallkonstellationen zu regeln, in denen der Vorgesetzte an den Handlungen eines Untergebenen mitwirkt, legt aber der Vorschrift andererseits die Bedeutung bei, über eine bestimmte Handlung – die Verletzung einer Aufsichtspflicht – ein Unwerturteil zu fällen, so kommt es zu einer Kombination von Zurechnungsregel einerseits und Verhaltensnormen andererseits. § 357 StGB wäre gleichzeitig eine Vorschrift des Allgemeinen und des Besonderen Teils. Zur Bewältigung dieses Widerspruchs sind drei Lösungen denkbar:

(a) § 357 StGB als Strafvorschrift des Besonderen Teils

Zum Ersten kann § 357 StGB allein als Regelung des Besonderen Teils und damit zum einen als Strafschärfungsregelung und zum anderen als strafbegründende Regelung in der Unterlassungsalternative, also als echtes Unterlassungsdelikt betrachtet werden. Die Vorschrift würde damit im Ergebnis auf die Bedeutung reduziert, die sie schon in der Fassung der §§ 342, 346 II 20 PrALR hatte. In dieser Weise ist § 357 RStGB zu Beginn des 20. Jahrhunderts tatsächlich von einzelnen Stimmen in der Literatur betrachtet worden:¹³⁴¹ Es wurde die Auffassung vertreten, die Vorschrift normiere ein selbstständiges Delikt und beinhalte damit nicht lediglich eine zurechnungsbegründende Bestimmung über die Beteiligung.¹³⁴² Für diese Auffassung spricht die Lozierung der Vorschrift im 30. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs. Ob diese dogmatische Einordnung jedoch mit dem Wortlaut der Vorschrift in Übereinstimmung zu bringen ist, erscheint zweifelhaft. Denn § 357 StGB ist als Zurechnungsregel formuliert, nimmt die Vorschrift doch nicht nur Bezug auf das Strafmaß einer konkreten anderen Strafvorschrift – wie etwa bei § 255 StGB –, sondern auf die Strafe, die für die jeweilige Bezugstat, eine andere rechtswidrige Handlung, angedroht wird.¹³⁴³ Die Regelung verweist also nicht statisch auf eine Vorschrift des Besonderen Teils, sondern auf ein konkretes von einem anderen begangenes oder zu begehendes Delikt und die für diese Handlung angedrohte Rechtsfolge. Diese Herstellung einer Relation zwischen der Handlung eines Rechtssubjekts und der eines anderen macht

1341 So etwa Welzel Lehrbuch, S. 538; ähnlich auch Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191.

1342 So etwa Oppenhoff/Delins RStGB, § 357 Anm. 1; dagegen BGH, Urt. v. 30.10.1953 – 3 StR 776/52, BGHSt 5, 155, 165: Es sei in der Rechtsprechung stets anerkannt gewesen, dass § 357 StGB kein eigenständiges Delikt, sondern eine Teilnahmevorschrift darstelle.

1343 Vgl. BGH, Urt. v. 30.10.1953 – 3 StR 776/52, BGHSt 5, 155, 165.

gerade eine Zurechnungsregel aus, so dass die Annahme eines eigenständigen Delikts nach § 357 StGB kaum begründbar erscheint.

(b) Einheitliche Unrechtselemente oder gemeinsame Rechtsgutsorientierung im 30. Abschnitt

Daher dürfte es sich bei der Vorschrift zumindest auch um eine Zurechnungsregelung handeln. Sieht man § 357 StGB jedoch allein als eine solche – das ist der zweite Ansatz, der wohl Art. 63 Abs. 1 des Bayerischen Strafgesetzbuchs des Jahres 1861¹³⁴⁴ zugrunde lag – und nicht als Verhaltensnorm an, so ergibt sich die Fiktion an anderer Stelle: Eine Zurechnungsregel dient nicht unmittelbar dem Schutz eines Rechtsguts; sie ist rechtsgutsblind und damit rechtsgutsneutral. Die Folge wäre, dass § 357 StGB aufgrund seiner dogmatischen Struktur und Funktion nicht in der Lage wäre, eine Schutzgutsausrichtung zu tragen. Legt man der Vorschrift mit der herrschenden Ansicht zum einen ein Schutzgut bei (Verhaltensnorm) und betrachtet sie zum anderen als Zurechnungsregel, so entsteht das scheinbare Paradoxon, dass die Konnivenz zugleich Rechtsgutsorientierung und Rechtsgutsblindheit in sich vereinen muss.

Diese Widersprüchlichkeit wird man nur dann auflösen können, wenn man – in einer dritten Lösungsvariante – § 357 StGB als Regelung eines Allgemeinen Teils im Besonderen Teil versteht.¹³⁴⁵ Auf diese Weise wird die Vorschrift zur Zurechnungsregel, die nur für einen bestimmten Bereich des Besonderen Teils gilt, welcher seinerseits die Orientierung an einem Rechtsgut, einem Interesse oder einem besonderen Unrechtsmerkmal beinhaltet, das den Delikten des Besonderen Teils eigen ist, für die die Zurechnungsregelung gilt. § 357 StGB nimmt durch die Einschränkung seiner Anwendbarkeit auf Straftatbestände, die dieses besondere Merkmal aufweisen, deren Rechtsguts- oder Unrechtsorientierung auf. Soweit § 357 StGB nur auf in dieser Orientierung einheitliche Strafvorschriften angewendet werden kann, wirkt die Zurechnungsregel nur zum Schutz der entsprechenden Rechtsgüter und kann diesen umgrenzten Bereich nicht verlassen. Die „Blindheit“¹³⁴⁶ der Zurechnungsregel schadet dann nicht, weil die Anwendung der Vorschrift sich ohnehin nur in dem vorbestimmten Bereich bewegen kann und auf diese Weise – um im Bild zu bleiben – geführt wird.

¹³⁴⁴ Gesetz vom 10.11.1861, Gesetzblatt v. 1861, Nr. 24, S. 321 ff.; Art. 63 Abs. 1 lautete: „Beamte oder öffentliche Diener, welche glaubhafte Kenntnis von der bevorstehenden Ausführung einer strafbaren Handlung erlangt haben und vermöge ihres Amtes oder öffentlichen Dienstes die Begehung dieser Handlung zu verbinden verpflichtet sind, sollen, wenn sie diese Verhinderung unterlassen und die strafbare Handlung wirklich ausgeführt wird oder ein strafbarer Versuch zur Ausführung gemacht worden ist, als Theilnehmer dier Handlung bestraft werden.“; vgl. hierzu auch hier S. 346 f.

¹³⁴⁵ Dazu Tiedemann in: FS Baumann, S. 7, 12 ff.

¹³⁴⁶ Vgl. Fincke Verhältnis, S. 26 f.

Als einheitliches Unrechtsmerkmal des 30. Abschnitts kommt trotz seiner Überschrift allerdings nicht die Begehung der Tat durch einen Amtsträger in Betracht. Dies liegt daran, dass diesem Abschnitt, der im Preußischen Strafgesetzbuch noch allein durch Beamte begehbar Straftaten beinhaltete, zunächst im Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes (NdbdStGB) die Strafvorschrift über den Parteiverrat durch Advokaten, Anwälte und Rechtsbeistände (§ 356 NdbdStGB) zugefügt wurde.¹³⁴⁷ Da diese Berufsträger jedoch durch § 359 NdbdStGB ausdrücklich aus dem strafrechtlichen Beamtenbegriff ausgeklammert wurden und sie mit der Schaffung einer freien Advokatur durch das Inkrafttreten der Rechtsanwaltsordnung zum 1. Oktober 1879 auch im Übrigen nicht mehr Beamte waren, verlor die Strafvorschrift ihren Amtsdeliktscharakter.¹³⁴⁸ Gleiches gilt für das ebenfalls durch das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes eingeführte Delikt der Gebührenüberhebung (§ 352 StGB), das ebenfalls auf Advokaten, Anwälte und sonstige Rechtsbeistände anwendbar war. Man kann daher – auch im Hinblick auf den grundsätzlich von jedermann begehbarer § 353d StGB – feststellen, dass im 30. Abschnitt nicht ausschließlich Amtsdelikte normiert sind, so dass die Annahme, die Delikte dieses Abschnitts beträfen den Missbrauch der Amtsgewalt, als nicht uneingeschränkt zutreffend angesehen werden kann.¹³⁴⁹

(aa) Rechtsgüter der „klassischen Amtsdelikte“

Ein einheitliches Rechtsgut schützen die §§ 331 bis 356 StGB – wenn man nicht mit *Mezger*¹³⁵⁰ die staatliche Ordnung per se als Schutzgut anerkennen will – ebenfalls nicht.¹³⁵¹ Jedoch kann zumindest eine allgemeine Basis der Delikte des 30. Abschnitts im Sinne einer einheitlichen Rechtsgutsorientierung festgestellt werden, die *v. Liszt/Schmidt*¹³⁵² als das Interesse am reibungslosen „*Gang der Staatsverwaltung*“ umschreiben: Die §§ 331 bis 335 StGB sollen die Lauterkeit und Integrität der Amtsführung bzw. das Vertrauen der Allgemeinheit in diese

1347 Vgl. zur Begründung für diese Änderung Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, § 348, S. 148, zitiert nach RG, Urt. v. 8.7.1884 – Rep. 1639/84, RGSt 11, 40, 41.

1348 Vgl. hierzu *Gillmeister* in: Leipziger Kommentar, § 356 Rn. 3; vgl. auch *Geppert Jura* 1981, 78, 84.

1349 Vgl. hierzu *Mezger* BT, S. 254.

1350 *Mezger* BT, S. 254.

1351 Vgl. *Keller* JR 1989, 77.

1352 Von *Liszt/Schmidt* Lehrbuch, S. 815; zust. *Mezger* BT, S. 254.

Werte schützen.¹³⁵³ Ferner dienen die §§ 339 bis 345, 353d StGB zumindest primär dem Schutz der Rechtspflege.¹³⁵⁴ Damit sind die Schutzzwecke dieser Vorschriften an der Funktionsfähigkeit hoheitlicher Tätigkeit orientiert. Dies wird man auch für § 348 StGB annehmen können, der die inhaltliche Wahrheit öffentlicher Urkunden schützen soll,¹³⁵⁵ denn sie stellt eine elementare Bedingung für die effektive Erfüllung von Hoheitsaufgaben dar.

(bb) Rechtsgut des Parteiverrats (§ 356 StGB) und der Verletzung des Steuergeheimnisses (§ 355 StGB)

Die Strafdrohung für den Parteiverrat des § 356 StGB dient ebenfalls zumindest auch dem Interesse der Rechtspflege, da sie neben dem Vertrauen des Mandanten in die Loyalität seines Vertreters auch oder sogar vornehmlich das Vertrauen in die Integrität der Rechtspflege schützen soll.¹³⁵⁶ Die Vorschrift über die Strafbarkeit einer Verletzung des Steuergeheimnisses dient neben dem individuellen Geheimhaltungsinteresse des Steuerpflichtigen zumindest mittelbar auch der Funktionsfähigkeit hoheitlicher Aufgabenerfüllung, indem die Strafbewehrung des Steuergeheimnisses (§ 30 AO) die Durchführung des Besteuerungsverfahrens ermöglicht.¹³⁵⁷

(cc) Rechtsgut der Strafvorschriften zum Schutz von Amtsgeheimnissen der Verwaltung (§ 353b StGB)

Die Regelung des § 353b StGB dient durch den Schutz des staatlichen Geheimnisbereichs – so das Bundesverfassungsgericht in der *Pätsch*-Entscheidung¹³⁵⁸ – „der Aufrechterhaltung und dem einwandfreien Funktionieren einer geordneten Verwaltung, auf die kein Staat verzichten kann“. Daher kann auch diese Vorschrift noch in den hiesigen Kontext eingepasst und als Strafbestimmung zum

1353 Vgl. BGH, Urt. v. 30.4.1957 – 1 StR 287/56, BGHSt 10, 237, 241; Urt. v. 25.7.1960 – 2 StR 91/60, BGHSt 15, 88, 96 f.; Urt. v. 2.7.1980 – 3 StR 201/80, BGHSt 29, 300, 309; Urt. v. 20.2.1981 – 2 StR 644/80, BGHSt 30, 46, 48; Urt. v. 19.12.1997 – 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370, 377; Urt. v. 11.5.2001 – 3 StR 549/00, BGHSt 47, 22, 31; Urt. v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 227; ferner RG, Urt. v. 5.10.1906 – V 483/06, RGSt 39, 193, 201; vgl. zum Meinungsstand *Bannenberg* in: Gesamtes Strafrecht, § 331 StGB Rn. 1; *Sowada* in: Leipziger Kommentar Vor § 331 Rn. 30 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

1354 Vgl. Lackner/Kühl/Heger, § 339 Rn. 1, § 343 Rn. 1, § 344 Rn. 1; § 345 Rn. 1; *Hilgendorf* in: Leipziger Kommentar, § 339 Rn. 8; *Lilie* in: Leipziger Kommentar, § 340 Rn. 1; *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 343 Rn. 1; § 344 Rn. 1; § 345 Rn. 1 jeweils mit weiteren Nachweisen.

1355 *Freund* in: MüKo-StGB, § 348 Rn. 1; *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 348 Rn. 1.

1356 Lackner/Kühl/Heger, § 356 Rn. 1.

1357 Vgl. Lackner/Kühl/Heger, § 355 Rn. 1.

1358 BVerfG, Beschl. v. 1.4.1970 – 1 BvR 690/65 – BVerfGE 28, 191, 200; vgl. auch BVerfG, Urt. v. 27.2.2007 – 1 BvR 538/06 u.a., NJW 2007, 1117, 1118; *Vormbaum* in: Leipziger Kommentar, § 353b Rn. 1.

Schutz der Funktionsfähigkeit effektiven hoheitlichen Handelns angesehen werden.

(dd) Rechtsgut der Gebühren-, Abgabenüberhebung und Leistungskürzung
 (§§ 352, 353 StGB)

Problematisch erscheint dagegen die Integration anderer Vorschriften in ein einheitliches Rechtsgutsgefüge des 30. Abschnitts. So wird von der herrschenden Ansicht das Vermögen als Schutzgut der §§ 352, 353 StGB betrachtet, die teils als Spezialfall, teils als Sondertatbestand zum Betrug¹³⁵⁹ angesehen werden.¹³⁶⁰ Diese Ansicht, der auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹³⁶¹ folgt, geht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1888¹³⁶² zurück. Dort ist ausgeführt, dass aufgrund der praktischen Identität zwischen Gebührenüberhebung, die nur zum eigenen Vorteil begangen werden könne und mit Täuschungsmitteln ermöglicht werde,¹³⁶³ einerseits und Betrug andererseits Letzterer nicht in Tateinheit zu Ersterer stehe, sondern hinter ihr zurücktrete. Etwas anderes gilt nach einer späteren Entscheidung des Reichsgerichts nur, soweit zu der Täuschung über die Zahlungspflicht, die „*begriffsnotwendig zur Gebührenüberhebung gehöre*“,¹³⁶⁴ eine weitere Täuschung trete.¹³⁶⁵ Aufgrund dieses Ausschlussverhältnisses und der bereits vom Reichsgericht festgestellten Tatsache, dass kaum dem „*praktischen Leben entsprechende Fälle denkbar*“ seien, in denen die Gebührenüberhebung ohne Erfüllung des Betrugstatbestandes vorkommt, wird § 352 StGB als „*unverständliche Privilegierung*“ des Amtsträgers kritisiert¹³⁶⁶ und die Streichung der Vorschrift gefordert.¹³⁶⁷

Jedoch darf die Stichhaltigkeit der Argumentation des Reichsgerichts bezweifelt werden: In seinem Urteil rechtfertigt der Strafsenat die Verdrängungswirkung des § 352 RStGB gegenüber § 263 RStGB mit der identischen Begehungsweise

1359 Spezialfall: Otto BT, § 52 Rn. 1; Sondertatbestand: BGH, Urt. v. 6.11.1951 – 2 StR 178/51, BGHSt 2, 35, 36; Wagner Amtsverbrechen, S. 213; Kuhlen in: NK-StGB, § 352 Rn. 4; Vormbaum in: Leipziger Kommentar, § 352 Rn. 1; krit. OLG Köln, Urt. v. 18.8.1987 – Ss 223/87, JR 1989, 75, 76; OLG Braunschweig NJW 2004, 2606 f. nimmt sogar eine noch weitergehende Sperrwirkung an; vgl. aber Keller JR 1989, 77.

1360 Lackner/Kühl/Heger, § 352 Rn. 1, § 353 Rn. 1.

1361 BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08, NJW 2009, 2900, 2901.

1362 RG, Urt. v. 15.11.1888 – Rep. 2473/88, RGSt 18, 219, 220 f.; vgl. aber auch RG, Urt. v. 28.6.1943 – 3 C 188/42 (3 St 65/43), RGSt 77, 122, 123 m.w.N.

1363 Vgl. auch schon Temme Lehrbuch, S. 1084, der von „*betrüglichem Verfahren gegen den Pflichtigen*“ spricht.

1364 Vgl. zu dieser These jedoch OLG Köln, Urt. v. 18.8.1988 – Ss 223/87, JR 1989, 75, 76.

1365 RG, Urt. v. 28.6.1943 – 3 C 188/42 (3 St 65/43), RGSt 77, 122, 123; dem folgend BGH, Urt. v. 6.11.1951 – 2 StR 178/51, BGHSt 2, 35, 36; vgl. auch von Liszt Lehrbuch⁵, S. 609.

1366 So bereits Temme Lehrbuch, S. 1084, der von einer völlig „*unmotivierten*“ Privilegierung spricht; vgl. ferner Keller JR 1989, 77 f.

1367 So etwa von Kuhlen in: NK-StGB, § 352 Rn. 1 f.; vgl. auch Keller JR 1989, 77, 78; dagegen ausdrücklich Vormbaum in: Leipziger Kommentar, § 353 Rn. 1.

und weitgehend identischer Tatbestandsbeschaffenheit. Diese Feststellung des Reichsgerichts ist jedoch bereits deswegen zweifelhaft, weil § 352 StGB tatbeständlich weder eine Täuschung noch Bereicherungsabsicht voraussetzt.¹³⁶⁸ Das in § 352 StGB enthaltene Tatbestandsmerkmal „*zu seinem Vorteil*“ beschreibt kein Merkmal des inneren Tatbestandes, sondern macht dessen Erfüllung vielmehr davon abhängig, dass der Handelnde die Gebühr für sich persönlich verlangt und auch grundsätzlich verlangen darf, wie es etwa beim Gerichtsvollzieher der Fall ist. Andere Amtsträger, die keine Gebühren erheben dürfen, an denen sie selbst finanziell partizipieren, sind vom Tatbestand des § 352 StGB ohnehin nicht berührt.¹³⁶⁹

Zudem kommt es dafür, ob zwei Gesetzesverletzungen zueinander in Gesetzeskonkurrenz stehen, nach moderner Strafrechtsdogmatik nicht entscheidend auf die Tatbestandsidentität, sondern vielmehr auf die geschützten Rechtsgüter an.¹³⁷⁰ Mit der Konkurrenzlehre zum Ende des 19. Jahrhunderts mag die Lösung des Reichsgerichts noch übereinstimmen; so formuliert von Liszt: „*wenn von den mehreren verletzten Strafgesetzen eins die Handlung nach allen ihren Seiten berücksichtigt, so dass Thatbestand und Verbrechensbegriff sich vollständig decken, so ist lediglich dieses Strafgesetz auf die Handlung anzuwenden*“.¹³⁷¹ Nach dem heutigen, rechtsgutsorientierten Konkurrenzverständnis wird man jedoch nur dann eine Verdrängung annehmen können, wenn die betreffenden Strafvorschriften dem Schutz (auch) des gleichen Rechtsguts oder zumindest vergleichbarer Rechtsgüter dienen.¹³⁷² Insofern liegt es nahe, dass die herrschende Meinung einem Zirkelschluss unterliegt, wenn sie davon ausgeht, § 352 StGB diene dem Schutz des Vermögens, weil die Vorschrift gegenüber § 263 StGB vorrangig sei, denn hier werden Ursache und Wirkung umgekehrt. Es kann nicht aus dem Konkurrenzverhältnis der Vorschriften zueinander das Schutzgut bestimmt werden, vielmehr muss der Weg in entgegengesetzter Richtung beschritten werden: Die Feststellung des Schutzgutes und des Unrechtsgehalts der jeweiligen Tatbestandserfüllung gibt das Konkurrenzverhältnis vor. Mit diesem Ergebnis kann aber – zugegebenermaßen – lediglich festgestellt werden, dass die Begründung für die Auffassung der herrschenden Ansicht, §§ 352, 353 StGB dienten dem Schutz des Vermögens, zweifelhaft ist, nicht aber die Unrichtigkeit des Ergebnisses selbst.

Zur Zweckrichtung des § 352 RStGB führt das Reichsgericht aus, die Vorschrift privilegiere den Beamten, der aufgrund der stetig wiederkehrenden Versuchung oftmals geringfügige Beträge dadurch erlange, dass er überhöhte Gebüh-

1368 Vormbaum in: Leipziger Kommentar, § 352 Rn. 1; vgl. aber auch RG, Urt. v. 15.11.1888 – 2473/88, RGSt 18, 219, 223.

1369 Vgl. Lackner/Kühl/Heger, § 352 Rn. 2 m.w.N.

1370 Vgl. Fischer Vor § 52 Rn. 41.

1371 v. Liszt Lehrbuch⁵ S. 241.

1372 Vgl. Puppe in: NK-StGB, Vor § 52 Rn. 31.

ren einfordere. Dies sei letztlich auch deswegen legitim, weil der Bürger sich über den zutreffenden Gebührensatz informieren könne.¹³⁷³ Diese heute noch überwiegend vertretene Privilegierungsthese steht jedoch im Gegensatz zu dem Grundsatz der Strafschärfung bei Missbrauch von Amtsmacht zur Tatbegehung, der bereits im Preußischen Allgemeinen Landrecht verankert war, welches in § 338 II 20 ausdrücklich eine Strafschärfung für betrügende, verfälschende, stehlende u.a. Beamte vorsah. Die Motive zum Preußischen Strafgesetzbuch äußern sich im Übrigen zum Verhältnis zwischen Betrug und Gebührenüberhebung nicht.

Abgesehen von den Wertungswidersprüchen, die durch eine solche Besserstellung des betrügenden Amtsträgers oder Anwalts entstehen,¹³⁷⁴ wirft die These, bei § 352 StGB handele es sich um eine Privilegierung zu § 263 StGB und damit um ein Vermögensdelikt,¹³⁷⁵ im Kontext der heutigen Systematik des Strafgesetzbuchs Fragen auf:

Das Reichsgericht hatte – im Einklang mit der damals herrschenden Ansicht – die historische Zwecksetzung des § 352 StGB dahin gehend umschrieben, dass die Vorschrift dem Zahlungspflichtigen die Freiheit von „*Bedrückung durch ungerechtfertigte Gebühren*“ gewährleisten soll.¹³⁷⁶ Ob diese Vorschrift damit jedoch das Vermögen des Einzelnen schützen soll, ist zweifelhaft. Die systematische Stellung spricht gegen eine solche Auffassung; ein reines Vermögensdelikt wäre im 20. oder 22. Abschnitt systematisch besser verortet gewesen. Bei der Strafvereitelung im Amt (§ 258a StGB) oder der Gefangenbefreiung im Amt (§ 120 Abs. 2 StGB) wurden die Qualifikationen unmittelbar im Anschluss an die Grunddelikte geregelt. Dies hätte auch für § 352 StGB nahegelegen, wenn man die Gebührenüberhebung als einen Betrug mit reduziertem Unrechtsgehalt betrachtet. Dies gilt erst recht, weil die Qualifikationstatbestände, die sich im 28. (heute 30.) Abschnitt fanden (§§ 341, 342 RStGB, heute §§ 340, 344 StGB), und die auf Grunddelikten aus dem allgemeinen Strafrecht aufbauen (unechte Amtsdelikte), ihre Rechtfertigung nicht nur in der Begehung durch einen Amtsträger und dem damit einhergehenden höheren Unrechtsgehalt finden, sondern zusätzlich Verletzungen weiterer Rechtsgüter beinhalten. Damit wäre es noch viel eher nachvollziehbar gewesen, wenn man § 120 Abs. 2, 258 StGB in den Abschnitt über die Amtsdelikte ausgegliedert hätte. Für § 340 StGB wurde die Eingliede-

1373 RG, Urt. v. 15.11.1888 – 2473/88, RGSt 18, 219, 222 f.; krit. OLG Köln, Urt. v. 18.8.1988 – Ss 223/87, JR 1989, 75, 76; a.A. Keller JR 1989, 77 f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.

1374 Vgl. Keller JR 1989, 77 f.; Mezger JW 1933, 2145, 2146.

1375 BGH, Urt. v. 13.5.1953 – 3 StR 926/52, BGHSt 4, 233 f.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 49 Rn. 63; Kublen in: NK-StGB, § 352 Rn. 3; Vormbaum in: Leipziger Kommentar, § 352 Rn. 1.

1376 RG, Urt. v. 15.11.1888 – 2473/88, RGSt 18, 219, 222; so aber auch schon RG, Urt. v. 8.7.1884 – 1639/84, RGSt 11, 40, 41 mit Hinweis auf § 373 II 20 PrALR und m.w.N.

rung der Vorschrift als Strafschärfungsgrund in den 17. Abschnitt zwar erwogen, aber nicht durchgeführt.¹³⁷⁷

Dieses systematische Argument spricht dafür, dass § 352 StGB nicht Privilegierung zu § 263 StGB sein kann oder den Betrug in sonstiger Weise sperrt,¹³⁷⁸ sondern vielmehr zu diesem in Idealkonkurrenz tritt, weil er ein eigenes Schutzgut besitzt. Man könnte hier zwar argumentieren, die Stellung des § 352 StGB habe rein historische Gründe, das ändert aber nichts daran, dass sich der historische Gesetzgeber irgendwann einmal dazu entschlossen hat, die Vorschrift genau dort, in den Amtsdelikten, zu platzieren. Will man diese gesetzgeberische Entscheidung, auch des bundesdeutschen Gesetzgebers, daran festzuhalten, ignorieren, bedarf es mehr, als einer lakonischen Feststellung des Reichsgerichts.

Daher kann nicht das Vermögen des einzelnen rechts- oder ratsuchenden Bürgers durch §§ 352, 353 StGB geschützt sein,¹³⁷⁹ vielmehr sollen überindividuelle Interessen gewahrt werden. Diese werden, nimmt man den Ansatz des Schutzes vor *Bedrückung durch überhöhte Gebühren* ernst, wohl in dem Interesse der Allgemeinheit an der ordnungsgemäßen Abrechnung durch Amtsträger, Rechtsanwälte oder sonstige Rechtsbeistände zu sehen sein. Damit kann das von § 352 StGB geschützte Rechtsgut wohl nur das allgemeine Interesse an einer ordnungsgemäßen Abrechnung durch Amtsträger, Rechtsanwälte und Rechtsbeistände, die auf eigene Rechnung handeln, zur Vermeidung von Vermögensschäden sein. Danach sind § 352 und entsprechend § 353 StGB keine Vermögensdelikte, sondern Delikte gegen den ordnungsgemäßen Ablauf der Verwaltungstätigkeit und Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Rechtspflege. Diese Sichtweise führt dazu, dass § 352 StGB, soweit es Rechtsanwälte betrifft, eher in einem inhaltlichen Zusammenhang mit § 356 StGB steht. Soweit der Täter Amtsträger ist, besteht ein sachlicher Zusammenhang mit den Bestechungsdelikten der §§ 331 ff. StGB. Eine Integration der Vorschrift in die zuvor beschriebene allgemeine Ausrichtung der Amtsdelikte als Strafvorschriften zum Schutz des effektiven hoheitlichen Handelns und der Rechtspflege ist damit möglich.

(ee) Rechtsgut des sog. Arnimparagrafen (§ 353a StGB)

Den sog. Arnimparagrafen (Vertrauensbruch im Auswärtigen Dienst) in diesen Kontext der Funktionsfähigkeit hoheitlichen Handelns einzupassen, erscheint prima facie ebenso problematisch wie § 352 StGB zu integrieren. Diese mit Gesetz vom 26. Februar 1876 in den damals noch 28. Abschnitt eingefügte Bestim-

¹³⁷⁷ Vgl. hierzu BT-Drs. 7/550, S. 277; die Begründung des Entwurfs überließ die angedachte Änderung einer Reform des 17. Abschnitts.

¹³⁷⁸ So wohl auch Keller JR 1989, 77 f.

¹³⁷⁹ So aber die h.M., vgl. nur Vormbaum in: Leipziger Kommentar, § 352 Rn. 1 m.w.N.

mung¹³⁸⁰ soll die Funktionsfähigkeit der auswärtigen Vertretungen der Bundesrepublik und die auswärtigen Interessen der Bundesrepublik schützen.¹³⁸¹ Es handelt sich damit eher um ein Staatsschutzdelikt als um ein Amtsdelikt. Denn die Amtsdelikte, dies kann aus den bisherigen Untersuchungen der anderen Vorschriften des 30. Abschnitts geschlossen werden, betreffen stets die Interessen im Verhältnis zwischen dem Bürger und dem grundsätzlich hoheitlich handelnden Staat, nicht aber im Verhältnis zwischen dem Staatsdiener und seinem Dienstherrn; im Übrigen ein weiteres Argument gegen Hoyers Innenrechtslösung für § 357 StGB. Zwar ist der Missbrauch einer durch den Staat verliehenen Macht einer der Gründe für die Strafbarkeit der Amtsdelikte; das besondere Unrecht ergibt sich jedoch nicht aus der Verletzung von Pflichten, die dem Schutz des Staates als solchem dienen, sondern aus der Verletzung der Pflichten, die der Amtsträger für den Staat gegenüber dem Bürger wahrnimmt. Das ist bei § 353a StGB insofern anders, als diese Vorschrift die Interessen des Staates im Außenverhältnis zu anderen Völkerrechtssubjekten betrifft.¹³⁸² Dennoch geht Heinrich davon aus, dass § 353a StGB dem gleichen Zweck dient, dem auch alle anderen Vorschriften des 30. Abschnitts dienen. Er soll demnach „das durch die Amtsdelikte geschützte gemeinsame Rechtsgut des Interesses der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung“ in seinem Bestand gewährleisten.¹³⁸³

(ff) Gemeinsame Rechtsgutsorientierung der Vorschriften des 30. Abschnitts

Legt man diese Zielrichtung für alle Delikte des 30. Abschnitts zugrunde, so kann dies auch die den § 357 StGB leitende Rechtsgutsorientierung sein. Damit wären die Weichen für eine Behandlung der Vorschrift im Sinne des dritten möglichen Lösungsansatzes als Vorschrift des Allgemeinen Teils im Besonderen Teil des 30. Abschnitts gestellt.

Dieses Ergebnis macht noch einmal deutlich, dass die bereits dargelegte Auffassung Hoyers¹³⁸⁴ abzulehnen ist, die § 357 StGB ein eigenständiges, zusätzliches Schutzgut beilegt, das von dem gemeinsamen Schutzgut der §§ 331 ff. StGB zu differenzieren ist. Nach Hoyers Auffassung schützt § 357 StGB das Vertrauen des Hoheitsträgers in die Redlichkeit des von ihm eingesetzten Amtsträgers. Auf

1380 Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Vormbaum* in: Leipziger Kommentar, § 353a Rn. 1; ferner *Ringwald* Der „Arnim-Paragraph“ (§ 353a StGB), S. 31 ff.

1381 *Vormbaum* in: Leipziger Kommentar, § 353a Rn. 1; vgl. ferner Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, II. Legislaturperiode, 3. Session 1875/7, Band 40, Anlagen Aktenstück Nr. 54, S. 182; zu Zweifeln an der Berechtigung der Vorschrift Heinrich ZStW 110 (1998) S. 327, 337; *Voßen* in: MüKo-StGB, § 353a Rn. 5.

1382 Vgl. Heinrich ZStW 110 (1998), 327, 334.

1383 Heinrich ZStW 110 (1998), 327, 339.

1384 Vgl. hier S. 311 ff.

der Basis dieser Rechtsgutsbestimmung dient § 357 StGB demnach nicht dem „*Interesse der einzelnen Staatsbürger an einem ordnungsgemäßen Funktionieren der staatlichen Verwaltung und der Rechtsprechung*“,¹³⁸⁵ so dass die Vorschrift nicht als Regelung im Allgemeinen Teil der Amtsdelikte angesehen werden könnte. Die Lösung Hoyers führt damit entweder zu der wohl mittlerweile aufgegebenen Auffassung, § 357 StGB normiere ein selbstständiges Sonderdelikt,¹³⁸⁶ oder, wenn man die Vorschrift als Beteiligungsregelung begreift, zu einem systematischen Widerspruch zur Rechtsgutsblindheit des Allgemeinen Teils.

(6) Anwendbarkeit von § 357 StGB auf rechtswidrige Taten außerhalb des 30. Abschnitts

Der Lösungsansatz der spezifischen Beteiligungsregel für die §§ 331 ff. StGB ist aber nur strafrechtsdogmatisch konsistent, wenn man den Anwendungsbereich des § 357 StGB auf Strafvorschriften beschränkt, die eine gemeinsame Rechtsgutsorientierung aufweisen, damit insofern zumindest partiell einheitlich sind, und diese Rechtsgutsorientierung damit auch § 357 StGB führt.

(a) Anwendbarkeit auf Delikte bei der Amtsausübung

Mit der herrschenden Auffassung ist die strafrechtsdogmatische Klassifizierung des § 357 StGB jedoch nur schwer vereinbar. Denn nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahr 1952,¹³⁸⁷ der die nahezu einhellige Ansicht in der Literatur gefolgt ist,¹³⁸⁸ kommt § 357 StGB nicht nur auf Vorschriften zur Anwendung, die ein einheitliches Schutzgut zum Gegenstand haben. Unter „*strafbare Handlung im Amte*“ in § 357 StGB sei vielmehr jede von einem Untergebenen in Ausübung seines Amtes begangene strafbare Handlung zu verstehen, auch wenn sie nicht zu den „*Verbrechen und Vergehen im Amte*“ im Sinne des 28. Abschnitts – heute 30. Abschnitt – des Strafgesetzbuchs gehört. Auch alle an-

¹³⁸⁵ Heinrich ZStW 110 (1998), 327, 339.

¹³⁸⁶ Von Sonderdelikt sprechen auch Kohlrausch/Lange StGB § 357 Anm. IV für das Geschehenlassen.

¹³⁸⁷ BGH, Urt. v. 19.12.1952, 1 StR 353/52, BGHSt 3, 349, 351 f.; vgl. aber auch Urt. v. 13.11.1958 – 4 StR 199/58, NJW 1959, 584, 585; jüngst bestätigt durch BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 18; ferner LG Frankfurt, Urt. v. 20.12.2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04) (*Daschner*), NJW 2005, 692, 693.

¹³⁸⁸ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 49 Rn. 106; Gössel/Dölling BT I § 80 Rn. 3; Maurach/Schröder/Maiwald BT Bd. 2 § 97 Rn. 2; Otto BT, § 100 Rn. 6; Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 8; Fischer, § 357 Rn. 2; Heuchemer in: Beck-OK-StGB, § 357 Rn. 1; Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 4; Kindhäuser in: LPK, § 357 Rn. 4; Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 2; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 5; Preisendanz § 357 Anm. 3b; Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 11; Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 10; Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 8; Andrews Verleitung, S. 39 ff.; Geppert Jura 1981, 78, 84; Quambusch/Schmidt RiA 1996, 275, 283; a.A. Welzel Lehrbuch, S. 538; ferner Bülte NZWiSt 2012, 176, 181.

deren Delikte, die in Ausübung eines öffentlichen Amtes begangen werden, sind danach „*strafbare Handlungen im Amt*“.

Folgt man dieser heute kaum¹³⁸⁹ bestrittenen Auffassung, so führt dies dazu, dass die oben erörterte Bindung der Zurechnungsregel in § 357 StGB an ein bestimmtes Rechtsgut aufgelöst wird. Soweit § 357 StGB auch auf andere Delikte – wie im Falle der besagten Entscheidung des Bundesgerichtshofs, auf §§ 212, 211 StGB – Anwendung findet, beinhaltet die Vorschrift eine eigene Rechtsgutsbestimmung und stellt damit nicht mehr nur eine Zurechnungsregel dar. § 357 StGB wird allerdings durch die Herauslösung aus dem Zusammenhang des 30. Abschnitts auch zur Regelung des Allgemeinen Teils und nicht mehr nur eines Allgemeinen Teils im Besonderen Teil, da sie eine Zurechnung von Taten ohne Rücksicht auf das durch sie betroffene Rechtsgut ermöglicht. Die herrschende Ansicht ignoriert also mit ihrer These, dass eine „*rechtswidrige Tat im Amt*“ keine „*Straftat im Amt*“ im Sinne des 30. Abschnitts sein müsse, die durch die Lozierung des § 357 StGB im Besonderen Teil des Strafgesetzbuchs getroffene Entscheidung des Gesetzgebers über den Anwendungsbereich der Vorschrift.

Der Bundesgerichtshof hat seine Ansicht, § 357 StGB finde auf die Beteiligung Vorgesetzter an allen Straftaten Untergebener Anwendung, die diese in Ausübung ihres Amtes begangen haben, unabhängig davon, ob es sich um Straftaten im Amt im Sinne der §§ 331 ff. StGB handelt oder um andere Delikte, ausschließlich kriminalpolitisch begründet: Der Vorgesetzte habe nicht nur die Pflicht, Straftaten im Amt seitens seiner Untergebenen zu verhindern, sondern er sei der Rechtmäßigkeit der Verwaltung als solcher verpflichtet und müsse daher Straftaten aller Art verhindern, die durch seine Untergebenen begangen werden. Der Vorgesetzte sei daher verantwortlich, sobald die von dem beaufsichtigten Beamten „*begangene strafbare Handlung die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betrifft*“.¹³⁹⁰ Diese Ansicht untermauert der erkennende Senat mit der Überlegung, andernfalls würden erhebliche Wertungswidersprüche entstehen. Wollte man nämlich § 357 StGB auf die Körperverletzung im Amt (§ 340 StGB) anwenden, nicht aber auf den Totschlag, so wäre der Vorgesetzte, der eine Körperverletzung geschehen lässt, wie ein Täter zu bestrafen, bei dem Tötungsdelikt jedoch nur als Gehilfe.¹³⁹¹

Einem so weiten Anwendungsbereich des § 357 StGB – der im Übrigen auch von den Verfassern des StGB für den Norddeutschen Bund ausdrücklich nicht

1389 Als Letzter hatte Welzel Lehrbuch, S. 538 die Beschränkung des § 357 StGB auf „*Vergehen und Verbrechen im Amt*“ vertreten; heute allerdings wieder Bülte NZWiSt 2012, 176, 181 f.

1390 BGH, Urt. v. 19.12.1952, 1 StR 353/52, BGHSt 3, 349, 352.

1391 Vgl. auch Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 10 zu § 263 und §§ 352 f.

gewollt war¹³⁹² – war jedoch zuvor schon *Binding*¹³⁹³ entgegengetreten. Er kommt mit Hinweis auf den Sprachgebrauch zu dem Ergebnis, § 357 RStGB könne nur auf Vergehen und Verbrechen im Amte im Sinne des heutigen 30. Abschnitts angewendet werden. Wollte man die Worte anders deuten – so *Binding* – „so verlöre der Tatbestand jede feste Umgränzung“.¹³⁹⁴ Dieser Eingrenzung hatte jedoch *Olshausen* widersprochen und die Auffassung vertreten, es sei für die Anwendung des § 357 RStGB nicht erforderlich, dass es sich bei der von dem Untergebenen begangenen Tat um ein Verbrechen oder Vergehen im Amt des heutigen 30. Abschnitts handelt; vielmehr reiche es aus, wenn es sich bei der strafbaren Tat um ein eigentliches oder uneigentliches Amtsdelikt handele.¹³⁹⁵ Diese Auffassung hatte er aus dem Gesetzestext des § 357 RStGB selbst hergeleitet. *Hälschner* ist dem gefolgt: Die Handlung des Untergebenen müsse eine „strafbare Handlung im Amte, also ... ein criminell strafbares Amtsdelict, immerhin nicht nothwendig ein im 28. Abschnitte genanntes, sein“.¹³⁹⁶ Beide Autoren¹³⁹⁷ setzten sich mit dieser Ansicht bewusst in Widerspruch zu den ausdrücklichen Aussagen in den Motiven zu § 357 NdBdStGB. Dort hieß es, unter „strafbarer Handlung im Amt“ seien weiterhin ausschließlich „Verbrechen und Vergehen im Amte“ im Sinne des 28. Abschnitts zu verstehen, da insofern keine inhaltliche Änderung des § 330 PrStGB beabsichtigt gewesen sei.¹³⁹⁸ *Hälschner* begründete seine gegenständige Ansicht damit, dass die Motive zu § 353 des 2. Entwurfs des Strafgesetzbuchs des Norddeutschen Bundes von der irriegen Annahme ausgegangen seien, nur im 28. Abschnitt des Gesetzbuchs seien Verbrechen und Vergehen im Amt behandelt. Im Hinblick auf § 357 NdBdStGB, den späteren § 357 RStGB, könne diese einschränkende Auslegung jedoch nicht als maßgebend angesehen werden. Doch kann diese Argumentation von *Olshausen* und *Hälschner* keineswegs als eine Bestätigung der Auffassung des Bundesgerichtshofs in der Entscheidung aus dem Jahr 1952 angesehen werden, denn beide Autoren hatten keine Anwendung des § 357 RStGB auf Delikte befürwortet, die keine Amtsdelikte sind. Sie hatten

1392 Vgl. Motive zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Anlagen zu den Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislaturperiode, Sitzungs-Periode 1870, Aktenstück Nr. 5, S. 86 zu § 353 des Entwurfs.

1393 *Binding* BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 3, S. 736.

1394 Ebenso u.a. *Berner Lehrbuch*, S. 668; *Frank* RStGB, § 357 Anm. I; *Freiesleben* in: *Olshausen*, § 357 Anm. 2; *Oppenhoff/Delius* RStGB § 357 Anm. 1; *Rosenberg* in: *Leipziger Kommentar*⁴ § 357 Anm. 4; *Schönke* RStGB² § 357 III; *Schwarz* RStGB § 357 Anm. 2; ebenfalls mit Zweifeln an der Anwendung der Vorschrift auf Delikte außerhalb des heutigen 30. Abschnitts *Neumeyer*, VDB IX, 1906, S. 517, 519; *Schmitz* in: *MüKo-StGB*, § 357 Rn. 10 sieht bereits deswegen zumindest keine reale Entgrenzungsgefahr, weil die Vorschrift statistisch bedeutungslos sei.

1395 *Olshausen* RStGB § 357 Anm. 2.

1396 *Hälschner* Das gemeine deutsche Strafrecht, Zweiter Band, Zweite Abteilung, S. 1063.

1397 Dem folgt auch von *Liszt* Lehrbuch⁵, S. 611.

1398 Anlage Nr. 5 zu den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode, Session 1870, Dritter Band, S. 86; Motive zu dem, dem Norddeutschen Reichstage vorgelegten Entwurf des Deutschen Strafgesetzbuches, § 353 des Entwurfs, S. 149; vgl. ferner *Rubo* RStGB § 357 Anm. 1, S. 1013.

lediglich die Einschränkung auf den 28. Abschnitt abgelehnt, dagegen aber eine Beschränkung der Amtsdelikte im engeren Sinne für erforderlich gehalten.

Die heute herrschende Auffassung in der Lehre begnügt sich zur Begründung der These von der Anwendbarkeit der Konnivenz auf Delikte auch außerhalb des 30. Abschnitts im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die Judikatur des Bundesgerichtshofs. Andrews¹³⁹⁹ greift die dortige Argumentation auf und führt für die erweiternde Auslegung des § 357 StGB aus, der Vorgesetzte sei in jedem Falle verpflichtet, dafür zu sorgen, dass Untergebene aus seinem Dienstbereich keine rechtswidrigen Taten begehen. Auf die Frage, ob es sich bei der rechtswidrigen Tat um eine Straftat im Amt aus dem 30. Abschnitt handele, könne es dabei nicht ankommen, weil die Verpflichtung sich auf die Verhinderung jedweder rechtswidrigen Tat beziehe.

Diese Argumentation trägt jedoch insofern nicht, als es durchaus möglich ist, der Verpflichtung des Vorgesetzten zur Verhinderung relevanten rechtswidrigen Handelns von Untergebenen strafrechtliche Geltung zu verschaffen, ohne § 357 StGB anzuwenden. Nimmt man nämlich an, die Pflicht zur Sicherung der Rechtmäßigkeit des eigenen Dienstbereichs begründe eine Garantenstellung des Vorgesetzten gegenüber den Diensthandlungen seiner Untergebenen, so ist die strafrechtliche Absicherung auch über die Unterlassungsdelikte zu gewährleisten. Es käme dann zu der vom Bundesgerichtshof angesprochenen Zweistufigkeit der Strafbewehrung. Bei Straftaten im Amt – evtl. sogar nur im Sinne des 30. Abschnitts – würde § 357 StGB Anwendung finden; in allen anderen Fällen wäre der Vorgesetzte an den Straftaten seines Untergebenen durch Unterlassen beteiligt. Die Pflicht des Vorgesetzten zur Sicherung der strafrechtlichen Rechtmäßigkeit des Geschehens in seinem Dienstbereich bedarf damit nicht des § 357 StGB zu ihrer Absicherung, wenn auch durch Anwendung der Regeln über die Beteiligung durch Unterlassen die vom Bundesgerichtshof angesprochene Wertungsdifferenz auftritt.

Andrews¹⁴⁰⁰ hat sich jedoch zur Begründung der Ansicht des Bundesgerichtshofs zudem auf den Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927 (AStGB 1927) berufen. Mit § 144 AStGB 1927 sollte dort eine Vorschrift eingefügt werden, die folgende Formulierung enthielt: „*Ein Amtsvorgesetzter, der einen Untergebenen zu einem Amtsverbrechen oder einem vorsätzlichen Amtsvergehen oder zu einem anderen in oder bei Ausübung des Amtes zu begehenden Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zu verleiten sucht, wird mit Gefängnis bestraft.*“¹⁴⁰¹ Dieser Entwurf zeige, dass es gesetzgeberisch gewollt gewe-

1399 Andrews Verleitung, S. 40 f.

1400 Andrews Verleitung, S. 41.

1401 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390, Begründung S. 16.

sen sei, auch das Geschehenlassen von Straftaten außerhalb des heutigen 30. Abschnitts des StGB als vom Anwendungsbereich des § 357 StGB erfasst anzusehen.

(b) Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 357 StGB auf „Straftaten im Amt“

Doch ist dieses Argument kaum belastbar, da dieser Entwurf zum einen nicht umgesetzt wurde und sich zum anderen aus seiner Begründung nicht entnehmen lässt, ob die Verfasser des Gesetzesentwurfs davon ausgingen, dass es mit der Einfügung der Worte *in oder bei Ausübung des Amtes* erstmals die Statuierung einer Anwendbarkeit der Vorschrift auch außerhalb des 30. Abschnitts mit sich bringen sollte oder es sich um eine Änderung von rein deklaratorischer Bedeutung handelte. In der Begründung zu § 144 AStGB 1927 heißt es lediglich, es komme nach der Fassung des Entwurfs nur auf eine zeitliche Verbindung der Tat mit der Amtsausführung an.¹⁴⁰² Auch den Begründungen späterer Änderungsentwürfe lassen sich zum Anwendungsbereich des § 357 StGB keine Aussagen entnehmen.

Damit bleibt zur Unterstützung der Auffassung des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Ansicht lediglich das kriminalpolitische Argument, es ergebe sich durch eine enge Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 357 StGB ein Wertungswiderspruch. Diese unterschiedliche Behandlung des an einem Amtsdelikt mitwirkenden Vorgesetzten, der als Täter behandelt wird, und dem an einem sonstigen Delikt mitwirkenden Vorgesetzten, dem als Gehilfen die obligatorische Strafmilderung zugutekommt, sehen Rechtsprechung und Lehre als Wertungswiderspruch an. In diese Richtung geht auch der Einwand, es dürfe nicht auf die „Zufälligkeit“ ankommen, dass es sich wegen der gesetzlichen Ausgestaltung eines Entgelts gerade um ein Amtsdelikt nach § 352 StGB handelt, ob der Vorgesetzte aus § 357 StGB bestraft werde.¹⁴⁰³

Diese Kritik wird jedoch nicht überzeugend begründet: *Andrews* illustriert zwar seine Ansicht anhand eines Fallbeispiels, in dem der Vorgesetzte, der eine Aussageerpressung (§ 343 StGB) durch seinen Untergebenen geschehen lässt, als Täter, derjenige, der in gleicher Situation die räuberische Erpressung (§§ 253, 255 StGB) durch seinen Untergebenen duldet, jedoch nur als Gehilfe bestraft wird. *Andrews* behauptet, dass dieses Ergebnis unbillig wäre, begründet das aber nicht weiter. Die behauptete Unbilligkeit liegt jedoch keineswegs auf der Hand: § 343 StGB ist ein Delikt, dessen erheblich höhere Strafe im Vergleich zu § 240 StGB sich daraus ergibt, dass der Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem

1402 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390, Begründung S. 81.

1403 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 10.

Sanktionsverfahren berufen ist, im Namen und im angeblichen Interesse des Staates eine Person zu einer Aussage nötigt und dabei körperliche oder seelische Gewalt androht, also sein Opfer im engen Zusammenhang mit einer Diensthandlung foltert. Schutzgüter des § 343 StGB sind nach herrschender Ansicht die Rechtspflege und die freie Willensentschließung.¹⁴⁰⁴ In diesem Fall ist es nachvollziehbar, warum der Vorgesetzte Täter der geduldeten Aussageerpressung ist. Diese Nötigung hat einen engen inneren Bezug zu der Diensthandlung, die er zu überwachen hat. Der Vorgesetzte setzt seine Untergebenen gerade zur Durchführung der Vernehmung ein. Lässt er hier die Folter an einer vernommenen Person zu, so werden nicht nur die Schutzgüter der §§ 223, 240 StGB verletzt, sondern auch die Rechtspflege, da der Untergebene die Straftat zur Durchführung des dienstlichen Verfahrens begeht. Damit werden auch die Rechtmäßigkeit und die Integrität des Sanktionsverfahrens, das der Vorgesetzte durch seinen Untergebenen durchführen lässt, beschädigt, wenn es in einem staatlichen Verfahrensablauf zu Misshandlungen kommt.

Wenn der Untergebene das Opfer mit Drohungen oder Schlägen nicht zur Aussage zwingt, die im Sanktionsverfahren Verwendung finden sollen, sondern zur Herausgabe von Wertgegenständen nötigt, ist dies jedoch anders. Die Straftat dient nicht der Durchführung einer Diensthandlung, die im sachlichen Zusammenhang mit dem staatlichen Verfahren steht, sondern sie wird bei Gelegenheit der Durchführung der Diensthandlung begangen. Diese rechtswidrige Tat muss der Vorgesetzte fraglos verhindern, aber lediglich als allgemeiner Garant und nicht als Vorgesetzter im Sinne von § 357 StGB. Insofern findet sich eine Parallele zu der vom Oberlandesgericht Karlsruhe¹⁴⁰⁵ entschiedenen Fallgestaltung, in der das Gericht betonte, die Tatbegehung durch einen Mitarbeiter eines Unternehmens könne nur dann eine Verantwortlichkeit des Vorarbeiters auslösen, wenn die Bezugstat im Zusammenhang mit der unternehmerischen Tätigkeit begangen wird, nicht aber wenn die Tat nur gelegentlich des Aufenthalts beim Kunden geschieht.

Diese Argumente können auch der Ausgangsentscheidung des Bundesgerichtshofs von 1952 entgegengehalten werden: Der Strafsenat stellte fest, dass der Vorgesetzte nicht nur die Pflicht habe, die Begehung von Verbrechen und Vergehen im Amt, sondern jedwede rechtswidrige Tat durch seine Untergebenen zu unterbinden, soweit die von dem beaufsichtigten Beamten drohende strafbare Handlung die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte, also Dienstgeschäfte, betrifft.¹⁴⁰⁶ Dem ist noch nichts entgegenzusetzen. Der Vorgesetzte ist Garant für die Rechtmäßigkeit der Dienstausübung seiner Untergebenen. Daraus folgt der

1404 Fischer, § 343 Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger, § 343 Rn. 1; Hecker in: Schönke/Schröder, § 343 Rn. 1; Kuhlen in: NK-StGB, § 343 Rn. 3.

1405 OLG Karlsruhe, Urt. v. 25.3.1971 – 3 Ss 5/71, GA 1971, 281 ff.

1406 BGH, Urt. v. 19.12.1952 – 1 StR 353/52, BGHSt 3, 349, 351.

Bundesgerichtshof nun allerdings, dass sich die Verletzung dieser Garantenstellung stets in einer Erfüllung des Tatbestandes des § 357 StGB äußern müsse, da ansonsten wertungswidrige Ergebnisse die Folge wären: Der Vorgesetzte, der eine schwere Körperverletzung oder Tötung durch einen Untergebenen dulde, könne trotzdem nur als Unterlassungsgehilfe dieser Tat in Tateinheit mit der Körperverletzung im Amt – hier gemäß § 357 StGB wie ein Täter – bestraft werden. Für dieses Ergebnis könne – so der 1. Strafsenat – „*kein innerer Rechtfertigungsgrund*“ gefunden werden.

Doch die Begründung des Bundesgerichtshofs überzeugt weder strafrechtsdogmatisch noch kriminalpolitisch. Das Gericht kommt zu dem Ergebnis, dem Vorgesetzten sei die Strafmilderung aus §§ 27, 49 StGB zu versagen, weil er als Vorgesetzter die Tatbegehung geduldet habe. Wenn man in diesem Zusammenhang mit der herrschenden Ansicht davon ausgeht, § 357 StGB schütze auch das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung, dann folgt daraus wiederum, dass ihm die Strafmilderung wegen schwerer Körperverletzung oder Totschlags versagt wird, weil er das Vertrauen in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung verletzt hat; deswegen wird der Vorgesetzte nun wie ein Täter der Tötung und nicht als Gehilfe bestraft. Dieses Ergebnis irritiert, weil dann das in § 357 StGB umschriebene Unrecht in der Lage sein müsste, die Verhaltensnormen der §§ 211 ff., 223 ff. StGB mit einem anderen Rechtsgut „aufzuladen“. Die Verletzung des Vertrauens in die Allgemeinheit durch den Vorgesetzten führte in dem vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fall dazu, dass der Vorgesetzte nicht die durch §§ 27, 49 StGB vorgesehene Freiheitsstrafe von nicht unter drei Jahren zu erhalten hatte, sondern mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu sanktionieren war. Dass dies im Einzelfall nach dem Gerechtigkeitsgefühl angemessen erscheint, soll nicht bestritten werden. Dennoch kann die Verletzung eines dem erfüllten Straftatbestand indifferent gegenüber stehenden Rechtsguts kaum dazu führen, dass sich das Strafmaß oder die Bewertung der Beteiligungsform wegen dieses Delikts verschiebt. Kriminalpolitisch dürfte die Verletzung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Rechtmäßigkeit der Amtsführung hinreichend durch die Anwendung des § 357 StGB auf die Taten nach § 340 StGB oder andere Amtsdelikte erfasst sein.

Für die hier vertretene Lösung spricht auch der Wortlaut des § 357 StGB selbst, dort heißt es „*rechtswidrigen Taten im Amt*“.¹⁴⁰⁷ Bei der Überschrift der §§ 331 ff. StGB liegt es nahe, darunter nur solche Taten zu verstehen, die in dem 30. Abschnitt mit dem Titel „*Straftaten im Amt*“ zusammengefasst sind. Das ergibt sich auch aus der systematischen Stellung des § 357 StGB, der am Ende eben dieses Abschnitts platziert wurde. Ferner ist die Ansicht des Bundesgerichtshofs, jede Tat, die in Beziehung auf den Dienst des Untergebenen begangen wird, als

1407 Vgl. Rogall GA 1979, 11, 24; a.A. Andrews Verleitung, S. 40 Fn. 296.

Bezugstat anzusehen, mit Blick auf den Wortlaut des § 340 Abs. 1 StGB problematisch. Dort richtet sich die Strafandrohung gegen den Amtsträger, der „*während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen lässt*“; der sachliche Anwendungsbereich der Vorschrift wird also in genau der Weise angegeben, die der Bundesgerichtshof für § 357 StGB annimmt. Damit stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber nicht in § 357 StGB eine ähnliche Formulierung verwendet hat und statt von einer „*Straftat im Amt*“ von einer „*Straftat während seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst*“ gesprochen hat.

Gegen das Wortlautargument wendet Schmitz¹⁴⁰⁸ ein, daraus lasse sich kein direkter Verweis auf den 30. Abschnitt ableiten. Wenn der Gesetzgeber eine solche Einschränkung gewollt hätte, wäre es ihm möglich gewesen, die Formulierung des § 357 StGB durch das EGStGB von 1974 entsprechend anzupassen, wo doch die extensive Auslegung durch Rechtsprechung und Lehre bekannt gewesen sei. Der Gesetzgeber hat allerdings dem § 357 StGB aufgrund seiner kaum existenten praktischen Bedeutung niemals Beachtung geschenkt, so dass aus seiner Untätigkeit nicht zwingend geschlossen werden kann, eine Extension entspreche dem Willen des Gesetzgebers. Das Wortlautargument lässt sich auf diese Weise nicht entkräften.

Soweit es § 258a StGB betrifft, dürfte im Hinblick auf die historische Entwicklung eine Einbeziehung in den Anwendungsbereich des § 357 StGB anzunehmen sein. Im Strafgesetzbuch galten vor der Schaffung der §§ 258, 258a StGB einerseits die Regelungen der §§ 257, 257a StGB a.F. – sachliche und persönliche Begünstigung sowie Vereitelung von Sicherungs- und Besserungsmaßnahmen –, die durch die Vorschriften in § 257 und § 258 StGB n.F. ersetzt wurden, und andererseits gilt § 346 StGB a.F. (Begünstigung im Amt). Letzterer ist im Wesentlichen in § 258a StGB n.F. aufgenommen worden. Damit könnte man sagen, dass § 258a StGB nur aus gesetzgebungstechnischen Gründen aus dem 30. Abschnitt ausgelagert wurde und zumindest insofern noch in diesen Abschnitt hineingehört, als auch diese Vorschrift als Normierung einer Straftat gegen die Strafrechtspflege in ihrer Rechtsgutsorientierung den anderen im 30. Abschnitt befindlichen Vorschriften gleicht. Eine Tat nach §§ 258, 258a StGB ist mithin eine Straftat im Amt im Sinne von § 357 StGB. Vergleichbares gilt für § 120 Abs. 2 StGB n.F. im Hinblick auf § 347 StGB (Entweichenlassen von Gefangenen).¹⁴⁰⁹

Keine historische Begründung wird man jedoch in anderen Fällen von Amtsdelikten finden, in denen sich die Strafbarkeit oder die Strafschärfung auf die Verletzung des besonderen Vertrauens in die Rechtmäßigkeit der Amtsausführung stützt. Dies gilt für § 174b StGB. Für den Straftatbestand des sexuellen

1408 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 10.

1409 Vgl. hierzu auch BT-Drs. 7/550, S. 208.

Missbrauchs unter Ausnutzung einer Amtsstellung wird man unter Berücksichtigung der Schutzgüter¹⁴¹⁰ dennoch davon ausgehen können, dass es sich um eine rechtswidrige Tat im Amt handelt. Denn hier kommt es nicht nur bei Gelegenheit der Durchführung des staatlichen Verfahrens zur Begehung der Tat, sondern die Tat ist von ihrer Struktur her auf einen „*Missbrauch der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit*“ angelegt.¹⁴¹¹ Jedoch resultiert hier die Lozierung der Strafvorschriften wohl daraus, dass die Qualifikationen, die mit der Amtsausübung zusammenhängen, jeweils in den sachlichen Zusammenhang mit dem Rechtsgut des Grunddelikts eingefügt wurden.

Auch die Regelbeispiele in § 240 Abs. 4 Nr. 3, §§ 263 Abs. 3 Nr. 4, 264 Abs. 2 Nr. 2, 267 Abs. 3 Nr. 4 StGB stellen auf den Missbrauch einer Amtsstellung ab.¹⁴¹² Jedoch sind die Fälle der Regelbeispiele nicht unter den Tatbestand des § 357 StGB subsumierbar. Der Begriff *rechtswidrige Tat* meint gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB nur Tatbestände, so dass Regelbeispiele, die sich nur auf die Strafzumessung auswirken, hierunter nicht gefasst werden können.

Soweit es rechtswidrige Taten des Strafgesetzbuchs betrifft, ist § 357 StGB also entgegen der herrschenden Ansicht nur auf die Straftaten im Amt im engeren Sinnex (§§ 331 ff. StGB) und die rechtswidrigen Taten der §§ 120 Abs. 2, 174b, 258, 258a StGB anzuwenden. Nur dann bleibt die Auffassung der herrschenden Ansicht stimmig, es handele sich bei § 357 StGB um eine Vorschrift, die nicht nur eine Beteiligungsregel darstellt, sondern auch noch selbst den Schutz eines bestimmten Rechtsguts bezwecken soll. Die Konnivenz ist dann eine Zurechnungsregel, die durch die einheitliche Rechtsgutsorientierung der Delikte, auf die sie Anwendung findet, an deren Wertungsorientierung teilnimmt. Sie kann auf diese Weise rechtsgutsorientiert sein, ohne ihren Charakter als Regelung des Allgemeinen Teils zu verlieren. § 357 StGB ist eine Vorschrift des Allgemeinen Teils im Besonderen Teil.

(c) § 357 StGB in der BSR-Entscheidung

Die Rezeption der BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs legt nahe, dass dieses Ergebnis von der Rechtsprechung letztlich auch für gerechtfertigt gehalten wird oder – was eher als unwahrscheinlich anzusehen sein dürfte – die Konnivenzvorschrift vom 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs übersehen wurde.¹⁴¹³ Bei

¹⁴¹⁰ Vgl. *Fischer*, § 174b Rn. 2; *Eisele* in: *Schönke/Schröder*, § 174b Rn. 2; *Renzkowski* in: *MüKo-StGB*, § 174b Rn. 2.

¹⁴¹¹ Vgl. *Fischer*, § 174b Rn. 4.

¹⁴¹² Vgl. aber LG Frankfurt, Urt. v. 20.12.2004 – 5/27 KLS 7570 Js 203814/03 (4/04) (*Daschner*), NJW 2005, 692, 693, mit einer Verurteilung wegen Nötigung im Amt in Verbindung mit § 357 StGB.

¹⁴¹³ BGH, Urt. v. 20.10.2012 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 48 weist dagegen ausdrücklich darauf hin, dass die Anwendung der Vorschrift nicht in Betracht kommt; vgl. auch *Schmitz* in: *MüKo-StGB*, § 357 Rn. 10.

dem Angeklagten, um dessen Strafbarkeit es in der vieldiskutierten Entscheidung ging, handelte es sich zwar nicht um ein Organ, aber doch um eine Führungskraft einer Anstalt des öffentlichen Rechts, der die Aufsicht und Kontrolle über die Tarifgestaltung im Bereich einer Aufgabe der Daseinsfürsorge übertragen war, also um einen Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2b oder c StGB.¹⁴¹⁴ Dieser verletzte seine Pflicht zur Aufsicht und Kontrolle der Dienstgeschäfte derjenigen Personen, die die Tarife für die Straßenreinigung festsetzten, indem er sie nicht daran hinderte, Betrugstaten zu begehen. Hier drängt sich im Hinblick auf die herrschende Ansicht die Frage auf, warum der Strafsenat nicht § 357 Abs. 2 StGB zur Anwendung gebracht hat, hätte dies doch zu einem erheblich härteren Schulterspruch geführt. Dann wäre der Strafraum nicht unter Berücksichtigung der doppelten Milderung wegen Beihilfe durch Unterlassen zu bestimmen gewesen, sondern aus dem Regelstrafrahmen nach § 357 Abs. 1 StGB. Die vom 5. Strafsenat gefundene Lösung ist im Ergebnis zutreffend,¹⁴¹⁵ aber unter Berücksichtigung der sich aus dem Urteil ergebenden Tatsachen nur dann gerechtfertigt, wenn man § 357 StGB ausschließlich auf Amtsdelikte und nicht auf lediglich in Ausübung eines Amtes begangene allgemeine Straftaten wie etwa einen Betrug im Kontext der Abrechnung von Gebühren anwendet.

(7) Erfassung eines eigenen Rechtsguts des § 357 StGB

Die Problematik der Rechtsgutsbezogenheit des § 357 StGB ergibt sich auch noch in anderer Hinsicht. Nach wohl herrschender Auffassung bezweckt § 357 StGB den Schutz von zwei Rechtsgütern: zum einen dem durch die Bezugstat angegriffenen Rechtsgut und zum anderen dem Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandels, insbesondere in das der Vorgesetzten und in deren Kontrolle ihrer Untergebenen und zu Beaufsichtigenden.¹⁴¹⁶ Auf dieser Basis handelt es sich bei § 357 StGB nicht ausschließlich um eine Zurechnungsvorschrift, vielmehr beinhaltet die Bestimmung zumindest auch eine Verhaltensnorm, also eine dem Besonderen Teil zugehörige Vorschrift. Soweit es den Schutz des Vertrauens in die Amtsführung durch Kontrolle Untergebener durch den Vorgesetzten als eigenes Rechtsgut angeht, bewegt sich die Vorschrift nämlich nicht mehr in den durch die in den Straftatbeständen der §§ 331 ff. StGB enthaltenen Ver-

1414 Vgl. hierzu im Einzelnen hier S. 372 ff.

1415 Bülte NZWiSt 2012, 176, 181; a.A. Brozat CCZ 2011, 227, 228 f.; offengelassen bei Heine/Weißer in: Schöne/Schröder, § 357 Rn. 1.

1416 Otto BT, § 104 Rn. 3; Jescheck in: Leipziger Kommentar¹⁰ § 357 Rn. 1; Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 2; Kublenz in: NK-StGB, § 357 Rn. 3; Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 4; Rotsch/Sahan in: Gesamtes Strafrecht, § 357 StGB Rn. 1; Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 2; Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 1; diff. Brozat CCZ 2011, 227, 228 f. (Schutzgut sei Vertrauen in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandels); krit. Maurach/Schröder/Maiwald BT 2, § 97 Rn. 2: Der Hinweis auf den Schutz des Vertrauens in die Rechtmäßigkeit der Amtsgeschäfte sei „nichtssagend“.

haltensnormen gesteckten Grenzen, sondern stellt eine eigenständige, an den Vorgesetzten gerichtete Verhaltensnorm auf.

Allerdings überzeugt diese doppelte Schutzrichtung durch die herrschende Auffassung nicht. Ein Begründungsansatz für diese Ansicht findet sich ausschließlich bei *Will*, der ausführt, die Betrachtung, das allgemeine Vertrauen in die Integrität des Staatsapparates und in die Ordnungsmäßigkeit der Kontrolle von Untergebenen werde durch die geschichtliche Entwicklung bestätigt. Wenn die „*Rädelsherrerschaft*“ – nach § 68 II 20 PrALR – mit verschärfter Strafe bedroht worden sei, so mache dies eine berechtigte Erwartung der Allgemeinheit deutlich, dass der Vorgesetzte den Straftaten Untergebener nicht gleichgültig gegenüberstehe, sondern sie verhindere.¹⁴¹⁷ Gerade diese Begründung weckt jedoch Zweifel daran, dass es sich bei dem Vertrauen in die Kontrolle der Amtsgeschäfte durch den Vorgesetzten um ein eigenständiges Rechtsgut handelt. Dies würde nahelegen, dass jeder Unterlassungstäter, der als Bewachergarant auf Posten gestellt war, um den Schadenseintritt zu verhindern, nicht nur das Schutzgut des verwirklichten Straftatbestandes, sondern auch – und zwar als eigenständiges Rechtsgut – das Vertrauen des Rechtsgutsinhabers in die Verhinderung der Tatbestandsverwirklichung verletzt hätte. Eine solche Lösung würde dazu führen, dass eine Vermischung von Zurechnungs- und Verhaltensnorm durch § 13 StGB stattfände.

Diesem Einwand könnte zwar entgegengehalten werden, dass die Vorgesetztenstellung des § 357 StGB ein spezifisches Vertrauen der Allgemeinheit in die Erfüllung der Aufsichts- und Kontrollaufgaben schaffe, das über das Sich-Verlassen auf die Verhinderung des Unrechtserfolgs durch einen allgemeinen Garanten hinausgeht. Aber auch das Vertrauen in den Vorgesetzten baut letztlich auf dem allgemeinen Vertrauen in den Schutz der Rechtsgüter der Bezugstat auf. Missachtet daher der Vorgesetzte seine Aufsichts- oder Kontrollpflichten gegenüber dem Untergebenen, so begründet dies keine Verletzung eines zusätzlichen eigenständigen Rechtsguts, sondern allenfalls eine vertiefte Beeinträchtigung des von der Strafvorschrift, die die Bezugstat erfüllt, geschützten Rechtsguts und damit ein schwereres Unrecht durch die uneingeschränkte Zurechnung der (aktiven) Bezugstat als eigene. § 357 StGB nimmt daher allein an der Rechtsgutsorientierung der §§ 331 ff. StGB teil und stellt keine eigenständige Verhaltensnorm dar, so dass insofern der Einordnung als Regelung des Allgemeinen Teils für den 30. Abschnitts des Strafgesetzbuchs keine strafrechtsdogmatischen oder verfassungsrechtlichen Hinderungsgründe entgegenstehen.

1417 *Will* Verantwortung, S. 45.

b) § 357 StGB als Regelung einer Urheberschaft als Teilnahme im weiteren Sinne

Über die Bewertung des § 357 StGB als Beteiligungsregel hinaus besteht keine Einigkeit über seine dogmatische Stellung. Die herrschende Meinung¹⁴¹⁸ nimmt an, die Vorschrift regle „Fälle der Beteiligung im weitesten Sinne“, eine Art eigenständige *Urheberschaft*,¹⁴¹⁹ die im Strafgesetzbuch sonst nicht vorkommt. Ferner gehe die Urheberschaft des § 357 StGB so weit, dass nicht nur der Vorgesetzte durch § 357 StGB mit der Strafe als Täter bedroht wird, der den Untergebenen zu einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat verleiten will (§ 26 StGB), sondern auch derjenige, der den Untergebenen zu einer Fahrlässigkeitstat verleite oder dies unternimmt. Unter dieser Prämisse wäre § 357 StGB nicht nur eine Sonderregelung der Teilnahme im Sinne der §§ 26, 27 StGB, sondern würde auch eine vorsätzliche Teilnahme am Fahrlässigkeitsdelikt eigenständig regeln.

Auch *Binding* hatte zu § 357 RStGB vertreten, die Vorschrift komme zur Anwendung, wenn der Vorgesetzte einen schuldunfähigen Untergebenen in Kenntnis der Schuldunfähigkeit zur Begehung einer Tat im Amt verleiitet.¹⁴²⁰ Betrachtet man diese Auffassung im Kontext des damals geltenden Reichsstrafgesetzbuchs, das das Verleiten zu oder Geschehenlassen einer *strafbaren Handlung* forderte, so ist diese Ansicht bemerkenswert. Denn *Binding* musste bei seiner Annahme zwangsläufig davon ausgehen, dass auch die schuldlos begangene Tat des Untergebenen eine strafbare Handlung im Sinne von § 357 RStGB darstellen kann. Der Begriff der *strafbaren Handlung* war im Reichsstrafgesetzbuch zwar nicht legaldefiniert, trotzdem herrschte in Rechtsprechung und Lehre im Hinblick auf die Teilnahmeregelungen des § 48 RStGB die Auffassung vor, dass das Prinzip der strengen Akzessorietät gelte und daher als strafbare Handlung nur eine schuldhaft begangene Handlung zu betrachten sei.¹⁴²¹ Demnach wäre in dem von *Binding* gebildeten Fall nach dem Wortlaut der Vorschrift nicht von einer Anwendbarkeit des § 357 RStGB auszugehen gewesen. Die Auslegung *Bindings* führte damit, weil insbesondere der Fall des fehlenden Vorsatzes als schuldlose Begehung angesehen wurde, zu einer Ausweitung des § 357 RStGB auch auf fahrlässig begangene Amtsdelikte.

1418 Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 9; Fischer, § 357 Rn. 2; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 6; Andrews Verleitung, S. 33 ff.; Rogall GA 1979, 11, 24; a.A. Otto BT, § 100 Rn. 5; Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 12 f.; Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 9.

1419 Vgl. Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 1; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 6.

1420 Binding BT 2/2, § 260 Anm. II Nr. 2, S. 736.

1421 RG, Urt. v. 3.12.1935 – 1 D 1195/34, RGSt 70, 26, 27; vgl. auch BGH, Urt. v. 1.10.1953 – 4 StR 224/53, BGHSt 4, 355, 356 f.

(1) Wortlautargument

Diese Anwendung der Vorschrift auch auf fahrlässige Bezugstaten wird zunächst auf den Wortlaut des § 357 Abs. 1 StGB gestützt, in dem es – anders als in den §§ 26, 27 StGB, die ein Bestimmen eines anderen zu dessen „*vorsätzlicher rechtswidriger Tat*“ bzw. ein Hilfe-Leisten zu einer „*vorsätzlichen*“ rechtswidrigen Tat verlangen – lediglich heißt, der Untergebene müsse zu einer „*rechtswidrigen Tat*“ im Amt verleitet werden. Da aber eine rechtswidrige Tat nach der Begriffsbestimmung des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB ausdrücklich jede Tat ist, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, also die vorsätzliche Begehung nicht konstitutiv für dieses Tatbestandselement des § 357 StGB ist, legt der Wortlaut des § 357 StGB im Vergleich zu den Teilnahmeregeln der §§ 26, 27 StGB die Ansicht nahe, dass sowohl Vorsatz- als auch Fahrlässigkeitstaten des Untergebenen *rechtswidrige Taten* im Sinne des § 357 StGB sein können.¹⁴²²

(2) Gesetzgeberische Intention

Andrews beruft sich zur Begründung dieser Auffassung auf die Entwicklungsgeschichte des § 357 RStGB in den 1920er- und 1930er-Jahren und argumentiert mit den damals in den Gesetzesentwürfen enthaltenen Vorschlägen zur Neufassung der Vorschrift: Der Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1925 (AStGB 1925) sah eine Änderung des damals geltenden § 357 RStGB vor. Die vorgeschlagene Fassung der Vorschrift sollte eine Strafbarkeit des vorsätzlichen Verleitens, des Unternehmens des Verleitens und des wissentlichen Geschehenlassens einer strafbaren Handlung des Untergebenen normieren. Nach diesem Entwurf war eine Änderung dahin gehend vorgesehen, dass § 136 AStGB 1925 nun ausschließlich den Versuch, einen Untergebenen zu einem Amtsverbrechen oder vorsätzlichen Amtsvergehen zu verleiten, mit Gefängnis bestrafen sollte;¹⁴²³ eine hinsichtlich der relevanten Passage entsprechende Formulierung war auch in den Entwürfen des AStGB aus den Jahren 1927 und 1930 (jeweils § 144-E) enthalten. Dieser ausdrücklichen Beschränkung auf vorsätzliche Amtsvergehen sei zu entnehmen, dass der Entwurf davon ausgegangen sei, auch das Verleiten zu einem Fahrlässigkeitsdelikt falle grundsätzlich (noch) in den Anwendungsbereich des § 357 RStGB, da man damals durch die Neufassung der

1422 Vgl. *Andrews* Verleitung, S. 31 f.

1423 Materialien zur Strafrechtsreform Band 3, Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, (Nachdruck), Bonn 1954, S. 17; Materialien zur Strafrechtsreform Band 4, Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927, (Reichstagsvorlage) (Nachdruck), Bonn 1954, S. 16.

Vorschrift keinesfalls eine Verschärfung der Rechtslage habe herbeiführen wollen.¹⁴²⁴

Diese Begründung überzeugt kaum: Zwar war es erklärt Ziel der Reformbewegung, das Strafrecht durch die Neufassung des Gesetzes moderner, vor allem milder und in größerer Orientierung am Verurteilten zu gestalten.¹⁴²⁵ Aber es wäre durch die vorgeschlagene Neufassung von § 357 StGB trotz allem zumindest eine partielle Verschärfung der Strafbarkeit herbeigeführt worden, weil die Vorschriften in den Entwürfen nicht mehr auf die Strafdrohung der Bezugstat verwiesen, sondern einen eigenen Strafrahmen beinhalteten; der Täter des § 357 StGB sollte mit Gefängnis bestraft werden. Damit hätte die vorgeschlagene Neufassung wohl letztlich zu einer vollkommen anderen Regelung, einem eigenständigen Straftatbestand, geführt.

Auch darüber hinaus kann die Argumentation Andrews aus den Gesetzesmaterialien widerlegt werden: In den Begründungen der Entwürfe (§ 136-E 1925 und § 144-E 1927) heißt es übereinstimmend: „*die Verleitung ist, wenn sie eine strafbare Ausführungshandlung zur Folge gehabt hat, Anstiftung*“.¹⁴²⁶ Anstiftung konnte auch nach damals herrschender Ansicht nur zu einem vorsätzlich begangenen Delikt geleistet werden.¹⁴²⁷ Wenn also die Begründungen der Reformvorschläge weiterhin ausführen, dass sie die Vorschrift des § 357 RStGB insofern für überflüssig halten, als die Anstiftung das vollendete Verleiten zur Bezugstat des Untergebenen als Haupttat ohnehin erfasse, so wird man daraus wohl ableiten können, es könnten zur Anstiftung untaugliche Fahrlässigkeitstaten als miterfasst angesehen worden sein. Die Argumentation in der Begründung der Entwürfe spricht also vielmehr dafür, dass die Neufassung des § 357 RStGB nicht zu einer konstitutiven Beschränkung des Verleitens auf Vorsatzdelikte führen sollte, sondern insofern lediglich deklaratorische Bedeutung hat.

(3) Kriminalpolitische Notwendigkeit

Das oben genannte Wortlautargument bezüglich § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB wird von den Gegnern der Fahrlässigkeitslösung ebenso wenig bestritten wie die auf den Vergleich zwischen § 357 StGB (rechtswidrige Tat) und §§ 26, 27 StGB (vorsätzliche rechtswidrige Tat) gestützte Begründung der herrschenden Ansicht. So

1424 Vgl. Andrews Verleitung, S. 31 f.

1425 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390 v. 19. Mai 1927, Begründung S. 1.

1426 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390, Begründung S. 75; Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390, Begründung S. 81.

1427 Vgl. nur RG, Urt. v. 20.6.1892 – Rep. 1738/92, RGSt 23, 175, 176; Frank RStGB, § 48 Anm. 2; Schwarz RStGB § 48 Anm. 2g m.w.N.; a.A. später Mezger in: Leipziger Kommentar⁶ § 48 Anm. 2 b) m.w.N.

sieht Otto eine Erfassung des Verleitens des Untergebenen zu einem Fahrlässigkeitsdelikt und dessen Geschehenlassen zwar als mit dem Wortlaut des § 357 StGB vereinbar an, weil dieser im Gegensatz zu den §§ 26, 27 StGB gerade nicht die Mitwirkung an einer vorsätzlichen rechtswidrigen Tat fordert. Jedoch sei die Bestrafung des Vorgesetzten in diesen Fällen kriminalpolitisch nicht notwendig.¹⁴²⁸ Diese Zweifel an der kriminalpolitischen Notwendigkeit liegen durchaus nahe, gilt doch im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte das Einheitstäterprinzip, so dass das Verleiten eines Untergebenen zu einem solchen Delikt regelmäßig die Täterschaft des Vorgesetzten begründet. Die Anwendung von § 357 StGB auf die Fahrlässigkeitsdelikte bringt insofern nur geringen kriminalpolitischen Nutzen, nämlich nur im Hinblick auf die Sperre für die Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB für die Konnivenz im engeren Sinne.

Dennoch geht ein Teil der Lehre davon aus, dass § 357 StGB auch im Falle der unvorsätzlichen Begehung der Bezugstat durch den Untergebenen zur Anwendung kommen könne. Heinrich nimmt insofern Bezug auf § 160 StGB, der ebenfalls den Begriff *Verleiten* verwendet,¹⁴²⁹ weist aber darauf hin, dass § 357 StGB regelmäßig durch die mittelbare Täterschaft verdrängt werde.¹⁴³⁰ Andrews stellt ferner fest, § 357 StGB könne die Fälle erfassen, in denen der Untergebene bei der Begehung eines eigenhändigen Delikts oder anderen Sonderdelikts nicht vorsätzlich handelt. In Fallkonstellationen, in denen der Vorgesetzte nicht die Täterqualifikation aufweist und der Untergebene tauglicher Täter ist, jedoch unvorsätzlich handelt, könne das Unrecht nur über § 357 StGB erfasst werden. Dazu führt er zwei Beispiele an:¹⁴³¹ zum einen die Fallgestaltung des Beifahrers, der den Fahrer nach einem Unfall über das Vorliegen eines Schadens täuscht,¹⁴³² zum anderen den Fall des Arztes, der über das Vorliegen einer Befugnis zur Auskunft über Patientendaten getäuscht wird.¹⁴³³ In beiden Fällen ist eine Lösung über § 357 StGB nach heutigem Recht¹⁴³⁴ nicht möglich. Der Tatbestand des § 357 StGB ist nicht erfüllt, weil die nur fahrlässige Tatbegehung des Untergebenen keine rechtswidrige Tat im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB darstellt.

Das betont Andrews letztlich auch,¹⁴³⁵ so dass eine Anwendung des § 357 StGB über Teilnahmekonstellationen hinaus allenfalls in einigen wenigen Fällen der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit kriminalpolitisch sinnvoll erscheint. Insofern be-

1428 Otto BT, § 100 Rn. 5.

1429 Vgl. zu dieser parallelen Verwendung des Begriffs des *Verleitens* Andrews Verleitung, S. 34.

1430 Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht BT, § 49 Rn. 106.

1431 Andrews Verleitung, S. 34.

1432 OLG Stuttgart, Urt. v. 6.3.1959 – 2 Ss 49/59, JZ 1959, 579.

1433 BGH, Urt. v. 1.10.1953 – 4 StR 224/53, BGHSt 4, 355 ff.

1434 Etwas anderes mag noch nach der Gesetzeslage vor dem 1.1.1975 gegolten haben, als der Vorsatz nicht zwingendes Merkmal der Strafbarkeit gewesen sein soll, vgl. nur RG, Urt. v. 30.3.1915 – IV 120/15, BGHSt 49, 116, 118; BGH, Urt. v. 14.5.1954 – 2 StR 29/54, BGHSt 6, 131, 132; ferner Frank RStGB, S. 198.

1435 Andrews Verleitung, S. 34.

jaht Andrews die kriminalpolitische Notwendigkeit der Anwendung von § 357 StGB auch auf fahrlässige Bezugstaten im Einzelfall, weil insofern ein Bedürfnis bestehe, Strafbarkeitslücken zu schließen. Diese sieht er bei fahrlässigen eigenhändigen Delikten und Sonderdelikten. Wenn der Untergebene ein fahrlässiges eigenhändiges Delikt oder ein fahrlässiges Sonderdelikt begehe und der Vorgesetzte dazu vorsätzlich verleite oder dieses vorsätzlich geschehen lasse, entstehe eine Strafbarkeitslücke, die nur durch die Erfassung der Fahrlässigkeitsstrafbarkeit auch im § 357 StGB geschlossen werden könne. Als Beispiel nennt er eine fahrlässige Trunkenheitsfahrt (§ 316 StGB), zu der ein Vorgesetzter verleitet oder die er geschehen lässt. Der Vorgesetzte kann mangels eigenhändiger Ausführung nicht Täter dieser Trunkenheitsfahrt sein, so dass die entstehende Strafbarkeitslücke in Bezug auf die Mitwirkung des Vorgesetzten durch die Konnivenz geschlossen werden müsste. Sieht man jedoch entgegen der einhellenigen Auffassung nur die Straftat im Amt im engeren Sinne als rechtswidrige Tat im Amt im Sinne von § 357 StGB an, so erübrigts sich die Diskussion über das Verleiten oder Geschehenlassen von Fahrlässigkeitstaten ohnehin, da zwar zwei fahrlässig begehbarer Amtsstraftaten normiert sind, für diese aber eine solche Strafbarkeitslücke nicht entstehen kann:

§ 340 StGB ist fahrlässig begehbar. Mit dem Verweis in Absatz 3 auf § 229 StGB ist auch die fahrlässige Begehung einer Körperverletzung im Amt mit der erhöhten Strafe des § 340 Abs. 1 StGB bedroht. Doch in diesen Fällen dürfte § 357 StGB ohnehin nicht zur Anwendung kommen, da § 340 Abs. 1 StGB mit der eigens geregelten Variante des Begehen-Lassens die Fälle abdeckt, in denen der Vorgesetzte sich im weitesten Sinne an der Begehung einer Körperverletzung durch einen untergebenen Amtsträger beteiligt. Relevanz könnte die Frage der Begehung eines fahrlässigen Amtsdelikts im Wege der Urheberschaft des § 357 StGB damit allenfalls noch für § 353b Abs. 1 S. 2 StGB sein, der die Verletzung des Dienstgeheimnisses mit Strafe bedroht. Aber auch hier handelt es sich nicht um ein reines Fahrlässigkeitsdelikt, da die Tathandlung des § 353b Abs. 1 StGB, also der Geheimnisbruch, zumindest vorsätzlich begangen werden muss. Insofern bleibt § 357 StGB im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte kein sinnvoller Anwendungsbereich, wenn man die Vorschrift wie hier auf die Amtsdelikte im engeren Sinne beschränkt.

(4) Regelungszweck des § 357 StGB

Schließlich stützt Andrews die Anwendung des § 357 StGB über die Teilnahme im Sinne von §§ 26, 27 StGB hinaus auf das Argument, dies sei durch den Regelungszweck der Vorschrift vorgegeben. § 357 StGB solle die Beteiligung des Vorgesetzten „*im weitesten Sinne*“ erfassen. Da zur Beteiligung im engeren Sinne Täterschaft und Teilnahme gehören, könne unter Beteiligung im weitesten Sinne

auch die Beteiligung an Fahrlässigkeitsdelikten, also eine jede Mitwirkung, eine untechnische Urheberschaft, verstanden werden, da die tätterschaftliche Beteiligung am Delikt des Untergebenen nach einhelliger Ansicht nicht von § 357 StGB erfasst sei. Diese Argumentation beinhaltet jedoch eine petitio principii: Man kann von einer Vorschrift zur Erfassung der „*Beteiligung im weitesten Sinne*“ nur dann ausgehen, wenn die fahrlässige Bezugstat auch erfasst ist, ansonsten wäre der Zusatz *im weitesten Sinne* nicht weiterführend.

Belastbarer erscheint das Argument, § 357 StGB basiere auf dem Gedanken, dem Vorgesetzten sei eine Pflicht auferlegt, generell zu verhindern, dass rechtswidrige Taten aus seinem Dienstbereich begangen werden.¹⁴³⁶ Die Stellung des Vorgesetzten als „Überwachungsgarant“ bzw. als „Garant kraft Organisationszuständigkeit“¹⁴³⁷ rechtfertige die Erstreckung der Aufsichtspflichten des Vorgesetzten auf alle Handlungen im Dienstbereich, „*ohne Rücksicht auf deren Vorsätzlichkeit*“.¹⁴³⁸ Diese These von der besonderen Garantenstellung des Vorgesetzten als Bewacher seiner Untergebenen im Dienstbereich und seiner Pflicht zur Verhinderung von rechtswidrigen Taten führt jedoch in dogmatischer Hinsicht zu dem Ergebnis, dass der Vorgesetzte nicht für seine Verleitenshandlung als solche strafrechtlich verantwortlich gemacht wird, sondern für die Nichterfüllung seiner Aufsichtspflicht. Damit wird das Verleiten zum Sonderfall des Geschehenlassens als Unterlassen durch Tun; § 357 StGB ist danach eine Sonderregelung zu § 13 StGB. Insofern ist besonders bedeutsam, dass der eigentliche Kern des § 357 StGB in der Variante des Geschehenlassens gesehen wird.¹⁴³⁹

c) *Exklusivitätsverhältnis zwischen Täterschaft und Urheberschaft nach § 357 StGB?*

Aus dieser Auffassung ergeben sich zwei dogmatische Folgen. Zum einen geht mit der „*Abwertung*“ der Verleitensvariante zu einem Anwendungsfall des Geschehenlassens die Bindung des Tatbestandes an die Anstiftung verloren. Nur die eigenständige Bedeutung des Verleitens als mit dem Bestimmen identisch rechtfertigt das Verständnis des Verleitens als Sonderfall der Anstiftung. Zum anderen wird mit der Betrachtung des § 357 StGB als *Beteiligung im weitesten Sinne* eine gesetzlich nicht vorgesehene dogmatische Figur anerkannt, die zum Teil als „*Ur-*

1436 Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 1; ungenau Andrews Verleitung, S. 33f., der davon spricht § 357 StGB habe den Sinn, den Vorgesetzten zu verpflichten, was allerdings zur Kraftlosigkeit des Arguments führen würde, weil dann der Anwendungsbereich des § 357 StGB durch ihre rechtliche Folge – Verhinderungspflicht – bestimmt würde.

1437 Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 3.

1438 Andrews Verleitung, S. 33; a.A. noch Frank RStGB § 357 Anm. I m.w.N., der ausführt, § 357 StGB stelle „selbst eine Hinderungspflicht“ auf.

1439 Vgl. Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 3.

heberschaft“¹⁴⁴⁰ bezeichnet wird. Diese Aufwertung des § 357 StGB von einem Sonderfall der Teilnahme zu einem eigenständigen Fall der Mitwirkung an einem fremden Delikt stellt letztlich auch ihr Verhältnis zur täterschaftlichen Begehung der Tat des Untergebenen infrage. Denn die einhellige Meinung stützt ihre Auffassung, dass die täterschaftliche Beteiligung am Delikt diejenige Bestrafung gemäß § 357 StGB ausschließe, auf die Nachrangigkeit der Teilnahme gegenüber der Täterschaft.¹⁴⁴¹ Das Reichsgericht hatte in seiner hierzu wegweisenden Entscheidung aus dem Jahr 1933 ausgeführt, die Annahme von Eigentäterschaft schließe die Anwendung des § 357 StGB begrifflich aus, da ein und dieselbe Handlung nicht zugleich Eigentat und Verleiten eines anderen zu dessen Tat sein könne.¹⁴⁴² Die nahezu¹⁴⁴³ einhellige Ansicht in Rechtsprechung und Lehre beruft sich zur Begründung ihrer Auffassung vom Vorrang der Täterschaft vor § 357 StGB im Wesentlichen auf diese Entscheidung, teils ohne eine Begründung vorzubringen,¹⁴⁴⁴ teils mit dem Hinweis darauf, es handele sich bei der Vorschrift um eine Sonderregelung für die Teilnahme des Vorgesetzten.¹⁴⁴⁵ Dabei geht diese Auffassung allerdings nicht davon aus, dass die Mitwirkung an der Tat des Untergebenen durch Verleiten oder Geschehenlassen hinter der Täterschaft zurücktritt, sondern dass die täterschaftliche Begehung bereits den Straftatbestand selbst sperre.¹⁴⁴⁶ Begründet werden kann dies mit einer entsprechenden Auslegung des „Verleitens“, die in der Entscheidung des Reichsgerichts anklingt: Wenn der erkennende Senat unter *Verleiten* nur ein Mitwirken an einer fremden Tat verstand, so wäre es letztlich auch konsequent, im Gesetzestext nicht nochmals auf die Fremdheit der strafbaren Handlung bzw. rechtswidrigen Tat hinzuweisen. Die Fremdheit der angestoßenen Tat wäre dann das Ergebnis eines analytischen Urteils im Hinblick auf das Verleiten, da stets nur zu einer fremden Tat verleitet werden könnte. Dem folgt die herrschende Lehre, die Verleiten schlicht mit Anstiften oder erfolgreichem Anstiften – nicht lediglich mit erfolgreichem Bestimmen¹⁴⁴⁷ – gleichzusetzen scheint.¹⁴⁴⁸

1440 Vgl. nur *Will* Verantwortlichkeit, S. 186.

1441 Anders *Fincke* Verhältnis, S. 75, der allein darauf abstellt, dass § 357 StGB sich nur auf das Verleiten zu fremden Taten bzw. deren Geschehenlassen beziehen könne, was aber im Hinblick auf den Wortlaut des § 357 StGB keineswegs zwingend ist; a.A. daher *Andrews* Verleitung, S. 149 f.

1442 RG, Urt. v. 27.3.1933 – III 208/33, RGSt 67, 175, 177.

1443 A.A. *Hoyer* in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 192.

1444 Vgl. *Kindhäuser* LPK, § 357 Rn. 3; *Rogall* in: SK-StGB § 357 Rn. 1; *Schmitz* in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 1, 9.

1445 OGHBritZ, Urt. v. 13.2.1950 – II StS 83/49, NJW 1950, 435, 436; ähnlich auch OLG Düsseldorf NSfZ 1981, 25.

1446 RG, Urt. v. 27.3.1933 – III 208/33, RGSt 67, 175, 177; OGHBritZ, Urt. v. 13.2.1950 – II StS 83/49, NJW 1950, 435, 436; *Kindhäuser* LPK, § 357 Rn. 3; *Rogall* in: SK-StGB § 357 Rn. 1; *Schmitz* in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 1, 9; *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 17; wohl auch *Jeßberger* in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, § 357 Rn. 8.

1447 So aber *Andrews* Verleitung, S. 46; *Otto* BT, § 100 Rn. 7; *Lackner/Kühl/Heger*, § 357 Rn. 3; *Rogall* in: SK-StGB § 357 Rn. 14.

1448 Nachweise bei *Andrews* Verleitung, S. 45.

Doch dürfte eine solche Auslegung des Begriffs des *Verleitens* kaum den allgemeinen Auslegungsregeln entsprechen. Die etymologische Betrachtung des Wortes *verleiten* gibt eine solche Deutung nicht her. Das Wort stammt aus dem Mittelhochdeutschen und hatte die Bedeutung von entführen, verführen oder irreführen.¹⁴⁴⁹ Auch im Hinblick auf die systematische Auslegung des Begriffs *Verleiten* ist die Annahme kaum berechtigt, ein Verleiten könne nur zu einer fremden Tat geschehen, denn § 160 StGB, der diesen Begriff ebenfalls verwendet, setzt keine fremde Tat voraus, sondern regelt nach einhelliger Meinung bestimmte Konstellationen der Falschaussage in mittelbarer Täterschaft.¹⁴⁵⁰ Im Übrigen hat Andrews nachgewiesen, dass der Begriff des *Verleitens*, der im Strafgesetzbuch in einer Reihe von Tatbeständen verwendet wird, sehr unterschiedliche Bedeutungen haben kann. So kann er wie in § 120 StGB ein dem *Bestimmen* in § 26 StGB ähnlichen semantischen Inhalt haben, aber auch als rein final – und nicht wie in § 26 StGB kausal – und mittels Täuschung auf den Willen einwirkendes Verhalten (§ 144 StGB) verstanden werden.¹⁴⁵¹ Die Annahme, es müsse sich stets um ein Mitwirken an einer *fremden* Tat handeln, wenn das Gesetz den Begriff des *Verleitens* verwendet, überzeugt daher wenig.

Man könnte diese Auffassung allerdings mit einem anderen Gedanken begründen: Wenn die Verleitensalternative eine Sonderform des Geschehenlassens darstellt, könnte auch das Verleiten nur eine fremde Tat betreffen, denn ein Geschehenlassen ist wohl nur hinsichtlich einer rechtswidrigen Tat eines anderen möglich. Doch zwingend ist auch diese Lösung keinesfalls. Man könnte für die Begrenzung des § 357 StGB auf Teilnahmekonstellationen weiterhin anführen, in § 357 Abs. 1 StGB sei davon die Rede, dass der Vorgesetzte eine „*rechtswidrige Tat seiner Untergebenen*“ geschehen lässt. Das könnte darauf hindeuten, dass es sich um eine Tat handeln muss, die der Untergabe als Täter begangen hat. Jedoch schließt diese Formulierung keineswegs aus, dass es sich um eine Tat handelt, die sowohl von dem Untergabe als auch von dem Vorgesetzten begangen worden ist. Die Vorschrift setzt lediglich voraus, dass der Untergabe eine rechtswidrige Tat begangen hat. Hätte der Gesetzgeber ausschließen wollen, dass § 357 Abs. 1 StGB auch auf Taten angewendet wird, deren Täter auch der Vorgesetzte selbst ist, so hätte er die Vorschrift wohl so formuliert wie die Teilnahmeregeln. Diese sprechen ausdrücklich von „*dessen Tat*“ (§ 26 StGB) bzw. sprachen von der „*Tat desselben*“ (§ 48 Abs. 1 StGB a.F.) und nicht lediglich von einer rechtswidrigen Tat bzw. der Tat seiner Untergaben. Zudem wird im Rahmen von § 340 Abs. 1 StGB, der vom „*Begehen-Lassen*“ einer Körperverletzung spricht, von der wohl herrschenden Ansicht angenommen, dass es sich nicht um

¹⁴⁴⁹ Köbler Deutsches Etymologisches Wörterbuch, Stichwort: Verleiten.

¹⁴⁵⁰ Vgl. Andrews Verleitung, S. 48 f.; Fischer, § 160 Rn. 3.

¹⁴⁵¹ Vgl. Andrews Verleitung, S. 48 f. auch zu weiteren Bedeutungen des Verleitensbegriffs.

eine Regelung handelt, die sich auf Teilnahmekonstellationen beschränkt. Auch Fälle der mittelbaren Täterschaft sind demnach von § 340 Abs. 1 StGB erfasst.¹⁴⁵²

(1) Historische Entwicklung

Mit welcher Begründung ist also die herrschende Ansicht zu der Überzeugung gelangt, dass es sich bei § 357 StGB um eine reine Teilnahmevorschrift handelt, die eine Täterschaft nicht mitumfasst?

(a) Das gemeine Strafrecht

Für das gemeine Recht heißt es bei *Bauer*¹⁴⁵³ noch, der Amtsvorgesetzte, welcher Dienstverbrechen seines Untergebenen wissentlich geschehen lasse, sei Gehilfe der Tat.¹⁴⁵⁴ Rüge er eine Tat des Untergebenen nicht pflichtgemäß, so sei er als Begünstiger zu behandeln. In jedem Falle sei die Strafe zu schärfen. Ferner wurde nach gemeinem Recht derjenige, der eine Tat durch Auftrag, Befehl oder Rat verursachte, als Urheber und damit als Täter betrachtet.¹⁴⁵⁵ Eine stringente Unterscheidung zwischen Anstiftung und mittelbarer Täterschaft im Sinne der modernen strafrechtsdogmatischen Diktion wurde noch nicht vorgenommen.¹⁴⁵⁶ Lediglich zwischen mittelbarem Urheber (*auctor intellectualiter talis*) und dem physischen Urheber (*auctor physice talis*) wurde unterschieden. Beide wurden jedoch als Urheber, mithin als Täter angesehen.¹⁴⁵⁷

(b) Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten

Die § 357 StGB zugrunde liegenden Strafvorschriften waren bereits in §§ 342, 346 II 20 PrALR¹⁴⁵⁸ enthalten. Nach § 342 II 20 PrALR sollte gegen den Vorgesetzten, der seinen Untergebenen zu einer unerlaubten Handlung in seinem

1452 Vgl. RG, Urt. v. 15.12.1931 – I 1261/31, RGSt 66, 59, 61; *Eschelbach* in: Beck-OK-StGB, § 340 Rn. 12; *Lilie* in: Leipziger Kommentar, § 340 Rn. 10; *Voßen* in: MüKo-StGB, § 340 Rn. 15; a.A. *Horn/Wolters* in: SK-StGB § 340 Rn. 3b.

1453 *Bauer* Lehrbuch, § 372, S. 521 f.

1454 Anders wohl *Jarcke* Handbuch Bd. 1, S. 231 ff., der eher Begünstigung anzunehmen scheint.

1455 *Jarcke* Handbuch Bd. 1, S. 224 f. bezeichnet diese Fälle als Anstiftung, die aber der Urheberschaft gleichstehen.

1456 *Jarcke* Handbuch Bd. 1, S. 226: Anstiftung sei auch die „*hinterlistige Erweckung eines Irrthums bei einem anderen*“.

1457 Vgl. *Henke* Lehrbuch, S. 44 ff.; vgl. auch *Jarcke* Handbuch Bd. 1, S. 224; von *Liszt* Lehrbuch⁵, S. 217; vgl. ferner *Neumeyer*, VDB IX, 1906, S. 517 f.

1458 § 342 II 20 PrALR „Gegen Vorgesetzte, welche ihre Untergebenen zu unerlaubten Handlungen in ihren Diensten verleiten, sollen die Strafen, welche der Verbrecher selbst verwirkt hat, allenfalls bis zur Verdoppelung geschärft werden.“

§ 346 II 20 PrALR „Hat ein Vorgesetzter pflichtwidrige Vergebungen seiner Untergebenen wissentlich und vorsätzlich geduldet: so soll ihn eben die Strafe, wie die pflichtvergessenen Untergebenen selbst, treffen.“

Dienst verleitete, die Strafe, welche der Verbrecher selbst verwirkt hatte, allenfalls bis zur Verdoppelung geschärft, verhängt werden.¹⁴⁵⁹ Diese Vorschrift ist wohl als reine Strafzumessungsregel zu verstehen. Das Verleiten des Untergebenen zu einer unerlaubten Handlung war als solches schon als „*Theilnehmung*“ anzusehen, da sich der Vorgesetzte in diesem Fall des Untergebenen zur Tatbegehung *bediente*. Die Formulierung „*sich eines anderen zur Tat zu bedienen*“ darf nicht, wie nach heutigem Verständnis naheliegend, als mittelbare Täterschaft betrachtet werden. Denn nach dem Preußischen Allgemeinen Landrecht war derjenige, der sich eines anderen zur Tatbegehung bediente, Anstifter zu dem Verbrechen,¹⁴⁶⁰ damit nach dem gemeinrechtlichen Verständnis *auctor* und mit der ordentlichen Strafe zu belegender Täter.¹⁴⁶¹ Der Vorgesetzte wurde daher gemäß § 67 II 20 PrALR¹⁴⁶² grundsätzlich ebenso bestraft wie der Untergebene. Die Strafe gegen den Vorgesetzten war zudem nach §§ 65, 68 II 20 PrALR¹⁴⁶³ zu schärfen, weil der Täter, der sich eines anderen zur Begehung bediente und im Verhältnis eines Vorgesetzten zu dem unmittelbar Handelnden stand, sich als Haupturheber auszeichnetet, und die Übrigen zum Verbrechen verleitet. Die Sonderregelung für den Vorgesetzten war damit eine Strafzumessungsvorschrift, die einerseits ihren Grund im Missbrauch der Vorgesetztenstellung hatte, andererseits aber gegenüber der Strafschärfung des § 65 II 20 PrALR auch eine Einschränkung mit sich brachte, da die Strafe allenfalls bis auf das Doppelte der gewöhnliche Strafe erhöht werden durfte. Doch wird man die Bestimmung des Strafmaßes mit bis zu dem doppelten der vorgesehenen Strafe letztlich als besondere Strafschärfung ansehen müssen, heißt es doch bei C.W. Zimmermann, dass bei der Strafzumessung darauf besondere Rücksicht zu nehmen sei – durch Strafschärfung¹⁴⁶⁴ –, wenn ein Täter dem Staat oder dem Verletzten besonders verpflichtet war.¹⁴⁶⁵ Dass es sich hierbei nicht um eine Regelung handelte, die die dogmatische Stellung als Täter oder Gehilfe betraf, ergibt sich aus der im Preußischen Allgemeinen Landrecht für Strafzumessungsregeln typischen Formulierung der „*verwirkten Strafe*“. Im Übrigen ist im Preußischen Allgemeinen Landrecht die dogmatische Trennung zwischen Täter und (sonstigen) Teilnehmern noch nicht klar ausgeprägt, zumal es im preußischen Strafrecht des 19. Jahrhunderts

¹⁴⁵⁹ Daher handelt es sich nach Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 6 bei § 357 StGB um einen Strafschärfungsgrund.

¹⁴⁶⁰ Vgl. hierzu Jarcke Handbuch Bd. 1, S. 224 ff., 226 Fn. 11.

¹⁴⁶¹ Vgl. Klein Grundsätze, S. 90 f.

¹⁴⁶² § 67 II 20 PrALR: „Wer sich eines Andern zu Ausführung eines Verbrechens bedient, wird eben so bestraft, wie derjenige, welcher ein solches Verbrechen selbst und unmittelbar begangen hat.“.

¹⁴⁶³ § 65 II 20 PrALR: „Hat Einer sich als Haupturheber ausgezeichnet, und die Uebrigen zum Verbrechen verleitet: so wird die ordentliche Strafe gegen ihn geschärft.“

§ 68 II 20 PrALR: „Steht er gegen den Thäter im Verhältnisse eines Vorgesetzten, oder einer Respectsperson: so wird er als der Rädelsführer des veranstalteten Verbrechens angesehen. (§.65).“.

¹⁴⁶⁴ C.W. Zimmermann ALR, § 1473, S. 924.

¹⁴⁶⁵ C.W. Zimmermann ALR, § 1400, S. 830; vgl. hierzu auch Friedrich II. Politisches Testament, S. 5.

durchaus üblich war, unter „Teilnahme“ auch die Mittäterschaft zu verstehen.¹⁴⁶⁶ Die Regelungen der §§ 64 ff. II 20 PrALR unter der Überschrift „*Theilnehmung an den Verbrechen Anderer*“ behandeln aus der Sicht heutiger Dogmatik wahllos und kasuistisch ebenso unterschiedliche Beteiligungsformen wie spezifische Strafzumessungsregeln.

§ 346 II 20 PrALR hatte dagegen wohl auch den Charakter einer Zurechnungsregel. Diese Vorschrift sah vor, dass der Vorgesetzte, „*der pflichtwidrige Vergehenungen seiner Untergebenen wissentlich oder vorsätzlich*“ geduldet hatte, wie der unmittelbar handelnde „*pflichtvergessene*“ Untergabe selbst bestraft wird. In den von Zimmermann¹⁴⁶⁷ herausgegebenen Erläuterungen zum Preußischen Allgemeinen Landrecht heißt es, dass „*Obrigkeit und Vorgesetzte, welche die Aufsicht und Vorbeugungsmittel zur Verhütung von Verbrechen vernachlässigen*“ sich „*nach Verhältnis der Umstände mehr oder weniger der Verbrechen ihrer Untergebenen theilhaftig*“ machen. Diese Regelung würde man nach heutiger dogmatischer Einordnung wohl als Statuierung einer Unterlassungstätterschaft des Vorgesetzten ansehen. Das gemeine Recht ging ebenso wie das preußische Strafrecht davon aus, dass auch ein Unterlassen strafbar sein kann, wenn eine Handlungspflicht verletzt wurde. So heißt es bei Jarcke, es verstehe sich von selbst, dass das Unterlassen einer geschuldeten Handlung ein Verbrechen darstellen könne.¹⁴⁶⁸ Die Pflicht des Dienstvorgesetzten zur Verhinderung von unerlaubten Handlungen Untergabener dürfte sich aber aus dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten ohnehin ergeben haben, das die Militär- und Zivilbediensteten des Staates zur allgemeinen Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung ausdrücklich verpflichtet (§ 1 II 10 PrALR) und in § 90 II 10 den Vorgesetzten für die Verletzung seiner Dienstaufsicht schadensersatzpflichtig macht. Daher dürfte § 346 II 20 PrALR wohl mehr deklaratorische Bedeutung im Hinblick auf die Strafbarkeit und nur für das Strafmaß besondere Relevanz gehabt haben.

(c) Bayerisches Strafgesetzbuch

Eine § 357 Abs. 1 3. Var. StGB entsprechende Regelung war auch in Art. 353 des Strafgesetzbuchs für das Königreich Bayern von 1813 (BayStGB 1813) enthalten. Derjenige Vorgesetzte oder diejenige obere Behörde, der oder die Amtsverbrechen von Untergaben dulden, waren danach so zu bestrafen wie derjenige Un-

1466 Temme Lehrbuch, S. 321 ff.

1467 C.W. Zimmermann ALR, § 1395, S. 825.

1468 Jarcke Handbuch Bd. 1, S. 107 f.; vgl. auch Bauer Lehrbuch, § 64, S. 100 m.w.N.; Spangenberg Neues Archiv für Criminalrecht, IV (1820), 527 f.; a.A. Temme Lehrbuch, S. 264 ff.

tergebene, der das Amtsverbrechen selbst begeht.¹⁴⁶⁹ Damit nimmt das Bayerische Strafgesetzbuch nur die Konnivenz im engeren Sinne aus dem preußischen Strafrecht auf. Eine Verleitensalternative beinhaltet das bayerische Strafrecht nicht. Dies dürfte wohl im Hinblick auf die einheitliche Regelung der Urheberschaft im bayerischen Strafrecht auch nicht notwendig gewesen sein. Nach Art. 45 Ziffer III. BayStGB 1813 war auch derjenige, der den unmittelbar Handelnden zur Tatbegehung bewog, als Urheber, also als Täter, der Tat anzusehen.

Im Bayerischen Strafgesetzbuch des Jahres 1861 (BayStGB 1861)¹⁴⁷⁰ fand eine Verschiebung zu einer allgemeinen strafrechtlichen Haftung von Amtsträgern innerhalb ihres Dienstbereichs statt: Nach Art. 63 Abs. 1 BayStGB 1861 war nicht nur der Vorgesetzte zur Verhinderung von strafbaren Handlungen verpflichtet. Vielmehr war jeder Beamte oder öffentliche Diener als Teilnehmer einer strafbaren Handlung zu bestrafen, der glaubhafte Kenntnis von der bevorstehenden Ausführung dieser Handlung hatte, zu deren Verhinderung er vermöge seines Amtes oder öffentlichen Dienstes verpflichtet war und die Hinderung der Begehung dennoch unterließ. Zudem war nach Art. 64 BayStGB 1861 der Amtsträger strafrechtlich haftbar, der ein begangenes und ihm bekannt gewordenes Vergehen oder Verbrechen, zu dessen Anzeige er vermöge seines Amtes oder öffentlichen Dienstes verpflichtet war, nicht anzeigte. Die Strafe wurde hier jedoch nicht unmittelbar der Vorschrift über das begangene Delikt entnommen, sondern ergab sich aus Art. 64 BayStGB 1861 selbst. Damit lag der Kern des strafrechtlichen Vorwurfs weniger in der Unrechtsverursachung selbst, als mehr in der Verletzung der Mitteilungspflicht.

(d) Preußisches Strafgesetzbuch von 1851

Im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 war in dem den §§ 342, 346 PrALR nachgebildeten¹⁴⁷¹ § 330 Abs. 1 (Verleiten und Dulden von Straftaten im Amt)¹⁴⁷² schon im Wesentlichen die heutige Strafvorschrift des § 357 StGB enthalten.¹⁴⁷³

¹⁴⁶⁹ Anders noch im §§ 657 bis 660 des Entwurfs zum Bayerischen StGB von *Kleinschrod* von 1802, der eine eigenständige Strafbarkeit wegen der Verletzung der Aufsichtspflicht vorsah, vgl. *Lüpkes Verbrechen*, S. 65.

¹⁴⁷⁰ Gesetz vom 10.11.1861, Gesetzblatt v. 1861, Nr. 24, S. 321 ff.

¹⁴⁷¹ *Golddammer Materialien*, S. 703.

¹⁴⁷² § 330 PrStGB: „[Verleiten und Dulden von Straftaten im Amt] Ein Amtsvorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einem Verbrechen oder Vergehen im Ame vorsätzlich verleiitet oder zu verleiten versucht, oder ein solches Verbrechen oder Vergehen seiner Untergebenen wissentlich geschehen lässt, soll zu der auf dieses Verbrechen oder Vergehen angedrohten Strafe verurtheilt werden; in allen Fällen ist zugleich auf zeitige Unfähigkeit zu öffentlichen Aemtern zu erkennen.“

Dieselbe Bestimmung findet auch auf einen Beamten Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrolle über die Amtsgeschäfte eines Mitbeamten übertragen ist, sofern das von diesem letzteren Beamten

verübt Verbrechen oder Vergehen die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betrifft.“.

¹⁴⁷³ Vgl. Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 6; Will Verantwortung, S. 45.

Schon nach dieser Vorschrift war für den „Amtsvorgesetzten“ das vorsätzliche Verleiten eines Untergebenen zu einem Vergehen oder Verbrechen im Amt, der Versuch dies zu tun sowie das wissentliche Geschehenlassen einer solchen Tat mit der gleichen Strafe bedroht – die Strafschärfung durch § 342 II 20 PrALR war weggefallen –,¹⁴⁷⁴ die auch für die Begehung des Bezugsdelikts des Untergebenen angeordnet war. § 330 Abs. 2 PrStGB weitete die Haftung des Amtsträgers aus, weil ihm auch dann für die Tat eines anderen Beamten die in der Strafverschrift über die Bezugstat bestimmte Sanktion drohte, wenn ihm die „*Aufsicht oder Kontrolle über die Amtsgeschäfte eines Mitbeamten*“ übertragen war und dieser ein Verbrechen oder Vergehen beging, das die zur Aufsicht oder Kontrolle gehörenden Geschäfte betraf.¹⁴⁷⁵

Beseler kommentierte § 330 Abs. 1 PrStGB fast lakonisch mit den Worten: „Amtsvorgesetzte, welche ihre Untergebenen zu Verbrechen oder Vergehen im Amte vorsätzlich verleiten oder zu verleiten suchen, oder solche Verbrechen oder Vergehen wissentlich geschehen lassen, sollen als Theilnehmer angesehen und demgemäß bestraft werden ...“¹⁴⁷⁶ Diese Anmerkung legt nahe, dass die Vorschrift, die den verleitenden oder duldenden Vorgesetzten dem Teilnehmer gleichstellte, nach dem heutigen Sprachgebrauch des Strafgesetzbuchs als eine Vorschrift über die Teilnahme im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB verstanden wurde. Jedoch ist die Verweisung auf die Behandlung als Teilnehmer, die Beseler in § 330 Abs. 1 PrStGB hineininterpretiert, im Wortlaut der Vorschrift nicht angelegt, es findet sich dort nicht einmal ein Hinweis auf diese Restriktion. Vielmehr trifft § 330 Abs. 1 PrStGB über die Behandlung als Täter oder Teilnehmer überhaupt keine ausdrückliche Aussage, sondern bestimmt allenfalls konkludent – durch einen fehlenden Verweis auf § 35 PrStGB (Strafzumessung für den Teilnehmer) –, dass der Vorgesetzte gerade nicht als Teilnehmer, sondern als Täter behandelt werden soll. Es handelt sich damit eher um eine allgemeine Zurechnungsregel als um eine Vorschrift über die Teilnahme, so dass der Charakter des § 330 Abs. 1 PrStGB nicht dagegen spricht, die Regelung auch auf Fallgestaltungen der Mittäterschaft oder mittelbaren Täterschaft anzuwenden. In beiden Fällen ist ein Verleiten durch den Vorgesetzten durchaus denkbar.

Für die Qualifizierung des § 330 Abs. 1 PrStGB als Teilnahmeregelung spricht jedoch die Entwicklungsgeschichte der Beteiligungsdogmatik im preußischen Strafrecht: In den ersten Entwürfen zum Strafgesetzbuch für das Königreich Preußen aus den Jahren 1836 und 1839¹⁴⁷⁷ waren noch drei Urheberformen vorgesehen: derjenige, der das Verbrechen durch eigene Handlung unmittelbar be-

1474 Vgl. hierzu Neumeyer, VDB IX, 1906, S. 518.

1475 Vgl. zur Entwicklung dieser Vorschrift, die im Entwurf von 1830 noch weiter gefasst war, Golt-dammer Materialien, S. 703.

1476 Beseler PrStGB, § 330, S. 562 f.

1477 Vgl. die Nachweise bei Schubert/Regge (Hrsg.), Preussische Gesetzrevision, Abt. I, 4/1, S. 277 ff.

wirkt hat (Urheber), derjenige, welcher sich zur Ausführung des Verbrechens eines anderen bedient oder denselben vorsätzlich zu dem verbrecherischen Entschluss bewogen hat (Anstifter), und derjenige, der zur Förderung des Verbrechens ursächliche Hilfe geleistet (Hauptgehilfe) hat. Diese Dreiteilung war im Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 beseitigt worden. Dieses Gesetz trennte in § 34 die Teilnehmer von den Tätern, wie insbesondere der Vergleich zum Entwurf von 1847 deutlich macht.¹⁴⁷⁸

Die strafrechtsdogmatische Stellung des § 34 PrStGB,¹⁴⁷⁹ in dem die Teilnahme an einem Verbrechen eines anderen normiert wurde, ist zwar in seinem Wortlaut, der auch das Erregen von Irrtümern, um den unmittelbar Handelnden zur Tat zu bewegen, als Anstiftungshandlung nennt, in Bezug auf die hier relevante Abgrenzung zwischen mittelbarer Täterschaft (physische Urheberschaft) und Anstiftung (intellektuelle Urheberschaft) nach heutigem Verständnis nicht ganz eindeutig.¹⁴⁸⁰ Jedoch ergibt sich aus den Motiven zum Preußischen Strafgesetzbuch, dass zumindest in Fällen des undolosen Werkzeuges eine Täterschaft und nicht die Teilnahme gewollt war, da der unmittelbar Handelnde nur das „*bewusstlose Instrument*“ zur Ausführung des Verbrechens sei.¹⁴⁸¹ Daher ist anzunehmen, dass eine Regelung, die gerade das Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens und damit eine tatbestandliche, rechtswidrige und schuldhafte Tatbegehung fordert, grundsätzlich als Teilnahmeregelung konzipiert ist, weil sie die Fälle der mittelbaren Täterschaft typischerweise – insbesondere im Hinblick auf die damals mangelnde Anerkennung des Täters hinter dem Täter – nicht zu erfassen vermag. Für die Mittäterschaft dürfte § 330 Abs. 1 PrStGB auch nicht geschaffen worden sein. Insofern wäre die Vorschrift nämlich überflüssig, da der mittäterschaftlich handelnde Vorgesetzte ohnehin als Täter zu bestrafen war. Für die mittelbare Täterschaft ergibt sich jedoch das Problem, dass die Fälle rar gewesen sein dürften, in denen § 330 Abs. 1 PrStGB von seinem Wortlaut her zur Anwendung kommen konnte. Nach dem Wortlaut des § 40 PrStGB¹⁴⁸² fallen nämlich aus dem Anwendungsbereich des § 330 Abs. 1 PrStGB solche Konstellationen heraus, in denen sich der Vorgesetzte eines unzurechnungsfähigen Untergebenen bediente. In diesen Fällen, war schon kein Verbrechen oder Vergehen vorhanden, das die Anwendung von § 330 Abs. 1 PrStGB allerdings zwingend voraussetzt.

Daher sprechen gute Gründe dafür, § 330 Abs. 1 PrStGB zumindest als eine Teilnahmeverordnung zu betrachten. Dies gilt insbesondere, weil die mittelbare

¹⁴⁷⁸ Beseler, PrStGB, § 34, S. 154.

¹⁴⁷⁹ Übernommen aus dem Entwurf des Jahres 1850, dort § 31.

¹⁴⁸⁰ Zur Entwicklung der Unterscheidung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung im gemeinen Recht Haas ZStW 119 (2007), 519, 539 ff.

¹⁴⁸¹ Vgl. Goldammer Materialien, S. 304.

¹⁴⁸² § 40 PrStGB: „[Unzurechnungsfähigkeit] Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der That wahnsinnig oder blödsinnig, oder die freie Willensbestimmung desselben durch Gewalt oder durch Drohungen ausgeschlossen war.“.

Täterschaft im preußischen Strafrecht des 19. Jahrhunderts ohnehin noch keine etablierte Rechtsfigur gewesen ist, wenn auch in § 78 II 20 PrALR eine Regelung enthalten war, die einen Teil der Fälle erfasste, die heute als mittelbare Täterschaft angesehen werden. Danach war derjenige wegen eines von einem anderen begangenen Verbrechens verantwortlich, der den unmittelbaren Täter durch „*Trunk oder sonst mit Vorsatz in Umstände versetzt*“ hatte, derentwegen er seine Schuldfähigkeit oder Handlungsfreiheit verlor und deswegen eine Tat beging. Aufgrund der fehlenden strafrechtsdogmatischen Struktur der Beteiligungsregeln dürfte aber eine exakte Qualifizierung der Verantwortlichkeit nach § 330 Abs. 1 PrStGB in einem heutigen Sinne auch mangels hinreichender Abgrenzbarkeit vor allem zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung kaum möglich sein. Eine allgemeine Regelung für die Begehung einer Tat „*durch einen anderen*“ gab es schließlich auch im bundesdeutschen Strafrecht bis zum 2. Strafrechtsreformgesetz (2. StrRG) 1975¹⁴⁸³ nicht.

Durch die Beteiligungsregeln des § 34 PrStGB sowie die Formulierung von § 330 PrStGB und die damit erreichte Parallelität der Vorschriften wurde § 330 PrStGB zur Sonderregelung der Anstiftung in der Verleitensalternative einerseits und der Beihilfe in der Alternative des Geschehenlassens andererseits. In diesem Kontext ist jedoch anzumerken, dass für die Unterlassungsalternative von einer strafrechtsdogmatischen Einbettung des § 330 Abs. 1 PrStGB in eine Unterlassungsdogmatik schlicht mangels ihrer Existenz nicht gesprochen werden kann. Ferner muss für die Bewertung aller gesetzeshistorischen Aussagen über § 330 Abs. 1 PrStGB berücksichtigt werden, dass die Vorschrift ohne (nachweisbare) Überlegungen zu ihrer strafrechtsdogmatischen Einordnung in das neue preußische Strafrecht übernommen wurde. Es wäre daher wenig valide, allein aus dem Anwendungsbereich des § 330 Abs. 1 PrStGB auf seine systematische Bedeutung zu schließen, stehen doch Überlegungen, zu welchem Zweck eine Vorschrift „geschaffen“ wurde, unter der Prämisse einer klaren strafrechtsdogmatisch orientierten Vorgehensweise des Gesetzgebers, die für das Preußische Strafgesetzbuch in diesem Punkt zumindest nicht nachgewiesen werden kann.

(e) Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes

Im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund (NdBdStGB), das sehr eng am Preußischen Strafgesetzbuch orientiert war,¹⁴⁸⁴ wurde die Vorgesetztenstrafbarkeit in ihrer Formulierung geändert.¹⁴⁸⁵ Zum einen wurde die Wendung *Verbre-*

1483 Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts (2. StrRG), verkündet am 4. Juli 1969 (BGBl. I, S. 717), in Kraft getreten am 1. Juli 1975.

1484 Vgl. Anmerkung zu § 335 E-StGB des Norddeutschen Bundes, Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, S. 184.

1485 Zusätzlich wurde die Vorschrift auf alle Bundesbeamten ausgedehnt.

*chen und Vergehen*¹⁴⁸⁶ durch *strafbare Handlung* ersetzt, ohne dass damit jedoch eine sachliche Änderung der Vorschrift bezweckt war.¹⁴⁸⁷ Zum anderen wurde die Tathandlung dahin gehend neu umschrieben, dass nunmehr in § 357 Abs. 1 StGB NdBdStGB nicht nur der Versuch, sondern bereits das Unternehmen des Verleitens strafbar war.

Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund von 1868 (E-1868 NdBdStGB) betonte das grundsätzliche Interesse, die Strafdrohungen gegen Beamte wegen Straftaten im Amt zu mildern und begründet dies mit den erheblichen außerstrafrechtlichen Folgen, die die Entlassung aus dem Amt habe. Insbesondere wurde die Gefahr gesehen, es könne bei zu harten Strafdrohungen zu einer Solidarisierung unter Beamten kommen, die zur Verhinderung von notwendigen Strafverfahren zu führen drohe.¹⁴⁸⁸ Wohl aus diesem Grund sah § 251 E-1868 NdBdStGB eine Aufhebung der Strafbarkeit für den Versuch des Verleitens vor. In § 335 E-1869 NdBdStGB war jedoch die Versuchsstrafbarkeit wieder enthalten. Im Absatz 2 des § 357 des schließlich in Kraft getretenen Gesetzes wurde im Vergleich zu § 330 Abs. 2 PrStGB lediglich das Wort „*Mitbeamter*“ durch „*anderen Beamten*“ ersetzt.

Im Verhältnis des § 357 zu den Teilnahmeregeln ergibt sich im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund inhaltlich nur eine geringfügige Differenz zum § 330 PrStGB, wenn auch der Begriff der *Teilnahme* nunmehr in den §§ 47 ff. NdBdStGB auch die Mittäterschaft umfasste, die in § 47 geregelt ist. Es kommt im Hinblick auf die Regelung der Anstiftung ferner zu einer Straffung der Vorschrift des Preußischen Strafgesetzbuchs. Während dieses unter § 34 noch denjenigen als Teilnehmer ansieht, der den unmittelbaren Täter zur Begehung der Tat *angereizt, verleitet oder bestimmt* hatte, ist der Begriff *verleiten* in § 48 NdBdStGB nicht mehr enthalten. Hier ist nunmehr von *bestimmen* die Rede, während § 27 E-1868 NdBdStGB noch die Formulierung des § 34 PrStGB übernommen hatte. Die Änderung der Terminologie hatte jedoch wohl nur redaktionelle Gründe und fasste die gleichwertigen Begriffe des „*Anreizens, Verleitens und Bestimmens*“ unter Letzterem als Oberbegriff zusammen.

An anderer Stelle trat jedoch zwischen den Teilnahmeverordnungen und § 357 NdBdStGB durch die neue Fassung des § 48 NdBdStGB eine Friktion auf. Hieß es in § 34 PrStGB noch, Teilnehmer sei derjenige, der den Täter „*zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens*“ angereizt, verleitet oder bestimmt hat, so formulierte § 48 NdBdStGB: „*Als Anstifter wird bestraft, wer einen anderen zu der*

1486 Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund von 1868 sah eine Differenzierung zwischen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen nicht vor (vgl. John Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, 1868, S. 24 ff.), so dass in § 251-E 1868 PrStGB nur von Verbrechen gesprochen wird.

1487 Vgl. Motive zu dem Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, 1869, S. 184.

1488 John Entwurf mit Motiven, S. 628 ff.

von demselben begangenen strafbaren Handlung ... vorsätzlich bestimmt hat.“ Die Formulierung der Beihilfevoraussetzungen in § 49 NdBDStGB blieb überraschenderweise im Hinblick auf die hier relevante Passage im Verhältnis zu § 34 PrStGB unverändert und lautete nach wie vor: „*zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens wissentlich Hülfe geleistet hat*“. Durch die Neufassung der Anstiftungsregelung sollte möglicherweise der Kritik *Bindings*¹⁴⁸⁹ entgegengewirkt werden, die im § 40 E-1868 NdBDStGB verwendete – aus dem § 34 PrStGB stammende – Formulierung lasse eine aussagekräftige Unterscheidung zwischen intellektuellem Urheber als Täter einerseits und als Anstifter andererseits nicht zu. Doch ist aus dieser Formulierungsdifferenz – soweit ersichtlich – nicht geschlossen worden, Anstiftung und Beihilfe seien im Hinblick auf die Anforderungen an die Bezugstat als Haupttat unterschiedlich zu behandeln.¹⁴⁹⁰

(f) Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für § 357 RStGB änderten sich auch mit Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs¹⁴⁹¹ nicht, in das die §§ 47 ff. und § 357 NdBDStGB unverändert übernommen wurden, da letztlich nur eine Umbenennung des Strafgesetzbuchs stattfand. Es erfolgte nun jedoch in Rechtsprechung und Lehre eine immer deutlichere, auch begriffliche Trennung zwischen mittelbarer Täterschaft und Anstiftung.¹⁴⁹² Die mittelbare Täterschaft wurde zunächst in Fällen angewendet, in denen es beim Vordermann am Vorsatz oder an der Rechtswidrigkeit der Tat fehlte. Fälle fehlender Schuld oder Irrtumskonstellationen – heute regelmäßig der mittelbaren Täterschaft zugerechnet – wurden dagegen weitgehend noch als Anstiftungskonstellationen angesehen.¹⁴⁹³ Die Beurteilung desjenigen, der einen Unzurechnungsfähigen oder durch Befehl gebundenen unmittelbar Handelnden zur Tatbegehung benutzt, als mittelbarer Täter,¹⁴⁹⁴ setzte sich erst später im Rahmen einer intensiven Diskussion durch.¹⁴⁹⁵ In diesem Kontext wurde § 357 RStGB daher von der ganz überwiegenden Ansicht noch

1489 *Binding* Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, S. 87 ff.

1490 Vgl. nur *Temme* Lehrbuch, §§ 69 f., S. 321 ff.

1491 Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15.6.1871, RGBl. 1871, Nr. 24, S. 127 ff.

1492 Vgl. *Olshausen* RStGB Th. I. Abschn. 3 Theilnahme, S. 192 f.; vgl. hierzu *Temme* Lehrbuch, S. 328 ff.

1493 Vgl. *Olshausen* RStGB Th. I. Abschn. 3 Theilnahme, S. 192 f.

1494 Vgl. *Allfeld* Lehrbuch, S. 213 f.; *Frank* RStGB, Dritter Abschnitt, Teilnahme, S. 106 f.

1495 Vgl. die Nachweise bei *Allfeld* Lehrbuch, S. 213 f., Fn. 1.

als Sonderregelung ausschließlich für Fälle der Anstiftung und der Beihilfe betrachtet.¹⁴⁹⁶

Jedoch hatte bereits *Binding* die These vertreten, unter § 357 RStGB könnten auch Fälle der mittelbaren Täterschaft zu subsumieren sein, die nicht von der Anstiftung erfasst waren, weil die Bezugstat nicht schulhaft begangen sei. Er ging davon aus, § 357 RStGB sei in der Variante des Unternehmens eines Verleitens auch dann anwendbar, wenn der Vorgesetzte seinen Untergebenen, „*von dem er weiß, daß er latent wansinig ist*“, erfolglos zu einer Tat zu verleiten versuche.¹⁴⁹⁷ *Binding* begründet diese Lösung damit, dass das „*Attentat auf die amtstreue Gesinnung ... gerade so vor[liegt], als wäre der Untergebene handlungsfähig gewesen*“. Diese Auffassung legt den Begriff *strafbare Handlung* in § 357 StGB entgegen der damals herrschenden Ansicht als rechtswidrige Tatbestandserfüllung aus. Nach dem Gesetzeswortlaut des § 357 StGB und der überwiegenden zeitgenössischen Auffassung musste die strafbare Handlung schulhaft begangen sein, um eine taugliche Haupttat der Anstiftung¹⁴⁹⁸ und damit letztlich auch eine Bezugstat des § 357 RStGB darstellen zu können.

Eine sachliche Änderung des Verhältnisses der Teilnahme zu § 357 RStGB trat jedoch mit der Aufgabe des Prinzips der strengen Akzessorietät ein. Durch Art. 1 der Strafangleichungsverordnung vom 29. Mai 1943¹⁴⁹⁹ wurde in § 50 RStGB ein erster Absatz eingeschoben, der die Bestrafung von Beteiligten an einer Straftat nach eigener Schuld vorsah. Art. 2 der Durchführungsverordnung vom 29. Mai 1943¹⁵⁰⁰ ersetzte in § 48 RStGB die „*strafbare Handlung*“ durch „*mit Strafe bedrohte Handlung*“ und in § 49 RStGB „*Verbrechen oder Vergehen*“ durch „*als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung*“. Auf diese Weise löste sich das deutsche Strafrecht vom Grundsatz der strengen Akzessorietät¹⁵⁰¹ und ersetzte ihn durch das Prinzip der limitierten Akzessorietät, das nicht die strafbare Handlung, sondern nur noch die mit Strafe bedrohte (rechtswidrige) Handlung, mithin keine schulhafte Begehung der Tat des Haupttäters mehr forderte.¹⁵⁰²

1496 So *Hälschner* Das gemeine Strafrecht, BT Bd. 2, S. 1062; *von Liszt* Lehrbuch⁵, S. 585 (224 Nr. 6); *Olshausen*, § 357 Anm. 3a; *Frank* RStGB, § 357 Anm. I; *Schwarz* RStGB, § 357 Anm. 3; a.A.: *Oppenhoff/Delius* RStGB § 357 Anm. 1, S. 903, der von einer selbstständigen Straftat spricht, die gerade keine Anstiftung sei.

1497 *Binding* BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 2, S. 736.

1498 Vgl. etwa *Schwarz* RStGB, § 48 Anm. 9; *von Liszt* Lehrbuch⁵, S. 224.

1499 Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen-Donau-Reichsgaue (Strafrechtsangleichungsverordnung) vom 29.5.1943, RGBl. 1943 I, 339 ff.

1500 Verordnung zur Durchführung der Verordnung zur Angleichung des Strafrechts des Altreichs und der Alpen-Donau-Reichsgaue vom 29.5.1943, RGBl. 1943 I, 341 f.

1501 Vgl. RG, Urt. v. 3.12.1935 – 1D 1195/34, RGSt 70, 26, 27f.

1502 Vgl. *Mezger* in: Ebermayer/Lobe/Rosenberg, RStGB § 48 Anm. 3 d); auch wenn der BGH hierin später (Urt. v. 8.1.1952 – 1 StR 527/51, BGHSt 2, 169, 171) keinen Unterschied erkennen können will.

Durch diese grundlegende Änderung in der Teilnahmedogmatik, die in § 357 – wohl unbeabsichtigt – nicht nachvollzogen wurde, verschob sich das Verhältnis von § 48 RStGB zu § 357 RStGB. Während die Vorschriften der §§ 47 ff. RStGB schon im Hinblick auf die limitierte Akzessorietät einen breiteren Anwendungsbereich erhielten, blieb § 357 RStGB unberührt und stellte streng akzessorisch insbesondere die Anstiftung zu strafbaren Delikten im Amt und deren Versuch unter Strafe. Die Regelung war damit enger geworden als die Anstiftung, weil das Verleiten eines Untergebenen zu einer schuldlos begangenen Handlung nicht unter § 357 RStGB subsumierbar war; Gleches galt für das Geschehenlassen einer mit Strafe bedrohten Handlung durch einen schuldunfähigen Untergebenen.

Dass die Vorschrift in einer Vielzahl von Fällen die Anstiftung des Untergebenen durch den Vorgesetzten zu Straftaten im Amt erfasste, war nie umstritten. Jedoch wurde die Frage eines Vorrangverhältnisses der täterschaftlichen Begehung gegenüber der Mitwirkung an der Tat des Untergebenen über § 357 RStGB nicht erörtert. Im Jahr 1933 wurde – soweit ersichtlich – zum ersten Mal in der Judikatur die Auffassung vertreten, es handele sich bei § 357 RStGB um eine Vorschrift, die als ausschließliche Sonderregelung zu den Teilnahmeformen der Anstiftung und Beihilfe zu verstehen sei; parallel zur „*Eigentäterschaft*“ könne sie nicht zur Anwendung kommen.¹⁵⁰³ Eine Begründung für diese Rechtsansicht gab das Reichsgericht nicht, sondern stellte nur fest, die Strafkammer sei von einer irrgigen Rechtsauffassung ausgegangen. Zwar hatten schon die Begründungen zu den Entwürfen eines Allgemeinen Strafgesetzbuchs aus den Jahren 1925 und 1927 § 357 StGB primär als besondere Regelung der Anstiftung angesehen;¹⁵⁰⁴ aber zum Verhältnis der Vorschrift zu den sonstigen Beteiligungsregelungen lässt sich den Ausführungen in diesen Begründungen nichts entnehmen. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen § 357 RStGB und den allgemeinen Vorschriften über die Anstiftung konstatiert das Reichsgericht in einer geringfügig später ergangenen Entscheidung, die Sonderregelung des § 357 RStGB sei gegenüber der Teilnahme vorrangig.¹⁵⁰⁵

(g) Strafgesetzbuch der Bundesrepublik Deutschland

Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone¹⁵⁰⁶ schloss sich der vom Reichsgericht geäußerten Auffassung an, ohne dies jedoch mit mehr als einem Hinweis

1503 RG, Urt. v. 27.3.1933, III 208/33, RGSt 67, 175, 177.

1504 Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390, Begründung S. 75; Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925, Reichstagsvorlage, III. Wahlperiode 1924/1927, Anlage Nr. 3390, Begründung S. 81.

1505 RG, Urt. v. 1.3.1934, R 2 D 126/34, RGSt 68, 90, 92.

1506 OGHBritZ, Urt. v. 13.2.1950 – II StS 83/49, NJW 1950, 435, 436.

auf die Judikatur des Reichsgerichts und die Kommentarliteratur zu begründen. Der Bundesgerichtshof hat zu dieser besonderen Frage bislang noch nicht ausdrücklich Stellung genommen. Er hat sich in einer Entscheidung aus dem Jahre 1953¹⁵⁰⁷ nur der Bewertung des Reichsgerichts zu eigen gemacht, § 357 StGB stelle eine gegenüber der allgemeinen Anstiftung und Beihilfe vorrangige Regelung dar, und konstatierte, dass § 357 StGB kein eigener Tatbestand, sondern lediglich eine eigenständige Bestimmung für die „*Teilnahme des Amtsvorgesetzten an strafbaren Handlungen des Untergebenen*“ sei. Eine Stellungnahme zum Verhältnis des § 357 StGB zur Täterschaft beinhalteten diese Ausführungen jedoch nicht, da sich die Aussage zum einen nur auf die Teilnahme im Allgemeinen bezieht, unter der nach damaliger Diktion des Strafgesetzbuchs sowohl Täterschaft als auch Anstiftung und Beihilfe zu verstehen war. Zum anderen musste das Gericht zu der Frage nach dem Verhältnis der Konnivenz zur Täterschaft auch nicht Stellung nehmen und zog deswegen auch die fragliche Entscheidung des Reichsgerichts¹⁵⁰⁸ nicht heran.

Durch die großen Strafrechtsreformen, die in den 1970er-Jahren in Kraft traten, änderten sich wiederum die gesetzlichen Rahmenbedingungen des § 357 StGB: Durch Art. 1 des 2. StrRG wurde der Allgemeine Teil vollkommen umgestaltet und der Grundsatz der Vorsätzlichkeit der Begehung (§ 15 StGB) gesetzlich fixiert. Des Weiteren wurden die Teilnahmeverordnungen geändert. Es erfolgte zum einen eine Klarstellung dahin gehend, dass nur mehr eine vorsätzliche rechtswidrige Tat teilnahmefähig war, und zum anderen eine Angleichung der Formulierung der Regelung über die Beihilfe an die Anstiftungsvorschrift. Beide formulieren nunmehr einheitlich „*wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat ...*“.¹⁵⁰⁹ Damit wurde die Streitfrage negativ entschieden, ob bei einer Fahrlässigkeitstat Teilnahme im strafrechtsdogmatischen Sinne möglich sein sollte,¹⁵¹⁰ und die Einheitlichkeit hinsichtlich Anstiftung und Beihilfe wieder hergestellt. Durch das 2. StrRG sollte in § 357 StGB ferner das Wort „*Amtsvorgesetzter*“ in „*Dienstvorgesetzter*“ geändert werden. Weitere Veränderungen des § 357 StGB waren jedoch nicht vorgesehen, weder eine Statuierung der Vorsätzlichkeit der Bezugstat als Haupttat noch die Bezugnahme auf die Tat eines anderen. Damit entstand zumindest im Wortlaut eine erhebliche Differenz zwischen den Vorschriften über die allgemeine Teilnahme und der „Sondervorschrift“ des § 357 StGB.

Da sich das Inkrafttreten des Reformgesetzes jedoch noch bis zum 1. Juli 1975 verzögerte,¹⁵¹¹ trat zwischenzeitlich das Einführungsgesetz zum Strafgesetz-

1507 BGH, Urt. v. 30.10.1953, 3 StR 776/52, BGHSt 5, 155, 165.

1508 RG, Urt. v. 27.3.1933, III 208/33, RGSt 67, 175, 177.

1509 Art. 1 Zweites Strafrechtsreformgesetz vom 4.7.1969, BGBl. I 1969, 717, 721.

1510 Vgl. dazu Pfeiffer/Maul/Schulte, StGB, § 48 Anm. 1.

1511 Das Gesetz war zunächst mit einem Inkrafttreten zum 1.10.1973 verkündet worden.

buch in Kraft.¹⁵¹² Art. 18 Nr. 5 dieses Gesetzes fügte in § 11 Abs. 1 StGB eine neue Nummer 5 ein, die den Begriff der „*rechtswidrigen Tat*“, der in §§ 26, 27 StGB verwendet wird, bestimmt. Art. 19 Nr. 203 dieses Gesetzes änderte zudem § 357 StGB. Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs¹⁵¹³ waren jedoch nur redaktionelle und keine sachlichen Änderungen intendiert. Insbesondere wurde das Wort „*Amtsvorgesetzter*“ durch „*Vorgesetzter*“, die Worte „*strafbare Handlung*“ durch „*rechtswidrige Tat*“ und „*eine solche Handlung seiner Untergebenen wissentlich*“ durch die Formulierung „*eine solche rechtswidrige Tat seiner Untergebenen*“ ersetzt. Durch diese Änderungen wurde zunächst die Kongruenz zwischen § 357 StGB und den Teilnahmeregeln der §§ 26, 27 StGB, die durch die Strafrechtsangleichungsverordnung 1943 verloren gegangen war, rekonstruiert. Jedoch blieben die weiteren Unterschiede hinsichtlich der Beschreibung der Bezugstat dadurch bestehen, dass in § 357 StGB trotz „*rein redaktioneller*“ Änderungen die Bezugstat nun anders umschrieben war als die Haupttat in der Beihilfe und der Anstiftung.

(h) Bewertung der historischen Entwicklung

Zieht man aus der Entwicklung des § 357 StGB ein Resümee, so ergibt sich nicht das einheitliche Bild einer Sonderregelung der Teilnahme, das die heute herrschende Ansicht, vielleicht ebenso wie die Urheber der Entwürfe für ein Allgemeines Strafgesetzbuch in den 1920er-Jahren, vor Augen hat. Im späten 18. und frühen 19. Jahrhundert stellten die Vorschriften über die Verantwortlichkeit des vorgesetzten Beamten keinesfalls Beteiligungsregeln dar, sondern beinhalteten einerseits eine Strafzumessungsregel und andererseits eine Vorschrift über ein eigenständiges Unterlassungsdelikt. Die Parallelität zur Anstiftung entwickelte sich erst im späten preußischen Strafrecht. Die Motive und Verhandlungsprotokolle zum Preußischen Strafgesetzbuch lassen jedoch nicht erkennen, ob diese Angleichung der Teilnahmeregelungen im heutigen Sinne an § 330 PrStGB gewollt war. Die historische Entwicklung macht vielmehr deutlich, dass keine klare Kopplung des § 330 PrStGB/§ 357 StGB an die Teilnahmeregelungen zu konstatieren ist; die Entwicklung des § 330 PrStGB/§ 357 StGB „hinkte“ derjenigen der Teilnahmeregeln offensichtlich hinterher. De facto wurde jedoch bereits § 330 PrStGB allgemein als Vorschrift angesehen, die Beteiligungskonstellationen erfasst. Die Auffassung, es handele sich bei der Vorschrift um eine Sonderform nur für Anstiftung bzw. Beihilfe, also eine gegenüber der Täterschaft bereits tatbestandlich nachrangige Teilnahmeregelung im heutigen Sinne, setzte sich jedoch in der Literatur erst seit den 1930er-Jahren aufgrund einer vereinzelt gebliebenen

1512 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, BGBl. I 1974, S. 469 ff.

1513 BT-Drs. 7/550, S. 288.

Entscheidung des Reichsgerichts¹⁵¹⁴ durch, die die Feststellung des Reichsgerichts, das keine Begründung für die von ihm vorgenommene strafrechtsdogmatische Einordnung des § 357 StGB genannt hatte, soweit erkennbar, unkritisch rezipierte.

§ 357 StGB stellt damit zwar eine Sonderregelung für die Anstiftung und die versuchte Anstiftung dar; Zweifel bestehen jedoch daran, ob diese Parallelität zwischen § 357 StGB und den Beteiligungsregeln durch den Gesetzgeber intendiert war. Es spricht deutlich mehr dafür, dass sich § 357 StGB und die Beteiligungsregeln weitgehend eigenständig entwickelt haben, wenn auch die Veränderungen der allgemeinen Beteiligungsdogmatik im 19. und 20. Jahrhundert auf § 357 StGB abfärbten. Keine Hinweise ergeben sich aus der Geschichte des § 357 StGB auf irgendeine gesetzgeberische Intention, die das Vorrangverhältnis der Eigentäterschaft vor § 357 StGB betrifft.

Bei der nahe liegenden These des Vorrangs der Täterschaft vor dieser „Teilnahmeregelung“ handelt es sich um eine Schöpfung des Reichsgerichts, die sich auf keine geschichtliche Grundlage zu stützen vermag, weil sie von der historisch nicht sicher begründbaren Prämisse ausgeht, es handele sich bei § 357 StGB ausschließlich um eine Regelung der Teilnahme im Sinne der §§ 26, 27 StGB. Beide Regelungsbereiche wurden aber in ihrer Geschichte mehrfach, teils parallel, teils unabhängig und einseitig so geändert; die historische Argumentation besitzt damit kaum Aussagekraft und lässt lediglich den Schluss zu, dass § 357 StGB einerseits und §§ 26, 27 StGB andererseits bzw. ihre jeweiligen Vorläufer von jeher gleiche Fallgestaltungen erfassten. Eine enge Beziehung im Sinne einer ständigen Einflussnahme der Vorschriften über die Teilnahme im engeren Sinne, auf § 357 StGB deren Feststellung erforderlich wäre, um zumindest ein Indiz für die Exklusivitätsthese der Rechtsprechung zu gewinnen, kann daher nicht sicher konstatiert werden. Dieses indifferente Ergebnis wird dadurch bestätigt, dass in der historischen Entwicklung keine Aussagen über das Verhältnis der Variante des Geschehenlassens zur Unterlassungstäterschaft zu finden sind. Die umstrittene Frage nach der beteiligungsdogmatischen Einordnung der Hinderung fremder aktiver Begehungstaten durch einen Garanten,¹⁵¹⁵ die strukturell mit der Frage nach dem Verhältnis zwischen § 357 StGB und Täterschaft hinsichtlich der Bezugstat zusammenhängt, wurde in der Geschichte des § 357 StGB überhaupt nicht erörtert.

1514 RG, Urt. v. 27.3.1933, III 208/33, RGSt 67, 175, 177.

1515 Zum Streitstand, statt vieler Roxin AT II, § 31 Rn. 125 ff.

(2) Friktionen durch die tatbestandliche Exklusivität der Täterschaft des Vorgesetzten

Da die historische Betrachtung keine validen Argumente für die Bewertung des dogmatischen Verhältnisses zwischen § 357 StGB und Täterschaft der (auch) vom Untergebenen begangenen Tat liefern kann, aber auch keinen klaren Hinweis auf ein anderes Verhältnis von § 357 und § 25 StGB bietet, muss die Einordnung von § 357 auf einer anderen dogmatischen und kriminalpolitischen Grundlage begründet werden. Damit ist die herrschende Auffassung, § 357 StGB sei eine Regelung, die ausschließlich Anstiftung und Beihilfe betreffe, den Bereich der Täterschaft aber schon begrifflich nicht umfasse und damit tatbestandlich ausschließe,¹⁵¹⁶ auf ihre Folgen hin zu untersuchen:

(a) Strafmilderung gemäß § 13 Abs. 2 StGB bei Unterlassungstäterschaft

Die Exklusivität der Täterschaft des Delikts des Untergebenen führt im Hinblick auf Unterlassungsdelikte zu Wertungswidersprüchen: Lässt der Vorgesetzte die Tat des Untergebenen geschehen und ist er deswegen nach den allgemeinen Regeln als Unterlassungstäter zu behandeln, so kommt ihm die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB zugute. Auf diese könnte sich der unterlassende Vorgesetzte, der nur als Gehilfe betrachtet wird,¹⁵¹⁷ nicht berufen. Zudem würde er aufgrund des Vorrangs von § 357 StGB auch die obligatorische Strafmilderung aus § 27 StGB verlieren. Der Unterlassungstäter würde damit milder bestraft werden können als der unterlassende Gehilfe, der als Urheber im Sinne von § 357 StGB betrachtet würde.

Zur Auflösung dieser Friktion hat *Kuhlen* vorgeschlagen, die sich ergebenden „Ungereimtheiten“ im Wege „der Entscheidung über die fakultative Strafmilderung gemäß § 13 Abs. 2 [zu] vermeiden“, ohne dabei den Vorrang der Täterschaft vor § 357 StGB aufzugeben.¹⁵¹⁸ Versteht man diesen Vorschlag dahin gehend, dass § 13 Abs. 2 StGB in den Fällen des täterschaftlichen Geschehenlassens nicht angewendet werden darf, so weckt eine solche Lösung Bedenken im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG, da sie auf eine teleologische Reduktion der Strafmilderungsvorschrift hinauslief, würde sie doch dem Richter die gesetzlich vorgegebene Entscheidung über eine Anwendung des § 49 StGB verwehren.¹⁵¹⁹ Berücksichtigt man den Wertungswiderspruch erst bei der Entscheidung über die

1516 So *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 17.

1517 Vgl. zum Streit um die Frage der Bewertung des Unterlassens eines Garanten neben dem aktiven Tun eines anderen, *Roxin* AT II, § 31 Rn. 125 ff.; *Heine/Weißer* in: Schöneke/Schröder Vorbem. §§ 25 ff. Rn. 86 ff.

1518 *Kuhlen* in: NK-StGB, § 357 Rn. 15.

1519 Vgl. zur verfassungsrechtlichen Bewertung der teleologischen Reduktion einer Strafmilderungsvorschrift *Dannecker* in: Leipziger Kommentar, § 1 Rn. 261; *Schmitz* in: MK-StGB, § 1 Rn. 59.

Anwendung des § 49 StGB, also im Sinne einer Strafzumessungsregel innerhalb des § 13 Abs. 2 StGB, so stellt die Lösung keinen Verstoß gegen das Analogieverbot dar, bedeutet aber wohl eine Umgehung des Wortlauts durch die Verlagerung der Entscheidung über das Ob der fakultativen Strafmilderung auf die Ebene der konkreten Entscheidung über die tatsächliche Strafmilderung.¹⁵²⁰

Eine Auflösung des dargestellten Widerspruchs dadurch, dass – entgegen der einhelligen Ansicht – § 357 StGB auch auf den Fall der Unterlassungstäterschaft angewendet wird, also die Aufgabe des Vorrangs der Täterschaft vor der Konvenienz zumindest für die Unterlassungstäterschaft, lehnt Schmitz ausdrücklich ab. Eine Erstreckung des § 357 StGB auch auf die Fälle der Täterschaft stimme „*offenkundig nicht mit dem Sinn der Vorschrift*“ überein.¹⁵²¹ Diese Argumentation wirft jedoch die Frage auf, welchen „*Sinn*“ die Vorschrift hat. Mit *Sinn* ist in diesem Zusammenhang wohl die dogmatische Funktion der Gesetzesbestimmung gemeint. Diese sieht die herrschende Ansicht¹⁵²² darin, besondere Anstiftungs- und Beihilfekonstellationen zu erfassen, in denen der Vorgesetzte an den Taten seiner Untergebenen mitwirkt. Damit stellt sich die Argumentation, der Sinn der Vorschrift lasse die Anwendung des § 357 StGB auf Fälle der Täterschaft nicht zu, als tautologisch heraus, denn sie besagt, eine Erfassung der Unterlassungstäterschaft durch § 357 StGB stimme mit dem Zweck der Vorschrift, nur Teilnahmefälle zu erfassen, nicht überein. Die Begründung dafür, dass es Sinn der Vorschrift sein soll, ausschließlich die Mitwirkung Vorgesetzter an Taten der Untergebenen zu erfassen, fehlt jedoch. Dass die Anwendung des § 357 StGB streng auf die Teilnahme zu beschränken ist, lässt sich weder aus der Gesetzeshistorie noch aus dem Wortlaut der Vorschrift eindeutig herleiten.

Der Wortlaut legt vielmehr den Vorrang des § 357 StGB vor der Unterlassungstäterschaft nahe. Das würde zudem auch den Wertungswiderspruch zwischen Unterlassungstäterschaft und Beihilfe durch Unterlassen beseitigen. § 357 StGB bedroht – ebenso wie alle Vorgängervorschriften – das Geschehenlassen oder Dulden der Tatbegehung mit der Täterstrafe. Ein Hinweis darauf, dass die jeweiligen Gesetzgeber sich über die Frage der unterschiedlichen Behandlung von unterlassendem Gehilfen und unterlassendem Täter Gedanken gemacht hätten, fehlt jedoch. Aus dem Wortlaut der Vorschrift kann keine Unterscheidung zwischen einem täterschaftlichen Geschehenlassen und einem Unterlassen als Gehilfe abgeleitet werden. Das Geschehenlassen als solches ist Tathandlung und fällt damit unter § 357 StGB. Behandelt man demgemäß alle Fälle, in denen Vorgesetzte rechtswidrige Taten ihrer Untergebenen geschehen lassen, als Fälle des Mitwirkens an der rechtswidrigen Tat nach § 357 StGB, so führt dies zu einer Straf-

1520 Ebenfalls mit Zweifeln Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 9.

1521 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 9.

1522 RG, Urt. v. 27.3.1933, III 208/33, RGSt 67, 175, 177.

schärfung, da der Vorgesetzte, der als Unterlassungstäter anzusehen ist, sich nicht mehr auf § 13 Abs. 2 StGB berufen kann. Aber diese Rechtsfolge steht im Einklang mit § 357 StGB und dem der Vorschrift zugrunde liegenden Gedanken, den Vorgesetzten zur Verhinderung von (straf-)rechtswidrigen Taten im Amt durch seine Untergebenen besonders in die Pflicht und strengere strafrechtliche Haftung zu nehmen.

(b) Anwendbarkeit von § 357 StGB bei Verleiten zu straflosem Versuch

Die Auffassung, § 357 StGB finde ausschließlich auf Teilnahmehandlungen Anwendung, führt zudem zu kaum auflösbarer Widersprüchen im Bereich der Strafbegründung. Die Vorschrift bestimmt, dass der Vorgesetzte, der einen Untergebenen zu einer rechtswidrigen Tat im Amt verleitet oder zu verleiten unternimmt, die auf diese rechtswidrige Handlung angedrohte Strafe verwirkt hat. Dadurch wird die Strafe, die gegen den Vorgesetzten aufgrund seines Verhaltens angedroht wird,¹⁵²³ durch die für das Delikt angedrohte Strafe bestimmt, zu der er den Untergebenen zu verleiten unternimmt. Zwar besteht keine Einigkeit in der Frage, wie der Begriff des *Unternehmens* in diesem Zusammenhang zu verstehen ist, ob es sich also um ein echtes Unternehmensdelikt im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB handelt und damit die Verleitensvariante redundant¹⁵²⁴ und das *Unternehmen* untechnisch gemeint ist und lediglich den Versuch des Verleitens umschreibt;¹⁵²⁵ jedoch ist unstreitig, dass das erfolglose Verleiten den Tatbestand des § 357 StGB erfüllt.

Deshalb kann nicht nur der Versuch des Verleitens zu einem Vergehen, also einem Delikt, bei dem die versuchte Anstiftung grundsätzlich straflos ist, zur Strafbarkeit führen. Vielmehr ist nach dem Wortlaut des § 357 Abs. 1 StGB auch der Versuch des Verleitens zu einer rechtswidrigen Tat, die ihrerseits im Versuch nicht strafbar ist, mit der Vollendungsstrafe bedroht.¹⁵²⁶ Denn § 357 Abs. 1 StGB verweist nicht auf die Strafe, die der Untergebene verwirkt hat, sondern auf die Strafdrohung der rechtswidrigen Tat, zu der der Vorgesetzte verleiten wollte, also der vollendeten rechtswidrigen Tat. Somit kommt es für § 357 StGB grundsätzlich nicht nur auf die Frage nicht an, ob die Tat des Untergebenen ein Ver-

1523 Der Begriff *verwirken* ist aus der Vorschrift § 342 II 20 PrALR in § 357 StGB übernommen worden und wird bei Adelung Gramatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, Band. 4, 1793, S. 1811, Stichwort Verwirken, Anm. 3 als „durch eine gesetzwidrige Handlung verdienen“ beschrieben.

1524 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 4.

1525 Vgl. Wolters Das Unternehmensdelikt, S. 320 ff.; so wohl auch Binding BT, 2/2 § 260 Anm. 2, S. 736; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 49 Rn. 105; Otto BT, § 100 Rn. 7; Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 3; Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 5; Kindhäuser LPK, § 357 Rn. 8.

1526 Vgl. Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 49 Rn. 108.

brechen ist, sondern es ist ebenso irrelevant, ob die rechtswidrige Tat, zu der verleitet werden sollte, im Versuch strafbar ist.

Weist daher der Vorsteher eines Finanzamtes einen ihm untergeordneten Finanzbeamten an, ein von § 30 AO geschütztes Geheimnis zu offenbaren, verursacht der Vorgesetzte aber gleichzeitig bei seinem Untergebenen einen unvermeidbaren Verbotsirrtum über die Zulässigkeit der Offenbarung, so handelt es sich um eine Konstellation der Begehung einer Verletzung des Steuergeheimnisses (§ 355 StGB) in mittelbarer Täterschaft.¹⁵²⁷ Diese Tat ist aufgrund der täterschaftlichen Begehung durch den Vorgesetzten nach der herrschenden Ansicht nicht von § 357 StGB erfasst; nur §§ 355, 25 Abs. 1 2. Alt StGB sind anwendbar. Scheitert die Vollendung dieser Tat daran, dass der Untergebene seinen Irrtum erkennt und sich daher entschließt, das Geheimnis trotz gegenteiliger Anweisung nicht zu offenbaren, so liegt lediglich ein Versuch der Verletzung des Steuergeheimnisses in mittelbarer Täterschaft seitens des Vorgesetzten vor. Diese Tat ist jedoch straflos, weil der Versuch des Vergehens der Verletzung des Steuergeheimnisses gemäß § 23 Abs. 1 Var. 2 StGB mangels ausdrücklicher Strafdrohung in § 355 StGB straflos ist. Die täterschaftliche Stellung schützt den Vorgesetzten in dieser Konstellation also vor Strafe. Hätte der Vorsteher den Finanzbeamten angewiesen, das Geheimnis zu offenbaren, obwohl beide um die Unzulässigkeit wussten, so hätte sich der Vorgesetzte bereits damit nach §§ 355, 357 StGB strafbar gemacht, ohne Rücksicht darauf, ob der Untergebene die Bezugstat später begeht.

Die Folge, dass der Vorgesetzte als Zentralfigur des Geschehens bzw. mit animus auctoris Handelnder straflos sein soll, während er als Randfigur oder bei ausschließlichem Willen zur Förderung einer fremden Tat wie der Täter der vollendeten Tat bestraft wird, stellt einen klaren Wertungswiderspruch dar, dem nicht mit einer Strafzumessungslösung begegnet werden kann. Auflösen könnte man diesen Widerspruch allenfalls, wenn man den Anwendungsbereich des § 357 StGB dahin gehend reduzierte, dass ein unternommenes, aber erfolgloses Verleiten zu einer Tat, die ihrerseits im Versuch nicht strafbar ist, nicht als tatbestandlich oder zumindest als nicht strafbar anzusehen wäre. Jedoch fehlt es für eine solche teleologische Reduktion an hinreichenden Anhaltspunkten. Es erscheint nicht völlig unangemessen, den Vorgesetzten für einen solchen Versuch auch in diesem Fall zu bestrafen, war sein Bestreben doch darauf gerichtet, die Vollendung der Straftat herbeizuführen, mag diese auch im Versuch nicht strafbar sein.¹⁵²⁸ Auch im Kontext von §§ 159, 160 Abs. 2 StGB, wo ausdrücklich eine Strafbarkeit des Versuchs der Anstiftung bzw. des Verleitens zur uneidlichen

¹⁵²⁷ Dieser Fall ist nicht abwegig, beinhaltet doch der AOAE § 31b Nr. 2 S. 2 rechtswidrige Anweisungen an die Verwaltung im Umgang mit dem Steuergeheimnis bei vermeintlichem Geldwäscheverdacht, vgl. Bülte in: Graf/Jäger/Wittig § 258 Rn. 35.

¹⁵²⁸ In diesem Sinne bereits Binding BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 2, S. 736.

Falschaussage vorgesehen ist, die ihrerseits im Versuch nicht strafbar ist, wird eine Straflosigkeit nur für den untauglichen Versuch von der Rechtsprechung bejaht.¹⁵²⁹ Soweit die Vollendungsstrafe für diese Konstellationen ungerechtfertigt erscheint, wäre es zwar denkbar, eine Strafmilderung über eine analoge Anwendung des § 49 StGB herbeizuführen, aber diese Problematik betrifft eher die Frage nach der allgemeinen Gleichstellung von Vollendung und Versuch in § 357 StGB.¹⁵³⁰

(c) Tateinheit zwischen Täterschaft und Konnivenz

Dem geschilderten Wertungsproblem entgeht *Hoyer*, indem er § 357 StGB und die jeweilige Bezugstat und die Beteiligung an ihr, auch in Form der Täterschaft, als gleichwertig nebeneinander stellt. Dies folgt nahezu zwangsläufig aus seiner Grundannahme, dass § 357 StGB lediglich das Innenrechtsverhältnis zwischen Vorgesetztem und Dienstherrn erfasst, nicht aber das Unrecht der Bezugstat, also die Verletzung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Sachgerechtigkeit und Lauterkeit der Amtsführung.¹⁵³¹ Da § 357 StGB nur die Strafbarkeit im Innenverhältnis, also die Innenrechtswidrigkeit, umfasse, müsse bei Delikten, die auch eine Außenrechtswidrigkeit beinhalten, die Strafe wegen der mittelbaren Täterschaft hinzutreten.¹⁵³²

Der Tateinheitslösung kann allerdings nur gefolgt werden, wenn § 357 StGB nicht als Beteiligungsvorschrift, sondern als eigenständiger Straftatbestand angesehen wird.¹⁵³³ Gegen einen solchen Ansatz – der auch von der herrschenden Auffassung zu Recht abgelehnt wird – spricht jedoch sowohl die Gesetzesgeschichte als auch der Wortlaut des § 357 StGB.¹⁵³⁴ Eine Lösung der Wertungswidersprüche im Hinblick auf die Strafbarkeit erscheint daher mit *Hoyers* Ansatz zwar möglich. Jedoch führt dieser Weg wiederum zu einer Veränderung der dogmatischen Funktion des § 357 StGB, die zwar trotz dieses strafrechtsdogmatischen Vorteils im Übrigen nicht hinreichend überzeugen kann.¹⁵³⁵

(3) § 357 StGB als Einheitsverantwortlichkeit sui generis

Mit Ablehnung sowohl der Beurteilung der herrschenden Ansicht aus Wertungsgesichtspunkten als auch des Ansatzes *Hoyers* aus strafrechtsdogmatischen

1529 BGH, Urt. v. 2.12.1970 – 2 StR 455/70, BGHSt 24, 38; vgl. ferner *Rengier* BT II § 49 Rn. 63 ff.

1530 Vgl. zu dieser Problematik hier S. 404 f.

1531 Dagegen ausdrücklich *Rogall* in: SK-StGB § 357 Rn. 3.

1532 *Hoyer* in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 191 f.

1533 So wohl *Hoyer* Strafrechtliche Verantwortlichkeit, S. 20; *ders.* in: Ameling, Individuelle Verantwortung, S. 183, 192 f.; ebenso wohl auch *Lackner/Kühl/Heger*, § 357 Rn. 1.

1534 Vgl. hierzu im Einzelnen hier S. 351 ff.

1535 Vgl. hier S. 311 ff.

Gründen, stellt sich die Frage nach verbleibenden Lösungswegen. Dabei muss berücksichtigt werden, dass es sich bei § 357 StGB um eine Vorschrift handelt, die nicht in die heutigen strafrechtsdogmatischen Strukturen passt, weil sie in den Gesetzgebungsverfahren stets nur wie ein lästiges Anhängsel mitgeschleppt und aufgrund mangelnder praktischer Relevanz nur notdürftig den dogmatischen Veränderungen des Strafrechts angepasst wurde. Es wäre daher eher verwunderlich, wenn sich die Vorschrift widerspruchslöslos in das derzeit geltende strafrechtsdogmatische System einpassen ließe.

(a) Allgemeine Unterlassungshaftung

Vor dem Hintergrund dieser Bewertung könnte zunächst ein erneuter Blick auf die Ursprungsregelung des § 346 II 20 PrALR weiterführen, die eine allgemeine Unterlassungsverantwortlichkeit für den Vorgesetzten vorsah, der die Tat des Untergebenen vorsätzlich geduldet hatte. Will man § 357 StGB ebenso als allgemeine Regelung verstehen, so folgt daraus, dass das (passive) Geschehenlassen als Oberbegriff für das unterlassene Hindern der Tatbestandsverwirklichung durch den Untergebenen betrachtet werden müsste. Das Verleiten wäre damit eine Sonderform des Geschehenlassens, die im Gesetz ausdrücklich genannt ist.¹⁵³⁶ § 357 StGB würde damit in die Nähe des § 4 VStGB gerückt, der lediglich das Unterlassen des Hinderns nennt und im Einzelnen noch zu erörtern sein wird.¹⁵³⁷ Die Einheitlichkeit der Unterlassungshaftung erscheint allerdings dadurch gestört, dass im Fall des Verleitens bereits das Unternehmen des Verleitens unter Strafe gestellt ist, während das Geschehenlassen nicht bereits in diesem frühen Verwirklichungsstadium mit Strafe bedroht ist. Zum anderen könnte man aus systematischen Gründen – nämlich mit Blick auf § 4 Abs. 1 VStGB – annehmen, dass der Gesetzgeber die Verleitensalternative nicht eigenständig aufgeführt hätte, wenn ihr keine Bedeutung zukäme.

(b) Normativ verstandene Einheitshaftung für Verletzung der Aufsichtspflicht

Untersucht man diesen Aspekt, so stellt sich heraus, dass die Vorschrift weniger an der Handlung in Form eines aktiven Bestimmens oder passivischen Unterlassens der Aufsicht ausgerichtet zu sein scheint, als vielmehr an einer der Zurechnung zugrunde liegenden Pflichtverletzung. Das bedeutet, dass im Zentrum der Betrachtung weniger die tatsächliche Kategorie des fehlerhaften Handelns des Vorgesetzten im Sinne einer Handlungsform, als mehr die normative Kategorie

1536 Diese Lösung bewegt sich damit für § 357 StGB in die Nähe des von Herzberg (Die Unterlassung, S. 169 ff.) entwickelten negativen Handlungsbegriffs.

1537 Vgl. hier S. 646 ff.

der Aufsichtspflichtverletzung stehen sollte, die, um den Bestimmtheitsanforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG gerecht zu werden, durch zwei Tathandlungsformen umschrieben werden kann: zum einen mit dem Verleiten bzw. bereits dem Unternehmen des Verleitens und zum anderen mit dem Geschehenlassen. Auf diese Weise ergibt sich eine ganz eigenständige und für das deutsche Strafrecht eigentümliche Form der Verantwortlichkeit, die mit den Beteiligungsformen der §§ 25 ff. StGB nicht ohne Weiteres in Einklang zu bringen ist; es handelt sich demnach um eine Verantwortlichkeit sui generis.

Bevor jedoch die strafrechtsdogmatische Einordnung in die anerkannten Kategorien aufgegeben wird und man deswegen auf den Ausweg der Beteiligung eigener Art verfällt, sollten alle anderen Möglichkeiten der dogmatischen Klassifizierung in herkömmliche Kategorien ausgeschöpft sein. Eine Loslösung von akzeptierten und in das Gesamtsystem der Dogmatik integrierten Strukturen bedeutet stets, eine Quelle für weitere Probleme und Widersprüche zu schaffen, die wiederum einer in das bestehende dogmatische System eingepassten Lösung bedürfen. Wenn man also zu einer unkonventionellen Lösung greift, so sollte diese auch geeignet sein, die auftretenden Probleme zu lösen und nicht lediglich eine neue Bezeichnung ohne Vorteile liefern. Das Verwerfen einer etablierten Theorie ist wissenschaftstheoretisch nur dann gerechtfertigt, wenn eine andere Lösung oder ein anderer Ansatz angeboten werden kann, der gegenüber der abgelehnten Ansicht zumindest in einem Punkt Vorteile mit sich bringt und dabei die Nachteile nicht vermehrt.

Den Vorwurf, trotz Bruchs mit den herkömmlichen strafrechtsdogmatischen Strukturen keinen Vorteil anbieten zu können, wird man der herrschenden Ansicht jedoch bereits jetzt machen müssen. Sie betrachtet § 357 StGB als Vorschrift über die „*Teilnahme im weitesten Sinne*“ und verlässt damit schon die bewährten strafrechtsdogmatischen Kategorien der §§ 25 ff. StGB. Sie erreicht aber nicht mehr als eine begriffliche Einordnung des § 357 StGB und schafft zudem die oben genannten Wertungswidersprüche. Eine Lösung der dogmatischen Einordnungsproblematik innerhalb der anerkannten Kategorien dürfte insofern nicht möglich sein, als § 357 StGB Elemente miteinander verbindet, die nach den allgemeinen Lehren der Zurechnung nicht miteinander zu vereinbaren sind. Dies gilt etwa für die einheitliche Strafdrohung für das passivische Geschehenlassen und das aktivische Verleiten, die dem Gedanken des § 13 Abs. 2 StGB widerspricht; hier ist gerade eine fakultative Strafmilderung für die Unterlassungstat vorgesehen.

Ferner stellt das Strafgesetzbuch den Grundsatz auf, dass der Gehilfe milder bestraft werden muss als der Anstifter. In § 357 StGB ist jedoch für beide Beteiligungsformen der gleiche Strafrahmen bestimmt. Darüber hinaus beinhaltet § 357 StGB die dem Strafgesetzbuch zwar – wenn man § 159 StGB betrachtet – nicht fremde Ausdehnung der Strafbarkeit für Fälle des Versuchs der Anstiftung zu

Vergehen, die aber – und das ist dem Strafrecht ansonsten fremd – mit der Vollendungsstrafe für das Bezugsdelikt bedroht sind, selbst wenn dieses im Versuch nicht einmal strafbar ist. § 357 StGB erscheint damit als eine Art Einheitstäterschaft für den Vorgesetzten. Stellt man auf den Wortlaut des § 357 StGB ab, so sind darüber hinaus auch alle Formen der Mittäterschaft erfasst; denn auch in jenen Fällen, in denen der Vorgesetzte die Tat gemeinsam mit einem Untergebenen, zu beaufsichtigenden oder zu kontrollierenden Beamten begeht, lässt der Vorgesetzte die rechtswidrige Tat im Sinne der Konnivenzvorschrift geschehen.

(c) Friktionen durch die Einheitsverantwortlichkeit

Der Nachteil eines als Regelung der Einheitstäterschaft verstandenen § 357 StGB besteht darin, dass so ein Bereich strafbarer Handlungen ausgeklammert wird, nämlich jener der mittelbaren Täterschaft, in dem der Vordermann keine tatbeständliche und rechtswidrige Handlung vornimmt. Wollte man § 357 StGB als allgemeine und abschließende Vorschrift über die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten verstehen, so würde dies zu einer Strafbarkeitslücke führen, weil die Regeln über die mittelbare Täterschaft aufgrund der Ausschlusswirkung des § 357 StGB nicht anwendbar wären. Begreift man § 357 StGB jedoch als Regelung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im engeren Sinne, also der Verantwortlichkeit für *straftrechtswidrige Handlungen des Untergebenen*, so kommt § 357 StGB als eine Art einheitstäterschaftliche Haftung des Vorgesetzten für die Verursachung rechtswidrigen Handelns Untergebener in Betracht.

Eine Strafbarkeitslücke entstünde aber auch bei diesem Verständnis noch. Wollte man § 357 StGB als abschließende Regelung für die Beteiligung am strafrechtswidrigen Handeln des Untergebenen ansehen, so wäre die versuchte Tatbegierung durch Unterlassen von § 357 StGB ausweislich seines Wortlauts nicht erfasst. Denn der Tatbestand beschreibt als Tathandlungen einerseits das Verleiten und das Unternehmen des Verleitens, andererseits das Geschehenlassen. Damit ist das Unternehmen des Geschehenlassens oder dessen Versuch nicht erfasst. Dies führt zu einem gewissen Wertungswiderspruch, weil mit dem versuchten Verleiten eine typischerweise als Anstiftung zu betrachtende Tat unter Strafe gestellt ist, nicht aber der (untaugliche) Versuch der Unterlassungstäterschaft. Letztere Konstellation wäre nach den allgemeinen Regeln strafbar, soweit es sich um ein Verbrechen (§§ 332 Abs. 2, 339, 343 StGB) handelt oder die Strafbarkeit des Versuchs – wie z.B. bei §§ 331 Abs. 2, 332 Abs. 1, 334, 344 StGB – ausdrücklich bestimmt ist; die versuchte Anstiftung zur Tat ist aber nach den allgemeinen Regeln nur bei Verbrechen mit Strafe bedroht. Es käme damit also auch hier zu einer Aufwertung der Anstiftung gegenüber der Unterlassungstäterschaft. Eine Sanktionierung auch des versuchten Geschehenlassens über die Zurechnungsregel des § 357 StGB wäre aufgrund des Wortlauts der Vorschrift ausgeschlossen.

Damit bringt also auch der hier gewählte Lösungsweg einen Widerspruch mit sich, da der durch Nichthindern des Untergebenen begangene Unterlassungsversuch nicht strafbar wäre.

Zwar ergibt sich in diesem Kontext die Frage, ob § 357 StGB insofern unter der Prämisse der Einheitstäterschaft eine Sperrwirkung entfalten würde, die einen Rückgriff auf die allgemeine Unterlassungsstrafbarkeit nach § 13 StGB verbietet. Doch kann eine solche Sperre nur so weit reichen wie der Anwendungsbereich der Vorschrift, von der die Sperrwirkung ausgeht. Mit einer nachvollziehbaren Begründung, warum die Fallgestaltungen der Unterlassungstäterschaft bereits aus dem Anwendungsbereich des § 357 StGB auszuklammern sind, wäre das Problem gelöst. Dieser Ansatz erscheint jedoch auf den ersten Blick widersinnig, weil er die Unterlassungstäterschaft – oder noch weniger nachvollziehbar nur ihren Versuch – wieder aus der Einheitstäterkonstruktion herauslösen würde. Diesem Monitum kann nur mit einer Einengung des sachlichen Anwendungsbereichs des § 357 StGB auf die Fälle der Vorgesetztenverantwortlichkeit im engsten Sinne begegnet werden. Das setzt nicht die Aufgabe der Einheitstäterschaft als solcher voraus, sondern verlangt lediglich, die Anwendung des § 357 StGB auf bestimmte Fallkonstellationen zu beschränken, in denen dann Einheitstäterschaft gegeben ist.

Geht man davon aus, dass die Vorschrift die Beteiligung des Vorgesetzten an strafrechtswidrigem Handeln des Untergebenen, also die Verletzungen der Aufsichts- oder Kontrollpflicht, einheitlich erfassen soll, so würde der Geltungsbereich der Regelung auf die Fallgestaltungen begrenzt, in denen überhaupt eine Zurechnung des rechtswidrigen Handelns des Untergebenen in irgendeiner Weise stattfindet, sei es als mittelbare Täterschaft oder Mittäterschaft, sei es als Zurechnung des fremden Unrechts qua Anstiftung oder Beihilfe. Die Fälle der Unterlassungstäterschaft wären damit – anders als die der Beihilfe durch Unterlassen – nicht erfasst. Denn im Bereich der Unterlassungstäterschaft findet keine Zurechnung einer fremden Handlung oder Tatbestandserfüllung statt, sondern eine Verantwortlichkeitsbegründung unmittelbar durch die Erfolgsverwirklichung bzw. Tatbestandserfüllung.

Daraus folgt, dass die versuchte Täterschaft durch Unterlassen nicht vom Anwendungsbereich des § 357 StGB erfasst wäre, weil sie keine Verantwortlichkeit darstellt, die von fremdem Handeln abhängig ist. Sie ergibt sich unmittelbar aus dem Rechtsgutsbezug der Pflicht des Vorgesetzten, ohne den „Umweg“ über den Untergebenen. Auf diese Fälle könnten dann die allgemeinen Regeln der Unterlassungsbegehung angewendet werden. Die Beihilfe durch Unterlassen als akzessorische Haftung wäre dagegen vom Anwendungsbereich des § 357 StGB umfasst, wäre aber, soweit die Beihilfe im Versuch steckenbleibt, nicht strafbar. Dieses Ergebnis erscheint insofern konsistent, als es sich in den allgemeinen Strukturen der Beteiligungsdogmatik widerspiegelt: Die versuchte Beteiligung ist nicht strafbar,

es sei denn, dies ist in besonderen selbstständigen Tatbeständen wie der Begünstigung oder der Hehlerei in der Form der Absatzhilfe etc. ausdrücklich normiert. Die Abgrenzung der Beihilfe durch Unterlassen von der Täterschaft durch Unterlassen stößt hier freilich auf die bekannten und viel diskutierten Probleme.¹⁵³⁸

d) § 357 StGB als Regelung der Einheitstäterschaft für Vorgesetzte

Die hier entgegen der herrschenden Ansicht vertretene Lösung führt also zu einer Anwendung von § 357 StGB als allgemeine Einheitsverantwortlichkeit in Form einer täterschaftsadäquaten Beteiligung für die Verletzung der Aufsichtspflicht und deren schwerste Form, den Missbrauch der Weisungsmöglichkeit, also für das Verleiten als Form des Geschehenlassens. Der Vorgesetzte ist nach § 357 StGB verantwortlich, soweit es das Verursachen einer strafrechtswidrigen Handlung seines Untergebenen betrifft, unabhängig davon, ob es durch Verleiten oder Geschehenlassen geschieht. Erfasst sind grundsätzlich alle Fälle der Anstiftung und Beihilfe, wobei Letztere durch das Geschehenlassen als Tathandlung umfassend unter Strafe gestellt ist. Auch die mittelbare Täterschaft ist von § 357 StGB erfasst, soweit es das Steuern eines rechtswidrig handelnden Untergebenen betrifft.

Diese Lösung steht im Übrigen auch im Einklang mit der wohl herrschenden Ansicht zu § 340 Abs. 1 StGB. Die Körperverletzung im Amt kann ausweislich des Gesetzeswortlauts nicht nur dadurch begangen werden, dass der Täter die Körperverletzungshandlung unmittelbar in eigener Person vornimmt, vielmehr sieht § 340 Abs. 1 StGB auch das Begehen-Lassen als eigenständige Variante vor. Unter Begehen-Lassen wird von einer verbreiteten Auffassung nicht nur das Unterlassen der Verhinderung verstanden, sondern auch jedes andere Handeln, das zur Begehung der Körperverletzung führt und nach allgemeiner Dogmatik von Täterschaft und Teilnahme als mittelbare Täterschaft,¹⁵³⁹ Anstiftung, Beihilfe¹⁵⁴⁰ angesehen werden muss.¹⁵⁴¹

Nicht vom Anwendungsbereich des § 357 StGB dagegen ist die unmittelbare Unterlassungstäterschaft erfasst, soweit sie nicht auf die Aufsichtspflicht bezogen ist, sondern eigenständige, von der Straftat eines Untergebenen unabhängige Verhinderungspflichten betrifft, da diese nicht die strafrechtliche Haftung für das

1538 Vgl. nur *Roxin* AT II, § 31 Rn. 124 ff.

1539 *Eschelbach* in: Beck-OK-StGB, § 340 Rn. 12; *Lilie* in: Leipziger Kommentar, § 340 Rn. 9; *Vößen* in: MüKo-StGB, § 340 Rn. 15; *RG*, Urt. v. 15.12.1931 – I 1261/31, RGSt 66, 59, 61 (zu § 341 RStGB); a.A. *Horn/Wolters* in: SK-StGB § 340 Rn. 3a, die die Fälle der mittelbaren Täterschaft unter die Begehensvariante fassen; ebenso *Rengier* BT 2 § 62 Rn 4; *Hecker* in: *Schönke/Schröder*, § 340 Rn. 6; *Kublen* in: NK-StGB, § 340 Rn. 10.

1540 Vgl. *RG*, Urt. v. 13.12.1935 – I 966/24, RGSt 59, 86; Urt. v. 15.12.1931 – I 1261/31, RGSt 66, 59, 61; *Horn/Wolters* in: SK-StGB § 340 Rn. 3b.

1541 Vgl. *Lackner/Kühl/Heger*, § 340 Rn. 2.

Geschehenlassen einer fremden rechtswidrigen Tat darstellt. Der Vorgesetzte, der seine eigenständige Verhinderungspflicht verletzt, die nicht auf die Aufsichtspflichtverletzung bezogen ist, ist als Unterlassungstäter strafbar. Die Strafbarkeit wegen Nichtverhinderung der fremden Tat mag im Einzelfall jedoch in Tateinheit danebentreten.

3. Persönlicher Anwendungsbereich des § 357 Abs. 1 StGB

Da nunmehr die dogmatische Stellung des § 357 StGB, seine sachliche Reichweite und die damit einhergehende Zielrichtung der Vorschrift beschrieben ist, ist im Folgenden der persönliche Anwendungsbereich der Vorschrift zu ermitteln, also zu erörtern, wer *Vorgesetzter* im Sinne von § 357 StGB sein kann. Denn dieser Begriff bestimmt den Umfang des Instruments der spezifisch gesetzlich geregelten Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafgesetzbuch, er ist entscheidend für die Frage, in welchem Maße und wie eine Übertragbarkeit dieses Instruments auf das allgemeine Strafrecht, insbesondere auf das Wirtschaftsstrafrecht in Betracht kommt. Die Frage nach dem Vorgesetztenbegriff und der Vorgesetztenstellung hat im vorliegenden Zusammenhang deswegen eine so besondere Bedeutung, weil sich aus der Stellung des Vorgesetzten im Verhältnis zu seinem Dienstherrn und zu seinem Untergebenen die Frage nach dem materiell-rechtlichen Grund für die besondere strafrechtliche Haftung des Vorgesetzten beantworten lassen könnte. Diese Erkenntnisse zur Legitimation des § 357 StGB erlauben dann möglicherweise Rückschlüsse auf die Optionen, die für die Statuierung einer gesetzlichen Regelung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit offenstehen.

a) *Vorgesetztenbegriff*

Legte man die allgemeine Auffassung zugrunde, dass auch Straftaten, die nicht im 30. Abschnitt geregelt sind, Bezugstaten des § 357 StGB sein können,¹⁵⁴² so stünde man an diesem Punkt vor dem Problem, dass man den Begriff des *Vorgesetzten* zunächst ohne gesetzliche Hinweise bestimmen muss; denn das Strafgesetzbuch gibt keine Definition des Begriffs vor. Ebenso wenig kann auf eine Eingrenzung des Vorgesetztenbegriffs dadurch zurückgegriffen werden, dass nur Amtsträger oder sonstige taugliche Täter der Straftaten im Amt im Sinne des 30. Abschnitts Untergebene und damit ihnen gegenüber weisungsbefugte Personen Vorgesetzte im hier relevanten Sinne sein können, wenn man eine Beschränkung der Anwendbarkeit von § 357 StGB auf die Amtsstraftaten in diesem Sinne nicht anerkennt.

1542 Vgl. nur BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42, 48 m.w.N.

Einen Ausgangspunkt für die Begriffsbestimmung kann allenfalls der im Hinblick auf das Tatsubjekt etwas wechselhafte Wortlaut des § 357 StGB bieten. Während das Preußische Allgemeine Landrecht noch den allgemeinen Begriff des „*Vorgesetzten*“ und das BayStGB die Formulierung „*Vorgesetzter oder obere Behörde*“ verwendete, sprachen das Preußische und das Reichsstrafgesetzbuch vom „*Amtsvorgesetzten*“ als Täter der Konnivenz.¹⁵⁴³ Dieser Begriff wurde durch das Einführungsgesetz zum StGB vom 2. März 1974 wieder in „*Vorgesetzter*“ geändert, nachdem der „*Amtsvorgesetzte*“ durch das 2. Strafrechtsreformgesetz ursprünglich durch den „*Dienstvorgesetzten*“ ausgetauscht werden sollte. Eine materielle Änderung sei damit jedoch nicht beabsichtigt. Es sollte lediglich auf die ansonsten durch das 2. Strafrechtsreformgesetz im Sprachgebrauch des Strafgesetzbuchs vorgenommenen Änderungen redaktionell reagiert werden.¹⁵⁴⁴ Diese beinahe synonyme Verwendung der Begriffe *Vorgesetzter*, *Dienstvorgesetzter* und *Amtsvorgesetzter* lässt kaum einen Schluss auf die Reichweite des Vorgesetztenbegriffs zu. Ein einziges, eher schwaches Indiz ergibt sich zwar aus der Begründung zum 2. Strafrechtsreformgesetz, nämlich dass die Verwendung des Begriffs des *Dienstvorgesetzten* in § 357 StGB vermieden werden sollte, um zu verhindern, dass die Vorschrift „*künftig anders ausgelegt wird*“.¹⁵⁴⁵ Diese Erwägung ist jedoch so unbestimmt, dass daraus keine belastbaren Schlüsse für den Anwendungsbereich des § 357 StGB gezogen werden können.

Das Reichsgericht¹⁵⁴⁶ hatte angenommen, dass § 357 RStGB ausschließlich auf Beamte im Sinne von § 359 RStGB anwendbar sei und nur der Dienstvorgesetzte des unmittelbar Handelnden nach § 357 Abs. 1 RStGB verantwortlich sein könne. Dieser Auffassung ist der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone¹⁵⁴⁷ ebenso gefolgt wie das Bayerische Oberste Landesgericht¹⁵⁴⁸ und das Bundesverwaltungsgericht,¹⁵⁴⁹ und ihr folgt ein Teil der Literatur bis heute.¹⁵⁵⁰ Der Bundesgerichtshof sprach in seiner Rechtsprechung dagegen vom Amtsvorgesetzten als nach § 357 StGB verantwortlicher Person, ohne jedoch diesen Begriff näher zu umschreiben oder zum Ausdruck zu bringen, dass damit ein sachlicher Unterschied zur Diktion des Reichsgerichts verbunden sein soll.¹⁵⁵¹

¹⁵⁴³ Zum Begriff des *Amtsvorgesetzten* auch OGHBritZ, Urt. v. 10.5.1949 – StS 39/49, OGHSt 1, 23, 26 ff.

¹⁵⁴⁴ BT-Drs. 7/550, S. 288.

¹⁵⁴⁵ So BT-Drs. 7/550, S. 288; auf die Dienstaufsicht stellte etwa OGHBritZ, Urt. v. 10.5.1949 – StS 39/49, OGHSt 1, 23, 26 ab.

¹⁵⁴⁶ RG, Urt. v. 1.3.1934 – 2 D 126/34, RGSt 68, 90, 92.

¹⁵⁴⁷ OGHBritZ, Urt. v. 10.5.1949 – StS 39/49, OGHSt 2, 23, 26.

¹⁵⁴⁸ BayObLG, Urt. v. 15.11.1950 – Rev. Reg Nr. III 12/50, BayObLGSt 1951, 174, 199 f.

¹⁵⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 8.2.1977 – I D 57.76, BVerwGE 53, 251, 252 ff.

¹⁵⁵⁰ Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 49 Rn. 108; Heine/Weißen in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 3; Fischer, § 357 Rn. 2; Heuchemer in: Beck-OK-StGB, § 357 Rn. 2; Geppert Jura 1981, 78, 81.

¹⁵⁵¹ BGH, Urt. v. 19.12.1952 – 1 StR 353/52, BGHSt 3, 349, 350; Urt. v. 30.10.1953 – 3 StR 776/52, BGHSt 5, 155, 165.

Einen sachlichen Unterschied zwischen dem Dienst- und dem Amtsvorgesetzten sieht jedoch *Jerouschek*¹⁵⁵² mit Rücksicht auf die Begrifflichkeiten des Bundesbeamtengesetzes (BBG), das in § 3 Abs. 2 den *Dienstvorgesetzten* als denjenigen bestimmt, der für beamtenrechtliche Entscheidungen über die persönlichen Angelegenheiten der ihm nachgeordneten Beamten zuständig ist. Der *Vorgesetzte* in allgemeinerer Form ist in § 3 Abs. 3 BBG als derjenige definiert, der dienstliche Anweisungen erteilen kann. *Jerouschek* kritisiert zu Recht, dass die herrschende Lehre ohne Begründung lediglich den *Dienstvorgesetzten* als nach § 357 StGB strafrechtlich verantwortlich ansieht und damit dem Grundgedanken der Vorschrift nicht gerecht wird. Oftmals könne nämlich der *Dienstvorgesetzte* nicht auf die Tätigkeit des Untergebenen einwirken, weil er dazu faktisch nicht in der Lage sei. Zudem sei es sinnwidrig, den unmittelbar weisungsbefugten *Vorgesetzten*, der die Tätigkeit eines Amtsträgers überwacht, aber nicht *Dienstvorgesetzter* ist, aus dem Anwendungsbereich des § 357 StGB auszunehmen, weil gerade dieser verpflichtet und in der Lage sei, die Aufsicht auszuüben. Die ratio legis erfordere daher eine umfassende Anwendung der Konnivenz auf alle weisungsbefugten (Amts-)*Vorgesetzten*, nicht nur auf die beamtenrechtlichen *Dienstvorgesetzten*.¹⁵⁵³

Für dieses Verständnis spricht auch, dass das Strafgesetzbuch den Begriff des *Dienstvorgesetzten* an anderer Stelle verwendet. *Mühlmann/Bommel* haben darauf hingewiesen, dass eine Differenz zwischen dem in § 357 StGB a.F. enthaltenen Begriff des *Amtsvorgesetzten* und dem *amtlichen Vorgesetzten* des § 196 StGB a.F. bestehe.¹⁵⁵⁴ Die Vorschrift wurde durch § 194 StGB ersetzt, der nunmehr den Begriff des *Dienstvorgesetzten* verwendet. Damit gebraucht § 194 StGB den Begriff, den die wohl herrschende Ansicht in § 357 StGB hineinliest. Es stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber diesen Begriff nicht – wie noch im Entwurf zum 2. StrRG vorgesehen – auch in § 357 StGB übernommen hat, sondern den weiteren Begriff des *Vorgesetzten* wählte. Die Auffassung von *Jerouschek*, der sich mittlerweile weitere Stimmen in der Literatur angeschlossen haben,¹⁵⁵⁵ überzeugt daher, so dass nicht nur der *Dienstvorgesetzte* im engeren beamtenrechtlichen Sinne, sondern auch der *Vorgesetzte* im Sinne von § 3 Abs. 3 BBG, also jeder, der dem unmittelbar strafrechtswidrig Handelnden Anweisungen erteilen kann, in den persönlichen Anwendungsbereich des § 357 StGB fallen kann.

1552 *Jerouschek* GA 1999, 416, 433; zust. *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 3; vgl. ferner *Rogall* in: SK-StGB § 357 Rn. 7.

1553 *Jerouschek* GA 1999, 416, 433; ebenso *Rogall* in: SK-StGB § 357 Rn. 7; *Schmitz* in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 26; *Andrews* Verleitung, S. 10 ff.

1554 *Mühlmann/Bommel* StGB, § 357 Anm. 1.

1555 So etwa *Zieschang* in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 5.

b) Beschränkung auf den Amtsvorgesetzten

Jedoch spricht auch *Jerouschek* von *Amtsvorgesetztem*, nicht bloß vom Vorgesetzten und schränkt damit den vom Wortlaut des § 357 Abs. 1 StGB – wo es lediglich „*Vorgesetzter*“ heißt – umschriebenen Anwendungsbereich ein. Diese begriffliche Diskrepanz wirft die Frage auf, ob nur der einem Amtsträger vorgesetzte Amtsträger aus § 357 StGB in Verbindung mit einer Bezugstat haften kann oder ob die Haftung auch denjenigen trifft, der, ohne Amtsträger zu sein – etwa als Inhaber einer Rechtsanwaltskanzlei –, eine „*Straftat im Amt*“ begeht, die ein Untergebener – etwa den Parteiverrat eines bei ihm angestellten Rechtsanwalts – geschehen lässt. Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, dass es sich bei den Bezugstaten des § 357 StGB nicht um solche Delikte handeln muss, die Amtsdelikte des 30. Abschnitts sind oder die zumindest nur von Amtsträgern begangen werden können, so liegt eine Anwendung des § 357 StGB auf den Inhaber einer Rechtsanwaltskanzlei nahe. Wenn nämlich als Straftaten im Amt im Sinne von § 357 StGB alle Taten anzusehen sind, die im Zusammenhang mit der Amtsausübung begangen werden,¹⁵⁵⁶ und die Straftaten im 30. Abschnitt mit „*Straftaten im Amt*“ überschrieben sind, erscheint es nicht ausgeschlossen, auch den Vorgesetzten, der nicht Amtsträger ist und eine Straftat eines Nichtamtsträgers geschehen lässt, in den Anwendungsbereich des § 357 StGB einzuschließen. Daher wurde in der Literatur auch vereinzelt angenommen, dass der Vorgesetzte im § 357 Abs. 1 StGB kein Amtsträger sein müsse.¹⁵⁵⁷

Gegen eine so weitgehende Anwendung des § 357 Abs. 1 StGB spricht jedoch zunächst ein kriminalpolitisches Argument, das *Jerouschek* benennt: § 357 StGB habe durch die strengere Bestrafung des Vorgesetzten eine „*deprivilegierende Wirkung*“, die sich nur durch die „*besondere Intensität des Angriffs auf die Rechtsordnung*“ rechtfertigen lasse, so dass eine Anwendung des § 357 StGB auf den Nichtamtsträger nicht in Betracht komme.¹⁵⁵⁸ Auch *Schmitz* bezieht in dieser Frage konkludent Position, indem er feststellt, die Stellung des Täters als Dienstvorgesetzter – etwa im Sinne von § 3 Abs. 2 BBG – sei nicht erforderlich, da kein Grund dafür bestehe, den Vorgesetzten nach § 3 Abs. 3 BBG auszuklammern.¹⁵⁵⁹ Auch er hält damit wohl zumindest die Amtsträgereigenschaft des Vorgesetzten für notwendig.

Der Blick auf § 357 Abs. 2 StGB weckt ebenfalls Zweifel an der Anwendbarkeit des § 357 Abs. 1 StGB auf Vorgesetzte, die keine Amtsträger sind: Seinem

¹⁵⁵⁶ Vgl. nur BGH, Urt. v. 19.12.1952 – 1 StR 353/52, BGHSt 3, 349, 352; Artz/Weber/Heinrich/Hilgendorf, BT, § 49 Rn. 106; Fischer, § 357 Rn. 2.

¹⁵⁵⁷ So Krause/Thoma, BT, S. 87.

¹⁵⁵⁸ Jerouschek GA 1999, 416, 434.

¹⁵⁵⁹ Schmitz in: Müko-StGB, § 357 Rn. 26; ebenso Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 3.

Wortlaut nach gilt § 357 Abs. 2 StGB ausschließlich für Amtsträger, umschreibt er doch den persönlichen Anwendungsbereich dahin gehend, dass § 357 Abs. 1 StGB auch auf „einen Amtsträger“ Anwendung findet, welchem eine Aufsicht oder Kontrolle über die Dienstgeschäfte eines anderen Amtsträgers übertragen ist. Aus diesem Unterschied lässt sich jedoch gerade nicht folgern, dass der Gesetzgeber hier eine unterschiedliche Behandlung von Nichtamtsträgern in Absatz 1 und Amtsträgern in Absatz 2 zum Ausdruck bringen wollte, da für eine solche Annahme jeder Hinweis in den Gesetzesmaterialien fehlt. Vielmehr wurde in der Gesetzgebungsgeschichte stets betont, dass Anpassungen des § 357 StGB lediglich redaktioneller Natur seien.¹⁵⁶⁰ Offenbar war man seitens der Verfasser der ändernden Gesetzesentwürfe der Auffassung, im § 357 Abs. 1 StGB sei der Bezug zu der Amtsträgereigenschaft in hinreichender Weise dadurch zum Ausdruck gebracht worden, dass Bezugstat eine rechtswidrige Tat „im Amt“ ist, während in § 357 Abs. 2 StGB, der die Bezugstat nicht ausdrücklich benennt, der Begriff *Amtsträger* verwendet werden musste, um diese Beziehung eindeutig herzustellen.

Auch der Sinn und Zweck des § 357 Abs. 2 StGB, der letztlich auf § 697 S. 2 des Entwurfs zum Preußischen Strafgesetzbuch von 1833 zurückgeht, lässt den Schluss zu, dass § 357 Abs. 1 StGB ebenfalls nur auf Amtsträger anwendbar ist. Denn die Ausdehnung der Vorschrift diente der Verhinderung von Strafbarkeitslücken und war in allen Entwürfen und späteren Gesetzesfassungen so konstruiert, dass ein Gleichlauf der Verantwortlichkeit von Vorgesetztem und kontrollierendem Amtsträger entstand.¹⁵⁶¹ Diese Parallelität sollte durch die zwischenzeitlichen Änderungen des Wortlauts nicht beseitigt werden. Daher führt die Gleichbehandlung von § 357 Abs. 1 und Abs. 2 StGB zu einer Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs der Bestimmung auf Amtsträger. Eine Verantwortlichkeit anderer Vorgesetzter, die nicht Amtsträger sind, kann also nicht auf § 357 StGB gestützt werden. Soweit die täterschaftliche Begehung eine spezifische Sondereigenschaft verlangt – etwa im Sinne von § 334 Abs. 1 Nr. 1 StGB zur Mitwirkung an einem Strafverfahren berufen zu sein –, muss der Vorgesetzte diese aber nicht aufweisen, um den Tatbestand des § 357 StGB zu erfüllen.¹⁵⁶²

1560 Vgl. nur BT-Drs. 7/550, S. 288.

1561 Vgl. zu den jeweiligen Entwurfssassungen der Konnivenz im preußischen Revisionsverfahren, *Lüpkes Verbrechen*, S. 66 f.

1562 So RG, Urt. v. 1.3.1934 – 2 D 126/34, RGSt 68, 90, 92; OGHBritZ, Urt. v. 13.2.1950 – II StS 83/49, NJW 1950, 435, 436; Schmidhäuser BT, 23/33; Fincke Verhältnis, S. 74; Andrews Verleitung, S. 24; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 4; Jescheck in: LK¹¹ § 357 Rn. 4; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 2; Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 9.

c) *Vorgesetzte Amtsträger als Verantwortliche nach § 357 StGB*

Damit ist jedoch nur festgestellt, dass es sich bei dem Vorgesetzten um einen Amtsträger handeln muss, aber nicht, in welchem konkreten Verhältnis dieser zum Untergebenen stehen muss. Diesbezüglich ist § 3 Abs. 3 BBG der Ausgangspunkt. Die Vorschrift besagt, dass derjenige, der dienstliche Weisungen erteilen kann, Vorgesetzter ist. Darüber hinaus findet sich in der Literatur wenig zur näheren Kennzeichnung der Vorgesetztenstellung. *Binding* umschreibt den Vorgesetzten nicht im Rahmen einer Begriffsbestimmung, sondern nur in Abgrenzung zum Tatsubjekt des § 357 Abs. 2 StGB als einen auf einer höheren Stufe der Hierarchie als sein Untergebener stehenden Beamten.¹⁵⁶³ Dementsprechend stellt *Andrews* zutreffend fest, die Literatur halte sich mit einer näheren Erläuterung des für § 357 StGB einschlägigen Vorgesetztenbegriffs sehr zurück.¹⁵⁶⁴ Damit wird es wohl nur im Einzelfall feststellbar sein, inwieweit ein Amtsträger der Vorgesetzte eines untergebenen Täters der Bezugstat (Durchführungsorgan) ist. Es kommt letztlich auf die Weisungsmöglichkeit aufgrund der höheren Hierarchiestufe an.

d) *Amtsträgereigenschaft und § 357 StGB*

Dass der Verantwortliche im Sinne von § 357 StGB Amtsträger sein müsse, schränkt zwar den Anwendungsbereich erheblich ein. Dennoch bleibt im Hinblick auf den Amtsträgerbegriff des Strafgesetzbuchs breiter Raum für eine Vorgesetztenverantwortlichkeit. Denn der Amtsträger ist in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB legaldefiniert als a) Beamter, Richter, b) in einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Amtsverhältnis stehende Person oder c) sonst dazu bestellte Person, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform, wahrzunehmen. Diese Begriffsbestimmung führt zu einem weiten und zum Teil unscharfen Amtsträgerbegriff.¹⁵⁶⁵

(1) Entwicklung des Amtsträgerbegriffs im Strafgesetzbuch

Während § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB auf den statusrechtlichen Beamten bzw. Richterbegriff abstellt¹⁵⁶⁶ und nur im Ausnahmefall auch bei grundsätzlich verbeamteten Personen eine Amtsträgereigenschaft abzulehnen ist, gilt § 11 Abs. 1 Nr. 2b

1563 *Binding* BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 2, S. 736.

1564 *Andrews* Verleitung, S. 9.

1565 Symptomatisch für den Streit um die Reichweite des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB ist der Vorlagebeschluss des 5. Strafseminats des BGH vom 20.7.2011 – 5 StR 115/11, NStZ-RR 2011, 303 ff., der die Amtsträgereigenschaft eines Kassenvertragsarztes zum Gegenstand hatte; vgl. hierzu auch BGH (GS), Beschl. v. 29.3.2012 – 2 GSSt 2/11, BGHSt 57, 202 ff.

1566 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 115.

StGB auch für beamtenähnliche Treueverhältnisse, die durch die Bindung des Amtsinhabers an den Staat geprägt sind.¹⁵⁶⁷ So sind etwa Minister, parlamentarische Staatssekretäre, Wehrbeauftragte, aber auch Notare oder Inhaber von Ehrenämtern, deren Wahrnehmung Teil der allgemeinen staatsbürgerlichen Pflichten ist, erfasst.¹⁵⁶⁸ Dabei ergeben sich erste Unklarheiten im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Definition, die jedoch für den strafrechtlichen Kontext von geringer Bedeutung sind, weil § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB die Außengrenze des Amtsträgerbegriffs markiert und hier die maßgeblichen Definitionsprobleme entstehen.

Die Ausweitung des Amtsträgerbegriffs auf die sonst im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB bestellten Personen wurde mit dem 2. StrRG als Reaktion auf die schon damals festgestellte Tendenz der öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekte vorgenommen, die privatrechtlichen Instrumente und Handlungsformen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu nutzen, also sogenanntes Outsourcing von Staatsaufgaben zu betreiben. Es sollten durch die Neufassung des § 359 StGB a.F., der den Begriff des *Beamten* für den strafrechtlichen Kontext zuvor bestimmte und darunter alle auch nur vorübergehend unmittelbar und mittelbar im Staatsdienst tätige Personen unabhängig von der Leistung eines Diensteids erfasste, klarere Vorgaben geschaffen werden. Die von der Judikatur vorgenommene Ausdehnung des Beamtenbegriffs sollte teils beschränkt, teils auf eine gesetzliche Grundlage gestellt werden.¹⁵⁶⁹

Der Bundesgerichtshof hatte in seiner Rechtsprechung bereits in Entscheidungen aus den 1950er-Jahren ausgeführt, dass nach § 359 StGB a.F. Beamte im strafrechtlichen Sinne nicht nur als statusrechtliche Beamte zu betrachten sind, sondern alle Personen, „die durch eine hierfür zuständige Stelle ausdrücklich oder stillschweigend zu Dienstverrichtungen berufen sind, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen“.¹⁵⁷⁰ In dieser Rechtsprechung, die den strafrechtlichen Beamtenbegriff unabhängig von der formellen Ausübung hoheitlicher Aufgaben definierte, sah die Begründung des Gesetzesentwurfs eine richterrechtliche Ausdehnung des Beamtenbegriffs, der mit der Neufassung der Begriffsbestimmung entgegengewirkt werden sollte. Bereits die Auslegung des Beamtenbegriffs durch die reichsgerichtliche Rechtsprechung habe dazu geführt, dass auch „*Hilfsbriefträger und Gepäckträger auf Bahnsteigen*“ ebenso zu Beamten im strafrechtlichen Sinne geworden seien wie „*Straßenbahnschaffner*“. Gegen diese Ausweitung des Beamtenbegriffs seien seit langer Zeit

1567 Vgl. Radtke in: MüKo-StGB, § 11 Rn. 32 m.w.N.

1568 Lackner/Kühl/Heger, § 11 Rn. 4f.

1569 Vgl. BT-Drs. IV/650, S. 115.

1570 BGH, Urt. v. 10.10.1958 – 5 StR 404/58, BGHSt 12, 89; vgl. auch OGHBritZ, Urt. v. 13.2.1950 – II StS 83/49, NJW 1950, 435, 436.

Bedenken erhoben worden, die in anderen Gesetzen – etwa im Steuerrecht (§ 22 Abs. 3 S. 1 RAO)¹⁵⁷¹ – zu engeren Legaldefinitionen geführt hätten.¹⁵⁷²

Daher wollten die Verfasser des Entwurfs 1962 die Amtsträgereigenschaft auf den Bereich der Statusbeamten, Richter und Notare sowie auf Personen beschränken, „*die hoheitsrechtliche Aufgaben der vollziehenden Gewalt mit Ausnahme der militärischen Hoheitsaufgaben eines Soldaten*“ wahrnehmen.¹⁵⁷³ Auf diese Weise sollte einerseits der Verlagerung von hoheitlicher Tätigkeit auf Personen, die keine Statusbeamten sind, Rechnung getragen und andererseits Personen aus dem Bereich Amtsträger ausgeschlossen werden, die lediglich wirtschaftlichen Tätigkeiten im Auftrag eines öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekts nachgehen. Die Einordnung von Personen, die im Grenzbereich zwischen wirtschaftlicher Tätigkeit von öffentlich-rechtlichen Körperschaften und hoheitlicher Aufgabenerfüllung handeln, also Tätigkeiten des Staates „zur ‚Daseinsvorsorge‘ ... also der Betrieb wirtschaftlicher Unternehmungen, ‚die bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit und ihrer Glieder zu sorgen‘“, vornehmen, lässt die Begründung des Gesetzesentwurfs mit einem Hinweis auf das Staats- und Verwaltungsrecht offen.¹⁵⁷⁴ Jedoch geht die Begründung des Entwurfs 1962 davon aus, dass es auf die ausgeübte Funktion der betreffenden Tätigkeiten ankommt. Rein mechanische Verrichtungen können damit auch dann keine Amtsträgereigenschaft begründen, wenn die Aufgabe, die erfüllt werden soll, als Daseinsvorsorge und damit durch die Rechtsprechung im Ergebnis als hoheitlich eingeordnet werde.¹⁵⁷⁵

Diese Bewertung stimmt im Übrigen auch mit der später zur Frage der Grundrechtsberechtigung von privatrechtlich organisierten, aber von Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts kontrollierten Gesellschaften, die der Daseinsvorsorge dienen, ergangenen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts überein. In der Entscheidung zur Stadtwerke Hameln AG¹⁵⁷⁶ hat der 1. Senat deutlich gemacht, dass die Frage nach der Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung nicht von der Zufälligkeit der Rechtsformwahl abhängen könne. Wenn aber die Grundrechtsverpflichtung und damit wohl auch die Bindung an Recht und Gesetz nicht von der Organisationsform abhängig sein kann, dann spricht vieles dafür, dass auch die Amtsträgereigenschaft, die ja mit der Verpflichtung zu gesetzmäßigem Handeln eng verbunden ist, ebenfalls durch nach der Erfüllung materiell hoheitlicher Aufgaben bestimmt werden muss.

¹⁵⁷¹ § 22 Abs. 3 S. 1 RAO: Amtsträger ist ein Beamter oder wer, ohne Beamter zu sein, dazu bestellt ist, obrigkeitliche Aufgaben wahrzunehmen.

¹⁵⁷² BT-Drs. IV/650, S. 115.

¹⁵⁷³ So der Entwurf des § 10 Nr. 4b StGB in BT-Drs. IV/650, S. 12.

¹⁵⁷⁴ BT-Drs. IV/650, S. 116 mit Hinweis auf BGH, Urt. v. 10.10.1958 – 5 StR 404/58, BGHSt 12, 89, 90.

¹⁵⁷⁵ BT-Drs. IV/650, S. 116.

¹⁵⁷⁶ BVerfG, Beschl. v. 7.6.1977, 1 BvR 108, 424/73, 226/74, BVerfGE 45, 63, 78 ff.

Die vorgeschlagenen Änderungen wurden jedoch noch vor dem Inkrafttreten des 2. StrRG durch Art. 17 Abs. 1 Nr. 5 des Einführungsgesetzes zum StGB (EGStGB)¹⁵⁷⁷ überholt. Dort wurde in § 11 Abs. 1 Nr. 2 – abgesehen von dem durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung der Korruption (KorrBekG)¹⁵⁷⁸ eingefügten wichtigen Zusatz¹⁵⁷⁹ „*unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform*“ – die heutige Fassung der Vorschrift eingefügt. Zur Begründung der damit verbundenen Verwerfung der beschlossenen, jedoch nie in Kraft getretenen Gesetzesfassung des 2. StrRG wurde angeführt, die Neufassung des Amtsträgerbegriffs im Entwurf 1962 habe so entscheidende Nachteile, dass sie nicht übernommen werden könne.¹⁵⁸⁰ Die Sorge, eine fehlende Beschränkung des Amtsträgerbegriffs auf Personen, die hoheitliche Vollzugshandlungen vornehmen, könne dazu führen, dass auch Personen als Täter von Amtsdelikten in Betracht kämen, hinsichtlich derer die Anwendung der Strafvorschriften für Amtsträger unangemessen sei, erscheine unbegründet. Die Begrenzung auf hoheitlich handelnde Täter ergebe sich bereits aus den Straftatbeständen des Besonderen Teils. Letztlich habe die Einengung des Amtsträgerbegriffs in der durch den Entwurf 1962 vorgeschlagenen Weise praktisch keine Bedeutung. Vielmehr schaffe sie durch die Notwendigkeit einer Grenzziehung zwischen den rein fiskalisch handelnden Personen, die demnach keine Amtsträger sein können, von solchen Personen, die hoheitlich handeln und daher von § 11 Abs. 1 Nr. 2b StGB-E 1962 erfasst wären, nur neue Abgrenzungsprobleme. Diese würden vornehmlich auf dem von der Begründung des Entwurfs 1962 angesprochenen Gebiet der Da-seinsvorsorge nicht nur zu Bedenken mit Blick auf die Tatbestandsbestimmtheit, sondern auch zu erheblichen Problemen in der praktischen Rechtsanwendung führen.¹⁵⁸¹

(2) Problemfeld des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB

Die Bestimmung der Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB kann im Einzelfall tatsächlich erhebliche Schwierigkeiten bereiten und bildet „*im Zuge der zunehmenden Privatisierung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben*“ die mit ihr verbundenen rechtlichen Problemstellungen und in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen „*die mit Abstand bedeutendste Fallgruppe*“¹⁵⁸² innerhalb des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB. Aus dem Gesetz ergibt sich zunächst, dass weder die Eigenschaft als Statusbeamter noch ein öffentlich-rechtliches Amtsverhältnis erfor-

1577 Gesetz vom 2.3.1974, BGBl. I 1974, S. 469 ff.

1578 Gesetz vom 13.8.1997, BGBl. I 1997, S. 3038 ff.

1579 Zur Entstehungsgeschichte dieses Einschubs, der dem Urteil des BGH v. 29.1.1992 (5 StR 338/91, BGHSt 38, 199 ff.) geschuldet ist, *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 26.

1580 BT-Drs. 7/550, S. 208.

1581 BT-Drs. 7/550, S. 208.

1582 So *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 26.

derlich ist, um die Amtsträgereigenschaft zu begründen; dies sind die konstituierenden Merkmale der Amtsträgereigenschaft nach § 11 Abs. 1 Nrn. 2a und 2b StGB. Es reicht vielmehr aus, dass die betreffende Person bei einer Behörde oder sonstigen öffentlichen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. In diesem Zusammenhang ist die Abgrenzung zu § 11 Abs. 1 Nr. 4a StGB, der ähnlich formuliert, besonders bedeutsam. Danach ist derjenige für den öffentlichen Dienst besonders verpflichtet, der, ohne Amtsträger zu sein, bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, beschäftigt oder für sie tätig und auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten aufgrund eines Gesetzes förmlich verpflichtet ist.

(a) Ausgangsproblematik

Vergleicht man die beiden Formulierungen, so wird das entscheidende Element der Amtsträgereigenschaft deutlich: die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Dementsprechend wird § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB als materiell-funktionale Definition des Amtsträgerbegriffs angesehen, weil „*zentrales Definitionselement die funktionelle Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben ist*“.¹⁵⁸³ Hier entstehen eben jene Probleme einer geringen Bestimmtheit des Amtsträgerbegriffs, die seinerzeit bereits der Entwurf des 2. StrRG angemahnt hatte. Denn die Abgrenzung zwischen Aufgaben der privatwirtschaftlichen Betätigung des Staates und der Erfüllung seiner Aufgaben der Daseinsvorsorge mit privatwirtschaftlichen Mitteln ist weder durch die Klarstellung, auch privatrechtliche Beschäftigte könnten Amtsträger sein, noch durch die wenig einheitliche¹⁵⁸⁴ Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁵⁸⁵ so hinreichend deutlich geworden, dass man von einer klaren Regelung sprechen könnte. Hier können nur die spezifischen Abgrenzungsprobleme skizziert werden, die der wenig konturierte Amtsträgerbegriff für § 357 StGB mit sich bringt. Dies dürfte aber auch ausreichen, um den persönlichen Anwendungsbereich der Vorschrift zu umreißen. Zudem kann hier eine weiterführende Argumentation herausgearbeitet werden, die für eine Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 357 StGB auf Amtsträger und auf die Amtsdelikte im engeren Sinne spricht. Die Berechtigung einer solchen Restriktion wird durch den Blick auf die Abgrenzungsschwierigkeiten deutlich, die sich aus einer Anwendung des § 357 StGB auf allgemeine Straftaten ergeben.

1583 So Saliger in: NK-StGB, § 11 Rn. 26.

1584 Vgl. hierzu Bernsmann, StV 2009, 308, 309 sowie die Nachweise bei Zwiehoff in: FS Herzberg, S. 133, 155f.

1585 BGH, Urt. v. 19.12.1997 – 2 StR 521/97, NJW 1998, 1874 ff.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs¹⁵⁸⁶ setzt der Amtsträgerbegriff zweierlei voraus: Zum einen muss „organisatorisch eine Anbindung an eine Behörde vorhanden sein“, die durch „eine längerfristige vertragliche Bindung oder durch einen (auch formfrei möglichen) Bestellungsakt“ erfolgen kann.¹⁵⁸⁷ Dabei sei entscheidend, dass für den Bestellten als Adressaten der einer Strafverschrift zugrunde liegenden Verhaltensnorm die mit der Beauftragung verbundenen besonderen Pflichten erkennbar seien.¹⁵⁸⁸ Zum anderen müsse die Tätigkeit als solche „inhaltlich Elemente aufweisen“, durch die sie mit einer behördlichen Tätigkeit vergleichbar sei.¹⁵⁸⁹ Das sei in der Regel nur bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Fall, „die ihrer Natur nach typischerweise dem Staat vorbehalten sind“.

(b) Organisatorische Anbindung an eine Behörde oder Stelle

Die Bestellung, die die Amtsträgereigenschaft gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB nach dem Gesetzeswortlaut sowie nach der Begründung des Gesetzesentwurfs voraussetzt, unterscheidet diese Form des öffentlichen Auftrags nach der herrschenden Ansicht von der reinen privatrechtlichen Beauftragung,¹⁵⁹⁰ wenn auch einige Stimmen in der Literatur eine rein funktionale Betrachtung anlegen und damit die Bedeutung des Bestellungsakts letztlich leugnen.¹⁵⁹¹ Doch ist diesem Element wegen der Notwendigkeit einer restriktiven Auslegung des Amtsträgerbegriffs zumindest die vom Bundesgerichtshof dargelegte Funktion beizumessen: Er soll dem Beauftragten vor Augen führen, dass er eine öffentliche Aufgabe verrichtet und daher in spezifischer Weise zur Erfüllung seiner Aufgaben verpflichtet ist, auch wenn er nicht zwingend in einem förmlichen Akt auf seine Verpflichtung besonders hingewiesen worden ist.¹⁵⁹² Da diese Bestellung vornehmlich dem Zweck dient, die Pflichtenstellung für den Normadressaten zu verdeutlichen, kommt es auf die rechtliche Wirksamkeit der Bestellung nicht an.¹⁵⁹³

Der Begriff der *Bestellung* setzt eine durch die Behörde oder Stelle bewusst durchgeführte faktische Beauftragung mit der generellen Wahrnehmung bestimmter amtlicher Funktionen voraus.¹⁵⁹⁴ Die Auftragserteilung erfüllt jedoch nur dann die Anforderungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, wenn der Beauftragte

1586 BGH, Urt. v. 15.3.2001 – 5 StR 454/00, NJW 2001, 2102, 2104.

1587 Zur Kritik an dem Kriterium der längerfristigen Beauftragung *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 29.

1588 Vgl. hierzu BGH, Urt. v. 15.5.1997 – 1 StR 233/96, BGHSt 43, 96, 101 ff.

1589 BGH, Urt. v. 3.3.1999 – 2 StR 437/98, BGHSt 45, 16.

1590 Vgl. BGH, Urt. v. 21.8.1996 – 2 StR 234/96, BGHSt 42, 230, 232; Urt. v. 15.5.1997 – 1 StR 233/96, NJW 1997, 3034; *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 27.

1591 Zum Streitstand *Fischer*, § 11 Rn. 10.

1592 Vgl. mit Beispielen zur Erfüllung dieser Bestellungsvoraussetzungen in der Rechtsprechung *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 29.

1593 So die herrschende Meinung, vgl. die Nachweise bei *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 29.

1594 *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 29; *Geppert Jura* 1981, 42, 44.

für eine Behörde oder sonstige Stelle bzw. in deren Auftrag tätig werden soll. Unter diese Formulierung fallen zwei verschiedene Beauftragungsformen: zum einen die Eingliederung des Beauftragten in die Behördenstruktur (bei der Behörde)¹⁵⁹⁵ und zum anderen die Tätigkeit für die Behörde als Externer.¹⁵⁹⁶ Dabei ist der Behördenbegriff des § 1 Abs. 4 VwVfG zu adaptieren, so dass als Behörde jede Stelle anzusehen ist, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Unter Auftrag ist dabei nicht allein der zivilrechtliche Auftrag der §§ 662 ff. BGB zu verstehen, sondern die tatsächliche Übertragung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Die Einbeziehung auch der Personen, die durch andere Stellen als Behörden beauftragt werden, die mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben befasst sind, soll dazu dienen, auch die Fallkonstellationen zu erfassen, in denen behördenähnliche Organisationen – unabhängig von der rechtlichen Struktur ihrer Organisationsform – aufgrund rechtlicher Befugnis bei der Ausführung von Gesetzen mitwirken.¹⁵⁹⁷ Ferner verlangt die Judikatur, dass diese Stellen der staatlichen Steuerung unterliegen und dadurch als verlängerter Arm des Staates erscheinen.¹⁵⁹⁸

Bei der Bestimmung sonstiger Stellen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB ergeben sich regelmäßig Schwierigkeiten. Besondere Probleme bereitet in diesem Kontext die Einordnung von Tätigkeiten der Daseinsvorsorge also solcher, „*die dazu bestimmt sind, unmittelbar für die Daseinsvoraussetzungen der Allgemeinheit oder ihrer Glieder zu sorgen*“.¹⁵⁹⁹ Diese Dienstleistungen werden zwar unabhängig von der konkreten Organisationsform des leistenden Verbandes grundsätzlich zu den Aufgaben der öffentlichen Verwaltung gerechnet,¹⁶⁰⁰ aber sie können auch von Unternehmen in privater Hand erfüllt werden.¹⁶⁰¹ Diese stellen dann grundsätzlich keine sonstige Stelle im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB dar. Organisiert jedoch ein staatlicher Träger seine Tätigkeit in privatrechtlicher Form, so stellt der Bundesgerichtshof für die Beurteilung, ob es sich um eine „*sonstige Stelle*“ handelt, darauf ab, ob es sich um eine Aufgabenprivatisierung oder nur um eine Organisationsprivatisierung handelt. Ausschließlich in letztem Falle könne von einer öffentlichen Aufgabe gesprochen werden, weil hier lediglich eine private Organisationsform gewählt, nicht aber eine private Aufgabe erfüllt werde. Gebe der Hoheitsträger bei der Aufgabenprivatisierung „*die Auf-*

¹⁵⁹⁵ Vgl. Saliger in: NK-StGB, § 11 Rn. 39.

¹⁵⁹⁶ Vgl. Fischer, § 11 Rn. 18; Radtke in: MüKo-StGB, § 11 Rn. 85; Rudolphi/Stein in: SK-StGB § 11 Rn. 30b.

¹⁵⁹⁷ Vgl. BT-Drs. 7/550, S. 209.

¹⁵⁹⁸ Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.1997 – 2 StR 521/97, BGHSt 43, 370, 377, 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.; BGH NJW 2004, 693; NStZ 2004, 380.

¹⁵⁹⁹ BGH, Urt. v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, NJW 2004, 3129, 3130 f.; vgl. hierzu auch Fischer, § 11 Rn. 22 m.w.N.

¹⁶⁰⁰ Vgl. BT-Drs. 13/5584 S. 12; BGH, Urt. v. 14.11.2003 – 2 StR 164/03, NJW 2004, 693.

¹⁶⁰¹ BGH, Urt. v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, NJW 2004, 3129, 3131; BGH, Urt. v. 3.3.1999 – 2 StR 437/98, BGHSt 45, 16, 19.

gabe gänzlich aus der Hand“ und überlasse er die Aufgabenerfüllung „einem privaten, marktwirtschaftlich agierenden Unternehmen“, so liege keine Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe mehr vor, auch dann nicht, wenn die Tätigkeit der privaten Organisation staatlicher Aufsicht unterliege.¹⁶⁰²

Ob es sich bei der Auftraggeberin des potenziellen Amtsträgers um eine sonstige Stelle im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB handelt, hängt von zwei Voraussetzungen ab. Zum einen muss es sich bei der fraglichen Organisation noch um den „verlängerten Arm des Staates“ handeln,¹⁶⁰³ also eine gewisse staatliche Kontrolle gegeben sein, wenn eine privatwirtschaftlich strukturierte Organisation tätig wird.¹⁶⁰⁴ Zum anderen müssen *öffentliche* Aufgaben wahrgenommen werden.

Für die Feststellung der hinreichenden staatlichen Kontrolle über eine sonstige Stelle, also deren Eigenschaft als verlängerter Arm des Staates, kommt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs maßgeblich auf den Einfluss an, den der staatliche Träger auf die Organisation ausüben kann und will. Sind die Einflussmöglichkeiten durch die Unternehmensstruktur, die Beteiligungsverhältnisse oder – wie bei der Deutschen Bahn – durch die gesetzlichen Regelungen so stark beschränkt, dass der Hoheitsträger nur noch wie ein Anteilsinhaber, also mittelbar auf das Unternehmen einwirken kann, weil er etwa die Schlüsselpositionen im Unternehmen nicht mit eigenen, gegebenenfalls auch weisungsgebundenen Funktionsträgern wie Beamten oder Amtsträgern besetzt hält, so soll es sich nicht um eine sonstige Stelle im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB handeln. Im Ergebnis ist also eine Gesamtbewertung der öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Steuerungsmöglichkeiten erforderlich.¹⁶⁰⁵ Die Zahl der Fälle, in denen eine sonstige, behördenähnliche Stelle in Betracht kommt, ist daher praktisch unüberschaubar.

Auch die Entscheidung des Großen Senats zur Strafbarkeit des Vertragsarztes gem. §§ 331 ff. StGB bei Verordnung von Medikamenten ändert hieran nichts, weil der Große Senat diese Grundlinie bestätigt und nicht in Abrede gestellt hat, dass die gesetzlichen Krankenkassen Stellen der öffentlichen Verwaltung sind.¹⁶⁰⁶ Generelle Aussagen darüber, was unter „sonstiger Stelle“ zu verstehen ist, sind also nur in sehr begrenztem Maße möglich. Es können lediglich typische Fallgestaltungen solcher Organisationen angegeben werden, die als sonstige Stellen im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB anzusehen sind. So hat der Bundesgerichtshof etwa der Organisation als Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts eine erhebliche Indizwirkung, wenn auch keine „allein ausschlaggebende Aussage-

1602 BGH, Urt. v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, NJW 2004, 3129, 3131.

1603 Vgl. BGH, Urt. v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202, 212; Fischer, § 11 Rn. 22, 22a m.w.N.

1604 Vgl. BGH, Urt. v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202, 210; Fischer, § 11 Rn. 22a m.w.N.

1605 Vgl. BGH, Urt. v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, NJW 2004, 3129, 3132.

1606 BGH (GS), Beschl. v. 29.3.2010 – 2 StR 2/11, BGHSt 57, 202, 205 (Rn. 10).

kraft“ zuerkannt.¹⁶⁰⁷ Ebenfalls typische sonstige Stellen sind Gesellschaften wie GmbH, wenn deren Anteile ausschließlich von dem Hoheitsträger gehalten werden und sie auf diese Weise oder durch die Besetzung der Organe durch staatliche Beamte kontrolliert werden können.¹⁶⁰⁸

(c) Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

Den entscheidenden Unterschied zwischen dem Amtsträger (§ 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und dem ansonsten für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten (§ 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB) macht jedoch die „*Wahrnehmung einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung*“ durch die betreffende Person aus. Das bedeutet, dass der Beauftragte nur dann Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB ist, wenn er in seinem konkreten Tätigkeitsfeld Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Dabei wird eine streng funktionale Betrachtung zugrunde gelegt.¹⁶⁰⁹ Um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung handelt es sich zunächst bei solchen, die ein Hoheitsträger zulässiger Weise für sich in Anspruch nimmt.¹⁶¹⁰ Soweit es sich um eine privatrechtlich organisierte Stelle handelt, muss sich also nicht nur die Organisation als solche als verlängerter Arm des Staates darstellen, sondern auch die konkrete Tätigkeit in Ausübung der hoheitlichen Aufgabenerfüllung erfolgen. Die Verfasser des Entwurfs des EStGB wollten durch die Formulierung „*der öffentlichen Verwaltung*“ – die auch in § 1 Abs. 4 VwVfG verwendet wird – vornehmlich eine Abgrenzung zu Rechtsprechung und Gesetzgebung herbeiführen,¹⁶¹¹ so dass der Begriff weit auszulegen ist. Unter öffentlicher Verwaltung ist nach herrschender Ansicht jede Tätigkeit zu verstehen, die aus der Staatsgewalt abgeleitet wird, weder Gesetzgebung noch Rechtsprechung ist und staatlichen Zwecken dient.¹⁶¹² Nach herrschender Ansicht wird nicht zwischen den einzelnen Varianten des § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB unterschieden.¹⁶¹³ So unterfällt dem Begriff zunächst die Eingriffsverwaltung, auch wenn sie von Beliehenen ausgeübt

1607 BGH, Urt. v. 27.11.2009 – 2 StR 104/09, BGHSt 54, 202, 208; ferner BGH, Urt. v. 9.7.2009 – 5 StR 263/08, NJW 2009, 3248, 3249.

1608 BGH, Urt. v. 14.11.2003 – 2 StR 164/03, NJW 2004, 693; vgl. ferner zu Einzelfällen in der Rechtsprechung *Fischer*, § 11 Rn. 19; zu den Auswirkungen privater Sperrminoritäten, vgl. *Fischer*, § 11 Rn. 22.

1609 Vgl. nur BGH, Urt. v. 14.11.2003 – 2 StR 164/03, NJW 2004, 693, 695; vgl. ferner *Fischer*, § 11 Rn. 21 m.w.N.

1610 KG, Beschl. v. 15.11.1993 – (4) 2 HEs 15/93 (177/93) – Ws 272/93, NStZ 1994, 242; *Fischer*, § 11 Rn. 22; *Ossenbühl JR* 1992, 473, 474.

1611 BT-Drs. 7/550, S. 209.

1612 BT-Drs. 7/550, S. 209 unter Bezugnahme auf BGH, Urt. v. 10.10.1958 – 5 StR 404/58, BGHSt 12, 89, 90; ferner BGH, Beschl. v. 14.1.2009 – 1 StR 470/08, wistra 2009, 229, 230; *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 30; *Hilgendorf* in: Leipziger Kommentar, § 11 Rn. 42; vgl. ferner *Heinrich* Amtsträgerbegriff, S. 400 ff.

1613 Vgl. *Saliger* in: NK-StGB, § 11 Rn. 30 m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

wird,¹⁶¹⁴ sowie die Leistungsverwaltung. Zu Letzterer werden Sozial-, Förderungsverwaltung und Planungsverwaltung gerechnet,¹⁶¹⁵ aber von jeher sieht die Rechtsprechung auch die Daseinsvorsorge als Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung an. Wird der Beauftragte daher in der Schaffung und Gewährleistung der Daseinsvoraussetzungen für die Allgemeinheit tätig und ist das der Kern des von ihm auszufüllenden Aufgabenkreises, so ändert auch die Privatisierung der Organisationsform oder die Absicht der Gewinnerzielung nichts an der Erfüllung von „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“.

Jedoch hat die Rechtsprechung die Anwendung des Amtsträgerbegriffs auf die Daseinsvorsorge eingeschränkt; nicht jede Handlung, die im Rahmen der grundsätzlich daseinsvorsorgenden Tätigkeit durchgeführt wird, sei zwingend als Teil der vom Staat zu erbringenden Daseinsvorsorge anzusehen. Dies sei etwa bei zivilrechtlichen Handlungen, die auch ohne Weiteres durch eine Private erbracht werden können, zu beachten.¹⁶¹⁶ Ferner soll keine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung vorliegen, wenn der Sache nach eine Aufgabenprivatisierung vorliege, wenn also nicht nur die Organisationsform privatisiert sei, sondern die Aufgabe als solche auch materiell völlig aus staatlicher Hand entlassen werde.¹⁶¹⁷ Gleiches gilt nach der Rechtsprechung, wenn der Staat lediglich noch als *ein* Wettbewerber unter mehreren auftrete¹⁶¹⁸ oder die Leistung allein unter dem Gesichtspunkt der Gewinnerzielung erbringe.¹⁶¹⁹ Ein Indiz für eine reine Gewinnerzielungsabsicht hat der Bundesgerichtshof angenommen, wenn die zunehmende Schaffung wettbewerblicher Strukturen auf einem Markt der Daseinsvorsorge dazu führe, dass privatrechtlich strukturierte Gesellschaften der öffentlichen Hand allein unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten agieren. In diesen Fällen sowie bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen fehle der spezifisch öffentliche Bezug, der die Gleichbehandlung mit Behörden rechtfertige.¹⁶²⁰

Dass die Annahme einer Aufgabe der öffentlichen Verwaltung oftmals nicht an klaren Kriterien gemessen, sondern mit einer Gesamtbewertung begründet wird, macht die Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs¹⁶²¹ zum Vertragsarzt deutlich: Hier wurde die Bestellung des Vertragsarztes zur Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung verneint, weil das Arzt-Patienten-Verhältnis durch Gleichordnung und ein individuell begründetes Vertrauen bestimmt sei; das stehe der Annahme einer Aufgabe der öffentlichen Verwal-

1614 So BT-Drs. 7/550, S. 209; BGH, Urt. v. 29.1.1992 – 5 StR 338/91, BGHSt 38, 199, 201; weitere Nachweise bei Saliger in: NK-StGB, § 11 Rn. 31.

1615 Vgl. Saliger in: NK-StGB, § 11 Rn. 32.

1616 BGH, Urt. v. 15.3.2001 – 5 StR 454/00, BGHSt 46, 310, 313, sehr weitgehend BGH, Urt. v. 29.1.1992 – 5 StR 338/91, JR 1992, 471 ff. m. abl. Anm. Ossenbühl.

1617 BGH, Urt. v. 16.7.2004 – 2 StR 486/03, BGHSt 49, 214, 221.

1618 BGH, Urt. v. 18.4.2007 – 5 StR 506/06, NJW 2007, 2932, 2934.

1619 Vgl. BGH, Urt. v. 14.11.2003 – 2 StR 164/03, NJW 2004, 693 f.

1620 BGH, Urt. v. 2.12.2005 – 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 307.

1621 BGH, Beschl. v. 29.3.2010 – GSSt 2/11, BGHSt 57, 202, 206 (Rn. 15 ff.).

tung entgegen. Die Gesamtbetrachtung führe daher nicht zu einer Bewertung der Tätigkeit als hoheitliche Verwaltung.¹⁶²² Ferner werde der Vertragsarzt freiberuflich und nicht als Funktionsträger einer öffentlichen Behörde tätig, sondern aufgrund der freien Auswahl des Versicherten. Er nehme damit eine „speziell ausgestaltete Zwischenposition“ ein. Arztwahl, Art und Dauer der Behandlung, all dies sei der Kontrolle der Krankenkasse entzogen. Letztlich begründet der Große Senat seine Meinung also mit einem Eindruck, genauer mit dem Eindruck des Patienten: Der Vertragsarzt sei nicht Amtsträger, weil er subjektiv nicht so wahrgenommen werde.

(d) Anwendungsbereich des § 357 StGB bei Amtsträgern nach § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB

Damit ist nach herrschender Ansicht regelmäßig Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB, wer nach hinreichendem Bestellungsakt in einem Unternehmen, das Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnimmt, bei dieser Aufgabenerfüllung tätig wird und das Unternehmen nicht so weitgehend privatisiert ist, dass es der staatlichen Kontrolle entzogen wäre oder durch die ausschließliche Ausrichtung auf die Gewinnerzielung seine Behördähnlichkeit verloren hätte.¹⁶²³ Dieser Entscheidungsträger wird demzufolge vom persönlichen Anwendungsbereich des § 357 StGB erfasst. Damit ist diese Vorschrift über die Vorgesetztenverantwortlichkeit nicht nur auf die klassischen Bereiche der Beamtentätigkeit der Eingriffs- und Leistungsverwaltung anwendbar, sondern auch auf den Geschäftsführer eines kommunalen Unternehmens, der nun nach § 357 StGB haftet.¹⁶²⁴

Für die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in Sachen BSR¹⁶²⁵ hätte dies zur Folge, dass eine Verantwortlichkeit des Leiters der Innenrevision und Tarifexperten nach §§ 263, 357 StGB nach der herrschenden Ansicht, die alle Straftaten als Bezugstaten des § 357 StGB ansieht,¹⁶²⁶ hätte erwogen werden müssen. Zwar war der Angeklagte in diesem Verfahren nicht Vorgesetzter der unmittelbar Handelnden Betrugstäter, jedoch lag eine Beurteilung seiner Stellung als die eines Kontrollpflichtigen im Sinne von § 357 Abs. 2 StGB nahe. Hätte man in diesem Zusammenhang die Anwendung des § 357 StGB bejaht, so wäre die Strafbarkeit wegen durch Unterlassen begangene Beihilfe zum Betrug, die der Senat ausgeurteilt hat, von der Strafbarkeit wegen Betrugs in der Begehungsfom der Konnivenz verdrängt worden. § 357 StGB ist jedoch in diesem Zusammenhang – so-

1622 BGH (GS), Beschl. v. 29.3.2010 – 2 StR 2/11, BGHSt 57, 202, 206 (Rn. 14 ff.).

1623 Vgl. hierzu etwa BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – 5 StR 70/06, NStZ 2007, 211, 212.

1624 So auch Brozat CCZ 2011, 227, 228 f.

1625 BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, BGHSt 54, 44 ff.

1626 Vgl. nur BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 48.

weit es sich aus den schriftlichen Urteilsgründen ersehen lässt – nicht angesprochen worden.¹⁶²⁷

Diese Anwendbarkeit der Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 357 StGB auch in privatrechtlichen Strukturen hat deswegen besondere Bedeutung, weil damit das wichtigste Argument gegen eine Übertragung von Regeln der Vorgesetztenverantwortlichkeit für staatliche Organisationsstrukturen auf private Verbände infrage gestellt ist. Wenn man die Anwendung von § 357 StGB auf staatlich gelenkte Wirtschaftsunternehmen akzeptiert, kann einer allgemeinen Vorgesetztenverantwortlichkeit für das Wirtschaftsstrafrecht nicht mehr entgegengehalten werden, dass die strenge Haftung des Vorgesetzten für die Verfehlungen seiner Untergebenen auf der besonderen, durch Befehl und Gehorsam oder Anweisung und Folgepflicht geprägten Hierarchiestruktur basiert. Für § 357 StGB ist eine Verantwortlichkeitsbegründung allein durch Gehorsams- oder zumindest öffentlich-rechtliche Befolgungspflicht nicht haltbar, weil sich die Anweisungsstrukturen innerhalb eines privatrechtlichen Verbandes, auch wenn er Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, nicht nach dem öffentlichen Dienstrecht, sondern nach dem privaten Arbeitsrecht richten, so dass insofern ein Unterschied zu jedem anderen privaten Verband nicht mehr gegeben ist. Hier ist der Amtsvorgesetzte nur noch „*Privatvorgesetzter*“.

4. Subjektiver Tatbestand des § 357 StGB

§ 357 StGB erfordert mangels gegenteiliger Bestimmung im Gesetz vorsätzliches Handeln des Vorgesetzten (vgl. § 15 StGB). Hier reicht Eventualvorsatz – nach Streichung der Wissentlichkeit in § 357 StGB¹⁶²⁸ – aus; jedoch wird vielfach vertreten, für die Konkretisierung des Vorsatzes hätten die allgemeinen Regeln über den Vorsatz des Teilnehmers Geltung.¹⁶²⁹ Diese Aussage ist insofern ungenau, als die Anforderungen, die an den Vorsatz der Teilnehmer gestellt werden, nach herrschender Ansicht nicht einheitlich sind. Hierzu heißt es bei Kühl:¹⁶³⁰ „*Da die Beihilfe nicht den Willen zu bestimmender Einflussnahme auf die Haupttat erfordert, sind die Anforderungen an deren Konkretisierung hier weniger streng als bei der Anstiftung.*“¹⁶³¹ Daher stellt sich die Frage, ob zur Erfüllung des Tatbestandes von § 357 StGB Anstiftvorsatz hinsichtlich der Bezugstat erforderlich

1627 Vgl. Brozat CCZ 2011, 227, 228 f.; Büle NZWiSt 2012, 176, 182.

1628 EGStGB v. 2.3.1974, BGBl. I 1974, 469; vgl. Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 30.

1629 Heine/Weißen in: Schöneke/Schröder, § 357 Rn. 7; Heuchemer in: Beck-OK-StGB, § 357 Rn. 5; Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 6; Kublen in: NK-StGB, § 357 Rn. 9.

1630 Lackner/Kühl, § 27 Rn. 7.

1631 Ebenso BGH, Urt. v. 21.4.1986 – 2 StR 661/85, 34, 63, 64; Urt. v. 18.4.1996 – 1 StR 14/96, BGHSt 42, 135, 137 f.; Frister AT, 28/52; Kindhäuser AT, § 42 Rn. 29; Rengier AT, § 45/115 f.; Heine/Weißen in: Schöneke/Schröder, § 27 Rn. 29.

ist oder ob es ausreicht, wenn der Vorgesetzte insofern mit Gehilfenvorsatz handelt.

Schmitz¹⁶³² geht von Ersterem aus; der Vorgesetzte müsse wie ein Anstifter die Bezugstat in ihren wesentlichen Merkmalen in seinen Vorsatz aufgenommen haben.¹⁶³³ Der Anstiftervorsatz erfordert demnach die Kenntnis der wesentlichen Tatumstände und der konkreten Angriffsrichtung der Haupttat, also eine genauere Kenntnis von der Haupttat, als sie bei dem Gehilfen vorliegen muss.¹⁶³⁴ Auch der Anstifter muss also nicht die Details der Tatbegehung, aber doch die wesentlichen Dimensionen der Haupttat kennen.¹⁶³⁵ Das Reichsgericht war dagegen davon ausgegangen, dass für die Strafbarkeit über § 357 StGB ein „bedingter Gehilfenvorsatz“ ausreichend sei.¹⁶³⁶ Damit würden geringere Anforderungen gestellt,¹⁶³⁷ weil der Gehilfe nur die wesentlichen Merkmale der Haupttat kennen muss. Er muss – unter Berücksichtigung der Motassadeq-Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁶³⁸ – lediglich grundsätzlich und laienhaft wissen, welche Tatbestandsmerkmale verwirklicht werden sollen.

Für die Forderung nach einem Anstiftervorsatz spricht, dass der Vorgesetzte wie ein Täter der Bezugstat bestraft wird, ihm diese Tat also zugerechnet wird. Diese Lösung führt jedoch zu einer zu starken Restriktion des Anwendungsbereichs, weil so für alle Begehungsweisen des § 357 StGB, also sowohl für die Verleitensalternative als auch für die echte Konnivenz der Anstiftungsvorsatz erforderlich wäre. Wollte man hier differenzieren und für die Variante des Geschehenlassens den Gehilfenvorsatz ausreichen lassen, so würde das Geschehenlassen zum Auffangtatbestand für Verleitenshandlungen im Gehilfenvorsatz und das Erfordernis des Anstiftungsvorsatzes leerlaufen. Die entstehenden Strafbarkeitslücken müssten durch die Anwendung der Beihilferegelungen aufgefangen werden, was der ratio legis nicht entspricht, die nahezu unbestritten in der umfassenden Sanktionierung von Gehilfenhandlungen durch die besondere Beteiligungsform und damit die Aufstufung der Beihilfe zur Täterschaft liegt.

Auch strafrechtsdogmatische Argumente sprechen dagegen, mehr als einen Gehilfenvorsatz zu fordern: So ist es unstreitig, dass § 357 StGB auch solche Konstellationen zu einer täterschaftsgleichen Begehungsweise aufqualifizieren

1632 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 30.

1633 Ähnlich auch Kindhäuser LPK, § 357 Rn. 10, der Vorgesetzte muss sich „die Tat in ihren Hauptmerkmalen vorstell[en]“.

1634 BGH, 29.10.1997 – 2 StR 239/97, JR 1999, 249; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 26 Rn. 17 m.w.N.

1635 Roxin in: Leipziger Kommentar¹¹, § 26 Rn. 47.

1636 RG, Beschl. v. 2.2.1937 – 4 D 971/36, HRR 1937 Nr. 773; so können wohl auch Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 7 und Jescheck in: Leipziger Kommentar¹¹, § 357 Rn. 8 verstanden werden.

1637 Vgl. BGH, Urt. v. 18.4.1996 – 1 StR 14/96, BGHSt 42, 135, 138, BGH NStZ 2002, 201; Geppert Jura 1997, 360.

1638 BGH, Urt. v. 16.11.2006 – 3 StR 139/06 (Motassadeq), NJW 2007, 384, 389 ff.

soll, die nach den allgemeinen Lehren als Beihilfe durch Unterlassen zu qualifizieren wären, so dass es der Ratio des Gesetzes widersprechen würde, wollte man auch hier über den Gehilfenvorsatz hinausgehende Anforderungen stellen. Insofern könnte ein Vorsatz in der Intensität, wie sie für den Gehilfen erforderlich wäre, ausreichend sein, soweit es die Kenntnis von der Bezugstat des Untergebenen betrifft. Hier wird letztlich auch das Wesen der Einheitstäterschaft deutlich. Sie kann in der Frage der Tatbestandserfüllung nicht zwischen einem Täter- und einem Teilnehmervorsatz differenzieren, sondern muss – will sie nicht die Beihilfe im Hinblick auf den Vorsatz von sehr strengen Voraussetzungen abhängig machen – an den Einheitstäterschaftsvorsatz nur geringere Anforderungen stellen als das zwischen Täterschaft und Teilnahme differenzierende Beteiligungsmodell, das zu tatbestandlichen Differenzierungen auch in Bezug auf den Vorsatz fähig ist. Die den Vorsatz betreffende Unrechtsabschichtung kann und muss in einem Einheitstätersystem ohne Verletzung des verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes¹⁶³⁹ auf der Ebene der Strafzumessung stattfinden.

5. Persönlicher Anwendungsbereich des § 357 Abs. 2 StGB

§ 357 Abs. 2 StGB ist – soweit ersichtlich – nur Gegenstand einer einzigen gerichtlichen Entscheidung gewesen. Das Reichsgericht hatte in einem Fall, in dem die Vorgesetzteigenschaft des Täters nicht festgestellt war, ausgeführt, dem Angeklagten sei durch die Postverwaltung die Aufsicht über die Amtsgeschäfte des zu seiner Hilfeleistung und Vertretung bestellten früheren Mitangeklagten übertragen worden. Die von diesem begangene Amtsunterschlagung (§§ 350, 351 RStGB) habe auch die Geschäfte betroffen, die unter die Aufsicht des Angeklagten gestellt waren. Diese Entscheidung beschränkt sich jedoch darauf, die Aufsichtspflicht als Element einer Vorgesetztenverantwortlichkeit zu benennen, ohne sie näher begrifflich zu beschreiben.

Im Wesentlichen beschränken sich auch die Hinweise in der Literatur darauf, dass die Tat auch durch einen Aufsichtsbeamten begangen werden kann.¹⁶⁴⁰ Andere geht dagegen näher auf den Aufsichts- und Kontrollpflichtigen als nach § 357 StGB Verantwortlichen ein. Zunächst nimmt er dabei Bezug auf die modernen verwaltungsrechtlichen Instrumente der Aufsicht und Kontrolle. Im Hinblick auf Erstere sei im § 357 Abs. 2 StGB allein die nicht organisatorische personalrechtliche Aufsicht von Bedeutung, die als Rechts- und Fachaufsicht jeweils in uneingeschränkter Form oder als Sonder- oder Einzelaufsicht in Betracht kom-

1639 Vgl. hierzu Wolff AÖR 124 (1999), 56 ff.

1640 Fischer, § 357 Rn. 3; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 2; Heuchemer in: Beck-OK-StGB, § 357 Rn. 2; Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 3; Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 1; Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 3 Fn. 13.

me.¹⁶⁴¹ Von der Aufsicht wird die Kontrolle dahin gehend abgegrenzt, dass es sich bei dieser um ein nachträgliches Überprüfungsinstrument handelt.¹⁶⁴² Diese Überprüfung kann und wird dabei in der Praxis auf bestimmte Teilbereiche des Verwaltungshandelns beschränkt.¹⁶⁴³ Allerdings weist *Andrews* zu Recht darauf hin, dass die strafrechtlichen Begriffe der *Aufsicht* und *Kontrolle* nicht ohne Weiteres mit den verwaltungsrechtlichen Begrifflichkeiten übereinstimmen müssen oder durch diese bestimmt werden können.¹⁶⁴⁴ Das ergebe sich zum einen aus den auch im Verwaltungsrecht selbst uneinheitlichen Definitionen und zum anderen daraus, dass der strafrechtliche Aufsichts- und Kontrollbegriff, bereits im § 330 Abs. 2 PrStGB¹⁶⁴⁵ enthalten, nie am öffentlichen Recht orientiert war und sich seitdem auch nicht mehr verändert habe. Insofern stellt sich die Situation anders dar als bei der Bestimmung des Amtsträgerbegriffs, der einem stetigen Wandel auch in der Gesetzgebung unterworfen war.¹⁶⁴⁶

Die strafrechtliche Auslegung hat daher grundsätzlich ohne verwaltungsrechtliche Ausrichtung zu erfolgen, wenn auch verwaltungsrechtliche Einflüsse Berücksichtigung finden können. Mit Rücksicht auf den Wortlaut, die Entstehungsgeschichte und die Rechtsprechung des Reichsgerichts wird deutlich, dass es sich bei § 357 StGB um einen Auffangtatbestand handelt, der Fälle erfassen soll, in denen die Ausübung der Kontrolle oder Aufsicht über eine Person nicht zwingend mit der allgemeinen Vorgesetztenstellung oder einem Anweisungsrecht zusammenfällt.¹⁶⁴⁷ Um diesem Zweck gerecht zu werden, muss zu den nach § 357 Abs. 2 StGB verantwortlichen Personen auch derjenige gezählt werden, dem die Aufsicht oder Kontrolle anderer Amtsträger – gegebenenfalls auch nur vorübergehend – übertragen wurde.¹⁶⁴⁸ Das ergibt sich insbesondere daraus, dass die Worte „*eine Aufsicht*“ und „*übertragen ist*“ und nicht „*die Aufsicht innehalt*“ oder Ähnliches gewählt wurden.¹⁶⁴⁹ Durch die Vorschrift sollen jedoch vornehmlich solche Personen erfasst sein, die zwar in dem Durchführungsorgan einen höheren Rang bekleiden, aber nicht Vorgesetzte, weil aus dienstlich-organisatorischen Gründen nicht anweisungsberechtigt sind; ein Problem, das im Wehrstrafrecht durch § 36 WStG gelöst wird.¹⁶⁵⁰

Man wird daher die Begriffe der *Aufsicht* und *Kontrolle* untechnisch, also tatsächlich verstehen müssen. Damit kann auch derjenige Aufsicht ausüben, der zu-

¹⁶⁴¹ *Andrews* Verleitung, S. 14 auch mit Nachweisen aus der verwaltungsrechtlichen Literatur.

¹⁶⁴² *Andrews* Verleitung, S. 15.

¹⁶⁴³ Vgl. *Andrews* Verleitung, S. 15.

¹⁶⁴⁴ *Andrews* Verleitung, S. 15 ff.

¹⁶⁴⁵ Erstmals tauchte diese Ausdehnung der Strafbarkeit im Entwurf aus dem Jahr 1830 in § 521 auf, vgl. hierzu *Golddammer Materialien*, § 330 S. 703.

¹⁶⁴⁶ Vgl. hierzu hier S. 343 ff.

¹⁶⁴⁷ H.M. *Andrews*, S. 17 m.w.N.; a.A. *Binding* BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 2, S. 736.

¹⁶⁴⁸ So die h.M. vgl. nur *Andrews* Verleitung, S. 13.

¹⁶⁴⁹ *Andrews* Verleitung, S. 16.

¹⁶⁵⁰ Vgl. *Andrews* Verleitung, S. 13.

mindest partiell und zeitweise Anweisungen erteilen darf.¹⁶⁵¹ Kontrollbefugt ist, wer die Dienstgeschäfte, als Durchführung oder das Ergebnis der dienstlichen Tätigkeit,¹⁶⁵² eines anderen Amtsträgers (auch nachträglich) überprüfen kann.¹⁶⁵³ Rogall schränkt den Begriff des *kontrollführenden Amtsträgers* dahin gehend ein, dass er nicht nur prüfen dürfen, sondern auch weisungsbefugt sein muss,¹⁶⁵⁴ ohne diese Restriktion jedoch zu begründen. Gegen eine solche Beschränkung spricht jedoch, dass der Begriff dann keine eigenständige Bedeutung mehr hätte, weil Aufsicht und Kontrolle letztlich nur eine Beschreibung der gleichen Stellung bedeuten würden, wobei zum einen die Kompetenz zur Anweisung und zum anderen die Kontrollaufgabe beschrieben wäre.

Die Vorschrift des § 357 Abs. 2 StGB hat insbesondere in den Fallgestaltungen besondere Bedeutung, in denen durch die Ausweitung des Anwendungsbereichs vom Beamten im strafrechtlichen Sinne (§ 359 StGB a.F.) auf den Amtsträger, der auch Mitarbeiter privatrechtlich organisierter Verbände sein kann, herkömmliche beamtenrechtliche Hierarchiestrukturen aufgelöst sind und daher ein Über-/Unterordnungsverhältnis im Sinne des Beamtenrechts nicht besteht.¹⁶⁵⁵ Insbesondere kommt eine Anwendung des § 357 Abs. 2 StGB in Betracht, wenn besondere Kontroll- oder Compliance-Beauftragte bestellt sind, diese ihre Pflichten verletzen und es dadurch zu einer Straftat durch einen zu beaufsichtigenden oder zu kontrollierenden Amtsträger kommt.

6. Taugliche Täter der Bezugstaten im Sinne des § 357 StGB

Damit sind nur Amtsträger nach § 357 StGB für von ihren Untergebenen bzw. von ihnen zu beaufsichtigenden oder zu kontrollierenden Personen begangene rechtswidrige Taten strafrechtlich verantwortlich. Ob auch die Durchführungsorgane Amtsträger sein müssen und die Verantwortlichkeit damit ausschließlich amtsintern wirkt, ist umstritten.

Auch wenn Rechtsprechung und herrschende Lehre annehmen, die vom Durchführungsorgan begangene Tat müsse kein Amtsdelikt im engeren Sinne sein, verlangen sie doch, dass nicht nur die vom Amtsträger zu beaufsichtigende Person des § 357 Abs. 2 StGB, sondern auch der Untergebene in § 357 Abs. 1 StGB Amtsträger sein muss,¹⁶⁵⁶ während eine abweichende Auffassung lediglich

1651 Vgl. Schmitz im MüKo-StGB, § 357 Rn. 28; ferner Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 8.

1652 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 29.

1653 Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 6; Andrews Verleitung, S. 16.

1654 Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 8.

1655 So ausdrücklich Andrews Verleitung, S. 13.

1656 So OGHBritZ, Urt. v. 13.2.1950 – II StS 83/49, NJW 1950, 435, 435; Otto BT, § 100 Rn. 4; Schmidhäuser BT 24/33; Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 1; Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 11; Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 8; Andrews Verleitung, S. 24.

eine Begehung der Bezugstat „*in Ausübung des Amtes*“ verlangt.¹⁶⁵⁷ Diese Auffassung argumentiert, die spezifische Haftung des Vorgesetzten ergebe sich aus dem Umstand, dass dieser seine Aufsichtspflicht verletze, weshalb es auf die Stellung des Untergebenen als Amtsträger nicht ankomme.¹⁶⁵⁸ Dabei wird jedoch vorausgesetzt, die dem vorgesetzten Amtsträger obliegende Aufsichtspflicht gegenüber dem untergebenen Amtsträger sei mit derjenigen identisch, die ihn auch dem untergebenen Nichtamtsträger gegenüber trifft. Dieser Ansatz schließt damit die Möglichkeit aus, dass sich die besondere Pflicht des Vorgesetzten zur Aufsicht, deren Verletzung die erhöhte Strafdrohung begründet, erst durch die spezifische Beziehung zu dem Untergebenen als Amtsträger ergibt. Damit könnte die erhöhte Strafdrohung nicht daraus resultieren, dass ein Untergebener nicht beaufsichtigt wird, der seinerseits Amtsträger ist. Das setzt wiederum ein Verständnis voraus, nach dem der Vorgesetzte allein als Garant für die Verhinderung von rechtswidrigen Taten aus seinem Dienstbereich haftet.¹⁶⁵⁹

Gegen diesen Ansatz wird von seinen Gegnern zunächst der Wortlaut angeführt: Eine „*Tat im Amte*“ könne nur ein Amtsträger begehen.¹⁶⁶⁰ Ferner wird geltend gemacht, dass es dem Sinn und Zweck des § 357 StGB im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut des Vertrauens in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns nicht gerecht werde.¹⁶⁶¹ Das Wortlautargument erkennt die Gegenauffassung ausdrücklich an, hält es aber nicht für zwingend.¹⁶⁶² Das zweite Argument, § 357 StGB schütze das Rechtsgut des Vertrauens in die Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns, so dass der unmittelbar Handelnde dieses Vertrauen schädigen müsse, überzeugt nicht, weil dieses Rechtsgut – soweit man es entgegen der hier vertretenen Ansicht als eigenständiges Schutzgut der § 357 StGB anerkennen will¹⁶⁶³ – auch dadurch verletzt werden kann, dass ausschließlich der vorgesetzte Amtsträger seine Pflichten missachtet; auch die fehlerhafte Aufsichtsführung kann rechtswidriges Verwaltungshandeln sein.

Die Frage, ob auch der Untergebene Amtsträger sein muss, entschärft sich jedoch weitgehend, wenn man akzeptiert, dass nur die Verletzung solcher Gesetze „*rechtswidrige Taten im Amt*“ sein können, die entweder im 30. Abschnitt normiert oder darüber hinaus Sonderdelikte sind, die nur von Amtsträgern begangen werden können. Unter dieser Prämisse ist die Zahl von Fallgestaltungen gering, in denen der Untergebene, der nicht Amtsträger ist, eine taugliche Bezugstat be-

¹⁶⁵⁷ Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 3; Kindhäuser LPK, § 357 Rn. 5; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 5.

¹⁶⁵⁸ So Kindhäuser LPK, § 357 Rn. 5; ähnlich Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 3; Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 5.

¹⁶⁵⁹ So Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 3.

¹⁶⁶⁰ Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 4; i.E. ebenso Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 1.

¹⁶⁶¹ Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 24.

¹⁶⁶² Kuhlen in: NK-StGB, § 357 Rn. 5.

¹⁶⁶³ Vgl. hier S. 333 ff.

geht und ihm ein Amtsträger vorgesetzt oder zu seiner Kontrolle oder Aufsicht auf Posten gestellt ist. Aber in den denkbaren Fallgestaltungen, in denen das Durchführungsorgan ein solches Amtsdelikt im engeren Sinne begeht und der aus irgendeinem Grund vorgesetzte, kontroll- oder aufsichtspflichtige Amtsträger dies geschehen lässt oder dazu verleitet bzw. dies unternimmt, erscheint es aus den oben genannten Gründen gerechtfertigt, die Amtsträgereigenschaft des Untergebenen als entbehrlich anzusehen.

7. Beziehung zwischen der Bezugstat und zu überwachenden oder kontrollierenden Geschäften

Die Bezugstat muss im Falle des aufsichts- oder kontrollführenden Amtsträgers nach § 357 Abs. 2 StGB zudem die Geschäfte betreffen, die der Aufsicht oder Kontrolle unterstehen. Diese Einschränkung stellt letztlich eine Selbstverständlichkeit dar, denn eine Verantwortlichkeit außerhalb des Aufsichts- und Kontrollbereichs wäre nicht zu rechtfertigen. Der Verantwortliche kann nur insofern für die Straftat, die das Durchführungsorgan begeht, haftbar sein, als er diesem dem Grunde nach und in einer Weise vorgesetzt ist, aufgrund derer er die rechtswidrige Tat unmittelbar oder durch Anweisungen gegenüber dem Durchführungsorgan oder Mitteilung an die vorgesetzte Stelle zu verhindern hat.

8. Grund für die strenge Haftung des Vorgesetzten für die Bezugstat

Damit umfasst die Haftung des Amtsvorgesetzten bzw. Aufsichts- oder Kontrollpflichtigen aus dem Strafrahmen der Täterschaft einen sehr großen Bereich vorätzlicher Aufsichtspflichtverletzungen und wirkt sich teils strafshärfend, teils sogar strafbegündend aus. Insofern drängt sich die Frage nach dem Grund für die weitreichende Haftung von Amtsträgern als Vorgesetzte oder Aufsichts- bzw. Kontrollführende auf.

a) Begründung der Verantwortlichkeit von Amtsvorgesetzten in der Literatur

In der Literatur wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Amtsvorgesetzten üblicherweise damit begründet, dass der Amtsträger die Verantwortung dafür trage, in seinem Dienstbereich alle rechtswidrigen Taten durch nachgeordnete Amtsträger zu verhindern, von denen er Kenntnis erhält.¹⁶⁶⁴ Wenn Rogall insofern ausführt, der gegenüber Anstiftung und Beihilfe gesteigerte Unrechtsgehalt der Tat liege nicht nur in dem „*Missbrauch der amtlichen Stellung, sondern gera-*

1664 Otto BT § 100 Rn. 2; ähnlich Kindhäuser LPK, § 357 Rn. 1; Lackner/Kühl/Heger, § 357 Rn. 1; Rogall GA 1975, 11, 24.

de im Bruch der dem Vorgesetzten obliegenden Garantenstellung“, so erscheint diese Begründung zumindest im Hinblick auf die Strafdrohung des § 357 StGB unvollständig. Wegen Konnivenz im engeren Sinne haftet der Amtsvorgesetzte nicht nur wie ein Täter eines unechten Unterlassungsdelikts, was aber naheliegend gewesen wäre, wenn das Wesen des § 357 StGB primär in der Verletzung der Garantenpflicht läge. Vielmehr kommt ihm auch die fakultative Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB nicht zugute.

Diese Strafmilderung ist grundsätzlich umstritten.¹⁶⁶⁵ Für ihre Berechtigung wird angeführt, der Unrechtsgehalt der bloßen Passivität sei auch unter Berücksichtigung der besonderen Verhinderungspflicht typischerweise geringer als jener der aktiven Begehung. Die aktive Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut bringe eine deutlichere Missachtung der sozialethischen Normen zum Ausdruck, so dass die kriminelle Energie stärkere innere Widerstände überwinden müsse.¹⁶⁶⁶ Der unterlassende Vorgesetzte wird dennoch als wie ein aktiver Täter verantwortlich angesehen; § 357 StGB verwehrt ihm die mögliche Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB. Dies könnte man damit begründen, dass eine Milderung nach § 13 Abs. 2 StGB nicht angebracht sei, wenn „*ein gebotenes Tun das Leben des Untätigbleibenden als Regelablauf bestimmt*“¹⁶⁶⁷ bzw. dann, wenn die Erfüllung der Garantenpflicht nicht mehr erfordert als den „*normalen Einsatz rechtstreuen Willens*“.¹⁶⁶⁸ Doch der Ausschluss der Strafmilderung in der Unterlassensvariante des § 357 Abs. 1 StGB würde damit voraussetzen, dass die dem Vorgesetzten abverlangte Pflichterfüllung stets als Erfüllung von Routinepflichten bezeichnet werden darf. Ob das Abstellen auf die regelhafte Verhinderungspflicht allerdings ausreicht, um regelmäßig oder sogar wie hier kategorisch die Strafmilderung zu verwehren, ist zweifelhaft.

Ferner sehen manche Stimmen in der Literatur die Legitimation für die hohe Strafdrohung in § 357 StGB darin, dass neben dem Rechtsgut der Bezugstat zusätzlich das besondere Vertrauen der Allgemeinheit in die ordnungsgemäße Kontrolle von nachgeordneten Amtsträgern durch ihre Vorgesetzten und Aufsichts-

1665 Die Strafmilderung des § 13 Abs. 2 StGB war trotz der entsprechenden Argumentationsansätze in der Literatur im Entwurf des 1. StrRG von 1962 (BT-Drs. VI/650 S. 13, 124) noch nicht enthalten, weil darin ein Widerspruch zum Gleichwertigkeitserfordernis gesehen worden war, vgl. zu den Gründen BT-Drs. IV/650, S. 126; anders dann aber vgl. BT-Drs. V/4095 S. 8; vgl. zur Entwicklung des § 13 im Gesetzgebungsverfahren *Roxin AT II*, § 31 Rn. 236 ff.

1666 Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 98; so auch *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 64; krit. zur generellen Strafmilderung bei unechten Unterlassungsdelikten *Jakobs AT*, 29/123 f.; noch weiter geht *Lerman* (GA 2008, 78, 89 ff.), der überhaupt keine tragfähige Grundlage für § 13 Abs. 2 StGB erkennen kann.

1667 So *Stree/Bosch* in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 64 m.w.N.

1668 BGH, Urt. v. 3.11.1981 – 1 StR 501/81, NJW 1982, 393; vgl. auch *Roxin AT II*, § 31 Rn. 242; Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 101 m.w.N.; krit. *Wohler/Gaede* in: NK-StGB, § 13 Rn. 65; *Lerman* GA 2008, 78, 84.

bzw. Kontrollpflichtigen geschützt werde, also zwei Rechtsgüter verletzt werden.¹⁶⁶⁹ Dementsprechend stellt Rogall fest, der Grund für den erhöhten Unrechtsgehalt der Tat liege in „einem Zweifachen“:¹⁶⁷⁰ Zum einen missbrauche der Vorgesetzte seine beamtenrechtlichen Weisungsbefugnisse, seine Amtsstellung und verletze dadurch zum anderen seine Garantenpflicht, also die ihm obliegende Pflicht, seinen Zuständigkeitsbereich so zu organisieren, dass die ihm nachgeordneten oder von ihm zu beaufsichtigenden bzw. kontrollierenden Beamten keine Straftaten begehen. Auf die Einhaltung dieser „*drittbezogenen Verhinderungspflicht*“ bestehe ein Anspruch seitens Außenstehender, so dass sich der Vorgesetzte als „Überwachergarant bzw. als ‚Garant kraft Organisationszuständigkeit‘ i.S.d. § 13“ StGB darstelle.¹⁶⁷¹

b) Kritik der strengen Vorgesetztenverantwortlichkeit

Diese Begründung ist grundsätzlich einleuchtend, doch legitimiert auch sie letztlich nur die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten als solche, erklärt aber nicht, warum der Vorgesetzte ohne Milderungsmöglichkeit haftet, wenn er die Bezugstat nicht unterbindet. Der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Kontrolle des Durchführungsorgans ist kein eigenständiges Interesse, dessen Schutz § 357 StGB dienen könnte. Dieses berechtigte Vertrauen rechtfertigt die Garantenpflicht als solche, das Vertrauen würde aber doppelt verwertet werden, wollte man sowohl die Behandlung als Unterlassungstäter als auch die geschärzte Sanktion darauf stützen. Damit bleibt die Frage nach dem Grund für die strenge Haftung des Vorgesetzten offen, die sich umso drängender stellt, weil sich die Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach allgemeinen dogmatischen Kriterien als so unausgewogen darstellt. Wollte man mit § 357 StGB allein die Verletzung der Hinderungspflicht sanktionieren, so wäre nicht nachvollziehbar, warum der Vorgesetzte oder Aufsichts- bzw. Kontrollamtsträger strenger bestraft werden sollte als jeder andere Garant. Bindings Kritik einer mitunter „*ganz übertriebenen*“, ungerechten Bestrafung des Vorgesetzten erscheint gerechtfertigt, insbesondere in den Fällen des Unternehmens eines Verleitens:¹⁶⁷² Das versuchte Verleiten wird schwerer bestraft als das versuchte aktive Tun ohne Einschaltung eines Untergebenen selbst.

1669 Otto BT § 100 Rn. 3; Heine/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 1; Kublen in: NK-StGB, § 357 Rn. 3; vgl. auch Jeßberger in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, § 357 Rn. 2; vgl. auch Mühlmann/Bommel StGB, § 357 Anm. 1.

1670 Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 3.

1671 Rogall in: SK-StGB § 357 Rn. 3.

1672 Binding BT 2/2, § 260 Anm. I Nr. 7, S. 737.

c) Missbrauch der Steuerungsmöglichkeit als erschwertes Handlungsunrecht

Diesem Verdikt der Ungerechtigkeit kann Folgendes entgegengehalten werden: Versteht man den Gedanken der zweifachen Pflichtverletzung, der in der Literatur zur Begründung der Strafbarkeit angeführt wird, dahin gehend, dass die besondere spezifische Aufsichts- oder Kontrollpflicht des Vorgesetzten die strafrechtliche Grundlage des § 357 StGB ist, die Strafhöhe sich aber aus dem Element der Steuerungsmöglichkeit durch die Einbindung in hierarchische Anweisungsstrukturen ergibt, so kann damit die Strafdrohung – auch der Höhe nach – gerechtfertigt werden.

Ein historischer Ansatzpunkt für diese Überlegung ist § 68 II 20 PrALR, der den „Vorgesetzten“ und die „Respectperson“, die sich eines anderen zur Begehung eines Verbrechens bedienen, nicht nur als Täter der Tat bestrafte, sondern als „Rädelsführer“, als „Haupturheber“ (§ 65 II 20 PrALR) der Tat ansah und diese Personen deswegen mit der geschärften, ordentlichen (Täter-)Strafe bedrohte. Da der Grund dieser besonderen Haftung nicht die Verhinderungspflicht sein dürfte, weil die Vorschrift primär für Fälle des aktiven Tuns konzipiert gewesen sein dürfte, kann das besondere Unrecht der Tat, das die Strafschärfung legitimiert, nur in dem Missbrauch der besonderen Stellung als Vorgesetzter oder Respektsperson liegen.¹⁶⁷³ In diesem Zusammenhang ist die gleichrangige Aufnahme von Vorgesetzten und Respektspersonen in die Strafvorschrift von besonderer Relevanz. Der preußische Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, dass beiden Personengruppen gleichermaßen eine besondere Stellung für den Rechtsgüterschutz zukomme. Diese Gleichrangigkeit muss – soll sie nicht willkürlich sein – durch ein gemeinsames oder zumindest vergleichbares Merkmal der beiden Personengruppen begründet sein. Als verbindendes Element kommt nur die mit der Vorgesetzteigenschaft bzw. der Eigenschaft als „Respectperson“ gleichermaßen verbundene Autorität in Betracht.

Dabei kann diese Autorität oder eine Vorbildfunktion nicht per se in einer Weise als spezifischer Strafschärfungsgrund verstanden werden, dass bereits das Innehaben eines gewissen außerordentlichen Ansehens den Strafschärfungsgrund ausmacht, also allein die Verletzung des in den angesehenen Bürger gesetzten Vertrauens der Allgemeinheit die Strafschärfung begründet.¹⁶⁷⁴ Verstünde man den Missbrauch von Ansehen und Vorgesetzteigenschaft nämlich als ein solches die Täterpersönlichkeit und seine Stellung bestimmendes Merkmal, so wäre der Einwand der ungerechten Bestrafung der vorgesetzten oder kontrollierenden Amtsträger zutreffend. Selbst wenn man einen solchen Strafschärfungsgrund im

¹⁶⁷³ Vgl. auch OGHBritZ, Urt. v. 10.5.1949 – StS 39/49, OGHSt 1, 23, 27; hierzu ferner Friedrich II. Politisches Testament, S. 5.

¹⁶⁷⁴ So aber wohl Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438.

preußischen Strafrecht des aufgeklärt absolutistischen ausgehenden 18. Jahrhunderts noch als legitim akzeptieren könnte, so wäre es – selbst unter Berücksichtigung der damaligen Verhältnisse und mit Blick auf die nur unzureichend ausgebildeten dogmatischen Strukturen des Strafrechts – systematisch nicht nachvollziehbar, warum dieser Strafschärfungsgrund wegen Ausnutzung eines hohen öffentlichen Ansehens nicht auch für alle anderen Formen der Beteiligung an kriminellen Handlungen – auch an solchen ohne Bezug zur Amtsführung oder Amtsgeschäften – gelten sollte. Denn der Ansehensmissbrauch ist Teil oder Begleiterscheinung aller Straftaten, die eine Respektperson oder ein Amtsträger begeht. Die besondere Strafschärfung sah das Preußische Allgemeine Landrecht jedoch nur für die Ausführung der Tat „durch einen anderen“ vor. Außerdem wäre diese Vorbildwirkung als solche, die zweifellos eine die Kriminalität Untergebener begünstigende Wirkung hat,¹⁶⁷⁵ nicht geeignet, die Zurechnung der Tat wie eine eigene zu begründen, sondern würde ebenfalls lediglich eine allgemeine oder spezifisch auf die Amtsdelikte bezogene Strafschärfung rechtfertigen können.

Das die Ausführung der Tat kennzeichnende Merkmal in Fällen, in denen der Vorgesetzte oder die Respektperson sich eines anderen zur Tatbegehung bedient, ist das Kriterium der Benutzung des unmittelbar Handelnden als Werkzeug im Sinne der Beteiligungsdogmatik. Bei § 68 II 20 PrALR lag die Besonderheit und auch das Alleinstellungsmerkmal der vom Anwendungsbereich erfassten Fallgestaltungen gegenüber anderen Fällen der Tatbegehung durch Vorgesetzte oder Respektpersonen darin, dass sich der Täter des unmittelbar Handelnden bei der Tatbegehung bedient, indem er in seiner Eigenschaft als „Vorgesetzter“ den Vordermann steuert. Die Annahme einer solchen Beherrschungsmöglichkeit kann im Hinblick auf den persönlichen Anwendungsbereich des § 68 II 20 PrALR nur durch die tatsächliche Möglichkeit begründet sein, den Untergebenen aufgrund besonderer Autorität zu kontrollieren. Diese Autorität kann durch die Vorgesetztenstellung, also die Einbindung des unmittelbar Handelnden in hierarchische Strukturen oder durch besonderen Respekt bedingt sein, den der Tatmittler der Autoritätsperson entgegenbringt.

d) Reichweite der Steuerungsmöglichkeit der Amtsträger

Eine solche Lösung mag für das preußische Strafrecht und vielleicht sogar noch für das Reichsstrafrecht einleuchten, weil eine intensive sozialwissenschaftliche und psychoanalytische Auseinandersetzung mit obrigkeitstaatlichen Strukturen und den gesellschaftlichen Auswirkungen von Autoritäten erst in den 1930er-

1675 Vgl. hierzu Triffterer in: FS Lüderssen, S. 437, 438 f. mit Hinweis auf die Ergebnisse einer Untersuchungskommission der Carnegie-Stiftung für den Internationalen Frieden sowie der War Crimes Commission.

Jahren begonnen hat.¹⁶⁷⁶ Inwiefern die autoritätsbedingte Lenkungsmacht des vorgesetzten Amtsträgers im geltenden deutschen Beamtenrecht noch so weit geht, dass man tatsächlich von einer echten Steuerungsherrschaft sprechen kann, ist jedoch zweifelhaft. Zudem wird man diese besondere Steuerungsfähigkeit bei Amtsträgern, die nach § 357 Abs. 2 StGB verantwortlich sind und damit nur Aufsichts- oder Kontrollfunktionen haben, also nicht zwingend wie Amtspresso- gesetzte in die hierarchischen Strukturen einer Institution eingebunden sind, mit dieser Argumentation nicht ohne Weiteres begründen können. Gleches gilt für die Amtsträger, die nicht Beamte oder Angestellte des öffentlichen Dienstes sind und daher nicht in die hierarchischen staatlichen Weisungsstrukturen eingegliedert sind, wie etwa die Geschäftsführer von staatlich kontrollierten Unternehmen, die als eigenständige juristische Personen strukturiert sind.

(1) Steuerungsmöglichkeiten der vorgesetzten Beamten

Betrachtet man die beamtenrechtlichen Anweisungsstrukturen, so sind Parallelen zu den Befehlsstrukturen des Soldatenrechts evident. Daher lohnt sich der Vergleich zwischen der strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit des militärischen Befehlshabers¹⁶⁷⁷ und der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten nach § 357 Abs. 1 StGB insbesondere unter dem Aspekt der Steuerungsmöglichkeit.

(a) Zur Folgepflicht nach dem Beamtenrecht

Der Beamte ist als Untergebener gewiss nicht dem gleichen Weisungsdruck unterworfen wie der Soldat. Jedoch ist auch das Beamtenrecht durch eine hierarchische Struktur geprägt, die der militärischen im Grunde vergleichbar ist. So ergibt sich etwa aus dem Bundesbeamtenrecht¹⁶⁷⁸ eine beamtenrechtliche Folgepflicht: Nach § 62 Abs. 1 S. 2 BBG sowie § 35 S. 2 Beamtenstatusgesetz (BeamStG) sind Beamte verpflichtet, die dienstlichen Anordnungen ihrer Vorgesetzten auszuführen und deren allgemeinen Richtlinien zu befolgen. Diese Pflicht, die häufig auch als Gehorsamspflicht bezeichnet wird,¹⁶⁷⁹ ist konstitutiv für die Stellung des Beamten in der Hierarchie einer Behörde. Sie geht zwar nicht so weit wie die soldatenrechtliche Gehorsamspflicht, weil sie sich ausdrücklich nur auf dienstliche An-

1676 Vgl. hierzu *Reich, Massenpsychologie des Faschismus*, 1933.

1677 Vgl. S. 247 ff.

1678 Das Bundesbeamtenrecht soll hier, obwohl es nach § 1 BBG nur für die Beamten des Bundes Geltung hat, als Referenz für die Bestimmung der Anweisungshierarchie und den Vergleich zum Militärrecht herangezogen werden. Die Regelungen der Länder sind im Wesentlichen inhaltsgleich, so dass das Recht des Bundes repräsentativer Charakter hat.

1679 Kritisch zu diesem Begriff *Battis BBG* § 62 Rn. 3 m.w.N.

ordnungen bezieht,¹⁶⁸⁰ bringt aber dennoch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit des Beamten zum Ausdruck. Diese kann gemäß § 62 Abs. 1 S. 3 BBG und § 35 S. 3 BeamtStG nur durch besondere gesetzliche Vorschriften aufgehoben werden, durch die der Beamte unmittelbar dem Gesetz unterworfen wird. Insofern entspricht die Stellung des Beamten, soweit es die Dienstausübung betrifft, der des Soldaten. Beide sind weisungsgebunden und haben den Anordnungen ihrer Vorgesetzten Folge zu leisten.

Damit ist die Pflicht zur Befolgung von Anordnungen sowohl im Wehrrecht als auch im Beamtenrecht von zentraler Bedeutung. Nicht nur für die bewaffneten Streitkräfte ist die Befolgung von Befehlen innerhalb der hierarchischen Strukturen essenziell, sondern auch für die Funktionsfähigkeit der Verwaltung. Sie liegt „dem Aufbau der Verwaltung zugrunde und ist ebenso zwingendes Gebot der demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung wie die alleinige und uneingeschränkte Weisungsbefugnis des Bundesministers gegenüber allen Angehörigen seines Ressorts ...“.¹⁶⁸¹ Ohne die Weisungsgebundenheit der Beamten fehle es an einer parlamentarischen Verantwortlichkeit des Ministers und der gesamten Regierung und die vom Bundestag verabschiedeten Gesetze könnten nicht effektiv vollzogen werden.¹⁶⁸² Die beamtenrechtliche Folgepflicht beruhe auch auf der Treuepflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn (§ 4 BBG, § 3 Abs. 1 BeamtSt).

Die Befolgung einer Anordnung im Beamtenrecht ist freilich strafrechtlich nicht so stark abgesichert wie der Gehorsam im Wehrrecht. Dies ergibt sich allein schon daraus, dass der Beamte, der sich gegen eine Anordnung auflehnt und deren Befolgung verweigert, deswegen nicht – wie der ungehorsame Soldat – mit Kriminalstrafe rechnen muss. Jedoch bestehen auch im Beamtenrecht Sanktionsmöglichkeiten, die die Befolgung dienstlicher Anordnungen absichern sollen. So normiert § 77 Abs. 1 BBG bzw. § 47 Abs. 1 BeamtStG, dass die schuldhafte Verletzung der Dienstpflichten ein Dienstvergehen darstellt und gemäß § 77 Abs. 3 BBG und § 47 Abs. 3 BeamtStG nach dem Bundesdisziplinargesetz (BDG)¹⁶⁸³ mit Verweis, Geldbußen, Kürzung der Dienstbezüge, Zurückstufung oder im Extremfall mit der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis geahndet werden kann. Aus diesem Maßnahmenkatalog wird ersichtlich, dass der „ungehorsame“ Beamte ebenfalls Sanktionen zu befürchten hat. Mögen sich diese in ihrer unmittelbaren Wirkung auch auf das Dienstverhältnis als solches beschränken, so liegt es doch auf der Hand, welche Wirkungen die Androhung der genannten Sanktionen auf den Untergebenen haben kann, der oftmals, zumindest nach längerer Zu-

1680 Vgl. zum Begriff der *dienstlichen Anordnung*, Battis BBG § 62 Rn. 3; ferner die Entwurfsbegründung zu § 36 BeamtStG BT-Drs. 16/4027, S. 31.

1681 Battis BBG, § 62 Rn. 3.

1682 Battis BBG, § 62 Rn. 3.

1683 Gesetz v. 9.7.2001 (BGBl. I, S. 1510), in der Fassung des Gesetzes v. 5.2.2009 (BGBl. I, S. 160).

gehörigkeit zur Beamenschaft, keine berufliche Perspektive außerhalb der Staatsdienstes sehen wird. Die erhebliche Sanktionswirkung einer Entfernung aus dem Beamtdienst war bereits im Gesetzgebungsverfahren zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund erkannt worden. Dort heißt es in den Motiven¹⁶⁸⁴ zur Neufassung der Vergehen und Verbrechen im Amt wie folgt:

„Für den Beamten jedoch hat die Verurtheilung wegen eines Verbrechens auch den Verlust des Amtes mit zur Folge. Und wenn auch nicht überall die dauernde oder zeitige Unfähigkeit zu öffentlichen Ämtern auszusprechen zu werden braucht, so darf man doch sagen, dass faktisch die Verhältnisse sich so gestalten werden, als wenn durch die Verurtheilung die dauernde Unmöglichkeit fernerhin als Beamter zu existieren, geschaffen wäre ... dieser Umstand darf nicht unberücksichtigt bleiben, wenn man die Frage erörtert, wie groß und wie geartet gegen einen Beamten die Strafe – abgesehen von dieser Rechtsfolge – noch sein dürfe.“

Das Weisungsrecht und die Folgepflicht aus § 62 Abs. 1 S. 2 und 3 BBG sowie § 35 S. 2 und 3 BeamtStG werden jedoch – ähnlich wie § 11 Abs. 1 S. 1 und 2 SG durch § 10 Abs. 5 S. 1 SG – durch § 63 BBG bzw. § 36 BBG ergänzt, der eine Befreiung des Beamten von der Verantwortung für sein Handeln beinhaltet. Während § 63 Abs. 1 BBG und § 36 Abs. 1 BBG grundsätzlich dem Beamten für die Rechtmäßigkeit seiner dienstlichen Handlungen die volle persönliche – und auch strafrechtliche¹⁶⁸⁵ – Verantwortung zuweisen, lockern die § 63 Abs. 2 und 3 BBG diese Verantwortlichkeit wieder auf. Danach ist der remonstrirende Beamte, der also Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit einer Anordnung des Vorgesetzten unverzüglich geltend macht (§ 63 Abs. 2 S. 1 BBG, § 36 Abs. 2 S. 1 BeamtStG), frei von seiner persönlichen Verantwortung für die von ihm durchgeführte rechtswidrige Diensthandlung, wenn die Anordnung sowohl von seinem nächsten als auch von dem nächsthöheren Vorgesetzten aufrechterhalten wird. Denn diese zweifache Bestätigung begründet eine Pflicht zur Ausführung der Diensthandlung. In diesem Fall trifft den Vorgesetzten nach § 63 Abs. 1 BBG und § 36 Abs. 1 BeamtStG die volle persönliche Verantwortlichkeit für seine Anordnung und die von dem Untergebenen in ihrer Ausführung vorgenommene Handlung.

Ebenso wie im Soldaten- und Wehrstrafrecht gilt jedoch eine Ausnahme von der Verantwortungsfreiheit des Untergebenen für bestimmte rechtswidrige Handlungen. Nach § 63 Abs. 2 S. 4 BBG und § 36 Abs. 2 S. 4 BeamtStG erlangt der Beamte keine Freiheit von der Verantwortung für die Diensthandlung, wenn „das aufgetragene Verhalten die Würde des Menschen verletzt oder strafbar oder ordnungswidrig ist und die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit für die Beamtin oder den Beamten erkennbar ist“.¹⁶⁸⁶ Im Vergleich zu § 11 Abs. 2 SG und § 5

¹⁶⁸⁴ John Entwurf mit Motiven, S. 629.

¹⁶⁸⁵ Battis BBG, § 63 Rn. 3; Reich, BeamtStG, § 36 Rn. 3.

¹⁶⁸⁶ Vgl. hierzu Hoyer in: Ameling, Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse, S. 183, 185 f.

WStG fasst das Beamtenrecht damit die Ausnahmen von der Verantwortungsentlassung weiter. Während die Verantwortung des gehorsamen Soldaten nur bestehen bleibt, wenn der Gehorsam mit der Begehung einer Straftat verbunden ist und der Untergebene dies erkennt oder es nach den Umständen offensichtlich war, schließt das Beamtenrecht die Entlastung für einen deutlich weiteren Handlungsbereich aus. Schon das Vorliegen einer gegen die Menschenwürde verstößenden Handlung sowie die Erkennbarkeit einer Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit der Ausführung der Anordnung begründet eine Ausnahme von der Entlassung aus der Verantwortlichkeit (§ 63 Abs. 2 S. 4 BBG). Darauf, ob der Untergebene die Menschenwürdewidrigkeit, Strafbarkeit oder den Verstoß gegen Bußgeldvorschriften erkannt hat, kommt es nicht an.

Im Ganzen stellt sich damit das Hierarchiekonzept, das dem Beamtenrecht zugrunde liegt, zwar als ähnlich starr dar wie im Soldatenrecht. Jedoch geht die Pflicht zur Befolgung von Weisungen des Beamten nicht so weit wie die des Soldaten. Der Beamte kann, anders als der Soldat, nicht gezwungen werden, sehenden Auges eine Ordnungswidrigkeit zu begehen. Als Korrelat hierzu kann sich der Beamte jedoch auch nicht auf die Weisung berufen, wenn er aufgrund der Befolgung der Anordnung eines Vorgesetzten eine Ordnungswidrigkeit begangen hat und dies für ihn erkennbar war. Damit geht der Ausschluss für die Verantwortlichkeit des Beamten auch in subjektiver Hinsicht nicht so weit wie beim Soldaten, da der Beamte bereits dann nicht aus der Verantwortlichkeit entlassen ist, wenn er die Strafbarkeit oder Ordnungswidrigkeit erkennen konnte. Verkennt er also „*pflchtwidrig*“¹⁶⁸⁷ dass die Befolgung der Anordnung eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit darstellt, so ist er wegen der von ihm unmittelbar begangenen Tat – gegebenenfalls auch wegen vorsätzlicher Begehung der Tat – grundsätzlich voll verantwortlich.

Dennoch führen die beamtenrechtlichen Hierarchiestrukturen ebenso wie die militärischen Befehlsverhältnisse zu einer Steuerbarkeit des untergeordneten Beamten durch den Vorgesetzten. Dieser ist häufig nicht nur Amtsvorgesetzter, der Anweisungen erteilen kann und die tägliche Tätigkeit des Beamten bestimmt, sondern auch Dienstvorgesetzter, der über den persönlichen Status des untergebotenen Beamten in seiner konkreten Ausprägung mitzuentcheiden hat. Es geht hier nicht allein um unmittelbar statusbestimmende Entscheidungen wie Beförderung, Entlassung, Abordnung oder Versetzung; der Vorgesetzte kann vielmehr auch durch andere kaum justiziable Handlungen auf den nachgeordneten Beamten einwirken, wie Zuweisung und Zuschnitt eines Dezernats, Genehmigung von Urlaub, Erteilung von Dienstzeugnissen oder Ähnliches. Damit wird eine durch die Hierarchie bedingte gewichtige faktische Lenkungsmacht ausgeübt, die durch

1687 Vgl. zur Problematik der Pflichtwidrigkeit beim Erkennen-Müssen bereits hier S. 275.

den Grundsatz der Nichtverantwortlichkeit des nachgeordneten Beamten bei Befolgung von Anweisungen auch rechtliches Gewicht erhält.¹⁶⁸⁸

(b) Tatherrschaftsbegründende Lenkungsmacht als Resultat der beamtenrechtlichen Folgepflicht

Damit hat der Amtsvorgesetzte mit der grundsätzlich zu befolgenden Weisung nicht nur ein Steuerungsmittel in der Hand, um den Untergebenen zur Ausführung seiner Anweisungen zu zwingen, sondern kann seinen Anordnungen auch auf anderen, kaum kontrollierbaren, subtilen Wegen Nachdruck verleihen. Diese Anordnungsstrukturen geben dem Vorgesetzten eine faktische Lenkungsmacht über seinen Untergebenen. Zwar ist zu berücksichtigen, dass die Fallgestaltungen, in denen § 357 Abs. 1 StGB zur Anwendung kommen kann, also nach der hier vertretenen Ansicht vorsätzliche und rechtswidrige Amtsdelikte, nur im Ausnahmefall von der Verantwortungsbefreiung aus § 63 Abs. 2 S. 3 BBG und § 36 Abs. 2 S. 3 BeamtStG erfasst sein dürften. Jedoch hat der Bundesgerichtshof in der Katzenkönig-Entscheidung bereits dargelegt, dass die Tatherrschaft und damit Täterschaft begründende Steuerungsmöglichkeit nicht durch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des unmittelbar handelnden Vordermanns ausgeschlossen wird; es ist nach dieser Entscheidung entscheidend, ob der Verantwortliche durch seine Handlung das Unrecht hervorgerufen und die Tat gesteuert hat, nicht, ob auch das strafbare Verhalten eines anderen zur Unrechtsverwirklichung beigetragen hat.¹⁶⁸⁹ Der 4. Strafsenat hatte in dieser Entscheidung festgestellt, dass die mittelbare Täterschaft eben nicht „*dort endet, wo das Werkzeug selbst verantwortlicher Täter ist ...*“. Vielmehr sind auch Fälle möglich, in denen die tatsächliche Steuerungsmöglichkeit des Hintermanns so bedeutsam ist, dass von ihrer rechtlichen Erheblichkeit und damit von einer Tatherrschaft des Lenkenden als „*Täters hinter dem Täter*“ auszugehen ist. Die Entscheidung des Senats ist insofern eindeutig: Es kommt nicht darauf an, *warum* der Hintermann das Tatgeschehen beherrscht, es reicht aus, *dass* er diese Herrschaft innehält.¹⁶⁹⁰

Die für eine mittelbare Täterschaft des Hintermanns begründende Tatherrschaft ist zwar gemäß dieser Rechtsprechung nach der konkreten Gesamtbewertung im Einzelfall zu beurteilen.¹⁶⁹¹ Wenn der Gesetzgeber jedoch mit der Strafbarkeit nach § 357 StGB eine generelle Täterverantwortlichkeit für den Amtsvorgesetzten vorsieht, der seine Untergebenen zur Tat verleitet, insofern also die Tatherrschaft typisiert, so ist dies nachvollziehbar. Der Vorgesetzte hat nämlich regelmäßig faktische Einwirkungsmöglichkeiten, die denjenigen vergleichbar

1688 Vgl. hierzu bereits OGHBritZ, Urt. v. 10.5.1949 – StS 39/49, OGHSt 1, 23, 26 f.

1689 Vgl. BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 351 ff.

1690 Vgl. BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 351 ff.

1691 BGH, Urt. v. 15.9.1988 – 4 StR 352/88, BGHSt 35, 347, 353 f.

sind, durch die der Hintermann, der das Opfer durch einen Irrtum beherrscht, seine Geschehensherrschaft ausübt. Aufgrund der hierarchischen Struktur der Verwaltung, die in der Praxis die weitgehende Durchsetzung von Anordnungen in einer Weise ermöglichen, die dem militärischen Befehl ähnlich ist, erscheint es grundsätzlich gerechtfertigt, den vorgesetzten Amtsträger, der vom Gesetz als mit Lenkungsmacht ausgestattet angesehen wird, wie einen (mittelbaren) Täter zu bestrafen. Dabei erscheint es auch nicht unangemessen, sowohl den verleitenden als auch den unterlassenden Amtsvorgesetzten wie den aktiven Täter des vollendeten Delikts zu behandeln.

Beim verleitenden Amtsträger erschließt sich dies allein schon im Hinblick auf die Strafe, die den Anstifter nach der allgemeinen Regelung des § 26 StGB trifft. Der Gesetzgeber des Preußischen Allgemeinen Landrechts hatte zwar angenommen, der Vorgesetzte, der es unterlässt, seinen Untergebenen an der Tatbegehung zu hindern, verwirkliche geringeres Unrecht als der aktiv verleitende Vorgesetzte. Jedoch bestraft auch § 346 II 20 PrALR den unterlassenden Vorgesetzten mit der Täterstrafe – nicht aber mit der geschärften Strafe wie § 342 II 20 PrALR. Diese Unterscheidung wurde bei der Schaffung des Preußischen Strafgesetzbuchs in § 330 PrStGB eingebettet. Dabei wurde jedoch nicht für den Verleitenden ebenfalls die Strafschärfung angeordnet, sondern der Strafraum an die für den nicht hindernden Vorgesetzten geltende Strafdrohung angepasst, die Strafe also mildernd korrigiert. Diese Modifikation dürfte ihren Grund jedoch nicht in einer Umbewertung des Unrechts des Verleitens, sondern in der Umstellung des Strafrechts von einem System mit unbestimmten Strafdrohungen auf konkrete Strafdrohungen haben.¹⁶⁹²

(c) Behandlung des § 357 StGB als Begehungsform des echten Unterlassens

Die strenge Bewertung der Konnivenz im engeren Sinne kann jedoch dadurch gerechtfertigt werden, dass man § 357 Abs. 1 StGB als gleichgeordnete Form einer echten Unterlassungsurheberschaft – im Sinne des herkömmlichen, auf die Formulierung des Straftatbestandes abstellenden Verständnisses des echten Unterlassungsdelikts¹⁶⁹³ – ansieht. Soweit Unterlassungsdelikte im gesetzlichen Tatbestand des Besonderen Teils eine Verhaltensumschreibung als Unterlassen gefunden haben, wird § 13 Abs. 2 StGB nach herrschender Ansicht nicht angewendet.¹⁶⁹⁴ Eine Ausnahme hat die herrschende Meinung¹⁶⁹⁵ zwar bei Straftatbestän-

1692 Vgl. hier S. 607.

1693 H.M.: vgl. nur Frister AT, 7/15; Fischer Vor § 13 Rn. 16 m.w.N.

1694 Vgl. betreffend § 123 StGB in der Variante des Sich-nicht-Entfernens Rudolphi/Stein in: SK-StGB § 123 Rn. 20; ferner Sternberg-Lieben in: Schönke/Schröder, § 123 Rn. 27.

1695 BGH, Urt. v. 21.7.1989 – 2 StR 214/89, BGHSt 36, 227f.; Schünemann in: Leipziger Kommentar, § 266 Rn. 54, 202 m.w.N.

den zugelassen, die auch durch ein Unterlassen verwirklicht werden können, wie etwa die Untreue nach § 266 Abs. 1 StGB. Jedoch hat der Bundesgerichtshof die analoge Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB und damit die Strafmilderung auch für § 266 StGB damit begründet, dass die durch Unterlassen begangene Untreue die kennzeichnenden Merkmale eines unechten Unterlassungsdelikts aufweise. Nach dem Willen des Gesetzgebers, der im Bericht des Sonderausschusses – dessen Votum letztlich zur Einführung der fakultativen Strafmilderung führte¹⁶⁹⁶ – zum Ausdruck komme, sei für die Schaffung des § 13 Abs. 2 StGB ausschlaggebend gewesen, dass ein Unterlassen der Abwendung des tatbestandsmäßigen Erfolgs weniger schwer wiegen könne als die Herbeiführung durch positives Tun. Diese Erwägungen haben – so der 2. Senat – für alle Unterlassungsdelikte Geltung, die im Besonderen Teil keinen eigenen Strafrahmen für die Unterlassungsbegehung bestimmen. Als Beispiel einer Strafvorschrift, die einen solchen eigenständigen Strafrahmen der Unterlassungsvariante aufweist und damit die Anwendung von § 13 Abs. 2 StGB nicht zulässt, nennt das Gericht ausdrücklich § 357 StGB.

Doch mit der Feststellung, bei § 357 StGB handele es sich in der Begehungsweise des Nichthinderns um ein echtes Unterlassungsdelikt, das mit der gleichen Strafe bedroht ist wie das aktive Verleiten zur Tatbegehung, kommt man der Antwort auf die Frage nach dem Grund für die strenge Strafdrohung allenfalls strafrechtsdogmatisch, nicht aber verfassungsrechtlich und kriminalpolitisch näher. Der Grund für die volle Täterstrafe kann schließlich nur in der essenziellen Bedeutung der verletzten Pflicht liegen. Sie muss so elementare Bedeutung haben, dass ihre Missachtung eine unmittelbar täterschaftliche Unrechtszurechnung rechtfertigt, die nicht nur den Unrechtsgehalt der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolgs ausschöpfen, sondern aufgrund der tiefgreifenden Wirkung der Pflichtverletzung sogar ein besonders schwerwiegendes Handlungsunrecht beinhalten muss. Eine so essenzielle Bedeutung hat etwa in § 225 Abs. 1 StGB die Pflicht zur Sorge für minderjährige, kranke oder gebrechliche Personen, weil sie regelmäßig einen der wichtigsten Aspekte der Beziehung zwischen dem Täter und dem Tatobjekt darstellt. Ähnliches kann man auch von der Aufsichts- und Kontrollpflicht des Vorgesetzten annehmen, die ebenfalls regelmäßig einen wesentlichen Teil seiner Dienstaufgaben darstellen. Soweit ein Amtsträger mit der Führung von nachgeordneten Amtsträgern betraut ist, stellt dies eine seiner Kernaufgaben dar. Er hat also – in Anlehnung an die Vermögensbetreuungspflicht – eine Pflicht zur Sicherung der rechtmäßigen Amtsführung, die über die reine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten im Amt im Sinne einer Garantenpflicht hinausgeht. Den Vorgesetzten trifft eine Amtsführungssicherungspflicht als Amtspflicht,

¹⁶⁹⁶ Vgl. BT-Drs. V/4095, S. 8; vgl. hierzu aber insbesondere Armin Kaufmann Dogmatik, S. 302 f., der die Milderung mit der Unmöglichkeit der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Unterlassensbereich begründete und eine fakultative Milderung auf die Mindeststrafe der aktiven Beihilfe vertrat.

die durch seine allgemeine, von den amtlichen Aufgaben unabhängige Treuepflicht als Dienstpflicht¹⁶⁹⁷ spezifisches Gewicht erlangt. Zu diesem Zweck ist ihm das besondere Lenkungsinstrument der Weisung und Anordnung in die Hand gegeben. In der Verletzung dieser Amtsführungssicherungspflicht trotz der entsprechenden Ausstattung mit Lenkungsmacht liegt der Grund für die strenge Bestrafung des Amtsvorgesetzten aus dem Strafrahmen des Täters. Aus diesem Grund ist eine identische Unrechtsbewertung des Geschehenlassens einerseits und des Anstiftens zur Tat nach den allgemeinen Regeln andererseits begründbar.

Unbeachtet bleiben bei dieser Rechtfertigung der Zurechnungsbewertung des § 357 StGB jedoch zwei Aspekte:

Zum einen ist zu fragen, warum unter dieser Prämisse der besonderen Verwerflichkeit einer Verletzung der Amtssicherungspflicht der gezielte Missbrauch der Lenkungsmacht durch Verleiten des Untergebenen zur Straftat im Amt nur mit der (einfachen) Täterstrafe bedroht ist. Die Antwort hierauf dürfte relativ leicht zu geben sein: Das Strafgesetzbuch sieht solche allgemeinen Strafschärfungen im Allgemeinen Teil nicht mehr vor. Besondere Umstände, die eine strengere Strafe rechtfertigen, sind in der allgemeinen Strafzumessung zu berücksichtigen oder als Qualifikationen und Regelbeispiele verselbstständigt.

Zum anderen stellt sich die weit bedeutsamere Frage, ob und wie der kategorischen Gleichbehandlung des versuchten und vollendeten Verleitens begegnet und damit der Wertungswiderspruch vermieden werden kann. Um hier eine angemessene Bewertung des geringeren Unrechts des Versuchs zu ermöglichen, könnte für das versuchte Verleiten die Strafmilderung des Versuchs § 30 StGB analog angewendet werden. Das wird jedoch von der herrschenden Ansicht abgelehnt,¹⁶⁹⁸ ohne dass dafür jedoch eine Begründung genannt würde. Zwar ist der Wortlaut des § 357 StGB eindeutig, aber auch im Hinblick auf § 266 StGB hat der Bundesgerichtshof § 13 Abs. 2 StGB analog zur Anwendung gebracht, obwohl der Gesetzeswortlaut dies nicht hergibt. Dass man im § 357 StGB nicht auch die Milderung aus § 30 Abs. 1 S. 2 StGB entsprechend anwenden könne, wird man nicht mit einem entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers begründen können. Dieser hatte § 357 StGB bei den Neufassungen des Reichsstrafgesetzbuchs und des Strafgesetzbuchs nicht im Blick, sondern hat die Vorschrift gleichsam aus dem Preußischen Strafgesetzbuch mitgeschleppt, das seinerseits zwar eine Strafmilderung für die versuchte Tat kannte (§ 32 Abs. 1 S. 2 PrStGB), aber diese – soweit es sich nicht um mit dem Tode zu bestrafende Taten handelte – nur im Rahmen der allgemeinen Grenzen gewährte und in das Ermessen des Richters stellte.¹⁶⁹⁹ Dass die Änderung des gesetzgeberischen Willens im Hinblick

1697 Vgl. BVerwG, Urt. v. 19.1.1989 – 7 C 89/87, NJW 1989, 1374 ff.

1698 Vgl. nur Heinel/Weißer in: Schönke/Schröder, § 357 Rn. 1; Zieschang in: Leipziger Kommentar, § 357 Rn. 3.

1699 Zur Normgenese des § 32 PrStGB Beseler, PrStGB § 32, S. 147 ff.

auf die Strafdrohung für den Versuch durch § 44 Abs. 1 RStGB, der zwingende Strafmilderung vorsah, in den § 357 RStGB keinen Einzug gehalten hat, wäre nämlich kaum zu rechtfertigen, wenn der Gesetzgeber dem Versuch stets einen geringeren Unrechtsgehalt beimisst als der vollendeten Tat. Daher ist die unterlassene Anpassung des § 357 StGB an die neuen Regeln über die Versuchsstrafe im Reichsstrafgesetzbuch bzw. Strafgesetzbuch wohl eher ein Redaktionsversagen als ein Ausdruck des gesetzgeberischen Willens.

(d) Grund für die Vorgesetztenverantwortlichkeit als solche

Diese Überlegungen zur Reichweite der Verantwortlichkeit setzen stets voraus, dass dem Vorgesetzten die von der wohl herrschenden Ansicht angenommene Verpflichtung zur Verhinderung von Straftaten aus seinem Dienstbereich auferlegt ist. Dies wird in der Rechtfertigung der Verantwortlichkeit aus § 357 StGB jedoch nur festgestellt, eine Begründung dieser Pflicht findet sich nicht. Das überrascht insofern, als die Haftung des Betriebsinhabers ein Feld ungelöster Streitfragen und tiefgehender Auseinandersetzungen ist. Die Frage, warum der Amtvorgesetzte jedoch Straftaten seiner Untergebenen zu verhindern hat, wird – wohl angesichts mangelnder praktischer Relevanz des § 357 StGB und der positiven Festlegung der Strafbarkeit durch den Gesetzgeber – kaum hinterfragt.

Die Antwort auf diese Frage hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in der BSR-Entscheidung dargelegt:¹⁷⁰⁰ Der Bürger ist staatlichem Handeln in einer Weise ausgeliefert, die von Rechts wegen – in der Praxis sieht dies insbesondere bei Großkonzernen freilich anders aus – in der reinen Privatwirtschaft nicht vorkommt. Der Einzelne nimmt staatliche Anordnungen und Maßnahmen aufgrund seiner weitgehend eingeschränkten Abwehrmaßnahmen regelmäßig mit einer anderen Duldsamkeit hin als Maßnahmen Privater. Ferner bringt der Bürger – zumindest im Grundsatz – ein gewisses Vertrauen in die Rechtmäßigkeit staatlicher Handlungen auf, und es besteht eine Abhängigkeit des Bürgers vom Staat und seinen Leistungen, mag es sich um die Gewährleistung der Daseinsvorsorge oder auch um die Sicherung von Frieden und Freiheitsrechten handeln. Insofern sind die Rechte und Möglichkeiten des Bürgers, seine Interessen selbst wahrzunehmen, auf ein Minimum reduziert. Außer in den gesetzlich bestimmten Fällen der Notwehr oder sonstiger Notrechte muss sich der Bürger nolens volens auf die staatlichen Hoheitsträger wie Gerichte und Behörden verlassen.

Diese Abhängigkeit von staatlichen Handlungen, die verringerten Verteidigungsmöglichkeiten gegen die hoheitliche Tätigkeit und das – wenn auch durch die Faktizität der Verhältnisse vielfach erzwungene – besondere Vertrauen in das

1700 Vgl. zum Folgenden auch die obigen Ausführungen zur BSR-Entscheidung des Bundesgerichtshofs hier S. 148 ff.

staatliche Wirken machen die Rechtsgüter und Interessen des Bürgers in besonderer Weise verletzlich. Als Korrelat zu dieser von den Hoheitsträgern erwarteten Hinnahme staatlicher Maßnahmen muss ein besonderer Missbrauchsschutz installiert werden, der das Unterworfensein durch besondere Schutzworkehrungen und Garantien ausgleicht. Diese Kompensation soll durch die Strafvorschriften der §§ 331 ff. bzw. Amtsdelikte wie §§ 174b, 258a, 120 Abs. 2 StGB gewährleistet werden. Um diesen Schutzauftrag effektiv zu erfüllen, liegt es nahe und erscheint es legitim, die Absicherung nicht nur über die Strafdrohung gegenüber dem möglichen Täter vorzunehmen, sondern auch auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit zurückzgreifen. Soweit der Gesetzgeber zur Eindämmung der von ihm geschaffenen Gefahren damit auf die Dualität von unmittelbarer Strafdrohung und durch Strafbewehrung unterstützte Gefahrminderung setzt, liegt dies im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative.¹⁷⁰¹

Vergleicht man diese Rechtfertigung der Vorgesetztenverantwortlichkeit mit denjenigen, die für die besondere Haftung von Befehlshabern im Wehrstrafrecht angeführt werden kann, so sind sowohl die Parallelen als auch die Unterschiede offensichtlich. Das Wehrstrafrecht hat die Aufgabe, die durch undisziplinierte Streitkräfte entstehenden erheblichen Lebens-, Leibes- und Sachgefahren zu minimieren, indem es die Einhaltung der Disziplin mit den Mitteln des Kriminalstrafrechts nicht nur gegenüber den unmittelbaren Gefahrenherden, den untergeordneten Soldaten, sondern auch gegenüber den vorgesetzten Befehlshabern erzwingt. Die Strafen, die das Wehrstrafrecht vorsieht, sind zum Teil drastisch, erscheinen aber im Hinblick auf das zu kontrollierende Gefahrenpotenzial dennoch verhältnismäßig. Das Amtsträgerstrafrecht verzichtet auf strafrechtliche Folgen bei Insubordination ebenso wie auf eine eigenständige Verantwortlichkeitsbegründung wegen fahrlässiger Verletzungen von Leitungs-, Aufsichts- und Kontrollpflichten, was aber im Hinblick auf die im Verhältnis zum militärischen Kontext geringeren Risiken ebenfalls nachvollziehbar erscheint. Ferner ist die zentrale Vorschrift der Vorgesetztenverantwortlichkeit des Amtsstrafrechts eine reine Zurechnungsvorschrift, die eine Bestrafung aus dem Strafrahmen der Bezugstat vorsieht, aber keine Strafschärfung wie § 33 WStG.

Doch zeigt diese Aufzählung, dass die Differenzen zwischen der wehrstrafrechtlichen Befehlshaberantwortlichkeit und der amtsstrafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit eher quantitativer als struktureller Natur sind. In beiden Fällen ist es erforderlich, ein staatlich begründetes und für Zwecke des allgemeinen Wohls für unverzichtbar gehaltenes Risiko für die Rechtsgüter der Bürger effektiv und möglichst weitgehend zu minimieren. Zur Risikoverringerung hat der Gesetzgeber jeweils auf das Mittel des Strafrechts zurückgegriffen, so-

1701 Zu einer solchen Einschätzungsprärogative vgl. nur BVerfG, Urt. v. 21.10.2003 – 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133, 157f.

wohl unmittelbar an der Risikoquelle als auch mittelbar an der Beherrschung des Risikos durch Beauftragte. Damit wird deutlich, dass sowohl die Befehlshaber-verantwortlichkeit als auch die Vorgesetztenverantwortlichkeit die gleiche Zielrichtung und den gleichen Grund haben: Sie sollen dafür sorgen, dass Gefahren, deren Hinnahme als unumgänglich angesehen wird, so effektiv wie möglich beherrscht werden.

(e) Zwischenfazit zum Haftungsgrund des vorgesetzten Amtsträgers

Der Grund der Verantwortlichkeit des Amtsvorgesetzten liegt in der Notwendigkeit einer unmittelbaren und mittelbaren Minimierung einer erlaubten, weil zur Funktionsfähigkeit einer hoheitlichen Verwaltung unvermeidbaren, Gefahr – hier durch die stark eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten des Bürgers gegen staatliche Eingriffe. Das besondere Unrecht des Vorgesetzten, das eine vollumfängliche Zurechnung der Bezugstat gegenüber dem Vorgesetzten legitimiert, liegt dabei einerseits in der Verletzung der Pflicht zur Verhinderung von Straftaten durch seine Untergebenen, andererseits aber – und dies rechtfertigt die erhebliche Strafdrohung unter vollständiger Zurechnung des Gesamtunrechts der Tat – auch in der Nichterfüllung der Pflicht zur Sicherung der gefährlichen Amtsführung unter Missbrauch oder bewusstem Nichtgebrauch seiner hierarchisch bedingten Lenkungsmacht.

Wertungswidersprüchlich erscheint zwar die identische Bewertung von Versuch und Vollendung im Hinblick auf das Verleiten, jedoch kann und muss hier wohl mit einer analogen Anwendung von § 30 Abs. 1 S. 2 und § 49 Abs. 1 StGB abgeholfen werden. Diese Abhilfe liegt insbesondere im Hinblick auf § 34 Abs. 2 S. 1 WStG nahe, der für den erfolglosen Versuch des Verleitens eine fakultative Strafmilderung von dem nach § 33 WStG erhöhten Strafrahmen der Bezugstat auf den nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen vorsieht. Warum der Soldat, dem regelmäßig eine strengere Strafe für das Verleiten eines Untergebenen zu Straftaten droht als dem Amtsträger, nunmehr milder bestraft werden soll als dieser, leuchtet nicht ein, so dass eine Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB auch auf § 357 StGB zwingend erscheint.

(2) Steuerungsmöglichkeiten von Aufsichts- und Kontrollbeamten

Der zur Kontrolle oder Aufsicht bestellte Amtsträger ist nicht in der Weise in die hierarchischen Strukturen eines Behördenapparates eingebunden, wie es bei dem Amtsvorgesetzten der Fall ist. Damit trifft ihn nicht wie diesen die dienstliche Pflicht zur Lenkung eines Untergebenen. Gleichwohl wird der Kontroll- oder Aufsichtsamsträger, soweit es seinen Aufsichts- und Kontrollbereich betrifft, nach § 357 Abs. 2 StGB wie ein Amtsvorgesetzter behandelt. Diese Gleichbe-

handlung wird man nur dann rechtfertigen können, wenn die fehlende hierarchische Einbindung durch ein Unrechtselement, welches das insofern geringere Handlungsunrecht ausgleicht, kompensiert wird. Bei diesem Unrechtselement wird es sich jedoch kaum um die Kontroll- und Aufsichtsposition als solche handeln können, die die Garantenstellung ausmacht und die Verhinderungspflicht begründet. Im Hinblick auf das aktive Verleiten des Durchführungsorgans durch den Aufsichts- und Kontrollpflichtigen fällt es nicht schwer, vor allem im Hinblick auf die Behandlung des Anstifters, den ebenfalls grundsätzlich die Strafe des Täters trifft, als dem Amtsvorgesetzten vergleichbar anzusehen. Auch die Bewertung des Versuchs des Verleitens als ebenso strafwürdig wie die vollendete Tatbegehung wird man noch rechtfertigen können, weil im Verleitungsversuch mit dem aktiven Außerkraftsetzen von Kontroll- und Aufsichtsmechanismen ein besonders schwerwiegendes Handlungsunrecht enthalten ist. Hier ist es gerade der Abwendungspflichtige, der handelt und damit andere mögliche Aufsichtsmaßnahmen und Kontrollen aufgrund des Vertrauens in seine Pflichterfüllung faktisch beseitigt.

Aber für die Fallgestaltung des vorsätzlichen und pflichtwidrigen Unterlassens der Kontrolle oder Aufsicht erschließt sich die Gleichbehandlung nicht so leicht, auch wenn ein Teil der Literatur ebenso wie die Verfasser des Entwurfs 1962 zu dem Ergebnis kommen, dass eine Unwertdifferenz zwischen aktivem Tun und Unterlassen nicht bestehe.¹⁷⁰² Den Amtsträger allein deswegen mit der Täterstrafe ohne Milderungsmöglichkeit zu sanktionieren, dürfte nur dann nachvollziehbar sein, wenn man der Verletzung der Pflicht zur Aufsicht und Kontrolle ein über die Verletzung üblicher Garantenpflichten hinausgehendes Gewicht zuspricht. Ein solches besonderes Gewicht könnte der Verletzung der Aufsichts- und Kontrollpflicht unter Berücksichtigung der Argumentation der wohl herrschenden Lehre zu § 13 Abs. 2 StGB zukommen. Wie bereits angesprochen, wird insofern vertreten, die Strafmilderung sei dort ausgeschlossen, „wo das gebotene Handeln in den normalen Regelablauf des Lebens von vornherein eingeplant ist“.¹⁷⁰³ Eine Milderung wird demnach für unangemessen gehalten, wenn der Eintritt der Gefahrensituation so regelmäßig vorkommt, dass die Verhinderung dieses Erfolgs einen wesentlichen Aspekt der Rollenbeschreibung ausmacht, die auf den Unterlassungstäter zutrifft. Das könne etwa bei der Mutter angenommen werden, die ihr Kind verhungern lässt, oder bei dem Wärter einer Eisenbahnschranke, der diese nicht pflichtwidrig zu bedienen unterlässt und damit den tatbestandsmäßigen Verletzungs- oder Tötungserfolg nicht verhindert.¹⁷⁰⁴

1702 Vgl. Lerman GA 2008, 78 ff.

1703 Roxin AT II, § 31 Rn. 242.

1704 So das Beispiel von Roxin AT II, § 31 Rn. 242.

Doch welches strafrechtsdogmatische Kriterium verbirgt sich hinter dieser Formulierung vom „*normalen Regelablauf*“? Verstünde man diese Formel so, dass eine Strafmilderung ausgeschlossen sein soll, wenn der Unterlassende typischerweise, alltäglich als Garant diese Gefahren abzuwehren hat und nur bei der Nichthinderung überraschend auftretender Gefahren und Schadenserfolge die Anwendung des § 49 StGB in Betracht kommt, dann wäre diese Lösung strafrechtsdogmatisch zweifelhaft.¹⁷⁰⁵ Die Überraschung des Garanten dürfte kaum ein Spezifikum der Unterlassungsdelikte darstellen, das hier eine Differenzierung rechtfertigt, die sich auf den Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 StGB beschränkt.¹⁷⁰⁶ Daher ist dieser Ansatz eher so zu verstehen, dass eine bestimmte Pflichtbeziehung zwischen dem zu schützenden Rechtsgut und dem Pflichtigen bestehen muss, deren Bestand und Reichweite sich nicht auf den Zeitpunkt der Risikokonkretisierung beschränkt. Dies sind etwa die Fälle, in denen sich der Garant aufgrund einer rechtsgutsspezifischen Gefahr in einem bestimmten Kontext in einer im Hinblick auf die Erfolgsvermeidung hervorgehobenen Position befindet. Dies wird am bekannten Beispiel der Gefahrengemeinschaft einer Gruppe von Bergsteigern deutlich.¹⁷⁰⁷ Jeder, der sich mit anderen Personen zu einer Gefahrengemeinschaft zusammenschließt, ist zur Abwendung der den Rechtsgütern der jeweils anderen Gruppenmitgliedern drohenden Gefahren verpflichtet ist, so weit die Gemeinschaft zur Abwendung dieser Gefahren begründet wurde; also zur Abwendung von Gefahren für Leib, Leben und Freiheit.¹⁷⁰⁸ Dies gilt für alle Mitglieder der Gruppe; eine herausgehobene Stellung hat jedoch der Bergführer, der zwar wie alle anderen Mitglieder der Gemeinschaft darauf vertrauen darf, dass ihm in einer Krisensituation geholfen wird. An ihn werden jedoch als Helfer in der Gefahrenlage höhere Anforderungen gestellt als an die anderen, ebenfalls zur Hilfe verpflichteten Teilnehmer der Bergtour. Damit hat der Bergführer zwar ebenfalls eine Garantenpflicht für jeden der Gemeinschaft, der während der Tour in Not gerät, aber ihm kommt eine herausgehobene Stellung aufgrund seiner schon vor der Zuspitzung einer allgemeinen Risikosituation zu einer konkreten Gefahr bestehenden Beziehung zu dem gefährdeten Rechtsgut zu. Er steht zwar ebenso wie jeder andere Teilnehmer für die Erfolgsverhinderung aufgrund tatsächlicher Übernahme ein; jedoch ist seine Einstandspflicht deswegen essenzieller und intensiver, weil er die Teilnehmer begleitet, um sie vor Leib- und Lebensgefahren in den Bergen zu bewahren. Die Bergsteiger begeben sich im Zweifel nur deshalb in die Berge, weil sie auf die Führung und den Schutz durch den Bergführer vertrauen. Es ist Teil seiner Rolle, seine wichtigste Pflicht, die Geführten, die

1705 So Lerman GA 2008, 78, 85 f.

1706 Vgl. Jakobs AT, 29/124; zust. Lerman GA 2008, 78, 85 f.

1707 Vgl. hierzu Kühl AT, § 18 Rn. 67; Roxin AT II, § 32 Rn. 54; Stree/Bosch in: Schönke/Schröder, § 13 Rn. 24; Weigend in: Leipziger Kommentar, § 13 Rn. 40.

1708 Vgl. hierzu Baumann/Weber/Mitsch AT, § 15 Rn. 73.

ihre Unversehrtheit in seine Hände gelegt haben, wohlbehalten an den Bestimmungsort zu führen.

Das entscheidende Element ist hierbei, dass sich die Pflicht des Garanten in der hervorgehobenen Stellung regelmäßig nicht nur auf die Verhinderung des Schadenseintritts, sondern bereits auf die Verhinderung der Gefahrensituation bezieht, in der es zum Erfolgseintritt kommen könnte. Der Bergführer ist verpflichtet, besonders gefährliche Wege zu meiden, die Mutter ist verpflichtet, durch entsprechende Fürsorge bereits die Gefahr von Gesundheitsschäden für das Kind nicht aufkommen zu lassen, und der Babysitter hat bereits zu verhindern, dass das Kleinkind mit einem Gegenstand spielt, der zu Gefahrensituationen führen könnte. Die Pflichten dieser Personen sind mithin der eigentlichen Verhinderungspflicht vorgelagert und entstehen nicht erst, wie etwa die Pflicht zur Hilfe in der Gefahrengemeinschaft oder aus Ingerenz in der konkreten Bedrohungslage.

Das Vorliegen einer solchen auf einer besonderen Rechtsgutsbeziehung basierenden Pflichtensituation kann auch für den Amtsträger angenommen werden, der vom Anwendungsbereich des § 357 Abs. 2 StGB erfasst ist. Den Aufsichts- und Kontrollamtsträgern ist als eine ihrer Aufgaben eben jene Aufsicht bzw. Kontrolle zugewiesen. Die daraus resultierenden Pflichten beziehen sich regelmäßig nicht nur darauf, bestimmte Erfolge zu verhindern, deren Eintritt einen Straftatbestand erfüllen könnte, sondern ihnen ist die Pflicht zur Aufsicht und Kontrolle über bestimmte Dienstgeschäfte zugewiesen. Nimmt man als Beispiel einen Innenrevisor, so ist seine Aufgabe nicht darauf beschränkt, Straftaten zu verhindern, sondern er hat zudem auch vorgelagerte Aufgaben der Prävention und der Sicherung von Entscheidungsprozessen. Dadurch entsteht eine spezifische Beziehung zwischen dem Rechtsgut, dessen Schutz die Tätigkeit des Beauftragten dient, und dem Beauftragten selbst. Diese Verlagerung der Aufgabe ins Vorfeld kann begründen, warum nicht nur der mit Lenkungsmacht ausgestattete Vorgesetzte, der die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Dienstgeschäfte des Untergebenen durch unmittelbare Steuerung garantieren soll und diese Pflicht bewusst vernachlässigt, mit der Strafe für die aktive Tatbegehung bedroht ist, sondern auch der Amtsträger, der zur Kontrolle und Aufsicht über die ordnungsgemäße Durchführung der Dienstgeschäfte zum Zwecke des Rechtsgutsschutzes im Vorfeld bestellt ist und diese Schutzfunktion vorsätzlich nicht erfüllt.

(3) Steuerungsmöglichkeiten von Amtsträgern in privatwirtschaftlichen Anstellungsverhältnissen

Problematischer als die Verantwortlichkeit des Amtsvorgesetzten, der in die Hierarchie einer Behörde eingebunden ist, auch als die unbeschränkte tätlerschaftliche Haftung des Aufsichts- und Kontrollamtsträgers, stellt sich die Verantwort-

lichkeit des Amtsträgers dar, der ohne eine mit spezifischer Lenkungsmacht verbundene staatliche Hierarchie agiert. Dieses Problem ergibt sich bei jedem Vorgesetzten, der nicht Beamter ist und dennoch hoheitliche Tätigkeiten ausführt oder beaufsichtigt. Auf die Rechtsform, in der die Organisation, für die er seine Dienstpflichten erfüllt, strukturiert ist, kommt es im Ergebnis nicht an (§ 11 Abs. 1 Nr. 2c StGB), so dass für Angestellte im öffentlichen Dienst und für Entscheidungsträger in privatwirtschaftlich organisierten Unternehmen, die dennoch Amtsträger sind, Identisches gilt. Ihnen obliegt jeweils grundsätzlich nur die Erfüllung der Treuepflicht, die jeden Arbeitnehmer trifft, der in der Privatwirtschaft beschäftigt ist.

(a) Zur Verantwortlichkeit des privatrechtlich beschäftigten Amtsvorgesetzten

Die Frage nach der Verantwortlichkeit solcher bei öffentlichen Institutionen oder Unternehmen privatrechtlich angestellter Vorgesetzter betrifft letztlich auch den Fall, auf den der Bundesgerichtshof in der BSR-Entscheidung – zumindest nach dem in den Urteilen des Landgerichts und des Bundesgerichtshofs veröffentlichten Sachverhalt – konsequenterweise die Konnivenzvorschrift hätte anwenden müssen, wenn er der Auffassung gefolgt wäre, dass § 357 StGB auch auf den Betrug zur Anwendung kommen kann.¹⁷⁰⁹ Dabei ist der Fall der BSR nicht einmal ein Extremfall der möglichen Vorgesetztenverantwortlichkeit nach § 357 StGB, handelten die Täter der Betrugstaten dort doch aus der Struktur einer Anstalt des öffentlichen Rechts heraus, wenn sie auch privatrechtliche und nicht hoheitliche Handlungsformen – etwa in Form des Verwaltungsaktes – zur Begehung der Straftaten nutzten. Doch erfasst § 357 StGB auch den Vorgesetzten in einem kommunal gelenkten, aber privatrechtlich organisierten Versorgungsunternehmen oder einer anderen Einrichtung der Daseinsvorsorge; auch er kann Amtsträger sein. Lässt der Geschäftsführer einer solchen Gesellschaft zu, dass der Leiter der Einkaufsabteilung des Unternehmens für die Vergabe von Aufträgen Besteckungsgelder entgegennimmt (§§ 331, 332 StGB), so kann er gem. §§ 331, 357 Abs. 1 StGB strafbar sein. Wenn man die Vorgesetztenverantwortlichkeit in § 357 StGB mit Einbindung des Vorgesetzten und des unmittelbaren Täters in staatliche Hierarchien und der beamtenrechtlichen Treuepflicht der Beteiligten begründet, stellt sich im Beispieldurchfall die Frage, wie die Sanktionierung des untägigen Vorgesetzten hier gerechtfertigt werden soll. Der Abteilungsleiter ist keiner beamtenrechtlichen Treue- oder Folgepflicht und damit keiner besonderen Lenkungsmacht des Vorgesetzten unterworfen; er unterliegt vielmehr nur dem arbeitsrechtlichen Weisungsrecht und den entsprechenden arbeitsrechtlichen Verpflichtungen.

1709 Vgl. hierzu hier S. 324 ff.

Allerdings unterscheidet ein wichtiger Aspekt die Fallgestaltungen, in denen § 357 StGB nach der hier vertretenen Auffassung überhaupt zur Anwendung kommen kann, von den Fällen, in denen Entscheidungsträger in sonstigen privatwirtschaftlichen Unternehmen tätig werden: Die Zurechnungsvorschrift des § 357 StGB ist nur auf Amtsdelikte im engeren Sinne anwendbar. Daraus folgt, dass ohnehin nur der Vorgesetzte oder beaufsichtigende oder kontrollierende Amtsträger in dieser spezifischen Verantwortlichkeit steht, dessen Untergebene solche Bezugstaten begehen (können), die Amtsdelikte sind. Auf diese Weise ergibt sich die Beschränkung der strafrechtlichen Haftung aus § 357 StGB auf die §§ 331 ff., 258a, 174b und 121 Abs. 2 StGB auch für den Amtsträger, der nicht Beamter und nicht in eine Behördenhierarchie eingegliedert ist. So schärfen sich ferner die Konturen des persönlichen Anwendungsbereichs des § 357 StGB dahin gehend, dass der Vorgesetzte nicht nur Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB sein muss, sondern auch *als* Vorgesetzter Amtsgeschäfte zu überwachen haben muss, in deren Rahmen eine Begehung von Amtsstraftaten überhaupt möglich ist.

Aus dieser Grenzziehung wird auch der strukturelle Unterschied zwischen der schlichten Garantenstellung für Allgemeindelikte und der echten Vorgesetztenverantwortlichkeit für Amtsdelikte deutlich, die zu einer Spaltung der strafrechtlichen Haftung des Vorgesetzten führen kann. Lässt der vorgesetzte Amtsträger vorsätzlich zu, dass sein Untergebener eine Bestechlichkeit begeht, die mit einer Untreue zusammenhängt, so ist er zum einen aus §§ 332, 357 StGB als Vorgesetzter und zum anderen aus § 266, 27, 13 StGB oder als Vermögensbetreuungspflichtiger gegebenenfalls aus § 266 StGB strafbar. Die Strafbarkeit wegen Untreue oder der Beteiligung an diesem Delikt ergibt sich aus allgemeinen innerorganisatorischen Erwägungen und seiner entsprechenden Verhinderungs- oder Vermögensbetreuungspflicht. Dagegen basiert die Verantwortlichkeit des Amtsträgers wegen der Vorteilsannahme ebenso wie beim verbeamteten Vorgesetzten auf seiner Verantwortlichkeit für das jeweilige Rechtsgut der Bezugstat und die Funktionsfähigkeit der Verwaltung im Allgemeinen als übergeordnetes Rechtsgut aller Amtsdelikte. Den Vorgesetzten trifft für diese Rechtsgüter auch dann eine Garantenpflicht, wenn er selbst nicht unmittelbar „Bestandteil“ der staatlichen Verwaltung ist, weil er gleichwohl hoheitliche Aufgaben wahrnimmt, deren ordnungsgemäße Erfüllung die Grundlage einer funktionierenden staatlichen Verwaltung ist.

Insofern gründet sich die Differenzierung zwischen dem nicht verbeamteten und dem verbeamteten vorgesetzten Amtsträger allein auf die bei Ersterem fehlende Einbindung in die beamtenrechtliche Hierarchie. Daraus folgt die Frage, ob die Pflichtenstellung des nicht staatlichen Amtsträgers im Hinblick auf die überindividuellen staatlichen Schutzgüter der Amtsdelikte trotz der mangelnden hierarchischen Einbindung schwer genug wiegt, um ihn nicht lediglich als „schlich-

ten Garanten“ im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB zu betrachten, sondern ihm die fakultative Strafmilderungsmöglichkeit des § 13 Abs. 2 StGB zu verwehren. Die Antwort hängt davon ab, ob es allein die Lenkungsmöglichkeiten des Beamtenrechts sind, die die Verantwortlichkeit nach § 357 StGB begründen, soweit sie über diejenige der reinen Unterlassungstäterschaft hinausgeht – also die Strafmilderung ausgeschlossen ist –, oder ob auch ein privatrechtliches Anweisungsverhältnis geeignet erscheint, um die besondere Haftung des Anordnungsbefugten zu legitimieren.

Ein Rechtfertigungsversuch ausschließlich über die arbeitsrechtliche Lenkungsmacht dürfte an der fehlenden Einbindung des nicht im beamtenrechtlichen Sinne lenkungsbefähigten Amtsträgers in eine hoheitliche Hierarchiestruktur scheitern. Die Legitimation einer umfassenden Zurechnung und strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Aufsichts- und Kontrollamtsträgers, der verbeamtet oder zumindest in die Weisungshierarchien des öffentlichen Dienstes eingebunden ist, kann noch darauf gestützt werden, dass der Betreffende sich zur Verhinderung von Taten der hierarchischen Organisationsstruktur einer staatlichen Institution bedienen kann. Dem privatrechtlich angestellten Amtsträger könnte dies allenfalls dann vorgehalten werden, wenn das Unternehmen im Einzelfall eine behördenähnliche Hierarchiestruktur aufweist. Der privatrechtlich angestellte Amtsträger ist zwar für die ordnungsgemäße Führung der Amtsgeschäfte zuständig und hat auch eine allgemeine Pflicht zur Sicherung dieses Ziels, aber ihm fehlt die durch die besondere beamtenrechtliche Treuepflicht begründete, spezifische innere Beziehung zu dem überindividuellen Rechtsgut der Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung. Ihn trifft zwar eine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten seiner Untergebenen, die sich daraus ergibt, dass ihm die Leitung und Organisation dieser Dienstgeschäfte tatsächlich übertragen worden ist und er diese Aufgabe gegenüber seinem Dienstherrn übernommen hat. Jedoch kann man hier kaum sagen, seine zentrale Pflicht bestehe darin, Pflichtwidrigkeiten seiner Untergebenen zu verhindern, seine Rolle sei also vornehmlich durch diese Pflichtenstellung definiert.

Das Fehlen der beamten- oder öffentlich-rechtlichen Treuepflicht führt ferner dazu, dass für eine Strafbarkeit des nicht beamteten Vorgesetzten, der lediglich versucht, seinen Untergebenen zu einem Vergehen im Amt zu verleiten, eine eigenständige Rechtfertigung fehlen dürfte. Denn dieser Amtsvorgesetzte unterscheidet sich in seiner Beziehung zu dem durch die Strafvorschrift der Bezugstat zu schützenden Rechtsgut nicht erheblich von jedem anderen Vorgesetzten in der Privatwirtschaft. Dass er im Rahmen der hoheitlichen Aufgabenerfüllung tätig wird, lässt ihn zwar zum Garanten für das von seiner Aufgabenerfüllung betroffene Rechtsgut der Funktionsfähigkeit staatlicher Hoheitstätigkeit werden, jedoch fehlt es an einer darüber hinausgehenden Pflichtenstellung, die ihn zu mehr als zur Verhinderung als Garant verpflichtet.

- (b) Zur Verantwortlichkeit des privatrechtlich beschäftigten Aufsichts- und Kontrollamtsträgers

Anders ist dies bei dem Amtsträger, der zur Aufsicht oder Kontrolle jener Amtsgeschäfte bestellt ist, bei deren Wahrnehmung durch zu beaufsichtigende Amtsträger Bezugstaten im Sinne von § 357 StGB begangen werden. Insofern definiert sich die Stellung des Beauftragten, seine Rollenbeschreibung, in ihrem Wesen durch die ihm übertragenen Sicherungspflichten, so dass eine Strafmilderung im Hinblick auf den Aspekt der Amtsführungssicherungspflicht nicht angemessen erscheint. Die Strafbarkeit des privatrechtlich beschäftigten Aufsichts- und Kontrollamtsträgers wegen des versuchten Verleitens zu einem Vergehen im Amt ist jedoch aus den gleichen Gründen wie bei den privatrechtlich beschäftigten Vorgesetzten kaum zu legitimieren.

9. Bewertung der Haftung des Amtsvorgesetzten aus § 357 StGB als typisierte Einheitstäterschaft des Amtsvorgesetzten

Die strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit der Amtsträger aus § 357 StGB ist in Reichweite dogmatischer Stellung und Legitimation ein höchst umstrittenes Haftungsinstrument, das kaum sichere Aussagen zulässt, weil nahezu alle Einzelheiten in diesem Zusammenhang streitig sind oder die herrschenden Ansichten zumindest mit guten Gründen bestritten werden können. Ferner war die Vorschrift des § 357 StGB in der Praxis bislang so irrelevant,¹⁷¹⁰ dass man sich seitens der Legislative den trotz seit mehr als 100 Jahren erhobenen Forderungen nach einer Abschaffung der Regelung¹⁷¹¹ nicht einmal die Mühe gemacht hat, ernsthaft in den Diskurs über ihre Beseitigung einzutreten.

Trotz ihrer praktischen Bedeutungslosigkeit kann die Vorschrift für die Diskussion über eine Vorgesetztenverantwortlichkeit und die Geschäftsherrenhaftung wertvolle Impulse geben, weil es sich um eine gesetzliche Regelung für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern außerhalb des so fremdartigen Militärrechts handelt. § 357 StGB kann damit für eine Grundlegung der Vorgesetztenverantwortlichkeit Modellcharakter haben.¹⁷¹² Das ist nicht so zu verstehen, dass es sich bei § 357 StGB um ein uneingeschränkt auf das allgemeine Strafrecht übertragungsfähiges Vorbild gesetzlich geregelter Verantwortlichkeit handelt. Aber die Vorschrift vermittelt zumindest eine Vorstellung davon, wie eine gesetzliche Regelung aussehen könnte, die strukturell un-

1710 Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 10 spricht von „statistischer Bedeutungslosigkeit“.

1711 Neumeyer, VDB IX, 1906, S. 517, 524; zur praktischen Bedeutungslosigkeit der Vorschrift auch Schmitz in: MüKo-StGB, § 357 Rn. 6.

1712 Vgl. hierzu auch die Begründung zum Entwurf des § 4 VStGB, BR-Drs. 29/02, S. 40, in der ausdrücklich auf § 357 StGB Bezug genommen wird; ferner hier S. 672 ff.

verändert, aber mit gewissen Modifikationen und in einen konsistenten Gesamtzusammenhang einer Vorgesetztenverantwortlichkeit eingepasst, die Anforderungen des Art. 103 Abs. 2 GG an eine Geschäftsherrenhaftung erfüllen könnte.

Zur strafrechtsdogmatischen Stellung des § 357 StGB ist festzuhalten, dass die Vorschrift – nach der wohl allein hier vertretenen Auffassung – eine einheitstäterschaftliche Urheberschaft für solche rechtswidrigen Taten im Amt beschreibt, die ein untergebener oder zu beaufsichtigender bzw. kontrollierender Amtsträger begeht. Da es sich um eine weitreichende einheitstäterschaftliche Unrechtszurechnung handelt, kommt es entgegen der herrschenden Ansicht auch nicht darauf an, ob der Vorgesetzte nach allgemeiner Beteiligungsdogmatik Täter – als mittelbarer oder Mittäter – oder nur Teilnehmer der Tat ist.

Der Grundsatz des Straflosigkeit der versuchten Anstiftung zu Vergehen wird von § 357 StGB durchbrochen, während aufgrund gesetzlicher Entscheidung die versuchte Beihilfe durch Unterlassen straflos bleibt und damit aus der Einheitstäterschaft ausgeklammert wird. Die eigenständige Unterlassungstäterschaft des Vorgesetzten bleibt dagegen neben einem Geschehenlassen der fremden Tat nach § 357 StGB bestehen, weil die Zurechnungsvorschrift gerade nur die Beteiligung an der rechtswidrigen Tatbestandserfüllung (auch) durch Untergebene oder zu Beaufsichtigende erfasst, nicht aber die eigenständige Unterlassungstäterschaft aufgrund eigenständiger, von der Führungs- oder Überwachungspflicht nicht abhängiger Garantenpflichten verdrängen soll.

Die Vorgesetztenverantwortlichkeit des § 357 StGB findet nur Anwendung, soweit es sich bei der Bezugstat um Amtsdelikte im engeren Sinne handelt. Allein deswegen kommen sowohl als Verantwortliche als auch als Ausführungsorgane der Bezugstat regelmäßig nur Amtsträger in Betracht. Für den in die beamtenrechtlichen Hierarchiestrukturen eingebundenen Amtsvorgesetzten eines Täters der Bezugstat ergibt sich die Legitimation der einheitlichen Haftung des Vorgesetzten nach dem vollem Strafrahmen der Bezugstat einerseits aus dem Missbrauch der durch das Beamtenrecht verliehenen Weisungsmacht, die dem Vorgesetzten eine dem mittelbaren Täter ähnliche Stellung verleiht. Andererseits rechtfertigt sie sich durch die Verletzung der beamtenrechtlichen Treuepflicht des Amtsvorgesetzten, die ihn in eine Nähebeziehung zu dem übergeordneten Rechtsgut der Amtsdelikte, der Funktionsfähigkeit der staatlichen Hoheitsätigkeit, setzt. Daher erscheint die strenge Vorgesetztenhaftung begründbar.

Auch für den treuepflichtigen Beamten, der Aufsichts- oder Kontrollaufgaben verletzt, kann eine ungemilderte Täterstrafbarkeit noch als angemessen betrachtet werden. In der Verleitensvariante schaltet der Beamte in Missachtung seiner Treuepflicht die Sicherungsmechanismen zum Schutz des verletzten Rechtsguts, die unter anderem in der Erfüllung seiner Aufgaben bestehen, zur Begehung der Tat aus. Der Beamte wendet sich aktiv gegen das Rechtsgut, zu dessen Schutz er ausdrücklich bestellt ist. In der Variante des Geschehenlassens verletzt der Auf-

sichts- und Kontrollbeamte nicht nur eine einfache Garantenpflicht, vielmehr missachtet er auch die seine konkrete Rolle charakterisierende Kernpflicht des übernommenen Amtes, so dass nicht nur eine Haftung als Garant nach § 13 StGB begründet ist, sondern hier auch eine Strafmilderung unangemessen erschien.

Im Ergebnis ist daher zunächst zu konstatieren, dass die Vorgesetztenhaftung aus § 357 StGB, soweit sie sich auf den als Beamten in die entsprechende Behördenhierarchie eingebundenen Amtsträger bezieht, legitimierbar ist und prinzipiell ebenso plausibel wie konsequent erscheint. Allerdings sollte für die Versuchsstrafbarkeit über eine Gesetzesänderung nachgedacht werden, die eine Strafmilderung für den Versuch des Verleitens ebenso vorsieht wie für das Verleiten zum Versuch. In beiden Fällen ist eine Abweichung von den allgemeinen Regeln, die Strafmilderungen zulassen, schwer begründbar.

Für die privatrechtlich beschäftigten Amtsträger fällt es dagegen schwer, eine Begründung für eine über die schlichte Garantenhaftung hinausgehende Verantwortlichkeit zu finden, weil die Argumente, die eine Vorgesetztenverantwortlichkeit des Beamten rechtfertigen, nicht unmodifiziert übertragbar sind. Die privatrechtlich angestellten Vorgesetzten oder Aufsichts- und Kontrollamtsträger haben weder eine spezifische beamtenrechtliche Treuepflicht zu erfüllen noch eine beamtenrechtliche Lenkungsmacht inne. Da sie nach dem Wortlaut der Vorschrift dennoch gleichermaßen ungemildert haften, ergibt sich ein Wertungswiderspruch. Dies sind jedoch keine strukturellen Probleme, die § 357 StGB als Vorbild für die Regelung einer generellen Vorgesetztenverantwortlichkeit außerhalb des Amtsträgerstrafrechts disqualifizieren würden. Hier könnte mit einem Verweis auf § 49 StGB leicht Abhilfe geschaffen werden.¹⁷¹³

Eine § 357 StGB nachgebildete allgemeine gesetzliche Regelung könnte also der Geschäftsherrenhaftung zu einem erheblichen Gewinn an Bestimmtheit und damit den Normadressaten zu mehr Rechtssicherheit verhelfen. Der Rückgriff auf die Vorgesetztenverantwortlichkeit der Amtsträger kann allerdings das Problem der mangelnden Klarheit des Vorgesetztenbegriffs nicht unmittelbar lösen. Denn die Vorschrift baut auf den Hierarchiestrukturen des klassischen Beamtenapparats auf, während sie für den Bereich der Amtsträgerverantwortlichkeit in privatwirtschaftlich organisierten öffentlichen Unternehmen zwar gilt, aber hier – auch mangels Diskussion in Rechtsprechung und Lehre – Unsicherheit über die Haftungsvoraussetzungen herrscht. Gegenüber der allgemeinen Geschäftsherren-

1713 Darüber hinausgehende Bedenken und verfassungsrechtliche Forderungen nach einer weitergehenden Milderung der Strafdrohung, die *Burghardt* in: Jeßberger/Geneuss, S. 91, 97 vorgebracht hat, sind nicht berechtigt, insbesondere weil nach der hier vertretenen Ansicht eine Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 357 StGB auf die Amtsdelikte erfolgt, so dass eine verhältnismäßige Strafe über die Strafzumessung erreicht werden kann; vgl. auch *Vogel* in: Jeßberger/Geneuss, S. 75, 85; ferner *Safferling/Hartwig-Asteroth/Scheffler* ZIS 2013, 447, 449.

haftung besteht jedoch insofern ein Vorteil, als für § 357 StGB zumindest der Anknüpfungspunkt für die Vorgesetztenverantwortlichkeit anerkannt sein dürfte: die über die Hierarchie vermittelte Autorität. Insofern gilt das Gleiche, was auch für das Wehrstrafrecht bereits festgestellt worden ist, nämlich dass es nicht allein auf die rechtliche Bindungswirkung der Befehle oder Weisungen, sondern auch auf faktische Steuerungsgewalt ankommt, die die Position innerhalb der Organisation vermittelt.

Die Notwendigkeit der Verantwortlichkeit aus Gründen des Rechtsgüterschutzes resultiert aus dem Ausgeliefertsein des Bürgers gegenüber der besonderen Einwirkungsmacht des Staates. Die persönliche Verantwortlichkeit des Vorgesetzten basiert darauf, dass ihm im Rahmen der Erfüllung seiner Hauptpflicht, der gesetzmäßigen Lenkung seiner Untergebenen, auch zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der Diensthandlungen dieser Personen, die Weisungs- und Entscheidungskompetenz und damit die hierarchische Lenkungsgewalt zugewiesen worden ist (§ 357 Abs. 1 StGB). Der Aufsichts- oder Kontrollvorgesetzte ist ausdrücklich, gegebenenfalls auch ausschließlich auf Posten gestellt, um die Gesetzmäßigkeit des Handelns zu überwachen. Er ist aus diesem Grunde als Garant verantwortlich (§ 357 Abs. 2 StGB).

§ 357 StGB stellt sich damit als Vorschrift des Allgemeinen Teils des 30. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs und der §§ 120 Abs. 2, 174b, 258, 258a StGB dar, die eine einheitliche Unterlassungstäterschaft durch Typisierung der Garantenstellung von Vorgesetzten und deren Pflichten normieren. Diese Typisierung von Garantenstellungen und der sich daraus ergebenden Pflichten sorgt für eine Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale, die dem Bestimmtheitsgrundsatz regelmäßig Rechnung tragen wird, mögen auch Einzelheiten noch ungeklärt oder korrekturbedürftig sein.

IV. Pressestrafrecht

Auch das landesrechtlich geregelte Presserecht kennt besondere strafrechtliche Vorschriften, die die Verantwortlichkeit von Vorgesetzten normieren. Auch hier stellt sich damit das im allgemeinen Strafrecht entstehende Problem der mangelnden Bestimmtheit im Hinblick auf die vage Formulierung des § 13 StGB nicht in dieser Schärfe. Allerdings ist einzuräumen, dass das Pressestrafrecht insofern nur eine unzureichende Lösung beinhaltet, weil es im Gesetz jeweils ausdrücklich als gegenüber den Vorschriften des Allgemeinen Teils subsidiär ausgewiesen ist. Damit ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit nach den Pressegesetzen der Länder lediglich eine strafrechtliche Auffanghaftung, die insbesondere dann relevant wird, wenn es um fahrlässig geduldete Vorsatzdelikte Dritter geht.

1. Bayerischer Sonderweg der Vermutungslösung

In Bayern¹⁷¹⁴ gelten gemäß Art. 11 Abs. 1 des Bayerischen Pressegesetzes (BayPressG) hinsichtlich der Verantwortlichkeit für strafbare Handlungen, die mittels eines Druckwerks begangen werden, zwar grundsätzlich die Bestimmungen des allgemeinen Strafrechts. Jedoch erlegt das bayerische Presserecht – im Gegensatz zu allen anderen Landespresserechten, die einen eigenständigen Straftatbestand normieren – dem verantwortlichen Redakteur (Art. 5 BayPressG) eines periodischen Druckwerks eine weitgehende Verantwortlichkeit auf. Zu seinen Lasten wird gemäß Art. 11 Abs. 2 BayPressG vermutet, dass er den Inhalt eines unter seiner Verantwortung erschienenen Textes gekannt und den Abdruck gebilligt hat.¹⁷¹⁵ Das bayerische Presserecht kombiniert diese gesetzliche Beweislastregel in Art. 11 Abs. 3 S. 2 mit einer Stufenhaftung in einem System des Rückgriffs auf die nächst höher liegende Hierarchiestufe bei Entlastungsmöglichkeit. Die Vorschrift scheint damit eine Vorsatzvermutung zu beinhalten, die eine weitgehende Erfassung der Verantwortlichkeit innerhalb von Organisationen ermöglicht, jedoch verfassungsrechtlich Probleme aufwirft. Denn eine solche Vermutung weckt Bedenken im Hinblick auf eine Verletzung des Schuldgrundsatzes und des Grundsatzes in dubio pro reo.¹⁷¹⁶

Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayPressG dehnt die Verantwortlichkeit für Straftaten in Druckwerken jedoch noch über die Haftung des verantwortlichen Redakteurs aus. Nicht nur dieser, sondern auch Verleger, Drucker und Verbreiter, die am Erscheinen des Druckwerks mit strafbarem Inhalt mitgewirkt haben, sind über die allgemeinen Regeln des Strafrechts hinaus strafrechtlich verantwortlich. Ihre Mitwirkung am Erscheinen eines strafrechtlich relevanten Druckwerks sieht die Vorschrift als fahrlässige Veröffentlichung des Druckwerks an, sofern sie nicht die pflichtgemäße Sorgfalt angewandt haben und nachweisen können. Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayPressG bedroht diese Beteiligung mit bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe und Geldstrafe. Jedoch wird die Haftung durch eine eigenartige Klausel in Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPressG eingeschränkt, die lautet: „*Die Bestrafung des Vormanns schließt die des Nachmanns aus.*“ Art. 11 Abs. 3 S. 2 BayPressG regelt damit eine gestufte strafrechtliche Verantwortlichkeit dahin gehend, dass die Beteiligten an der Verbreitung eines Druckwerks nicht gemeinsam, sondern in einander nachgelagerten Stufen in der im Gesetz angegebenen Reihenfolge haften.¹⁷¹⁷

1714 Zur Sonderhaftung in anderen Ländern *Kühl* in: Löffler, Presserecht, § 20 LPG Rn. 1 ff.

1715 Eine identische Vermutung findet sich auch in § 11 HessPrG, wo eine Vermutung zugunsten des verantwortlichen Redakteurs eines periodisch erscheinenden Druckwerks normiert wird, dass dieser die Veröffentlichung eines Druckwerks mit strafbarem Inhalt als eigene Äußerung gewollt habe; vgl. hierzu *Kühl* in: Löffler, Presserecht, § 20 LPG Rn. 163.

1716 Vgl. hierzu *Bülte* JZ 2014, 603, 607.

1717 Vgl. BGH, Beschl. v. 14.12.1988 – 3 StR 295/88, NJW 1989, 989, 990; ferner Groß NStZ 1994, 312, 314.

Benennt der Hintermann einen verantwortlichen Vormann, so entlastet sich jener, wenn dieser verantwortlich ist. Dadurch entsteht eine Verantwortlichkeitsverlagerung „*von oben nach unten*“.

Diese im deutschen Strafrecht – soweit erkennbar – einzigartige Verantwortlichkeitsgestaltung stellt für eine effektive Vorgesetztenverantwortlichkeit insofern einen interessanten Ansatz dar, als sie zu einer effektiven Absicherung der Verantwortlichkeit als solcher führen und somit zur Folge haben kann, dass ein Verantwortlichkeitsdefizit, wie es im Wirtschaftsstrafrecht häufig auftritt, vermieden wird. Jedoch ist die Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit allein durch die formale Stellung als Redakteur oder Verleger, die der Wortlaut des Gesetzes suggeriert, einerseits verfassungsrechtlich bedenklich, weil eine solche Auffassung mit dem Schuldprinzip zu kollidieren droht. Zum anderen wird die Vorschrift auch von Literatur und Rechtsprechung nicht so verstanden, dass sie den Ausgleich des Sanktionsdefizits tatsächlich leisten könnte: Der Bayerische Verfassungsgerichtshof¹⁷¹⁸ hat ausdrücklich darauf hingewiesen, dass auch im Pressestrafrecht der Schuldgrundsatz zu beachten sei. Daher könne § 11 Abs. 3 S. 1 (nun Art. 11 Abs. 3 S. 1) BayPressG nicht so verstanden werden, dass er eine schuldunabhängige Bestrafung des Angeklagten vorsehe, wenn diesem nicht der Nachweis seiner Unschuld gelinge. Die Vorschrift sei verfassungsgemäß auszulegen, weshalb das Gericht von Verfassungs wegen nur dann aufgrund dieser Strafvorschrift verurteilen dürfe, wenn es zu der Überzeugung gelangt sei, dass den Angeklagten tatsächlich ein Schuldvorwurf trifft.¹⁷¹⁹ Der Redakteur, Verleger etc. könne demnach nur dann strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden, wenn „*er nicht die erforderliche Sorgfalt angewandt hat*“.¹⁷²⁰ Legt man diesen Maßstab an, so ergeben sich aus Art. 11 Abs. 2 BayPressG keine wesentlichen Änderungen zu den allgemeinen Beteiligungsregeln des Strafgesetzbuchs, da nur derjenige Redakteur, Verleger etc. strafrechtlich verantwortlich sein kann, der seinen entsprechenden, tatsächlich übernommenen Pflichten – die reine formale Stellung reicht nicht aus¹⁷²¹ – nicht nachkommt und auf diese Weise die Begehung eines Pressedelikts ermöglicht.

2. Redakteur- und Verlegerverantwortlichkeit durch eigenständiges Sonderdelikt

Das Besondere an der Verantwortlichkeit im Presserecht ergibt sich in den Pressegesetzen aus einer weitgreifenden Garantenverantwortlichkeit, die eine eigenständige Strafbarkeit der besonderen Personen für die fahrlässige Nichtverhinde-

¹⁷¹⁸ BayVerfGH, Entsch. v. 23.4.1982 – Vf. 23 – VII/80, NJW 1983, 1600, 1601.

¹⁷¹⁹ BayVerfGH, Entsch. v. 23.4.1982 – Vf. 23 – VII/80, NJW 1983, 1600, 1601 mit Hinweis auf RG, Urt. v. 30.4.1925 – III 113/25, RGSt 59, 181, 182.

¹⁷²⁰ BayVerfGH, Entsch. v. 23.4.1982 – Vf. 23 – VII/80, NJW 1983, 1600, 1601.

¹⁷²¹ Groß NStZ 1994, 312, 314.

rung von Vorsatzdelikten statuiert. Diese Haftung, die etwa in Art. 11 Abs. 3 S. 1 BayPressG, § 20 Abs. 2 PrGBaWü, § 19 Abs. 2 PrGBerlin, § 19 Abs. 2 PrGHamburg etc. normiert ist,¹⁷²² bezieht sich auf die Verletzung der Aufsichtspflicht als solcher und normiert daher ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Die Strafbarkeit ist jedoch von einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit¹⁷²³ abhängig: von der Begehung eines Presse-Inhaltsdelikts, also eines solchen Delikts, das durch den Inhalt eines Druckerzeugnisses begangen wird.¹⁷²⁴ Die Vorschrift statuiert eine dogmatisch eigenständige Strafbewehrung, sowohl der Pflicht des verantwortlichen Redakteurs¹⁷²⁵ zur Freihaltung periodisch erscheinender Druckwerke von strafbarem Inhalt als auch der Pflicht des Verlegers zur Verhinderung von Straftaten mittels sonstiger Druckwerke. Die Rechtsnatur dieser Vorschrift wurde bereits durch das Reichsgericht¹⁷²⁶ – insofern im Hinblick auf § 21 Reichspressegesetz (RPG) – als „selbständiges, dem Pressegewerbe eigentümliches“ Sonderdelikt charakterisiert.¹⁷²⁷

Diese besondere Haftung der Presseverantwortlichen erscheint verwunderlich, weil es sich bei den mittels Druckerzeugnissen begangenen Presse-Inhaltsdelikten bei isolierter Betrachtung häufig um Straftaten handelt, die nicht mit hohen Strafen bedroht sind, wie etwa Beleidigungen,¹⁷²⁸ Verleumdungen, strafbare Werbung oder Verletzungen von Jugendschutzbüchern,¹⁷²⁹ wenn auch in einigen Fällen durchaus schwerwiegende Straftaten (Volksverhetzung,¹⁷³⁰ Kapitalanlagebetrug, Werbung für terroristische Vereinigungen)¹⁷³¹ Gegenstand von Presse-Inhaltsdelikten sein können. Im Hinblick auf diese fehlende Homogenität des Unrechts kann sich die Legitimation einer strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit in diesem Bereich nicht auf die einzelne Tat an sich, sondern nur auf deren Begehungsweise stützen. Dieser Schluss erscheint schon deswegen zwingend, weil die Ausführungsmodalität – Begehung der Tat mittels Verbreitung eines Druckerzeugnisses¹⁷³² – das gemeinsame Element dieser Taten darstellt. Den Grund für die Sonderbehandlung dieser Begehungsweise beschreibt Kühn wie folgt:

Die modernde Presse entfalte eine „gewaltige geistige Wirkungskraft“, die durch ihre Perpetuierungswirkung der Festlegung „schwarz auf weiß“ und ihre

¹⁷²² Vgl. zum Überblick Kühn in: Löffler, Presserecht, LPG § 20.

¹⁷²³ Kühn in: Löffler, Presserecht, LPG § 20 Rn. 115, 144.

¹⁷²⁴ Vgl. hierzu insbesondere RG, Urt. v. 14.12.1931 – II 1004/31, RGSt 66, 145, 147.

¹⁷²⁵ Vgl. zum Begriff des verantwortlichen Redakteurs OLG Celle, Urt. v. 30.8.1995 – 13 U 189/95, NJW 1996, 1149, 1150; KG, Urt. v. 26.11.1997 – (5) 1 Ss 218–93 (41–93), NJW 1998, 1420, 1421.

¹⁷²⁶ RG, Urt. v. 2.6.1892 – Rep. 1498/92, RGSt 23, 151, 154.

¹⁷²⁷ Kühn in: Löffler, Presserecht, § 20 Rn. 113.

¹⁷²⁸ LG Saarbrücken, Urt. v. 27.1.2010 – 12 O 4/10, zitiert nach Juris.

¹⁷²⁹ BGH, Beschl. v. 17.7.1974 – 3 StR 239/73, BGHSt 25, 347 ff.

¹⁷³⁰ OLG Celle, Urt. v. 14.1.1997 – 1 Ss 271/96, JR 1998, 78 ff. m. Anm. Popp.

¹⁷³¹ BGH, Beschl. v. 20.2.1990 – 3 StR 278/89, BGHSt 36, 363 ff.

¹⁷³² Vgl. auch Kühn in: Löffler, Presserecht, § 20 LPG Rn. 39.

Breitenwirkung durch hohe Auflagen, die öffentliche Meinung tiefgreifend beeinflusst. Diese Macht zur Meinungsbildung gehe mit einem so erheblichen Gefahrenpotenzial einher, dass eine spezifische strafrechtliche Behandlung notwendig sei. Zwar sei einerseits die geistige Wirkung einer freien Presse unentbehrlich für das Funktionieren eines intakten Gemeinwesens, andererseits müssten aber die Gefahren, die mit der besonderen Macht der Presse – der sogenannten vierten Gewalt – einhergehen, unter eine gewisse staatliche Kontrolle gestellt werden. Die potenzielle Gefährlichkeit der Wirkkraft der Presse sei maßgebend gewesen für die in den Landespressgesetzen enthaltenen Haftungsbestimmungen.¹⁷³³

Grund für die spezifische Haftung ist also nicht der Unrechtsgehalt des Presse-Inhaltsdelikts selbst, sondern die Gefahr der Begehung solcher Delikte in einer Weise, die den Unrechtsgehalt durch die Wirkung eines Druckerzeugnisses potenziert, also aus einem Presseunternehmen heraus. Dies wird am einfachen Beispiel einer verleumderischen Erklärung deutlich, die mittels eines Druckerzeugnisses begangen eine vollkommen andere Bedeutung gewinnt als bei der Tatbegehung im unmittelbar persönlichen Kontakt. Die spezifische Verantwortlichkeit vom verantwortlichen Redakteur und Verleger kann hier mit einer sehr ähnlichen Begründung legitimiert werden, wie dies bereits bei der Geschäftsherrenhaftung durch die BSR-Entscheidung erfolgte: Der Presseunternehmer eröffnet im Rahmen seiner Tätigkeit eine besondere Gefahrenquelle. Mit den Mitteln seines Betriebes können bestimmte Delikte, die durch Erklärungen in Druckwerken begangen werden, in ihrer Wirkung in einer Weise verstärkt werden, die zu einer Potenzierung des Unrechtsgehalts führen kann. Da eine solche Gefahr jedoch in einer demokratisch-pluralistischen Gesellschaft nicht dazu führen darf, dass eine freie Presse unter einen Zensurvorbehalt gestellt wird (Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG), kann der Staat zur Verhinderung solcher Straftaten von besonderem Gewicht primär nur auf das Strafrecht zurückgreifen, um Missbräuche der Pressefreiheit nachträglich zu sanktionieren. Damit ist die Hoffnung auf eine Verhinderung von Presse-Inhaltsdelikten durch präventive Wirkung von Strafe verbunden. Da aber eine effektive Gefahrenabwehr ohne die Aufgabe des existenziellen Instituts der freien Presse kaum möglich sein dürfte, wird zur Erreichung einer Minimierung des Gefährdungspotenzials die Aufgabe der Verhinderung solcher Straftaten zum Teil auf die Presseunternehmer „ausgelagert“.

Der Unternehmer, der die Gefahr verursacht, die im Hinblick auf die Notwendigkeit seiner Tätigkeit im Ganzen unvermeidbar ist, wird nunmehr auf Posten gestellt, um die Risikominimierung vorzunehmen. Er tritt in eine Aufsichts- und Kontrollpflicht ein, die ihn dazu zwingt, die Beherrschung des unternehmensspezifischen Strafbarkeitsrisikos wahrzunehmen. Persönlich betrifft diese Pflicht zum einen den Verleger und zum anderen, bei periodischen Druckwerken, den

1733 Kühl in: Löffler, Presserecht, § 20 LPG Rn. 29 ff.

zur Wahrnehmung der Aufgabe bestellten, verantwortlichen Redakteur, auf dessen Aufgabenerfüllung sich die Rechtsgemeinschaft verlassen darf. Der Grund für diese Haftung ist also die Freiheitsgewährung, die zur Gefahrschaffung führt. Der demokratische Staat lässt letztlich aus Gründen der Erhaltung seiner eigenen rechtsstaatlichen Grundlagen die Gefahrschaffung zu, gegen die sich auch der Einzelne, der durch Presse-Inhaltsdelikte bedroht wird, nicht zur Wehr setzen darf. Im Gegenzug entstehen die Aufgabe der Gefahrbeherrschung und die Pflicht zur Tatverhinderung. Hierbei handelt es sich um eine gesetzlich normierte Geschäftsherrenhaftung des Verlegers und um eine Entscheidungsträger- oder Vorgesetztenverantwortlichkeit des verantwortlichen Redakteurs. Legt man die Anforderungen, die die Judikatur des Bundesgerichtshofs an die Geschäftsherrenhaftung stellt,¹⁷³⁴ als Maßstab an die pressestrafrechtlichen Regelungen an, so wird die Parallele deutlich: Die verantwortlichen Personen haben die wesentliche Betriebsgefahr eines jeden Presseunternehmens abzuwenden, die Begehung von Presse-Inhaltsdelikten, dafür sind sie Garanten.

Jedoch haben es die Gesetzgeber der Landespressegesetze nicht bei einer allgemeinen (vorsätzlichen) Garantienhaftung als Haftung für den Erfolg – die Tatbegehung – bewenden lassen, sondern in den jeweiligen Pressegesetzen zumeist (vgl. etwa § 20 Abs. 2 PrGBaWü, § 19 Abs. 2 PrGBerlin, § 19 Abs. 2 PrGHamburg etc.) die genannte Strafbarkeit bereits der Gefährdungshandlung bestimmt. Der Haftungstatbestand setzt lediglich voraus, dass der Redakteur oder Verleger durch eine vorsätzliche oder fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung die Begehung des Presse-Inhaltsdelikts ermöglicht hat. Hierzu führte bereits das Reichsgericht aus, dass die „*Fahrlässigkeitsschuld in der Nichtbeobachtung der mit diesem Gewerbe [dem Pressegewerbe] verbundenen Pflichten, d.h. darin liegt, daß die Betroffenden pflichtwidrig die Herstellung, Veröffentlichung, Verbreitung einer den Thatbestand eines Deliktes enthaltenden Druckschrift verursacht haben*“.¹⁷³⁵

3. Fazit: Mittelbare Vorgesetztenverantwortlichkeit des Pressestrafrechts

Deutlich wird hier insbesondere die strafrechtsdogmatische Konstruktion dieser Vorgesetztenverantwortlichkeit: Der kontroll- oder aufsichtspflichtige Redakteur oder Verleger wird im Falle der Verletzung dieser Pflicht nicht für die Begehung der Tat des Dritten, dessen Handeln die Kontrolle oder Aufsicht gilt, bestraft. Das Unrecht ergibt sich vielmehr aus der Pflichtverletzung als solcher, die die Strafwürdigkeit des Verhaltens begründet, das aber nur dann als strafbedürftig angesehen wird, wenn es tatsächlich zu einer Realisierung des Risikos durch die

1734 BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, BGHSt 57, 42 ff.

1735 RG, Urt. v. 2.6.1892 – Rep. 1498/92, RGSt 23, 151, 154.

Begehung eines Presse-Inhaltsdelikts kommt. Bei § 20 Abs. 2 LPG¹⁷³⁶ handelt es sich damit um eine Regelung, die die Entscheidungsträgerverantwortlichkeit im Wege des selbstständigen Gefährdungsdelikts regelt und damit keinen echten Zu-rechnungszusammenhang zwischen der Tat des Entscheidungsträgers und des unmittelbar handelnden Täters herstellt, sondern lediglich zwischen der Tatbegehung als Erfolg und der Pflichtverletzung des Entscheidungsträgers. Es geht also um eine unechte Vorgesetztenverantwortlichkeit, die derjenigen aus § 41 WStG und § 130 OWiG (dazu sogleich) verwandt ist.

V. Ordnungswidrigkeitenrecht (§ 130 OWiG)

Nicht nur das Strafrecht für Soldaten, Amtsträger oder Aufsichtspersonen im Presserecht kennt eine Verantwortlichkeit für die Verletzung von Pflichten bei der Aufsicht Vorgesetzter über Untergebene. Auch das betriebs- bzw. unternehmensbezogene Bußgeldrecht als Teil des Wirtschaftsstrafrechts¹⁷³⁷ weist mit § 130 OWiG eine „ebenso interessante wie eigentümliche“¹⁷³⁸ allgemeine Vorschrift auf, die den Inhaber eines Betriebs oder Unternehmens für die Verletzung der ihm obliegenden Pflicht zur Aufsicht bei der Erfüllung betriebsspezifischer Pflichten durch Dritte sanktioniert.¹⁷³⁹ Die Regelung des § 130 OWiG,¹⁷⁴⁰ die hier nur kurz skizziert werden soll, unterscheidet sich jedoch in einem maßgeblichen Aspekt schon strukturell von den Regelungen über die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Wehrstrafrecht, Strafrecht der Amtsträger oder Pressestrafrecht: Die Haftung des Inhabers eines Unternehmens oder Betriebs bezieht sich nicht auf fremde *Straftaten*. Sie setzt keine sanktionierbare oder auch nur einen Straf- oder Ordnungswidrigkeitentatbestand vollständig erfüllende Handlung eines Dritten voraus. Vielmehr knüpft § 130 OWiG an das Zuwiderhandeln gegen eine den Inhaber treffende Pflicht an. Die Vorschrift erfasst damit häufig Fälle, in denen der unmittelbar Handelnde gerade nicht sanktionierbar ist, weil ihm keine sanktionsrechtlich relevante Pflicht obliegt. Man könnte die Haftung gemäß § 130 OWiG damit als die Verantwortlichkeit des Inhabers für eine Verletzung der eigenen Pflicht durch einen mit der Aufgabenerfüllung beauftragten Dritten

1736 Da die Stravorschriften aller Landespressegesetze – mit Ausnahme von Bayern – identisch formuliert sind, wird hier nur die Bezeichnung § 20 LPG verwendet, soweit die Haftungsvorschrift des jeweiligen Landespressegesetzes der Länder gemeint ist. „Modellgesetz“ ist hier das Landespressegesetz des Landes Baden-Württemberg v. 14.1.1969, GBl. S. 11 i.d.F. v. 4.2.2003, GBl. S. 108.

1737 Vgl. Rogall ZStW 98 (1986), S. 573, 575 m.w.N.; zum Begriff des Wirtschaftsstrafrechts Tiedemann in: *Tiedemann* Gutachten: Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C. 27 ff.; ders. Verbrechen in der Wirtschaft, S. 13 ff.; Schünemann wistra 1982, 41.

1738 So Rogall ZStW 98 (1986), S. 573.

1739 Andere bezeichnen die Regelung des § 130 OWiG als „dogmatische Missgeburt“ (Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 115 Fn. 180) oder als „Etikettenschwindel“ (Kindler Das Unternehmen als haftender Täter, S. 128).

1740 Zur Gesetzesgeschichte, insbesondere zu den Vorgängervorschriften des § 130 OWiG vgl. Rogall ZStW 98 (1986), 573, 579 ff.

bezeichnen.¹⁷⁴¹ Damit ist der Anwendungsbereich von § 130 OWiG weiter gefasst als §§ 33, 34 WStG, § 357 StGB oder die Haftung nach dem Pressestrafrecht.

Im Rahmen der Bemühungen um eine effektive Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität¹⁷⁴² wurde in das Ordnungswidrigkeitenrecht mit § 130 OWiG eine Regelung zur Sanktionierung der Verletzung von Aufsichtspflichten Vorgesetzter eingefügt, die in Zusammenschau mit § 14 StGB bzw. § 9 OWiG eine Haftung von Unternehmern und deren Beauftragten und Betriebsleitern normiert. Dabei betreffen die von § 14 StGB, § 9 OWiG einerseits und § 130 OWiG andererseits umfassten Regelungsbereiche zwar einen letztlich einheitlichen Gegenstand, setzen jedoch an unterschiedlichen Punkten an, um die sanktionsrelevante Verantwortlichkeit zu begründen. Während § 14 StGB und § 9 OWiG vornehmlich Überleitungsnormen mit der Aufgabe sind, den Unternehmer betreffende Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände auch für dessen Beauftragten zur Anwendung kommen zu lassen, normiert § 130 OWiG eine Haftung für Pflichtverletzungen, die die Begehung von Ordnungswidrigkeiten oder Straftaten Dritter erleichtert haben. Die Vorschrift statuiert damit einen eigenständigen, wenn auch vom Fehlverhalten des Beaufsichtigten abhängigen Ordnungswidrigkeitentatbestand, während § 14 StGB und § 9 OWiG reine Zurechnungsvorschriften beinhalten.¹⁷⁴³

Für die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität hat § 130 OWiG in der Praxis deswegen besondere Bedeutung, weil über diese Vorschrift nicht nur die Verhängung einer Geldbuße gegen Entscheidungsträger in Unternehmen, sondern auch eine Sanktionierung von juristischen Personen oder Personenvereinigungen selbst möglich ist.¹⁷⁴⁴ § 30 OWiG, der die Verhängung eines Bußgeldes gegen einen Verband mit Rechtssubjektqualität ermöglicht, setzt nämlich voraus, dass ein Entscheidungsträger im Sinne von § 30 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 OWiG eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begeht und dadurch Pflichten verletzt, die den Verband treffen oder durch die der Verband bereichert wird. Diese Voraussetzungen sind im Falle der Begehung einer Tat gemäß § 130 OWiG erfüllt, so dass diese Vorschrift über die Sanktionierung der Aufsichtspflichtverletzung eine mittelbare bußgeldrechtliche Verantwortlichkeit des Verbandes für Pflichtverletzungen von Personen herstellt, die nicht auf der Entscheidungsträgerebene tätig werden.¹⁷⁴⁵

1741 Vgl. BGH, Beschl. v. 10.9.2003 – 2 ARs 258/03 – 2 AR 164/03, NStZ 2004, 699, 700; Lemke/Mosbacher, OWiG § 130 Rn. 1.

1742 Vgl. im Einzelnen zu § 130 OWiG in diesem Kontext Rogall ZStW 98 (1986), 573 f.

1743 Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 1; vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 4 m.w.N.; a.A. Bauer wistra 1992, 47, 49.

1744 Vgl. auch die Beispiele und Nachweise aus dem Bereich der Korruption in Unternehmen bei Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 9.

1745 Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 3.

1. Kriminalpolitische Grundlagen

§ 130 Abs. 1 OWiG regelt die Verantwortlichkeit des Inhabers eines Betriebes oder Unternehmens für Handlungen, die in seiner Organisation begangen und mit denen Pflichten verletzt werden, die den Unternehmens- oder Betriebsinhaber selbst treffen, soweit diese Pflichtverletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass in Betrieben und Unternehmen gegen die Begehung von unternehmensbezogenen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten hinreichende Vorkehrungen durch eine entsprechende Aufsichtsführung getroffen werden.¹⁷⁴⁶ Der Geschäftsherr soll Normverstößen entgegenwirken, die sich aus seiner unternehmerischen oder betrieblichen Organisationssphäre ergeben. § 130 OWiG liegt damit der Gedanke der „*Garantenstellung aus Organisationszuständigkeit*“ zugrunde.¹⁷⁴⁷ Bemerkenswert ist insofern die tatbestandlich weite Ausformung der Haftung, die bereits die fahrlässige Verletzung der Aufsichtspflicht erfasst und zudem keine Kausalität der unzureichenden Aufsichtsführung für die sanktionsbedrohte innerbetriebliche Pflichtverletzung voraussetzt, sondern nur eine hypothetische Risikoverringerung durch eine ordnungsgemäße Beaufsichtigung verlangt.¹⁷⁴⁸

Der Statuierung einer allgemeinen bußgeldrechtlichen Sanktionierung für Verletzungen von Aufsichtspflichten im Unternehmen liegt in materieller Hinsicht die Vorstellung des in die Arbeitsteilung im Unternehmen eingebundenen Menschen als Risikofaktor zugrunde.¹⁷⁴⁹ Die Zusammenfassung von Personal und Produktionsmitteln rufe nicht nur Sachgefahren durch die Tätigkeit des Unternehmens selbst hervor, sondern berge auch die Gefahr, dass einzelne Personen ihren Pflichten nicht nachkommen und Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begehen.¹⁷⁵⁰ Diese durch die wirtschaftliche Tätigkeit geschaffene Gefährdung verschiedenster Rechtsgüter soll das Gegenstück zu den Vorteilen sein, die durch die arbeitsteilige Produktion und Dienstleistung entstehen. Der Unternehmer, dem diese Vorteile zugutekommen, soll zumindest in einem gewissen Umfang auch die Risiken tragen müssen, die dadurch entstehen, dass er durch Arbeitsteilung und Delegation seinen Handlungsspielraum erweitert und manche Produkte oder Dienstleistungen – vor allem zu seinem eigenen wirtschaftlichen Vorteil – erzeugen und am Markt anbieten kann,¹⁷⁵¹ während er aufgrund der Aufgaben-

¹⁷⁴⁶ Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 1.

¹⁷⁴⁷ Gürler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 2; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 1; vgl. auch Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 2; Dannecker NStZ 1985, 49, 56.

¹⁷⁴⁸ Vgl. Achenbach NZWiSt 2012, 321, 324; ferner Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 1.

¹⁷⁴⁹ Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 2; ferner ders. ZStW 98 (1986), 573, 587; vgl. auch BT-Drs. V/1269 S. 68.

¹⁷⁵⁰ Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 2.

¹⁷⁵¹ Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 2; Demuth/Schneider BB 1970, 642 f., 647.

zersplitterung und Fachspezialisierung nicht mehr in der Lage ist, die ihn treffenden Pflichten in persona zu erfüllen.¹⁷⁵²

Der Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens ist daher Garant (§ 8 OWiG, § 13 StGB) für die Verhinderung der Gefahren, die von ihm zwar nicht rechtswidrig, aber zum eigenen Vorteil geschaffen werden, während sie die Allgemeinheit um der erzeugten Dienste und Güter willen oder um dem Unternehmer die Ausübung seiner Grundrechte zu gewährleisten toleriert.¹⁷⁵³ Diese Ausrichtung des § 130 OWiG an der Haftung als Gefahrenwächter steckt den Anwendungsbereich der Vorschrift zumindest grob ab, indem sie die strafrechtliche „*Garantiehaftung des Geschäftsherrn*“¹⁷⁵⁴ nicht nur konkretisiert, sondern auch auf betriebliche Gefahrschaffungen beschränkt, so dass im Rahmen des § 130 OWiG nur solche Pflichten relevant sind, die den Inhaber des Unternehmens oder des Betriebs treffen.¹⁷⁵⁵ Zwar wurde § 130 OWiG durch Art. 2 des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes¹⁷⁵⁶ geändert und das Erfordernis der Verletzung von Pflichten, die den Inhaber „*als solchen treffen*“, gestrichen.¹⁷⁵⁷ Das hat jedoch nicht zur Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 130 OWiG über die Sanktionierung betriebsbezogener Verfehlungen hinaus geführt, sondern lediglich eine Ablösung von den spezifischen Sonderdelikten (wie § 266a StGB) gebracht.

Die „*von Rechts wegen erwünschte*“ Arbeitsteilung und Delegation, aufgrund derer ein Unternehmensinhaber die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben auf Unternehmensangehörige oder unabhängige Dritte überträgt, sorgen neben tatsächlichen Gefahren für eine grundsätzliche Aufspaltung von Handlung und Verantwortung. Ohne § 14 StGB und §§ 9, 130 OWiG konnte ein „*juristisches Patt*“¹⁷⁵⁸ entstehen, so dass der handelnde Unternehmensangehörige nicht pflichtig war und der pflichtige Unternehmensinhaber nicht tatbestandsmäßig handelte. Insofern kam es zu einer „*unternehmenstypischen Divergenz von Handlung und Verantwortung*“,¹⁷⁵⁹ durch die eine bußgeld- oder strafrechtliche Verant-

1752 Vgl. BT-Drs. V/1269, S. 69 zu § 25 OWiG-E; Gürler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 2; Klesczewski Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 527; Adam wistra 2003, 285.

1753 Vgl. auch Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 3 f.

1754 Vgl. BT-Drs. V/1269, S. 69; KG, Beschl. v. 17.3.1971 – 2 Ws (B) 232/70, JR. 1972, 121, 122 f.; Gürler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 2; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 2; Lemkel/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 2; Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 1; Brenner DRiZ 1975, 72; Dannecker NStZ 1985, 49, 56; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647; krit. Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 70 ff.

1755 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 2; Adam wistra 2003, 285.

1756 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7.8.2007, BGBl. I, S. 1786.

1757 Vgl. dazu BT-Drs. V/1269, S. 68 zu § 25 OWiG-E; Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 2, 7; Demuth/Schneider BB 1970, 642.

1758 Achenbach in: FS Stree und Wessels, S. 545, 547.

1759 Schünemann wistra 1982, 41, 46; ebenso Rogall ZStW 98 (1986), S. 573, 576.

wortlichkeit beim Handelnden mangels Pflicht, beim Pflichtigen mangels Handlung scheiterte und so eine Verantwortlichkeitslücke riss.¹⁷⁶⁰

Diesem Problem ist der Gesetzgeber – soweit es die Individualverantwortlichkeit betrifft – von zwei Seiten entgegengetreten.¹⁷⁶¹ § 9 OWiG und § 14 StGB leiten die gesetzlich bestimmten Sonderpflichten auf einen als Beauftragten handelnden Unternehmensangehörigen über. Durch die spezifische Sanktionierung von Aufsichtspflichtverletzungen wird eine Unterlassungshaftung geschaffen, die dem Aufsichtspflichtigen den Einwand verwehrt, nicht gehandelt und die betriebsinterne Pflicht nicht persönlich verletzt zu haben. Über § 130 OWiG wird so durch die Aufsichtspflicht als Anknüpfungspunkt für die Sanktion eine Zurechnungslücke geschlossen.¹⁷⁶² Der entscheidende Unterschied zur Zurechnung im engeren Sinne liegt darin, über § 9 OWiG und § 14 StGB eine Überleitung von Sonderpflichten auf bestimmte herausgehobene Funktionsträger, auf den Entscheidungsträger im Unternehmen, zu ermöglichen; er wird also zum strafrechtlich Sonderpflichtigen. § 130 OWiG lässt den Aufsichtspflichtigen dagegen für alle Verletzungen innerbetrieblicher strafrechtlich oder bußgeldrechtlich relevanter und den Inhaber treffender Pflichten und damit auch für die Begehung von Allgemeindelikten bzw. die ihnen zugrunde liegenden Zu widerhandlungen haften. § 130 OWiG ist daher § 20 Abs. 2 LPG¹⁷⁶³ in seiner Konstruktion ähnlich.

2. Schutzbereich des § 130 OWiG

Die Frage, welches Rechtsgut § 130 OWiG schützen soll, ist umstritten. Hier reicht das Meinungsspektrum von einer sehr formalistischen Auffassung,¹⁷⁶⁴ die die Zurechnungsfunktion als solche als Schutzbereich der Vorschrift ansieht, über die insbesondere vom Bundesgerichtshof vertretene Ansicht,¹⁷⁶⁵ der die Ordnung im Betrieb, das „staatliche Ordnungsinteresse“ als geschützt angesehen hat, bis zu der in der Lehre herrschenden Auffassung, die das Interesse als geschützt ansieht, das auch durch die dem Inhaber auferlegten Pflichten geschützt werden soll, mithin eine Verstärkung durch Vorverlagerung des bereits bestehenden Rechtsgüter-

¹⁷⁶⁰ Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 4 m.w.N.; ders. ZStW 98 (1986), S. 573, 575; vgl. ferner Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 2.

¹⁷⁶¹ Vgl. Klesczewski Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 527f.

¹⁷⁶² Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 4; ferner Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 2; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 643; Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 3.

¹⁷⁶³ Vgl. S. 416 ff.

¹⁷⁶⁴ So Spendl in: Leipziger Kommentar¹¹, § 323a Rn. 70; a.A. Bosch Organisationsverschulden, S. 318 f.; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 14 m.w.N.

¹⁷⁶⁵ BGHZ 125, 366 ff.; aber auch Bosch Organisationsverschulden, S. 321 ff.; Hsü Garantenstellung des Betriebsinhabers, S. 53; Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 1; dagegen Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 15.

schutzes annimmt.¹⁷⁶⁶ Aus dem Umstand, dass die Vorschrift lediglich eine besondere Beziehung zwischen dem Rechtsgut der Verfehlung und dem Betriebsinhaber herstellt, könnte man schließlich auch noch den Schluss ziehen, es handelt sich – ähnlich wie bei § 357 StGB – um eine Zurechnungsvorschrift;¹⁷⁶⁷ dann wäre die Suche nach einem Schutzgut des § 130 OWiG obsolet.

Sowohl die Zurechnungsfunktion als auch das staatliche Ordnungsinteresse dürften jedoch als Schutzgut des § 130 OWiG unzureichend sein.¹⁷⁶⁸ Hinsichtlich Ersterer ist schon kaum anzunehmen, dass sie überhaupt als Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse tauglich ist, da sie lediglich einen dogmatischen Vorgang beschreibt. Sie zum Schutzgut zu erklären, würde eine Erhebung der Zurechnung zum Selbstzweck beinhalten.¹⁷⁶⁹ Damit würde die systematische Trennung zwischen Zurechnungs- und Geltungsvorschriften einerseits und Bewertungsvorschriften andererseits durchbrochen.¹⁷⁷⁰ Zudem würde es auch der Einordnung der Verfehlung, auf die sich die Pflichtverletzung beziehen muss, als objektive Bedingung der Ahndbarkeit durch die herrschende Ansicht widersprechen,¹⁷⁷¹ weil dann dem Betriebsinhaber ein Unrecht zugerechnet würde, zu dem er in keiner Schuldbeziehung steht. Daher dürfte diese dogmatische Einordnung des § 130 OWiG als reine Zurechnungsvorschrift zweifelhaft sein.

In Bezug auf die betriebliche Ordnung als Schutzgut ist bereits fragwürdig, ob diese überhaupt durch staatliche Sanktionsdrohung – gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Unternehmers – gewährleistet werden darf. Denn soweit es die innerbetriebliche Ordnung betrifft, hat der Staat an dieser nur insofern ein Interesse, als sie erforderlich ist, um Schäden für Rechtsgüter außerhalb des Betriebes – zu denen auch die privaten Rechtsgüter der Unternehmensangehörigen zu rechnen sind – zu schützen. Anders als im Bereich des Wehrstrafrechts, das im Interesse der Funktionsfähigkeit und Schlagkraft der Bundeswehr Aufsichtspflichtverletzungen sogar unter Kriminalstrafandrohung stellt, soweit eine schwerwiegende Folge eintritt (§ 41 WStG), hat der Staat bei Unternehmen kein eigenständiges Interesse daran, dass die betriebliche Ordnung eines Unternehmens erhalten bleibt.¹⁷⁷² Das staatliche Interesse geht regelmäßig vielmehr allein dahin, dass von dem Unternehmen keine betriebsbedingten Gefahren ausgehen. Das ergibt sich letztlich aus dem Wortlaut des § 130 OWiG, der ausdrücklich „erforderlich ...“

1766 So *Gürtler* in: Göhler OWiG § 130 Rn. 3a; *Rebmann/Roth/Förster/Herrmann* OWiG § 130 Rn. 2 m.w.N.; *Niesler* in: *Graf/Jäger/Wittig* § 130 OWiG § 130 Rn. 7; *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 16; ders. ZStW 98 (1986), 573, 587 ff.; so auch vgl. *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 3; ferner *Dannecker* NStZ 1985, 49, 56.

1767 So *Kindler* Unternehmen, S. 125; *Bauer wistra* 1992, 47, 49; 1995, 170, 172; dagegen ausdrücklich *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 14.

1768 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 585.

1769 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 14; ebenso *Bosch* Organisationsverschulden, S. 318 f.

1770 Vgl. zu dieser Differenzierung *Tiedemann* in: FS Baumann, S. 7, 8 ff.

1771 Vgl. hierzu *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 20, 76 ff. m.w.N.

1772 Vgl. auch *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 586.

um ... zu verhindern“ formuliert und damit zeigt, dass es sich um eine erfolgsbezogene Verpflichtung handele,¹⁷⁷³ die *Tiedemann* als „*drittbezogene Schadensverhinderungspflicht*“ bezeichnet.¹⁷⁷⁴ Zudem würde die Anerkennung eines staatlichen Ordnungsinteresses und noch deutlicher dessen Betrachtung als bußgeldrechtlich geschütztes, selbstständiges Rechtsgut eine Aufwertung eines Hilfsmittels zum Selbstzweck bedeuten, der im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip schwerlich zu rechtfertigen wäre, zumal auch die Höhe der möglichen Geldbußen mit bis zu einer Million Euro zur Ahndung einer bloßen Ungehorsamkeit und zur Bekämpfung von „*störenden Eingriffen in die Verwaltungstätigkeit*“ kaum verhältnismäßig wären.¹⁷⁷⁵

§ 130 OWiG dient daher der Sicherung des Interesses, das durch die mit der Zu widerhandlung verletzte Pflicht geschützt werden soll.¹⁷⁷⁶ Dadurch, dass der Betriebs- oder Unternehmensinhaber durch Bußgelddrohung bereits zur ordnungsgemäßen Aufsichtsführung und nicht erst zur Schadensverhinderung, mithin zur Vermeidung von Zu widerhandlungen gegen seine Pflichten durch die Unternehmensangehörigen, angehalten wird, soll also eine Verstärkung des Rechts- güterschutzes durch eine Vorverlagerung der Sanktionsdrohung erreicht werden.¹⁷⁷⁷

3. Rechtsnatur und dogmatische Struktur des § 130 OWiG

Die dogmatische Struktur des § 130 OWiG muss als bislang ungeklärt gelten.¹⁷⁷⁸ In der Literatur wird stets auf gewisse Ähnlichkeiten mit den Vorschriften über den Vollrausch (§ 323a StGB und § 122 OWiG) hingewiesen, da auch diese Ge setze selbstständige Sanktionstatbestände und objektive Bedingungen der Ahndbarkeit enthalten. Jedoch dürfte sich die Ähnlichkeit hierin schon weitgehend erschöpfen, so dass der Vergleich wenig weiter führt, zumal auch diese Vorschriften in ihren dogmatischen Grundlagen höchst umstritten sind.¹⁷⁷⁹

a) Deliktsnatur des § 130 OWiG

§ 130 OWiG ist nach herrschender Ansicht ein echtes Unterlassungsdelikt,¹⁷⁸⁰ bei dem sich (zudem) das tatbestandsmäßige Verhalten, mithin das Handlungsun-

1773 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 15.

1774 *Tiedemann* Gutachten Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, S. C 57.

1775 Vgl. *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 586.

1776 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 16.

1777 Vgl. die entsprechenden Nachweise bei *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 16.

1778 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 13; ferner *Niesler* in: *Graf/Jäger/Wittig* § 130 OWiG Rn. 7.

1779 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 13; vgl. zu § 323a nur *Sternberg-Lieben/Hecker* in: *Schönke/Schröder*, § 323a Rn. 1 f.

1780 *Klesczewski* Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 561; *Gürtler* in: *Göhler* OWiG § 130 Rn. 9.

recht – soweit man im Bußgeldrecht von Unrecht sprechen mag – im Unterlassen der zur Verhinderung von Zuwiderhandlungen notwendigen und zumutbaren¹⁷⁸¹ Aufsichtsführung erschöpft.¹⁷⁸² Daher soll § 130 OWiG nach einer Ansicht in der Literatur ein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellen, bei dem die Begehung der Zuwiderhandlung gegen eine betriebsbezogene Pflicht lediglich eine echte, sanktionsbeschränkende objektive Bedingung der Ahndbarkeit¹⁷⁸³ darstellt.¹⁷⁸⁴ Dieser Sichtweise ist Rogall jedoch entgegengetreten, der § 130 OWiG als konkretes Gefährdungsdelikt ansieht.¹⁷⁸⁵ Die Qualifizierung als Vorschrift über ein abstraktes Gefährdungsdelikt scheitere an der Erfolgsbezogenheit des Tatbestandes einerseits und an der Bezugnahme auf den Sanktionsrahmen und die Sorgfaltsanforderungen für die abzuwendende Zuwiderhandlung andererseits. Ohne den Bezug zur Zuwiderhandlung in der Gebotsnorm lasse sich keine ausreichende Verhaltensumschreibung für den Bußgeldtatbestand gewinnen. Damit führe die Annahme eines abstrakten Gefährdungsdelikts zur Bewertung der Zuwiderhandlung als einem „verkappten sanktionserhöhenden Umstand“. Dieser Ansatz müsse zu „Bedenken verfassungsrechtlicher Art“ führen.¹⁷⁸⁶ Andererseits sei es jedoch ebenso wenig möglich, die Zuwiderhandlung vollständig in den Unrechtstatbestand zu integrieren, weil sich dann Vorsatz bzw. Fahrlässigkeit des Betroffenen auch auf die Zuwiderhandlung in ihrer konkreten Form beziehen müssten und der Tatbestand im Ergebnis gegenstandslos würde.¹⁷⁸⁷

Diesem Dilemma entgehe man mit der Qualifizierung des Tatbestandes in § 130 OWiG als Normierung eines konkreten Gefährdungsdelikts, das der Abwendung oder Beseitigung der konkreten Zuwiderhandlungsgefährden dient, die innerhalb des konkreten betrieblichen Pflichtenkreises des Inhabers auftreten. So wird die konkrete Zuwiderhandlung zum Tatbestandsmerkmal, indem dem Inhaber nicht die abstrakt erforderliche Aufsichtsführung, unabhängig von der konkreten Wirksamkeit, verordnet wird, sondern der bußgeldbewehrte Vorwurf erst dann entsteht, wenn der Inhaber infolge von Vorsatz oder Fahrlässigkeit die konkrete erforderliche Aufsicht nicht geführt hat und dadurch zugelassen hat, dass nahe betriebsspezifische Gefahren entstehen oder fortbestehen.¹⁷⁸⁸ Das hat für den Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsvorwurf zur Folge, dass er sich nicht auf die Begehung der Zuwiderhandlung als solche, sondern nur auf die betriebstypische

1781 Vgl. hierzu Adam wistra 2003, 285, 290.

1782 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 17.

1783 Vgl. hierzu Schünemann wistra 1982, 41, 48 m.w.N.

1784 Vgl. Thiemann Aufsichtspflichtverletzungen, S. 114; Bohnert OWiG § 130 Rn. 2; Adam wistra 2003, 285, 289; ablehnend Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 18 f. m.w.N.

1785 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 19; ders. ZStW 98 (1986), 573, 596 ff.; Gürler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 9; i.e. ebenso Klesczewski Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 561; Otto Jura 1998, 409, 414.

1786 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 18; vgl. auch Schünemann wistra 1982, 41, 49.

1787 So Rogall ZStW 98 (1986), 573, 594 f.

1788 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 19.

Gefahr der Zuwiderhandlung in einem bestimmten Pflichtenkreis beziehen müsse.¹⁷⁸⁹

b) Vereinheitlichende Wirkung und Auffangcharakter des § 130 OWiG

Nach herrschender Auffassung, die sich auf die Begründung des Gesetzesentwurfs¹⁷⁹⁰ beruft,¹⁷⁹¹ handelt es sich bei § 130 OWiG um eine „abschließende und einheitliche“ Regelung der Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn. Im Hinblick auf die Einheitlichkeit ist diese Aussage, insbesondere in Zusammenschau mit dem Adjektiv „abschließend“ leicht missverständlich. Sie soll keineswegs besagen, durch § 130 OWiG würde eine Regelung geschaffen, die alle Verletzungen der Aufsichtspflicht abschließend erfasst und die Ahndung nach anderen (insbesondere strafrechtlichen) Sanktionsvorschriften – also über die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung – ausschließe. Die Charakterisierung als einheitlich und abschließend hat vielmehr historische gesetzestechnische Bedeutung im Sinne von vereinheitlichend und zusammenfassend.¹⁷⁹² Denn vor Schaffung des § 130 OWiG waren die Vorschriften, die die Sanktionierung von Aufsichtspflichtverletzungen normierten, im Wirtschaftsrecht verstreut (vgl. etwa § 58 KWG a.F.). § 130 OWiG hatte insofern jedoch nicht nur vereinheitlichende, sondern auch haftungserweiternde Wirkung, als nun keine ausdrückliche bußgeldrechtliche Sonderregelung mehr erforderlich ist, um die Aufsichtspflichtverletzung zu erfassen, und zudem nunmehr stets schon fahrlässige Aufsichtspflichtverletzungen die Haftung begründen, während zuvor häufig zumindest leichtfertiges Handeln zur Begründung der Verantwortlichkeit erforderlich war.¹⁷⁹³

§ 130 OWiG hat nach herrschender Meinung ferner – ebenso wie § 20 Abs. 2 LPG – Auffangcharakter,¹⁷⁹⁴ die Regelung findet daher keine Anwendung, wenn eine unmittelbare Haftung des Inhabers aus anderen Vorschriften gegeben ist. Die Haftung eines nach § 9 OWiG oder § 14 StGB verantwortlichen Beauftragten steht der Haftung des Inhabers gemäß § 130 OWiG jedoch nicht entgegen.¹⁷⁹⁵ Rogall nimmt an, § 130 OWiG sei weniger Auffangvorschrift, als vielmehr subsidiäre Sanktionsnorm, da § 130 OWiG nur den ohnehin schon durch

1789 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 19 m.w.N.; a.A. Kindler Unternehmen, S. 121 f.

1790 BT-Drs. V/1269, S. 68 zu § 25 OWiG-E.

1791 Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 1; Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 2; Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 1; vgl. auch Demuth/Schneider BB 1970, 642, 646, 649.

1792 Vgl. BT-Drs. V/1269, S. 67 f. zu § 25 OWiG-E.

1793 Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 1; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 646 f.

1794 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10.8.1984 – 5 Ss (OWi) 263/89 – (OWi) 106/89 I, VRS 67, 370, 371; Beschl. v. 25.7.1989 – 5 Ss (OWi) 263/89 – (OWi) 106/89 I, VRS 77, 375; Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 25; Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 28; Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 2; Dannecker NStZ 1985, 49, 56; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 646; a.A. Rogall ZStW 98 (1986), 573, 620; zum Verhältnis zum Presserecht vgl. BGH NStZ 1986, 367.

1795 A.A. Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 2.

die Unterlassungstäterschaft abgedeckten Bereich erfasse, so dass ein normatives Stufenverhältnis zwischen der Ordnungswidrigkeit gemäß § 130 OWiG und der strafbaren Unterlassungstat bestehe. In der Sache ergibt sich durch diese dogmatische Differenzierung jedoch für den hiesigen Zusammenhang keine andere Bewertung.

4. Zum Tatbestand des § 130 OWiG

Aufgrund von Sinn und Zweck des § 130 OWiG als Vorschrift zur Sanktionierung unzureichender Aufsichtspflichterfüllung kommt eine Anwendung des Ordnungswidrigkeitentatbestandes nur soweit in Betracht, wie eine Delegation vorliegt, die eine „*den Inhaber des Unternehmens oder Betriebes*“ treffende Pflicht berührt.¹⁷⁹⁶ Eine solche Delegation setzt Kenntnis und Willen zur Übertragung der Pflichterfüllung voraus.¹⁷⁹⁷ § 130 OWiG bestimmt, dass eine Zu widerhandlung gegen eine Pflicht vorliegen muss, die den Inhaber trifft und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Das darf im Hinblick auf die obigen Ausführungen nicht so verstanden werden, dass der unmittelbar Handelnde den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit oder Straftat erfüllt haben müsste; auch die grundsätzlich tatbestandslose Handlung ist erfasst.¹⁷⁹⁸ Die Zu widerhandlung muss nicht einmal einer bestimmten Person im Unternehmen zugeordnet werden können,¹⁷⁹⁹ maßgeblich ist, dass sie den Tatbestand einer Sanktionsvorschrift erfüllen würde, wäre sie durch den Inhaber selbst begangen worden.

a) Tatbestandsbegründende Sonderpflicht

Der Tatbestand des § 130 OWiG bereitet mit seinen Begrifflichkeiten *Betrieb* und *Unternehmen* zwar gewisse Schwierigkeiten, weil es sich zumindest bei Letzterem um einen keineswegs einheitlich verwendeten und klar definierten Terminus handelt; aber diese Probleme beziehen sich vornehmlich auf die interne Abgrenzung der Begriffe voneinander. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass eine Abgrenzung zwischen Betrieb und Unternehmen nicht erforderlich¹⁸⁰⁰ oder auch nur überzeugend möglich sei.¹⁸⁰¹

Im Allgemeinen wird jedoch zur Bestimmung des Betriebsbegriffs die arbeitsrechtliche Begriffsdefinition angelegt und darunter eine räumlich zusammenge-

1796 Vgl. KG NStZ 1999, 499; OLG Düsseldorf, 1989, 358, 359.

1797 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 5; Nachweise zur Rechtsprechung bei Korte NStZ 1999, 341, 346.

1798 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 5.

1799 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 5.

1800 So etwa Böse in: NK-StGB, § 14 Rn. 38; Schünemann in: Leipziger Kommentar, § 14 Rn. 55.

1801 So Bohnert OWiG § 9 Rn. 19.

fasste Organisationseinheit verstanden;¹⁸⁰² das sei weit zu verstehen¹⁸⁰³ und erfasse nicht nur wirtschaftliche, sondern etwa auch karitative Betriebe.¹⁸⁰⁴ Der Unternehmensbegriff ist deutlich umstrittener: Für §§ 9, 130 OWiG wird zum Teil angenommen, dass das Unternehmen im Vergleich zum Betrieb kaufmännischer ausgerichtet sei, während dieser technisch-organisatorische Bedeutung habe.¹⁸⁰⁵ Andere unterscheiden den Betrieb vom Unternehmen anhand von Größe, rechtlicher Gestaltung und wirtschaftlicher Betätigung. Ein Unternehmen könne aus mehreren Betrieben bestehen, diese sich wiederum aus mehreren Betriebsstätten zusammensetzen.¹⁸⁰⁶ Ob diese Unterscheidung jedoch weiter führt, bleibt ebenso zweifelhaft wie die Notwendigkeit dieser Unterscheidung.¹⁸⁰⁷ Auch die fehlende Differenzierung zwischen Unternehmen und Betrieb in § 130 Abs. 2 OWiG, der das öffentliche Unternehmen den Unternehmen und Betrieben im Sinne von § 130 Abs. 1 OWiG gleichstellt, spricht für eine Entbehrllichkeit der begrifflichen Trennung.¹⁸⁰⁸

Grundsätzlich gilt § 130 OWiG auch für Unternehmen, die als Konzern organisiert sind.¹⁸⁰⁹ Hier stellen sich jedoch vielfältige Fragen, insbesondere im Hinblick auf die Reichweite der Aufsichtspflicht. Zwar ist anerkannt, dass die in einem Konzern zu Entscheidungen berufenen Personen grundsätzlich auch eine Verantwortlichkeit trifft. Jedoch geht *Gürtler*¹⁸¹⁰ davon aus, dass die juristische Selbstständigkeit von Tochterunternehmen – genauer Tochtergesellschaften – dazu führe, dass eine „*originäre Aufsichtspflicht*“ nicht bestehe. Die Pflichten des Inhabers treffen danach die Tochtergesellschaft selbst, mithin die dort gemäß § 9 OWiG und § 14 StGB verantwortlichen Personen.¹⁸¹¹ Gegen eine grundsätzliche Inhaberschaft aller innerhalb der Tochtergesellschaften bestehenden Pflichten durch die Konzernmutter sind Bedenken angemeldet worden, weil eine solche Verantwortlichkeit zu „*unüberschaubaren Zurechnungskaskaden auf rechtlich ungesicherter Basis*“ führen würde. Anerkannt ist jedoch, dass im Einzelfall, etwa aufgrund von Beherrschungsverträgen, Aufsichtspflichten von Entscheidungsträgern bei der Konzernmutter entstehen können.¹⁸¹² Dabei kommt es auf die konkret-tatsächliche Gestaltung der Beteiligung an Entscheidungen an, weniger auf die rechtliche Gestaltung.¹⁸¹³

1802 Vgl. *Thiemann* Aufsichtspflichtverletzungen, S. 143 ff.; *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 6; *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 4.

1803 *Rogall* in: KK-OWiG § 9 Rn. 75 m.w.N.

1804 *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 4.

1805 Vgl. *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 7.

1806 *Rogall* in: KK-OWiG § 9 Rn. 68.

1807 Vgl. *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 6.

1808 Vgl. auch *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 646, 648.

1809 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 27; eingehend hierzu *Muders* Die Haftung im Konzern, S. 40 ff.

1810 *Gürtler* in: *Göhler*, OWiG, § 130 Rn. 5a.

1811 *Gürtler* in: *Göhler*, OWiG, § 130 Rn. 5a.

1812 *Gürtler* in: *Göhler*, OWiG, § 130 Rn. 5a; vgl. *Muders* Die Haftung im Konzern, S. 68 ff.

1813 Vgl. *Gürtler* in: *Göhler*, OWiG, § 130 Rn. 5a.

Schwierigkeiten bereitet bisweilen ferner die Bestimmung des Inhabers eines Unternehmens.¹⁸¹⁴ Seine Ermittlung kann nicht formal vorgenommen werden, sondern muss auf Grundlage von Sinn und Zweck des § 130 OWiG erfolgen, der die Verletzung der Inhaberpflichten verhindern soll. Der Begriff des *Inhabers* muss folglich von den zu erfüllenden betrieblichen Pflichten, nicht von den wirtschaftlichen Verhältnissen ausgehend bestimmt werden. Inhaber in diesem Sinne ist der, dem die konkrete Pflicht persönlich auferlegt ist,¹⁸¹⁵ auch wenn es sich um eine juristische Person oder einen Verband handelt.¹⁸¹⁶ Diese sind mangels Täterqualität zwar keine tauglichen Täter des § 130 OWiG, jedoch kommt § 9 OWiG bzw. § 14 StGB zur Anwendung, so dass vornehmlich die gesetzlichen Vertreter eines Verbandes, aber auch Betriebsleiter (§ 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 OWiG, § 14 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StGB) oder auch besonders Beauftragte (§ 9 Abs. 2 S. 1 OWiG, § 14 Abs. 2 S. 1 StGB) verantwortlich sind.¹⁸¹⁷ Über diese Vorschriften erhält die Regelung des § 130 OWiG damit im Bereich der Verbände erst ihren Anwendungsbereich. Es kann aber auch eine Haftungskumulation eintreten, wenn Inhaber und nach § 9 OWiG und § 14 StGB Verantwortlicher nebeneinander treten.

b) Grundlagen der Aufsichtspflichten

Der Inhaber muss, um den Tatbestand des § 130 OWiG zu verwirklichen, eine betriebsbezogene Aufsichtspflicht verletzen. Das liegt dann vor, wenn er die Aufsichtsmaßnahmen zu ergreifen unterlässt, die zur Verhinderung oder Beendigung betriebsspezifischer Gefahren notwendig sind. § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG setzt dabei die Pflicht zur Führung der Aufsicht voraus und normiert sie nicht selbst.¹⁸¹⁸ Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift konkretisiert diese Aufsichtspflicht dahin gehend, dass zu ihr auch die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl und Überwachung auch solcher Personen gehört, die ihrerseits mit der Überwachung von betrieblichen Vorgängen beauftragt sind.¹⁸¹⁹ Doch geht das Gesetz davon aus, dass diese Pflichten zur Beaufsichtigung Grenzen haben und nicht ein undurchdringliches, lückenloses Aufsichtsnetz gespannt werden muss.¹⁸²⁰ Das ergibt sich daraus, dass das Gesetz von der „gehörigen“ Aufsicht spricht, die Maßnahmen zur Auswahl und

¹⁸¹⁴ Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 25; vgl. auch Thiemann Aufsichtspflichtverletzungen, S. 138.

¹⁸¹⁵ Vgl. Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 5.

¹⁸¹⁶ Vgl. hierzu BGH, Beschl. v. 1.10.1985 – KRB 5/85, wistra 1986, 72.

¹⁸¹⁷ Vgl. Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 6 ff.

¹⁸¹⁸ Vgl. BT-Drs. V/1269, S. 69 zu § 25 OWiG-E; a.a. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 39, der davon ausgeht, die Vorschrift bestimme, dass die Pflicht zur Aufsichtsführung besteht.

¹⁸¹⁹ Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 11; Töbens NStZ 1999, 1, 4.

¹⁸²⁰ Vgl. BT-Drs. V/1269, S. 68 zu § 25 OWiG-E; vgl. auch OLG Koblenz, Beschl. v. 7.2.1973 – 1 Ws (a) 65/73, MDR 1973, 606; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.1998 – 2 Ss (OWi) 385/98 – (OWi) 112/98 III, NStZ-RR 1999, 151, 152; Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 12; vgl. auch Rogall ZStW 98 (1986), 573, 597 f., 603.

Überwachung mithin der jeweiligen Situation, insbesondere den bestehenden Gefahren betriebsbezogener Zu widerhandlungen angepasst sein müssen.¹⁸²¹

Beschränkungen findet die Aufsichtspflicht damit nicht nur in den Grenzen des tatsächlich Möglichen, sondern auch des normativ Zumutbaren.¹⁸²² Daher darf nicht jede tatsächlich mögliche und rechtlich zulässige Maßnahme auch durch Sanktionsdrohung erzwungen werden.¹⁸²³ Der Inhaber darf sich im Hinblick auf das Prinzip des erlaubten Risikos und den Vertrauensgrundsatz grundsätzlich darauf verlassen, dass seine Mitarbeiter ihren Pflichten ordnungsgemäß nachkommen,¹⁸²⁴ soweit nicht spezifische Gründe für die Vermeidung auch geringer Fehlerwahrscheinlichkeiten – etwa bei großem drohenden Schadensausmaß im Zu widerhandlungsfall¹⁸²⁵ – oder Anhaltspunkte für angebrachtes Misstrauen bestehen.¹⁸²⁶ Die abverlangten Maßnahmen zur Aufsichtsführung müssen in der Gesamtbetrachtung verhältnismäßig sein. Der zu betreibende Aufwand muss in einem angemessenen Verhältnis zu der zu verhindernden Gefahr stehen. Das kann bedeuten, dass bestimmte Aufsichtsmaßnahmen aus Kostengründen nicht ergriffen werden müssen.¹⁸²⁷ Bei erheblichen Gefahren für Rechtsgüter Dritter im Falle der Zu widerhandlung gegen die Pflicht kann auch unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verlangt werden, dass kostspielige Maßnahmen ergriffen oder besagte Gefahren auf andere Weise, notfalls auch durch Unterlassen der Gefahrschaffung vermieden werden. Im Extremfall kann die Aufgabe des wirtschaftlichen Betriebes verlangt werden.

Für die Ausgestaltung der Aufsichtsmaßnahmen sollen „in erster Linie Art, Größe und Organisation des Betriebs, die unterschiedlichen Überwachungsmöglichkeiten, aber auch Vielfalt und Bedeutung der zu beachtenden Vorschriften und die Anfälligkeit des Betriebs für Verstöße“ maßgeblich sein, „wobei insbesondere Fehler eine Rolle spielen können, die bereits in der Vergangenheit gemacht worden sind“.¹⁸²⁸ Die Sorgfalt, mit der die Aufsicht geführt wird, muss nach dem Verhalten eines sorgfältigen Angehörigen des entsprechenden Verkehrskreises ausgerichtet werden. Die Rechtsprechung – die ausschließlich über-

1821 Niesler in: Graf/Jäger/Wittig § 130 OWiG Rn. 30; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 40 m.w.N.

1822 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.1998 – 2 Ss (Owi) 385/98 – (Owi) 112/98 III, wistra 1999, 115, 116; Gürler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 12; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 40.

1823 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 40.

1824 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 598; vgl. hierzu Otto in: FS F.-C. Schroeder, S. 339, 347 m.w.N.

1825 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 68 m.w.N.; vgl. zu der entsprechenden Problematik im Lebensmittelstrafrecht Dannecker in: LFGB, Vorbemerkungen §§ 58 ff. Rn. 243 ff.; ders./Bülte in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 101 ff.

1826 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 42; kritisch zu einer solchen Einschränkung des Vertrauenschutzes bei Vorsatztaten anderer Bindokat JZ 1982, 421, 424, die Versagung des Schutzes als verbotenen Regress ansieht.

1827 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 53 ff. m.w.N. und Beispielen.

1828 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 25.6.1998 – 1 Ss 100/98, NStZ-RR 1998, 311 f.; vgl. auch OLG Koblenz, Beschl. v. 3.3.1989 – 1 Ss 38/89, ZLR 1989, 711, 713; Gürler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 10; Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 9; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648.

prüft, ob die konkrete Aufsichtsführung diesen Anforderungen entsprach – hat in diesem Zusammenhang besonderen Wert darauf gelegt, dass der Inhaber bei der Delegation dafür Sorge trägt, die Aufgaben lückenlos zu verteilen,¹⁸²⁹ die jeweiligen Zuständigkeitsbereiche derjenigen, die Pflichten für den Inhaber erfüllen, klar und eindeutig festzulegen und Überschneidungen von Kompetenzbereichen zu vermeiden.¹⁸³⁰

c) Konkretisierung der Aufsichtspflichten

Die in § 130 OWiG vorausgesetzte Aufsichtspflicht gliedert sich nach herrschender Auffassung in mehrere Stufen, die zeitlich parallel oder auch nachgelagert bestehen können. Die Pflicht des Inhabers beginnt mit der sorgfältigen Auswahl der Personen, die für ihn Pflichten erfüllen und ihrerseits Aufsichtsaufgaben wahrnehmen.¹⁸³¹ Die dabei zu beachtende Sorgfalt richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach den bei einer sachwidrigen Aufgabenbehandlung drohenden Gefahren.¹⁸³² Die Aufsicht soll sicherstellen, dass im betreffenden Betrieb alle relevanten Ge- und Verbote eingehalten werden. Sie muss daher so ausgeübt werden, dass dieses Ziel „aller Voraussicht nach“ erreicht wird.¹⁸³³ Zudem ist der Unternehmensinhaber zu einer sachgerechten und risikoadäquaten Organisation¹⁸³⁴ seines Unternehmens oder Betriebes verpflichtet, die es ihm und seinen Mitarbeitern ermöglicht, Gefahren zu vermeiden, rechtzeitig zu erkennen und zu beseitigen.¹⁸³⁵ Aus dieser Pflicht kann sich die Notwendigkeit ergeben, eine Revisions- oder Compliance-Abteilung einzurichten, der die notwendigen Kompetenzen und Mittel, sachlicher und personeller Natur so eindeutig zuzuweisen sind, dass eine effektive Kontrolle – nicht aber zwingend die Verhinderung jeder (auch vorsätzlichen) Zu widerhandlung – möglich ist.¹⁸³⁶ Auch eine solche Abteilung ist grundsätzlich wiederum zu beaufsichtigen; dies kann etwa durch die regelmäßige Abfrage von Tätigkeitsberichten geschehen.

Der Betriebsinhaber hat zudem seine Mitarbeiter stetig insoweit zu schulen oder schulen zu lassen, wie es notwendig ist, damit diese den ihnen zur Erfüllung

1829 Vgl. KG Berlin, Beschl. v. 10.1.1997 – 2 Ss 221/96 – 5 Ws (B) 446/96, 2 Ss 221/96, 5 Ws (B) 446/96, zitiert nach Juris; ferner Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648 f.

1830 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.11.1998 – 2 Ss OWi 385–98 – (OWi) 112–98 III, NStZ-RR 1999, 151, 152; vgl. auch Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 14.

1831 Vgl. Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 11; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 42, 54; Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 13; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648.

1832 Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 11.

1833 Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 11, 13.

1834 Vgl. Hellmann/Beckemper Wirtschaftsstrafrecht, Rn. 963; Wittig WiStrR § 6 Rn. 140; Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 14.

1835 Vgl. im Einzelnen Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 55; vgl. ferner Gürtler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 11.

1836 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 56 ff.

übertragenen Pflichten nachkommen können,¹⁸³⁷ und dies im Verhältnis zu den zu vermeidenden Gefahren angemessen erscheint. Die Schulungsdichte und -intensität hat sich am Risikopotenzial und der Fehleranfälligkeit auszurichten.¹⁸³⁸ Das gilt auch für die Vermittlung der aktuellen Rechtskenntnisse, die der Mitarbeiter benötigt, um die Pflicht des Inhabers zu erfüllen.¹⁸³⁹ Spezifisch Beauftragte sind technisch aufzuklären und zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben personell, zeitlich¹⁸⁴⁰ und sachlich hinreichend auszustatten. Ist die Überforderung eines mit der Wahrnehmung von Betriebspflichten Beauftragten erkennbar, so greift die Pflicht des Inhabers zur Erfüllung der an den Betrieb bzw. das Unternehmen gestellten Anforderungen ein, derer er sich auch nicht durch Verzicht oder Delegation entledigen kann; er hat die Erfüllung der Pflicht sicherzustellen.¹⁸⁴¹ Dem Ansatz von *Hermanns/Kleier*,¹⁸⁴² der Verzicht auf das Direktionsrecht könne je nach interner Unternehmens- bzw. Betriebsstruktur die Haftungsentlassung zur Folge haben, kann weder aus dogmatischen, systematischen noch aus kriminalpolitischen Gründen gefolgt werden.¹⁸⁴³

Für die sachlichen Betriebsmittel trifft den Inhaber insbesondere die Pflicht, dafür zu sorgen, dass diese den rechtlichen Vorgaben entsprechen.¹⁸⁴⁴ Nachgelagert kann eine Pflicht zum sogenannten Monitoring, also zu einer auch anlassunabhängigen, stichprobenartigen Kontrolle der Pflichterfüllung,¹⁸⁴⁵ mithin einer Aufsicht im engeren Sinne, sowie zum Vorgehen gegen Pflichtverstöße, gegebenenfalls auch durch interne Sanktionen – im Rahmen des rechtlich Zulässigen – bestehen.¹⁸⁴⁶ Dabei kann die Intensität der erforderlichen Kontrollen und Aufsichtsmaßnahmen von Faktoren wie Bedeutung, rechtlicher Schwierigkeit oder stetigem Wandel der einzuhaltenden Vorschriften, besonderen Vorkommnissen in der Vergangenheit oder auch behördlichen Ermahnungen abhängen, so dass gesteigerte Aufsichtspflichten entstehen können.¹⁸⁴⁷ Diese Pflichten stehen in einem Interdependenzverhältnis zueinander; sie wirken aufeinander ein und hängen voneinander ab.¹⁸⁴⁸ Soweit der Inhaber nicht die technischen oder rechtlichen

1837 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 59 ff. m.w.N.

1838 *Gürtler* in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 12; vgl. auch OLG Koblenz, Beschl. v. 3.3.1989 – 1 Ss 38/89, ZLR 1989, 711, 713.

1839 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 60; *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 14.

1840 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 43; *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 648.

1841 Vgl. *Gürtler* in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 14, 15b; *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 603.

1842 *Hermanns/Kleier* Grenzen der Aufsichtspflicht, S. 57 ff.

1843 Zutreffend *Gürtler* in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 15b.

1844 *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 14.

1845 Vgl. BGH, Urt. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72, BGHSt 25, 158, 163; OLG Köln wistra 1994, 315; *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrechts AT, Rn. 248; *Gürtler* in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 12; *Lemkel/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 12; *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 43, 62 ff. m.w.N.; *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 14; im Einzelnen zur Stichprobenkontrolle *Dannecker* in: LFGB, Vorbemerkungen §§ 58 ff. Rn. 249 ff.; *ders./Bülte* in: Achenbach/Ransiek, Teil 2 Kap. 2 Rn. 114 ff.

1846 *Gürtler* in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 11; *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 65 f.

1847 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 68 f.; vgl. ferner *Gürtler* in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 13.

1848 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 42 m.w.N.; *ders.* *Rogall* ZStW 98 (1986), 598.

Kenntnisse besitzt, um die Aufsicht selbst führen zu können, muss er zu diesem Zwecke sorgfältig ausgewählte und im Rahmen seiner Möglichkeiten überwachte Beauftragte bestellen.¹⁸⁴⁹

Um besonderen Risiken zu begegnen, kann es zudem erforderlich sein, mit der Kontrolle bestimmter interner Vorgänge oder Personen spezifische Aufsichtspersonen zu beauftragen. Jedoch sollte der Hinweis auf solche Beauftragten des Inhabers in § 130 OWiG nicht dahin gehend verstanden werden, dass in jedem Fall zwingend solche Personen zu beauftragen sind.¹⁸⁵⁰ Es gilt der sogenannte „*Vorbehalt der Erforderlichkeit*“:¹⁸⁵¹ Der Aufsichtspflichtige muss nur die zur Verhinderung konkreter Zu widerhandlungsgefahren¹⁸⁵² notwendigen Maßnahmen ergreifen und darf sich innerhalb der gegebenen Aufsichtsmöglichkeiten für diejenige Vorkehrung entscheiden, die ihn am wenigsten belastet.¹⁸⁵³ Daher kann eine bestimmte Betriebsorganisation wohl nur in Ausnahmefällen vorgeschrieben werden.¹⁸⁵⁴ In keinem Fall findet allerdings eine vollständige Entlassung des Betriebs- oder Unternehmensinhabers aus seinen spezifischen Pflichten statt, so dass die Delegation niemals umfänglich die Verantwortung beseitigt.¹⁸⁵⁵ Auch wenn der Inhaber Aufsichtspersonen bestellt, muss er weiterhin im Rahmen seiner Möglichkeiten und des Zumutbaren die Aufsicht über diese führen.¹⁸⁵⁶ Der Inhaber behält also trotz der Delegation weiterhin seine Pflicht zur Aufsicht, nur verändert sich die Art und Weise, wie er diese Pflicht zu erfüllen hat;¹⁸⁵⁷ er bleibt nach § 9 OWiG oder § 14 StGB neben dem Verantwortlichen grundsätzlich weiterhin selbst verantwortlich.¹⁸⁵⁸

Auch wenn die Aufsichtspflichten in § 130 OWiG nicht exakt beschrieben sind, ist das verfassungsrechtlich unbedenklich, weil es sich um eine Bußgeldvorschrift handelt, zumal eine genauere Beschreibung der vorzusehenden Sicherungsmaßnahmen aufgrund der Vielzahl der denkbaren Fallgestaltungen nicht möglich ist. Jedoch hat *Rogall* angemahnt, dass es vonseiten des Gesetzgebers angebracht sei, die Formulierung des Tatbestandes durch die Nennung von Leistungs- und Organisationspflichten als Beispiele für Aufsichtspflichten zu schärfen und so der Sanktionsvorschrift weitergehende Präzision zu verleihen.¹⁸⁵⁹ Der eine Ordnungswidrigkeit rechtfertigende Vorwurf der Aufsichtspflichtverletzung müs-

1849 Vgl. BayObLG wistra 2001, 478; *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 12.

1850 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 40.

1851 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 40.

1852 Vgl. *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 603.

1853 Hierzu *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 50.

1854 Vgl. KG VRS 70, 29, 31; vgl. auch *Gürtler* in: *Göhler*, OWiG, § 130 Rn. 10.

1855 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 40.

1856 Vgl. BayObLG wistra 2001, 478; *Gürtler* in: *Göhler*, OWiG, § 130 Rn. 10, 12; ferner für das Lebensmittelstrafrecht *Dannecker/Bülte* in: *Achenbach/Ransiek*, Teil 2 Kap. 2 Rn. 126.

1857 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 13.6.1996 – 2 Ss OWi 667/96, NStZ-RR 1997, 21.

1858 Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 16.7.2003 – 4 Ss 373/03 OWi, wistra 2003, 469.

1859 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 603.

se so konkretisiert werden können, dass insbesondere festgestellt werden kann, welche Maßnahmen in der konkreten Situation notwendig, aber auch ausreichend gewesen wären, um die Zu widerhandlung zu verhindern oder wesentlich zu erschweren. Da dies jedoch eine Feststellung der konkreten Betriebs- oder Unternehmensabläufe im Einzelfall notwendig macht, sind abstrakte Festlegungen weder möglich noch sinnvoll.¹⁸⁶⁰ Das Gericht muss dem Inhaber aber im konkreten Fall vorhalten können, welche Maßnahmen geeignet und zumutbar gewesen wären und in welcher Weise die Maßnahmen zur einer Verhinderung oder wesentlichen Erschwerung geführt hätten.¹⁸⁶¹

d) Vorsatz und Fahrlässigkeit

Eine tatbestandliche Aufsichtspflichtverletzung erfordert, dass der Inhaber des Betriebs oder Unternehmens seine Pflicht fahrlässig oder vorsätzlich verletzt hat.¹⁸⁶² Dabei muss sich dieses vorwerfbare Verhalten nur auf die Aufsichtspflicht selbst beziehen,¹⁸⁶³ so dass eine strikte Trennung des Schuldzusammenhangs zwischen der im Betrieb begangenen Zu widerhandlung und der Verletzung der Aufsichtspflicht vorzunehmen ist.¹⁸⁶⁴ Der Täter muss lediglich die konkrete Zu widerhandlungsgefahr erkannt und billigend in Kauf genommen (Vorsatz) oder fahrlässig verkannt haben.¹⁸⁶⁵ Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei der Zu widerhandlung gegen die den Inhaber treffende Pflicht um eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit handelt.¹⁸⁶⁶ Ob der Betriebsinhaber vorhergesehen hat oder auch nur voraussehen konnte, dass seine Unachtsamkeit zu einer bestimmten Zu widerhandlung gegen die einem Beauftragten zur Erfüllung übertragenen Pflichten führen konnte, ist nicht irrelevant.¹⁸⁶⁷ Das leiten Demuth/Schneider¹⁸⁶⁸ aus der Formulierung der Vorschrift – damals § 33 OWiG – ab, in der der Bedingungssatz vom Tatbestand der Aufsichtspflichtverletzung getrennt sei. Die Zu widerhandlung hat allerdings aufgrund der Limitierung der Sanktion durch den mit ihr zumindest zum Teil verwirklichten Tatbestand „*indizielle Wirkung für das Ausmaß der durch die Aufsichtspflichtverletzung nicht abgewendeten*“ betriebs-

1860 Vgl. Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648.

1861 Vgl. im Einzelnen Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 44 ff.; vgl. auch Bülte in: Hübschmann/Hepp/Spitaler § 378 AO Rn. 85 ff.

1862 Gürler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 16a.

1863 OLG Koblenz, Beschl. v. 3.3.1989 – 1 Ss 38/89, ZLR 1989, 711, 713.

1864 Vgl. Rogall ZStW 98 (1986), 573, 583.

1865 Vgl. Gürler in: Göhler, OWiG, § 130 Rn. 16a; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 119.

1866 Vgl. BGH, Beschl. v. 10.9.2003 – 2 ARs 258/03 – 2 AR 164/03, NStZ 2004, 699, 700; OLG Koblenz, Beschl. v. 3.3.1989 – 1 Ss 38/89, ZLR 1989, 711, 713; Gürler in: Göhler, OWiG § 130 Rn. 17; Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 5a; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 20, 77; Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 20; Dannecker NStZ 1985, 49, 56; Rogall ZStW 98 (1986), 573, 583, 588 ff.

1867 Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 10; Töbens NStZ 1999, 1, 4.

1868 Demuth/Schneider BB 1970, 642, 649.

typischen Pflichtverletzung.¹⁸⁶⁹ Denn die Buße für die Verletzung der Aufsichtspflicht orientiert sich an der Sanktion für den durch die Zuwiderhandlung erfüllten Tatbestand. Ob die unmittelbare Zuwiderhandlung gegen die Pflicht nur bei vorsätzlicher Begehung sanktioniert werden kann, ist irrelevant.¹⁸⁷⁰

e) Zuwiderhandlung gegen Inhaberpflichten

Die Zuwiderhandlung ist nach Rogall ein „*virtueller Begriff*“, der sich sowohl von der rechtswidrigen Tat nach dem Strafgesetzbuch (§ 11 Abs. 1 Nr. 5) als auch von der mit Geldbuße bedrohten Handlung des Ordnungswidrigkeitengesetzes (§ 1 Abs. 2) unterscheidet,¹⁸⁷¹ da er ausschließlich auf den äußeren Geschehensablauf abstellt, auf die Nichterfüllung einer betriebsspezifischen Pflicht.¹⁸⁷² Daher kommt es nicht darauf an, dass der Zuwiderhandelnde selbst sanktioniert werden kann, dies dürfte sogar oft schon deswegen nicht der Fall sein, weil er eine fremde, dem Inhaber obliegende Pflicht wahrnimmt und damit nicht Normadressat ist. Vielmehr wird die Eigenschaft des Handelnden als Normadressat fingiert, um die Grundlage für die Haftung des Inhabers zu schaffen.¹⁸⁷³

(1) Dogmatischer Charakter der Zuwiderhandlung

In diesem Zusammenhang hat Schünemann¹⁸⁷⁴ die Frage aufgeworfen und verneint, ob eine Zuwiderhandlung auch durch das Handeln mehrerer Personen gebildet werden kann, Handlungen also zu einer Zuwiderhandlung addiert werden können.¹⁸⁷⁵ Er begründet die Ablehnung einer additiven Zuwiderhandlung mit der Formulierung des Gesetzes („*eine solche Zuwiderhandlung*“), die es nahelege, dass der objektive Tatbestand der entsprechenden Sanktionsnorm durch einen Täter erfüllt werden müsse. Diese Prämisse ist jedoch nicht zwingend. Stellt man nämlich die Frage, ob mehrere Handlungen eine Zuwiderhandlung ergeben können, dann würde das von Schünemann zugrunde gelegte Verständnis des Wortlauts, das Zuwiderhandlung als rein tatsächliche Handlung entgegen einer Pflicht begreift, die Antwort vorwegnehmen. Da die weitere Argumentation Schünemanns, der in der „*additiven Zuwiderhandlung*“ eine Verletzung des strafrechtlichen Gesetzmäßigkeitsprinzips ausmacht, auf dieser Gleichsetzung von

1869 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 77.

1870 Demuth/Schneider BB 1970, 642, 649.

1871 Ebenso Kleszczewski Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 564.

1872 Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 21.

1873 So Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647; ihnen folgend die h.M. Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 21; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 79; vgl. ders. ZStW 98 (1986), 573, 604; krit. Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 116.

1874 Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 115 ff.; ihm folgend Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 21.

1875 Mit Zweifeln auch Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 110.

Zuwiderhandlung und natürlicher Handlung beruht, überzeugt seine Argumentation nur dann, wenn man den Wortbestandteil Handlung in der Zuwiderhandlung streng ontologisch begreift.

Rogall hat trotz Zweifeln an einer „*Addition von Handlungen zu einer Zuwiderhandlung*“ die kriminalpolitische Notwendigkeit für die Additionslösung aufgezeigt: Nicht selten beruhe die Unmöglichkeit, die Person festzustellen, die für die Erfüllung einer Pflicht zuständig gewesen ist, auf feststellbaren Organisations- und Überwachungsmängeln.¹⁸⁷⁶ Unter diesen Bedingungen wäre es kaum nachvollziehbar, diese Aufsichtspflichtverletzungen ungeahndet zu lassen, wenn der Wortlaut der Sanktionsvorschrift die Erfassung der Pflichtverletzung hergibt. Zudem erscheint es wenig einsichtig, auf die Feststellung der Person des Zuwiderhandelnden zu verzichten, aber dennoch zu verlangen, dass es zwingend eine einzige Person gewesen sein muss, die die Zuwiderhandlung begangen hat.

Probleme bereitet die nähere Bestimmung der Zuwiderhandlung jedoch, weil die herrschende Ansicht zwar keine Vorwerfbarkeit der Zuwiderhandlung fordert,¹⁸⁷⁷ aber rechtswidriges Handeln verlangt. Schünemann¹⁸⁷⁸ hat in diesem Zusammenhang kritisiert, die von der herrschenden Ansicht geforderte Rechtswidrigkeit sei nicht denkbar, weil der Zuwiderhandelnde mangels Sonderpflicht nicht tatbestandsmäßig, mithin nicht rechtswidrig handeln könne.¹⁸⁷⁹ Dieses Problem könnte man zwar notdürftig mit einer Fiktion der Pflichtigkeit umgehen, was jedoch teleologisch nicht mehr hinnehmbar sei, weil dann nicht nur die Eigenschaft als Normadressat vom Inhaber auf den Zuwiderhandelnden übertragen werden müsste, sondern auch die Rechtswidrigkeit. § 130 OWiG sei insbesondere wegen dieser Problematik „*überhaupt eine dogmatische Missgeburt*“.¹⁸⁸⁰ Diese Kritik greift jedoch zu kurz, es sei denn, man geht von einem isolierten ordnungswidrigkeitsrechtlichen bzw. strafrechtlichen Rechtswidrigkeitsbegriff aus, verlangt also Strafrechts- oder Bußgeldrechtswidrigkeit der Zuwiderhandlung, denn eine Handlung kann rechtswidrig sein – etwa gegen die Zivilrechtsordnung oder verwaltungsrechtliche Vorschriften verstößen –, ohne einen Sanktionsstatbestand zu erfüllen.¹⁸⁸¹

Streitig ist weiterhin, inwiefern der Zuwiderhandelnde auch fahrlässig oder, soweit es der Tatbestand der Sanktionsnorm voraussetzt, vorsätzlich gehandelt haben muss. Hier wird zum Teil davon ausgegangen, dass vorsätzliches Handeln erforderlich ist, soweit die Zuwiderhandlung Pflichten betrifft, die ihrerseits

¹⁸⁷⁶ Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 110.

¹⁸⁷⁷ Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 21; vgl. Rogall ZStW 98 (1986), 573, 604.

¹⁸⁷⁸ Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 116 Fn. 180.

¹⁸⁷⁹ Vgl. auch Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647.

¹⁸⁸⁰ Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 116 Fn. 180.

¹⁸⁸¹ Vgl. hierzu Wedler in: FS Kirchhof, § 126 Rn. 1ff.

(nur) durch Vorsatzdelikte strafbewehrt sind.¹⁸⁸² Die Begründung dafür, § 11 Abs. 1 OWiG bestimme, dass der Vorsatz zum Tatbestand gehöre, daher könne dem Verbot vorsätzlichen Verhaltens nicht fahrlässig zuwidergehandelt werden,¹⁸⁸³ ist insofern zweifelhaft, als § 130 Abs. 1 OWiG nicht die Erfüllung des *Tatbestandes* einer Sanktionsnorm, sondern nur die mit Strafe oder Geldbuße bedrohte Verletzung einer Pflicht verlangt. Der Wortlaut des § 130 OWiG könnte also auch so verstanden werden, dass die Nichterfüllung der Pflicht schon dann eine hinreichende Zu widerhandlung darstellt, wenn die Verletzung der Pflicht überhaupt mit der Sanktion einer Strafe oder Geldbuße bedroht ist. Denn § 130 OWiG fordert keine strafbewehrte Pflichtverletzung, sondern verlangt nur, dass einer Pflicht zuwidergehandelt worden sein muss, deren Verletzung strafbewehrt ist. Dies würde zu dem Ergebnis führen, dass jede – auch nicht einmal fahrlässige – Nichterfüllung als Verletzung der Inhaberpflicht angesehen werden könnte, so dass auch die nicht pflichtwidrige Nichterfüllung als Zu widerhandlung im Sinne von § 130 OWiG ausreichen würde, soweit die Verletzung der Pflicht überhaupt in irgendeiner Weise strafbewehrt ist.¹⁸⁸⁴

Jedoch wird man hier differenzieren müssen: Die Annahme, auch ein objektiv nicht fahrlässiges Verhalten könne eine Pflichtverletzung darstellen, dürfte in sich widersprüchlich sein. Die Verletzung einer Pflicht beinhaltet bereits begrifflich im Sinne eines analytischen Urteils, dass der Handelnde pflichtwidrig, mithin zumindest objektiv, also unrechtsbezogen fahrlässig¹⁸⁸⁵ handelt, setzt doch das fahrlässige Handeln in objektiver Hinsicht nur sorgfaltswidriges, mithin pflichtwidriges Verhalten voraus. Zudem erfasst das Wort *Pflichtverletzung* schon begrifflich nur ein objektiv rechtswidriges Verhalten, so dass mit Rücksicht auf den Wortlaut die rechtswidrige Nichterfüllung der Pflicht verlangt werden muss. Daher setzt § 130 OWiG voraus, dass es sich bei der Zu widerhandlung um eine objektiv fahrlässige und rechtswidrige Nichterfüllung der Pflicht handelt.

Einige Stimmen in der Literatur belassen es bei dieser Anforderung und nehmen an, dass die objektiv fahrlässige, nicht aber zwingend vorwerfbare Nichterfüllung¹⁸⁸⁶ auch in jenen Fällen ausreichend sei, in denen der Tatbestand der Vorschrift, die die Zu widerhandlung mit Sanktion bedroht, nur vorsätzlich erfüllt

1882 Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 117; die von ihm zitierten Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647 verlangen nur „tatvorsätzliches Handeln“, also keinen Vorsatz im technischen Sinne.

1883 Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 117 Fn. 181.

1884 Vgl. auch bereits Schuler NJW 1958, 569 zu §§ 38 ff. GWB.

1885 Die herrschende Lehre erkennt eine Aufspaltung des Fahrlässigkeitstatbestandes in einen unrechtsbezogenen, objektiven und einen schuldbezogenen subjektiven Bestandteil an: Kühl AT, § 17 Rn. 14 ff., 22 ff.; Jescheck/Weigend AT, § 54 I Nr. 3, S. 564 f.; Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 657 f.; 664, 667 ff.; Sternberg-Lieben/Schuster in: Schönke/Schröder, § 15 Rn. 118; Hirsch in: FS Lampe, S. 515, 525; a.A. Freund AT, § 5 Rn. 22 f.; Gropp AT, § 12 Rn. 80 ff.; Jakobs AT, 9/13; Otto AT, § 10 Rn. 13 ff.; Duttke in: Gesamtes Strafrecht, § 15 StGB Rn. 28.

1886 Vgl. Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647.

werden kann.¹⁸⁸⁷ Diese Konzeption führt jedoch zu einem Wertungswiderspruch:¹⁸⁸⁸ Durch diese geringen Anforderungen an die Zuwiderhandlung einerseits und an die Aufsichtspflicht, die auch fahrlässig begangen den Tatbestand des § 130 OWiG erfüllen kann, andererseits entstünden im Ergebnis neue Straf- und Bußgeldtatbestände. Dadurch würde nämlich nun das fahrlässige Geschehenlassen einer fahrlässigen Erfüllung eines Vorsatztatbestandes sanktioniert. Der Inhaber des Betriebs oder Unternehmens kann über die Aufsichtspflichtverletzung also mittelbar eine Ordnungswidrigkeit begehen, die er durch unmittelbares Handeln nicht begehen könnte. Damit würde der Anwendungsbereich der Vorschrift über den vom Gesetzgeber ausdrücklich formulierten Sinn und Zweck der Troika aus §§ 9, 30, 130 OWiG – der Schließung von durch Delegation gerissenen Sanktionslücken – weit hinausgehen. So würden mittelbar neue Sanktionsstatbestände geschaffen und nicht existente Sanktionslücken „geschlossen“.

Um einer solchen Sanktionsausweitung durch vermeintliche Lückenschließung entgegenzuwirken, wird die sanktionsbegründende Zuwiderhandlung nur angenommen, wenn der unmittelbar Handelnde als qualifikationslos doloser Tatmittler gehandelt hat.¹⁸⁸⁹ Damit ist eine Zuwiderhandlung gegen eine Sanktionsvorschrift, deren Tatbestand nur vorsätzlich erfüllt werden kann, nur dann gegeben, wenn derjenige, der zur Erfüllung der Pflicht handelt, die Pflichtverletzung vorsätzlich begeht.¹⁸⁹⁰ Fordert die Sanktionierung der Verletzung einer Inhaberpflicht eine besondere Vorsatzform, so muss auch diese erfüllt sein.¹⁸⁹¹ Von der herrschenden Ansicht wird in diesem Zusammenhang jedoch zumindest das Vorliegen eines „natürlichen Vorsatzes“ verlangt.¹⁸⁹² Das erscheint insofern konsequent, als es sich bei der Zuwiderhandlung nicht um ein Tatbestandsmerkmal handelt. Daher kann auf das Erfordernis des Vorsatzes im technischen Sinne verzichtet werden, wenn dies dogmatisch nicht stimmig erschiene. Aber der Zuwiderhandelnde muss die Tatsachen kennen, die für die Annahme der Zuwiderhandlung relevant sind, damit von einer rechtswidrigen Verletzung der Pflicht ausgegangen werden kann.

¹⁸⁸⁷ So Rebmann/Roth/Förster/Herrmann OWiG § 130 Rn. 11 m.w.N.

¹⁸⁸⁸ Vgl. BayObLG, Beschl. v. 1.9.2003 – 3 ObOWi 61/03, 3 ObOWi 61/2003, BayVBl 2004, 123; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 79 m.w.N.

¹⁸⁸⁹ Klesczewski Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 564; vgl. auch Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 79.

¹⁸⁹⁰ Klesczewski Ordnungswidrigkeitenrecht, Rn. 564.

¹⁸⁹¹ BayObLG BayVBl 2004, 123; dem folgend Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 10; vgl. auch Hartung/Weihnacht ZfZ 1985, 7.

¹⁸⁹² BayObLG, Beschl. v. 17.8.1998 – 3 ObOWi 83–98, NStZ-RR 1999, 248, 250, Gürtler in: Göhler OWiG § 130 Rn. 21; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 79; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647.

(2) Person des Zuwiderhandelnden

Umstritten ist ferner, in welcher Beziehung der Zuwiderhandelnde und der Inhaber, den die Pflicht trifft, stehen müssen. Dies gilt insbesondere für die Frage, ob die Person, die der Pflicht des Inhabers zuwiderhandelt, Betriebs- oder Unternehmensangehöriger sein muss.¹⁸⁹³ Dies wurde in der Begründung zum Gesetzesentwurf von 1967¹⁸⁹⁴ und wird in der Literatur verneint.¹⁸⁹⁵ Rogall schränkt jedoch den Kreis der tauglichen Zuwiderhandelnden auf „Betriebsangehörige“ ein.¹⁸⁹⁶ Mit Blick auf Sinn und Zweck der Vorschrift erscheint es wenig sinnvoll, die Ahndbarkeit von der (zivilrechtlichen) Stellung des Zuwiderhandelnden als Arbeitnehmer oder der Unternehmensangehörigkeit abhängig zu machen. Das hätte zur Folge, dass jede aus dem Unternehmen ausgelagerte und durch selbstständige Unternehmer übernommene Nichterfüllung von Inhaberpflichten aus dem Anwendungsbereich des § 130 OWiG herausfiele. So würden erhebliche Umgehungs möglichkeiten geschaffen; eine solche Auslegung wäre kriminalpolitisch kontraproduktiv. Zwar könnte man die Formulierung „*in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern*“ so verstehen, dass ausschließlich solche Handlungen Bedingung der Ahndbarkeit sein können, die von Betriebs- oder Unternehmensangehörigen und damit „*in dem Betrieb*“ begangen werden. Zwingend ist eine solche Sichtweise jedoch nicht, da die Formulierung „*in dem Betrieb*“ auch die Pflichten näher konkretisieren kann. Danach wäre jede Zuwiderhandlung gegen betriebsspezifische Pflichten Anlass für die Ahndung von Aufsichtspflichtverletzungen.

Die Auffassung, die eine Einbindung in den Betrieb oder das Unternehmen nicht für notwendig hält, fordert jedoch, dass zumindest ein gewisses Subordinationsverhältnis gegeben ist und verweist auf die Parallele zu § 831 BGB.¹⁸⁹⁷ Die Notwendigkeit einer Einbindung in die Organisationsstruktur und der Unterstellung unter das Direktionsrecht des Inhabers ergibt sich nach Rogall¹⁸⁹⁸ schon aus dem Begriff der *Aufsichtspflichtverletzung*. Sie setze begrifflich die Pflicht zur Aufsicht voraus und impliziere damit, dass es dem Täter überhaupt möglich gewesen sein muss, Aufsicht auszuüben. Das wiederum erfordere ein Weisungs- oder Direktionsverhältnis zwischen Täter und Zuwiderhandelndem.¹⁸⁹⁹ Wann dieses gegeben ist, wird jedoch von dieser Ansicht nicht eindeutig umschrie-

¹⁸⁹³ Vgl. zur Bestimmung der möglichen Täter des § 130 OWiG in der Fassung vor der Änderung durch das 31. Strafrechtsänderungsgesetz vom 27.6.1994 (BGBl. 1994 I, 1440, 1444) zum 1.11.1994 Rogall ZStW 98 (1986), 573, 601 f.

¹⁸⁹⁴ BT-Drs. V/1269, S. 68.

¹⁸⁹⁵ Lemke/Mosbacher, OWiG § 130 Rn. 17; Rebmann/Roth/Förster/Herrmann, OWiG § 130 Rn. 8; Sengen in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 23; Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647.

¹⁸⁹⁶ Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 108.

¹⁸⁹⁷ So ausdrücklich Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 108; vgl. auch Rogall ZStW 98 (1986), 573, 606.

¹⁸⁹⁸ Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 108.

¹⁸⁹⁹ Vgl. BayObLG NStZ 1998, 575; Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 108.

ben.¹⁹⁰⁰ Während es für einen beauftragten Sachverständigen behauptet wird,¹⁹⁰¹ verneinen es Lemke/Mosbacher für die Mitarbeiter einer Vertragswerkstatt, die ein Mietwagenunternehmer beauftragt hat.¹⁹⁰² Entscheidend ist nach Senge,¹⁹⁰³ dass die Person, die die Zu widerhandlung begeht, in Erfüllung der Pflichten des Inhabers handelt; nicht erforderlich ist dagegen – wie die Begründung zu § 25 des Entwurfs des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ausdrücklich ausführt –, dass der Zu widerhandelnde „*in Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben*“ gehandelt hat. Ansonsten würden gerade die Fälle von der Haftung ausgenommen, in denen die Verletzung der Aufsichtspflicht in einem Organisationsmangel liegt; eine geschickte Nichtdelegation von Aufgaben würde die Schaffung verantwortungsauflösender Organisationsmängel ermöglichen.

Aufgrund des Telos der Vorschrift kommt es nach allgemeiner Ansicht nicht darauf an, dass die konkrete Person festgestellt wird, die die Zu widerhandlung begangen hat.¹⁹⁰⁴ Die Haftung des Aufsichtspflichtigen ergibt sich nicht aus seiner Beziehung zum unmittelbar Handelnden, sondern aus dem funktional-sachlichen Bezug zum Pflichtverstoß selbst.¹⁹⁰⁵ Doch auch, wenn die Bestimmung eines konkreten Täters nicht erforderlich ist, bleibt die Notwendigkeit bestehen, zumindest pflichtwidriges Handeln des unmittelbar Handelnden festzustellen.

Neben dem Inhaber selbst können – nach der Neufassung des § 33 OWiG a.F. in § 130 OWiG durch das 31. Strafrechtsänderungsgesetz¹⁹⁰⁶ – aber gemäß § 9 OWiG auch Personen nach § 130 OWiG haftbar sein, die selbst nicht Inhaber des Betriebs oder Unternehmens sind, aber von diesem mit der selbstständigen Übernahme der Inhaberpflichten beauftragt sind. § 130 OWiG ist ein echtes Sonderpflichtdelikt.¹⁹⁰⁷

(3) Die verletzte Pflicht, „die den Inhaber trifft“

§ 130 OWiG setzt voraus, dass einer Pflicht zu wider gehandelt wird, die den Inhaber des Betriebes trifft. Diesbezüglich war umstritten, ob es sich bei diesen Pflichten nur um solche aus Sonderdelikten handelt, auf die dann § 9 OWiG und § 14 StGB Anwendung fänden,¹⁹⁰⁸ so dass sogenannte Jedermannspflichten als Gegenstand der Zu widerhandlung ausscheiden, oder ob jede Zu widerhandlung

1900 Vgl. die Beispiele bei Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 23.

1901 Dagegen allerdings Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 108.

1902 Lemke/Mosbacher OWiG § 130 Rn. 17.

1903 Senge in: Erbs/Kohlhaas, § 130 OWiG Rn. 23.

1904 Vgl. Demuth/Schneider BB 1970, 642, 647.

1905 Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 109.

1906 31. Strafrechtsänderungsgesetz – Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (31. StrÄG – 2. UKG) vom 27.6.1994, BGBl. 1994 I, S. 1440, 1444.

1907 Vgl. Demuth/Schneider BB 1970, 642, 648.

1908 So etwa Schünemann Unternehmenskriminalität, S. 113 f.; Rogall in: KK-OWiG³ § 130 Rn. 85 ff. m.w.N.; ders. ZStW 98 (1986), 573, 604.

ausreichend ist, die sich aus der Stellung als Inhaber des Betriebes oder Unternehmens ergibt, ohne dass es sich um eine Sonderpflicht handeln müsste.¹⁹⁰⁹ Dieser Streit ist durch die Streichung des Passus „*den Inhaber als solchen treffen*“ erleidigt. Die Begründung des Gesetzesentwurfs macht dies deutlich: „*Die in § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG vorgesehene Streichung der Wörter ‚als solchen‘ soll daher klarstellen, dass § 130 OWiG nicht nur Sonderdelikte erfasst –, sondern ebenso wie § 30 OWiG – grundsätzlich auch Allgemeindelikte erfassen kann.*“¹⁹¹⁰

Das bedeutet jedoch nicht, dass jede Pflichtverletzung des Inhabers oder einer nach § 9 OWiG bzw. § 14 StGB verantwortlichen Person ausreicht, um den Tatbestand des § 130 OWiG zu erfüllen. Die Pflicht, die durch die Zuwiderhandlung verletzt wird, muss den Inhaber des Betriebes oder Unternehmens treffen; sie muss betriebsbezogen sein,¹⁹¹¹ sich also aus der Typik des Betriebes ergeben,¹⁹¹² und an den Inhaber adressiert sein.¹⁹¹³ Auch wenn der Gesetzgeber die an diese Pflicht zu stellenden Anforderungen durch Streichung der Worte „*als solchen*“ verringert hat,¹⁹¹⁴ besteht Einigkeit darüber, dass es sich um eine betriebsspezifische Pflicht handeln muss.¹⁹¹⁵ Der Gesetzgeber wollte durch Modifikation des Gesetzeswortlauts keinesfalls die Notwendigkeit des Bezugs der verletzten Pflicht zum Betrieb oder Unternehmen beseitigen. Die Änderung sollte lediglich klarstellen, dass die verletzte Pflicht keine Sonderpflicht im Sinne von § 14 StGB sein muss und daher auch eine Haftung für Allgemeindelikte über § 130 OWiG in Betracht kommt.¹⁹¹⁶

Die Bestimmung der Inhaberpflichten kann im Einzelfall Probleme bereiten. Sicher ist jedoch, dass gesetzliche Sonderpflichten, die sich an den Inhaber des Unternehmens richten, betriebsbezogene Pflichten sind, deren Verletzung Zuwiderhandlungen im Sinne von § 130 OWiG sein können.¹⁹¹⁷ Ferner hat der Gesetzgeber bestimmte Pflichten genannt, die er durch die Änderung des § 130 OWiG im Rahmen des 41. Strafrechtsänderungsgesetzes erfasst sehen wollte, so dass auch die rechtswidrige Erfüllung der Tatbestände von §§ 202a, 303a StGB eine Zuwiderhandlung darstellen können.¹⁹¹⁸

1909 So *Gürtler* in: Göhler OWiG § 130 Rn. 18; *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 1.

1910 BT-Drs. 16/3656, S. 14.

1911 *Gürtler* in: Göhler OWiG § 130 Rn. 18.

1912 *Gürtler* in: Göhler OWiG § 130 Rn. 9.

1913 Zu § 30 OWiG, OLG Celle, Beschl. v. 26.11.2004 – 1 Ws 388/04, NStZ-RR 2005, 82.

1914 Vgl. hierzu *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 111 ff.

1915 Vgl. BT-Drs. 16/3656, S. 14; ferner *Gürtler* in: Göhler OWiG § 130 Rn. 18; vgl. hier auch *Dannecker/Biermann*, GWB vor § 81 Rn. 92.

1916 Vgl. BT-Drs. 16/3656, S. 14.

1917 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 82 ff.

1918 Vgl. *Gürtler* in: Göhler OWiG § 130 Rn. 18.

(4) Rezeption der Risikoerhöhungslehre in § 130 OWiG

Nachdem die Bestimmung in § 130 OWiG nach der wohl herrschenden Meinung¹⁹¹⁹ zunächst¹⁹²⁰ einen kausalen Zusammenhang zwischen Aufsichtspflichtverletzung und Zuwiderhandlung in der Weise verlangt hatte,¹⁹²¹ dass die Vermeidung Ersterer mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu einer Verhinderung Letzterer geführt hätte, wurden diese Anforderungen durch die Neufassung der Vorschrift durch das 31. Strafrechtsänderungsgesetz¹⁹²² gelockert. Es wurden die Worte „*hätte verhindert werden können*“ durch „*verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre*“ ersetzt. Damit ist keine Kausalität zwischen Aufsichtspflichtverletzung und Zuwiderhandlung zu verlangen, vielmehr wurde die von Roxin begründete Risikoerhöhungslehre für § 130 OWiG rezipiert.¹⁹²³ Die Sanktionierung der Aufsichtspflichtverletzung fordert nunmehr nur noch, dass die pflichtgemäße Aufsicht die Zuwiderhandlung verhindert oder wesentlich erschwert hätte.¹⁹²⁴ Letztere Variante ist die für die Tatbestandserfüllung praktisch bedeutsame: Sie verlangt, dass die pflichtgemäße Aufsichtsführung zu einer wesentlichen Risikoverringerung geführt hätte. Von der Judikatur wird dem Betriebsinhaber auferlegt, nichts unversucht zu lassen, „*um erkannten oder erkennbaren Zuwiderhandlungsgefahren entgegenzuwirken*“.¹⁹²⁵

Als problematisch erweist sich in diesem Kontext die Bestimmung der Wesentlichkeitsgrenze. Hier ergeben sich die Probleme, die aus § 34 StGB (wesentlich überwiegen) bekannt sind.¹⁹²⁶ Die Begründung des Gesetzesentwurfs hilft in diesem Zusammenhang wenig weiter. Dort wird zur Rechtfertigung der Tatbestandsausweitung in § 130 Abs. 1 S. 1 OWiG eine Parallele zur Beihilfe gezogen. Dort müsse der Beitrag des Gehilfen ebenso wenig ursächlich für die Begehung der Haupttat geworden sei. Ausreichend sei vielmehr, wenn diese gefördert oder

1919 Vgl. BGH MDR 1976, 505; wistra 1982, 34; KG VRS 70, 29, 30; OLG Köln, wistra 1994, 315; OLG Zweibrücken, NStZ-RR 1998, 312; a.A. BGH, Urt. v. 23.3.1973 – 2 StR 390/72, BGHSt 25, 158, 163; OLG Koblenz, Beschl. v. 31.5.1983 – 1 Ss 157/83, VRS 65, 457, 459; OLG Stuttgart NJW 1977, 1410; vgl. hierzu auch Ransiek Unternehmensstrafrecht, S. 101 Fn. 436; Hüneröder Aufsichtspflicht im Kartellrecht, S. 124 ff.; Achenbach JuS 1990, 604; ders. wistra 1998, 296, 298; Rogall ZStW 98 (1986), 573, 607 ff.

1920 In der ursprünglichen Fassung des § 33 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten vom 24.5.1968, BGBl. I, S. 481, der durch Art. 29 Nr. 48 des Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974, BGBl. I, S. 469, 543 geändert und in einen eigenen 4. Abschnitt mit der Überschrift „Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben“ eingefügt wurde.

1921 Vgl. zur Kausalität Demuth/Schneider BB 1970, 642, 649.

1922 Neufassung des § 33 OWiG a.F. in § 130 OWiG durch Art. 2 Nr. 4 des 31. Strafrechtsänderungsgesetzes – Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität (31. StrÄG – 2. UKG) vom 27.6.1994, BGBl. 1994 I, S. 1440, 1444.

1923 Vgl. BT-Drs. 10/318, S. 43 f.; 12/192, S. 33; vgl. aber auch BT-Drs. 10/5058, S. 37, wo Bedenken gegen die Rezeption der Risikoerhöhungslehre geäußert wurden; zur Kritik an dieser Lehre auch Frisch Tatbestandsmäßiges Verhalten, S. 543 ff.

1924 Vgl. Rogall in: KK-OWiG § 130 Rn. 113.

1925 OLG Köln, Beschl. v. 29.1.2010 – III-1 RBs 24/10, BeckRS 2010, 07198.

1926 Vgl. nur Kühl AT, § 8 Rn. 97 ff. m.w.N.

erleichtert, bzw., soweit es die Beihilfe durch Unterlassen betrifft, der Gehilfe die ihm mögliche Erschwerung der Haupttat unterlasse. Mit der Einfügung des Wortes „*wesentlich*“ wolle der Gesetzesentwurf eine engere Beziehung zwischen der Aufsichtspflichtverletzung und der Zuwiderhandlung herstellen, so dass nicht jede Verletzung der Aufsichtspflicht mit nachfolgender Zuwiderhandlung sanktionsbedürftig sei. Vielmehr müsse sich das Risiko der Zuwiderhandlung durch die ungenügende Aufsichtsführung erheblich erhöht haben, die Aufsichtspflichtverletzung für die Begehung der Zuwiderhandlung „*mit wirksam geworden sein*“. ¹⁹²⁷

Zutreffend stellt *Rogall* insofern fest, dass die Interpretation des Wesentlichkeitsbegriffs in § 130 OWiG mit dieser Paraphrasierung nicht vorangebracht werden kann.¹⁹²⁸ Auch wenn die Begründung der Änderung in § 130 OWiG wenig überzeugt, ist davon auszugehen, dass es dem Gesetzgeber kaum möglich war, die Voraussetzungen einer „*wesentlichen Erleichterung der Begehung*“ exakter zu definieren. Bei der Beantwortung der Frage nach einer die Sanktionierung rechtfertigenden Verbindung zwischen Aufsichtsmangel und Zuwiderhandlung wirkt eine Reihe von tatsächlichen Faktoren des Einzelfalls mit, die berücksichtigt werden müssen. Da wären zum Beispiel: die konkret möglichen Aufsichtsmaßnahmen, das konkrete Handeln und insbesondere die innere Einstellung des Zuwiderhandelnden. *Rogall* kommt zu dem Ergebnis, dass die pflichtgemäße Aufsicht die Wahrscheinlichkeit der Zuwiderhandlung „*substantiell*“ reduziert haben muss; er nennt einen Richtwert von 25% Wahrscheinlichkeitsreduzierung, die jedenfalls ausreichend sein dürfte. Auszuschließen sei die wesentliche Erschwerung, wenn der Aufsichtführende lediglich die Möglichkeit gehabt hätte, Begleitumstände der Zuwiderhandlung zu beeinflussen. Ferner seien Exzesstaten, bei denen also der Zuwiderhandelnde gezielt Aufsichtsmaßnahmen unterläuft, durch Aufsichtsführung generell kaum zu verhindern. Im Einzelnen seien die Voraussetzungen der Wesentlichkeit aber noch nicht geklärt.¹⁹²⁹

(5) Pflichtwidrigkeits- und Schutzzweckzusammenhang

Nach herrschender Ansicht gehört zum Tatbestand des § 130 OWiG, dass zwischen der Verletzung der Aufsichtspflicht und der Zuwiderhandlung ein innerer Zusammenhang besteht. Die verletzte Pflicht zur Aufsichtsführung muss gerade dazu dienen, die begangene Zuwiderhandlung zu verhindern.¹⁹³⁰ Steht also die Verletzung der Aufsichtspflicht ausschließlich in einem kausalen, nicht aber in

1927 BT-Drs. 12/192, S. 33 f.

1928 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 117.

1929 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 117; ders. ZStW 98 (1986), 573, 608 ff.

1930 Vgl. *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 118; ferner *Rebmann/Roth/Herrmann* OWiG § 130 Rn. 21; *Gürtler* in: *Göhler* OWiG § 130 Rn. 22b; *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 649.

einem normativen Zusammenhang mit der Zu widerhandlung,¹⁹³¹ so tritt eine Verantwortlichkeit gemäß § 130 OWiG nicht ein.¹⁹³² Die haftungsbegründende Wirkung des § 130 OWiG richtet sich demnach nach den Grundsätzen der objektiven Zurechnung.¹⁹³³ Damit können sich im Einzelfall insbesondere Fragen nach dem Schutzzweck der die Aufsichtspflicht begründenden Norm, nach der Abschichtung von Verantwortungssphären und dem Regressverbot stellen.¹⁹³⁴

5. Zur Verfassungswidrigkeit der Inhaberhaftung aus § 130 OWiG

§ 130 OWiG wurde aus unterschiedlichen Gründen für verfassungswidrig erklärt. *Schünemann*¹⁹³⁵ leitete dieses Verdikt aus Verletzungen des Schuldprinzips und des Bestimmtheitsgrundsatzes her.

a) *Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz*

Er erhebt den Vorwurf der Unbestimmtheit deswegen, weil die Aufsichtspflichtverletzung als Tathandlung durch die Auslagerung der Zu widerhandlung aus dem Tatbestand und die damit verbundene Herauslösung aus dem Schuldgrundsatz keine Konturen mehr aufweise, die den Anforderungen von Art. 103 Abs. 2 GG gerecht werden könnten.¹⁹³⁶ § 130 OWiG basiere damit auf einem vollkommen konturlosen sanktionsbewehrten Verbot allgemein unsorgfältigen Verhaltens.¹⁹³⁷ Der Norminhalt sei so unbestimmt, dass er das verbotene Verhalten und damit einen substanziellem Normbefehl nicht mehr erkennen lasse. Die erforderliche Bestimmtheit lasse sich auch nicht durch einen Verweis auf die gefährdeten Rechtsgüter herstellen, da das Verbot, seinen Betrieb gefährlich zu organisieren, so wenig Substanz enthalte, dass eine Konkretisierung durch die Interessenabwägung nicht möglich sei. Doch dieser Auffassung wird von der herrschenden Ansicht zu Recht entgegengehalten, dass die Aufsichtspflicht durch die Beschränkung auf betriebsbezogene Pflichten und die Einschränkung des Adressatenkreises der Norm ausreichende Konturen erhalten habe.¹⁹³⁸

1931 Vgl. hierzu die Beispiele bei *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 118.

1932 So schon *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 649.

1933 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 610; vgl. auch *Bülte* in: *Hübschmann/Hepp/Spitaler* § 378 Rn. 88.

1934 Vgl. hierzu *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 649.

1935 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 117f., 208 f.; *ders.* *wistra* 1982, 41, 49; vgl. aber auch *Tiedemann* Wirtschaftsstrafrechts und Wirtschaftskriminalität, Band 1, S. 99.

1936 *Schünemann* *wistra* 1982, 41, 48.

1937 *Schünemann* *wistra* 1982, 41, 48.

1938 *Rebmann/Roth/Förster/Herrmann* OWiG § 130 Rn. 1a; ebenso *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 2.

b) Verstoß gegen das Schuldprinzip

Den Verstoß gegen das Schuldprinzip leitet *Schünemann* aus einem Wertungswiderspruch ab. Dieser entstehe, wenn nur die vorsätzliche Zuwiderhandlung sanktionsbedroht ist und der Betriebsinhaber durch eine fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung die vorsätzliche Zuwiderhandlung eines Unternehmensangehörigen begünstigt. Dann stehe er schlechter, als hätte er die Zuwiderhandlung selbst fahrlässig begangen.¹⁹³⁹ Dem ist zunächst mit *Rogall*¹⁹⁴⁰ entgegenzuhalten, dass aufgrund der Unterschiede im Unrechtssachverhalt beider Fälle der Schuldvorwurf, der den unmittelbar handelnden Inhaber trifft, ein anderer ist als derjenige, der ihm gemacht werden kann, wenn er die Aufsichtspflichten nicht erfüllt. Der behauptete Wertungswiderspruch ist nicht gegeben, weil der Aufsichtspflichtige nicht für das Unrecht der Zuwiderhandlung haften muss, sondern für das in der Pflichtverletzung liegende Unrecht, gefährliche Zustände geduldet zu haben, die für die Begehung betriebsbezogener Zuwiderhandlungen ursächlich seien.¹⁹⁴¹

Ein Verstoß gegen den Schuldgrundsatz kann ferner auch nicht mit der fehlenden Schuldbeziehung des Aufsichtspflichtigen zu der vom Mitarbeiter begangenen Zuwiderhandlung begründet werden. Insofern hat *Rogall*¹⁹⁴² bereits ausgeführt, die Bewertung des Unrechts der Aufsichtspflichtverletzung durch die Inbezugnahme der objektiven Bedingung der Ahndbarkeit der Zuwiderhandlung sei dann mit dem Schuldgrundsatz vereinbar, wenn „*die Zuwiderhandlung tatsächlich als unrechts- und schuldirrelevantes Merkmal mit lediglich strafeinschränkendem Charakter betrachtet werden*“ könne. Dies sei zwar problematisch, wenn man die Konkretisierung des unrechtsbeschreibenden Verhaltens über die Zuwiderhandlung vornehmen wolle. Wenn zudem die Sanktion in ihrer Höhe durch die Zuwiderhandlung bestimmt werde, so sei es „*zumindest verständlich, daß die Zuwiderhandlung als „verkappter“ sanktionserhöhender Umstand betrachtet und die Verfassungswidrigkeit des § 130 OWiG“ von Thiemann und Schünemann insofern verständlicherweise infrage gestellt werde.*¹⁹⁴³ Jedoch werde das Problem durch die Qualifizierung des § 130 OWiG als konkretes Gefährdungsdelikt sui generis gelöst, da die konkrete Gefahr der Zuwiderhandlung dann zum Gegenstand der Schuldbeziehung werde.¹⁹⁴⁴

1939 *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 219; so auch schon *Demuth/Schneider* BB 1970, 642, 647.

1940 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 607.

1941 *Gürtler* in: *Göhler, OWiG, § 130 Rn. 1*; *Rogall* in: *KK-OWiG § 130 Rn. 19*; *Rebmann/Roth/Förster/Herrmann* *OWiG § 130 Rn. 1a*; *Möhrenschlager* *wistra* 1983, 49, 51; *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 607.

1942 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 591 f.

1943 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 592 unter Verweis auf *Thiemann* Aufsichtspflichtverletzungen, S. 120; *Schünemann* Unternehmenskriminalität, S. 111 ff., 122, 216 ff., 224 f.

1944 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 599 f.

c) *Fehlende kriminalpolitische Rechtfertigung wegen mangelnder Effektivität*

Schünemann hatte ferner kritisiert, die Vorschrift führe durch die Unmöglichkeit des Nachweises der Kausalität zwischen Aufsichtspflichtverletzung und Zu widerhandlung zu einer so lückenhafte Ahndung, dass die Zurechnungserweiterung durch die Ausgestaltung der Zu widerhandlung als objektive Bedingung der Ahndbarkeit keine Heilung dieses Mangels bedeuten könne. Der kriminalpolitische Nutzen der Vorschrift sei im Hinblick auf ihre Unanwendbarkeit nicht erkennbar.¹⁹⁴⁵ Diese Anwendungslücke hat der Gesetzgeber durch die Neufassung des § 130 OWiG behoben, indem er nun eindeutig der Risikoerhöhungslehre folgend¹⁹⁴⁶ nicht mehr Kausalität der Aufsichtspflichtverletzung für die Zu widerhandlung gegen Unternehmerpflichten verlangt,¹⁹⁴⁷ sondern vielmehr ausreichen lässt, dass die unzureichende Aufsicht die Zu widerhandlung „erleichtert“ hat.

d) *Kritik und Lösungsansatz Rogalls*

Auch *Rogall* hatte verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Sichtweise der herrschenden Ansicht geäußert. Wenn man die Zu widerhandlung als objektive Bedingung der Ahndbarkeit und § 130 OWiG als abstrakt-konkretes Gefährdungsdelikt begreife, führe dies zu einer Sanktionserweiterung, die „*erhebliche dogmatische Friktionen*“ zur Folge habe, „*denen auch eine verfassungsrechtliche Relevanz nicht abgesprochen werden kann*“.¹⁹⁴⁸ *Rogall* gibt zu bedenken, dass die Beschränkung des Tatbestandes auf die schlichte Unterlassung der ordnungsgemäßen Aufsichtsführung durch eine Durchtrennung des Schuldzusammenhangs zwischen der Tathandlung und der Zu widerhandlung bzw. dem dadurch entstehenden Schaden, das Rechtsgut preisgebe und die Aufsichtspflicht in einer „*den Zwecken des Tatbestandes zu widerlaufenden Weise verselbständigt*“.¹⁹⁴⁹ Ohne eine Anbindung der Aufsichtspflicht an das Rechtsgut würde das Mittel der Vermeidung von Unrechtserfolgen zum eigentlichen Zweck der Norm. Dies ließe sich nur rechtfertigen, wenn das von § 130 OWiG geschützte Rechtsgut das staatliche Ordnungsinteresse sei, was jedoch – aus den oben bereits genannten Gründen – nicht angenommen werden könne. Außerdem lasse eine Sanktionierung der von einem Rechtsgut und der Zu widerhandlung gegen eine konkrete Pflicht isolierten Verletzung der Aufsichtspflicht keine hinreichende Beschreibung des Verhaltens zu, das vom Tatbestand erfasst sein soll. Da es die Aufsichts-

1945 *Schünemann* wistra 1982, 41, 48.

1946 Vgl. *Achenbach* wistra 1998, 298 f.

1947 A.A. offenbar *Gürtler* in: *Göhler* OWiG § 130 Rn. 17; *Lemke/Mosbacher* OWiG § 130 Rn. 16; vgl. hierzu auch *Achenbach* wistra 1998, 296, 298.

1948 So *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 589.

1949 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 589 f.

pflicht als abstrakt-generelle und dennoch strafrechtlich hinreichend bestimmte Verpflichtung nicht gebe, sei die Konkretisierung der Aufsichtspflicht nur über die Rückbindung an das durch die verletzte Pflicht geschützte Rechtsgut möglich.¹⁹⁵⁰ Diese Rückkopplung könne letztlich nur über ein anderes Verständnis des Deliktscharakters – nämlich als konkretes Gefährdungsdelikt – erreicht werden.

Zwar sei es nicht möglich, die konkrete Zuwiderhandlung in die Unrechtsmaterie mit einzubeziehen, weil dies den „*Tatbestand gegenstandslos machen würde*“,¹⁹⁵¹ jedoch sei eine Lösung in Parallele zu § 143 StGB a.F. denkbar. Dort war schon in der Großen Strafrechtskommission diskutiert worden, dass, um einerseits die Konkretisierung der Aufsichtspflicht und gleichzeitig die Wahrung des Schuldgrundsatzes zu erreichen, eine gewisse Kongruenz zwischen dem Aufsichtsanlass und der begangenen Zuwiderhandlung hergestellt werden müsse.¹⁹⁵² Um dieses Ziel für § 130 OWiG zu erreichen, ohne die Vorschrift entgegen dem Willen des Gesetzgebers zu interpretieren, greift *Rogall*¹⁹⁵³ nicht auf die Zuwiderhandlung als solche, sondern auf eine Vorstufe, die Gefahr einer konkretisierbaren Zuwiderhandlung, als Tatbestandsmerkmal zurück. Dabei stellt er ausdrücklich weder auf die Gefahr einer bestimmten Pflichtverletzung noch auf das Risiko ab, dass es überhaupt zu Zuwiderhandlungen kommt. Vielmehr bestimmt er die Gefahr nach bestimmten Sphären, die *Rogall* als „*Gefahrenkreise*“ bezeichnet.¹⁹⁵⁴ Ist innerhalb eines solchen Gefahrenkreises – etwa Umweltverstöße, Verstöße gegen Lebensmittelvorschriften etc. – eine Zuwiderhandlungsgefahr gegeben, so ist der Tatbestand des § 130 OWiG erfüllt, wenn der Inhaber oder der nach § 9 OWiG oder § 14 StGB pflichtige Beauftragte die Gefahr fahrlässig verkannt oder vorsätzlich ignoriert hat. Damit wird die Gefahr der Zuwiderhandlung ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 130 OWiG, auf das sich Fahrlässigkeit oder Vorsatz beziehen muss.¹⁹⁵⁵

Durch diese Sichtweise wird zum einen zumindest die Unbestimmtheit der Vorschrift durch den offenen Begriff der *Aufsichtspflichtverletzung* auf ein hinnehmbares Maß reduziert und zum anderen durch die Herstellung der Fahrlässigkeits-/Vorsatzbeziehung zu der Zuwiderhandlungsgefahr der Schuldgrundsatz gewahrt. Der Inhalt der Gebotsmaterie des § 130 OWiG besteht nach dieser Auffassung „*nicht in der Vornahme abstrakt-nützlicher Handlungen ohne Rücksicht auf ihre Wirksamkeit im Einzelfall*“, sondern in der Verpflichtung, Zuwiderhandlungsgefahren aus bestimmten Gefahrenherden zu verhindern oder zu besei-

1950 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 590 f.

1951 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 595.

1952 Vgl. die Nachweise bei *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 595 f.

1953 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 596.

1954 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 596 f.; OLG Köln, Beschl. v. 29.1.2010 III-1 RBs 24/10, zitiert nach juris, spricht von „*Gefahrenkomplex*“.

1955 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 596 f.

tigen.¹⁹⁵⁶ Damit steht die Sanktionierung des Ent- und Bestehenlassens bestimmter Gefahrenquellen im Zentrum der Vorschrift; § 130 OWiG ist mithin konkretes Gefährdungsdelikt und Erfolgsdelikt.¹⁹⁵⁷

Die verfassungsrechtlichen Probleme sieht *Rogall* durch das von ihm entwickelte und mittlerweile wohl auch herrschende Konzept des konkreten Gefährdungsdelikts als überwunden an.¹⁹⁵⁸ Den Forderungen nach Abschaffung des § 130 OWiG ist *Rogall* daher, trotz der zahlreichen im Rahmen dieser Vorschrift auftretenden Probleme, aufgrund der kriminalpolitischen Notwendigkeit einer solchen Vorschrift entgegengetreten. Gegen die Schaffung eines allgemeinen strafrechtlichen Tatbestandes der Aufsichtspflichtverletzung hat er sich aber ausgesprochen, nicht weil diesem verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstünden,¹⁹⁵⁹ sondern weil das kriminalpolitische Ziel besser mit der „*substantiellen Verschärfung*“ der Verbandsgeldbuße erreicht werden könne. Ein Straftatbestand solle jedoch, wenn man ihn installiere, „*keine Kopie* von § 130 OWiG“ sein, vielmehr solle er nur den beharrlichen, wiederholten Verstoß gegen die Aufsichtspflicht unter Strafe stellen und von dem Eintritt einer schweren Folge abhängig gemacht werden.

e) Bedenken wegen mangelnder praktischer Anwendbarkeit des § 130 OWiG

Die Bedenken, die gegen § 130 OWiG im Hinblick auf seine Effektivität als Mittel der Schließung von Sanktionslücken insbesondere von *Schünemann* geäußert worden sind, dürften im Wesentlichen durch die Neufassung der Vorschrift beseitigt und durch eine angemessene Auslegung zu beheben sein. *Schünemann*¹⁹⁶⁰ hatte aber darüber hinaus beklagt, dass § 130 OWiG als Auffangtatbestand für Fälle *organisierter Unverantwortlichkeit* und dementsprechend unmöglicher Feststellbarkeit von Individualverantwortlichkeit nicht greife, weil die Vorschrift nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn die Erfüllung des gesamten objektiven und subjektiven Tatbestandes eines Straf- oder Ordnungswidrigkeiten-tatbestandes feststellbar sei. Diese Feststellung ist zutreffend, wenn man *Schünemanns* Prämissen zugrunde legt, dass die Zu widerhandlung durch eine Person festgestellt werden muss, eine Addition von Handlungen zu einer Zu widerhandlung also ausgeschlossen ist. Denn die *organisierte Unverantwortlichkeit* be zweckt es gerade, eine Feststellung der Individualverfehlung aufgrund unklarer Delegation und Verantwortungsverteilung unmöglich zu machen. Doch diese Problematik wird durch den Verzicht auf die – vom Wortlaut des § 130 OWiG

1956 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 599.

1957 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 599 f.

1958 *Rogall* in: KK-OWiG § 130 Rn. 21.

1959 *Rogall* ZStW 98 (1986), 573, 622.

1960 *Schünemann* wistra 1982, 41, 48.

nicht geforderte – Bedingung entschärft, dass die Begehung der Verfehlung durch eine bestimmte Person nachgewiesen werden muss. Lässt man es ausreichen, dass die grundsätzlich sanktionsfähige Pflichtverletzung im Betrieb begangen worden ist, ohne dass sie einem Handlungssubjekt zugeschrieben werden kann, so kann § 130 OWiG seine Auffangfunktion weitgehend erfüllen.

6. Einordnung des § 130 OWiG in die Systematik der Vorgesetztenverantwortlichkeit

§ 130 OWiG folgt mit seiner Struktur einer anderen dogmatischen Konstruktion als die Regelungen über die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Wehrstrafrecht und im Strafrecht für Amtsträger. Ähnlichkeiten zu § 20 Abs. 2 LPG sind dagegen erkennbar. § 130 OWiG statuiert weder eine Urheberschaft im Sinne einer Beteiligung an einer Bezugstat im Sinne einer Zurechnungsregel, wie dies in §§ 33, 34 WStG oder in § 357 StGB der Fall ist, noch wird ein eigenständiger Straftatbestand geschaffen, wie etwa in Art. 11 Abs. 3 BayPressG. Auch handelt es sich nicht nur um die Statuierung einer Garantenstellung im Sinne von § 13 StGB; § 130 OWiG normiert vielmehr eine Haftung *sui generis*. Diese beinhaltet keine Zurechnung, weil sie nicht an das Unrecht der Bezugstat anknüpft, aber trotzdem nicht allein auf das Unrecht der Pflichtverletzung aufbaut, weil sie die Zuwiderhandlung als objektive Bedingung der Ahndbarkeit braucht. Zum Unrechtstatbestand gehört daher nur die Verletzung der betriebsbezogenen Pflicht; der Zuwiderhandlung kommt die Funktion einer Begrenzung der Strafbarkeit auf ahndungswürdige bzw. -bedürftige Fallkonstellationen zu. Damit unterscheidet sich die Konzeption des § 130 OWiG von dem Straftatbestand der mangelhaften Dienstaufsicht nach § 41 WStG, der eine Schuldbeziehung zu der schweren Folge der Dienstpflchtverletzung voraussetzt, geht aber auch nicht so weit, bereits die Pflichtverletzung als solche unter Sanktionsdrohung zu stellen, wie dies ehemals im Militärstrafrecht (§ 147 MStGB) der Fall war.

VI. Fazit

1. Gesetzliche Regeln über die Vorgesetztenverantwortlichkeit im allgemeinen Strafrecht

Die Untersuchung der Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht kommt damit zu dem Ergebnis, dass im allgemeinen Strafrecht weder gesetzliche Vorschriften noch allgemeine Regeln zur Verantwortlichkeit von Vorgesetzten, Aufsichts- und Kontrollpersonen oder sonstigen Entscheidungsträgern bestehen. Die Instrumente zur Erfassung von Vorgesetzten- und Entscheidungsträgerverantwortlichkeit, die das allgemeine Strafrecht de lege lata bietet, beschränken sich auf

Rechtsinstitute, die durch komplizierte und im verfassungsrechtlichen Sinne unzureichend bestimmte Zurechnungselemente nur eine lückenhafte Vorgesetztenverantwortlichkeit begründen. Es handelt sich um ein mosaikhafes Bild aus Verantwortlichkeit als mittelbarer Täter oder Unterlassungstäter auf der Grundlage einer schon dem Grunde nach höchst umstrittenen Betriebsinhaber- oder Geschäftsherrenhaftung bzw. einer Haftung als Betriebsleiter oder sonstiger Beauftragter, hilfsweise ergänzt durch die Strafbarkeit als Anstifter oder Gehilfe.

Diese Situation lässt eine Vielzahl von Sanktionsdefiziten entstehen, die insbesondere auftreten, wenn sich Probleme beim Nachweis von Kausalität oder Vorsatz stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die betreffenden Straftaten bei fahrlässiger Begehung oder im Versuch nicht strafbar sind. Außerdem bestehen im Hinblick auf die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft ebenso verfassungsrechtliche Bestimmtheitsbedenken wie bezüglich der Geschäftsherrenhaftung von Vorgesetzten. In beiden Bereichen ist es bislang nicht gelungen, Kriterien zu entwickeln, die die Voraussetzungen der Strafbarkeit in Form hinreichend konkreter Tatbestände umschreiben. Selbst wenn man mit der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts für die verfassungsrechtliche Bestimmtheit die Erkennbarkeit des Strafbarkeitsrisikos ausreichen lässt, genügen die genannten Rechtsfiguren diesen Anforderungen nicht. Es reicht nicht aus, wenn der Adressat der Bestimmungsnorm erkennen kann, dass er sich überhaupt strafbar machen könnte; er muss vielmehr auch die Möglichkeit haben, sein Verhalten nach der Sanktion einzurichten. Zu diesem Zweck muss er zumindest die Chance haben, zu erkennen, in welcher Weise und in welchem Maße ihm Strafe droht.

Ferner scheitert die angemessene Abbildung von Entscheidungsträger- und Vorgesetztenverantwortung in strafrechtlicher Verantwortlichkeit in der Praxis an „organisierter Unverantwortlichkeit“. Wenn Funktionäre in Organisationen Taten lediglich abstrakt organisieren, das Wissen, die Ressourcen oder Möglichkeiten zur Verfügung stellen, aber an der eigentlichen Tat aufgrund entsprechender Delegation und Organisation nicht unmittelbar im klassischen Sinne beteiligt sind, bleibt eine der Entscheidungsverantwortung angemessene Strafe aus. In diese Kategorie fällt etwa die im Bankensektor verbreitete systematische Mitwirkung an Steuerhinterziehungen, die durch Entscheidungsträger in den Finanzunternehmen so organisiert werden, dass den Sachbearbeitern die Aufgabe der unmittelbaren Tatbegehung zukommt, während die Entscheidungsträger auf höherer Ebene aufgrund der Struktur der Organisation mit der Tat nicht unmittelbar in Kontakt kommen, von der Begehung konkreter Einzeltaten nicht einmal wissen. Diese Konstellationen ähneln den Fällen der sogenannten Bandenchef-Problematik.¹⁹⁶¹ Hier wird im allgemeinen Strafrecht über Strafbarkeit wegen Mittä-

1961 Vgl. nur Frister AT, 26/21 ff.; Krey/Esser AT, Rn. 970 ff.; Roxin AT II, § 25 Rn. 210 ff.; Wessels/Beulke/Satzger AT, Rn. 529; ferner Jakobs AT, 21/55.

terschaft oder Beihilfe gestritten.¹⁹⁶² Die organisierte Unverantwortlichkeit lässt aber bereits den Gehilfenvorsatz hinsichtlich der Haupttat problematisch erscheinen, weil dieser Vorsatz des Entscheidungsträgers hinsichtlich der konkreten Bezugstat – also der Kenntnis, seinen Beitrag in einem „spezifischen Verwertungszusammenhang“ geleistet zu haben¹⁹⁶³ – wohl nur dann angenommen werden kann, wenn er seinerseits ausdrückliche Anweisungen zur oder Rat bei der Begehung der konkreten Steuerhinterziehungen erteilt hat. Bleibt es dagegen bei vagen Andeutungen in Mitarbeiterschulungen zu zweifelhaften Steuersparmodellen für Bankkunden, so scheitert der Vorsatz regelmäßig zumindest am Nachweis und es kommt lediglich eine fahrlässige und damit nicht strafbare Mitwirkung an der Teilnahme an Steuerhinterziehungen von Bankkunden in Betracht. Insofern helfen auch Ansätze über die Geschäftsherrenhaftung hier nur in Einzelfällen weiter.

2. Gesetzliche Regeln über die Vorgesetztenverantwortlichkeit in spezifischen Sonderbereichen des nationalen Strafrechts

Anders sieht dies in einigen Spezialbereichen aus, in denen Sonderregelungen für eine strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit normiert wurden, die sich allerdings in Struktur und Reichweite stark unterscheiden.

a) Wehrstrafrecht

Im Wehrstrafrecht ist für den eng begrenzten militärischen Bereich eine differenzierte dreistufige Vorgesetztenverantwortlichkeit normiert. Dabei reichen die wehrstrafrechtlichen Instrumente von einer allgemeinen Haftung des Vorgesetzten für das Verleiten oder versuchte Verleiten eines Untergebenen zu einer Straftat (§§ 33, 34 WStG) über die Sanktionierung mangelhafter Aufsichtsführung, soweit sie zu einer schweren Folge führt und der Vorgesetzte fahrlässig gehandelt hat (§ 41 WStG), bis zu einer Strafbarkeit des Vorgesetzten, der nach begangener Straftat die Anzeige der Tat unterlässt, um den Untergebenen der Strafverfolgung zu entziehen (§ 40 WStG). Damit hat die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Wehrstrafrecht gegenüber derjenigen nach allgemeinem Strafrecht zunächst den grundlegenden Vorteil der positiv-rechtlich ausdrücklichen Regelung im Gesetz. Sie muss nicht aus den allgemeinen Lehren des Strafrechts entwickelt werden. Ferner geht die Haftung des militärischen Befehlshabers in einigen Bereichen deutlich weiter als diejenige des zivilen Entscheidungsträgers. Diese strengere Haftung des Befehlshabers schließt die Sanktionslücken zwar nicht gänzlich, be-

1962 Vgl. zum Streitstand Frister AT, 26/21 ff.

1963 So die entsprechende Formulierung von Vest Völkerrechtsverbrecher, S. 127.

inhaltet aber Regelungen, die über die Positivierung grundsätzlicher, bereits im allgemeinen Strafrecht angelegter Zurechnungsregeln hinausgehen und Pflichtverletzungen von militärischen Befehlshabern unter Strafe stellen, die nicht bereits nach den allgemeinen Regeln strafbar wären. So entsteht im Wehrstrafrecht eine eigenständige Entscheidungsträgerverantwortlichkeit mit strukturellen Unterschieden zur Verantwortlichkeit nach dem allgemeinen Strafrecht:

Über die erste Stufe der Zurechnung der Taten des Untergebenen selbst – also einer Art Betriebsinhaberhaftung – hinaus haftet der Vorgesetzte auf der zweiten Stufe für das in der leichtfertigen oder vorsätzlichen Verletzung der Aufsichtspflicht liegende Handlungsunrecht und das sich in der Verursachung der schwerwiegenden Folge verwirklichende Erfolgsunrecht, das von der Erfüllung des Tatbestandes eines Strafgesetzes oder einer Bußgeldvorschrift durch eine andere Person unabhängig ist. Die Aufsichtspflichtverletzung wird damit selbst zum Gegenstand des Unrechts und die Vorgesetztenverantwortlichkeit löst sich von der Zurechnung des Unrechts der Bezugstat. Diese Strafvorschrift bildet damit als von der Unrechtsbewirkung durch Dritte unabhängige Regelung die Basis für eine allgemeine strafrechtliche Unterlassungshaftung des Vorgesetzten, die auch den Bereich des Geschehenlassens der Straftaten Untergebener erfasst. Diese unmittelbar erfolgsbezogene Vorgesetztenverantwortlichkeit wird auf der dritten Stufe durch eine nachträgliche Vorgesetztenverantwortlichkeit wegen unterlassener Mitwirkung an einem Strafverfahren gegen den Untergebenen ergänzt, der eine Bezugstat begangen hat.

b) Strafrecht der Amtsträger

Im Gegensatz zu dieser mehrstufigen und nach Strafmaß und dogmatischer Struktur differenzierten Vorgesetztenhaftung des Wehrstrafrechts findet sich im Strafrecht der Amtsträger eine einheitliche Urheberverantwortlichkeit, die den vorgesetzten oder aufsichts- bzw. kontrollpflichtigen Amtsträger trifft. Als einheitliche Vorgesetztenverantwortlichkeit für Vorsatztaten erscheint diese Haftung gemäß § 357 StGB deswegen, weil es sich um eine Zurechnungsregel handelt. Sie ermöglicht es, dem Amtsträger die von Untergebenen durchgeführte Tatbestandsverwirklichung zuzuschreiben, soweit der Vorgesetzte seiner Pflicht zur ordnungsgemäßen Führung oder Kontrolle des unmittelbaren Täters als Durchführungsorgan im Sinne von § 357 StGB vorsätzlich nicht nachgekommen ist. Dabei erfasst diese Strafvorschrift gleichermaßen das Geschehenlassen der Tat wie das zumindest versuchte Verleiten zur Tatbegehung und variiert in der Strafdrohung hier nicht, wenn auch eine fakultative Strafmilderung für das versuchte

Verleiten – die § 34 WStG ausdrücklich vorsieht – im § 357 StGB ebenso angemessen erscheint.¹⁹⁶⁴

Der entscheidende strukturelle Unterschied zur wehrstrafrechtlichen Vorgesetztenhaftung liegt dabei nicht im Strafmaß, das im Übrigen im § 357 StGB deutlich undifferenzierter und zum Teil erheblich strenger ausfällt als im Wehrstrafrecht, sondern vielmehr darin, dass die §§ 33, 34 WStG ausschließlich das Verleiten zur Tatbegehung, nicht aber das schlichte Geschehenlassen der Tat erfassen. Dieses wird nach den allgemeinen Regeln der Unterlassungshaftung sanktioniert, was im Hinblick auf § 13 Abs. 2 StGB besondere Bedeutung hat und zu einer zumindest möglicherweise mildernden Bestrafung des militärischen Befehlshabers führt, der die Tat seines Untergebenen geschehen lässt, während er für ein Verleiten zur Tat mit härterer Strafe zu rechnen hat als der verleitende Amtsträger. Das bedeutet, dass das Wehrstrafrecht auf der einen Seite trotz seiner grundsätzlichen „Basisregelung“ in § 41 WStG zur Erfassung der vorsätzlichen Unterlassungsfälle, die § 357 StGB regelt, auf die allgemeinen Regeln zurückgreifen muss.

§ 357 StGB greift auf der anderen Seite bei leichtfertigen Verletzungen von Aufsichtspflichten durch Vorgesetzte nicht so weit wie das Wehrstrafrecht, weil die Vorschrift diese Fälle gar nicht erfasst. Hier muss auf die allgemeinen Regeln der Mitwirkung am Fahrlässigkeitsdelikt zurückgegriffen werden. Zudem reicht die Vorgesetztenverantwortlichkeit im § 357 StGB insofern weniger weit als die Haftung des militärischen Vorgesetzten, als dieser auch für Schadenserfolge verantwortlich ist, die durch die fahrlässige Verletzung seiner Aufsichtspflicht an den geschützten Interessen ohne Erfüllung eines Straftatbestandes entstehen. Auch eine solche Haftung lässt sich – soweit es an einer Bezugstat fehlt – über § 357 StGB nicht begründen. Hier muss ebenfalls auf die allgemeinen Regeln der Unterlassungsdelikte zurückgegriffen werden. Aber auch in seinem sachlichen Anwendungsbereich ist § 357 StGB deutlich enger als die §§ 33, 34 WStG. Diese Vorschriften bedrohen das Verleiten des Untergebenen durch den Vorgesetzten zu irgendeiner Straftat, nicht nur zu militärischen Straftaten, mit der doppelten Strafe der Bezugstat. Der Amtsträger dagegen ist – entgegen der herrschenden Auffassung¹⁹⁶⁵ – ausschließlich wegen des Verleitens oder Geschehenlassens zu einer Straftat im Amt aus § 357 StGB strafbar. Lässt der Amtsvorgesetzte pflichtwidrig eine Tat des nachgeordneten Amtsträgers geschehen, die kein Amtsdelikt ist, kommt allenfalls eine Vorgesetztenverantwortlichkeit aus den allgemeinen Regeln der Betriebsinhaberhaftung infrage.

Diese strukturellen Differenzen dürften sich im Wesentlichen aus den unterschiedlichen Schutzzwecken sowie der Herkunft und Ausgestaltung der Vorge-

1964 Vgl. hierzu hier S. 409 f.

1965 Vgl. hierzu S. 387 ff.

setzenstellung erklären lassen. So korreliert die weitergehende Haftung des militärischen Befehlshabers mit seiner intensiveren Aufsichts- und Fürsorgepflicht gegenüber seinen Untergebenen. Seine Befehlsgewalt reicht weiter und betrifft regelmäßig aufgrund von Kasernierung und grundsätzlich uneingeschränkter Gehorsamspflicht auch den persönlichen Lebensbereich des Soldaten, so dass es sinnvoll und vertretbar erscheint, den Vorgesetzten auch für die Verleitung zu zivilen Straftaten strenger haften zu lassen als jede andere an einer solchen Tat mitwirkende Person. Der militärische Vorgesetzte verfügt über eine Lenkungsmacht, aus der sich der Untergabe nur unter dem Risiko befreien kann, bei einem Irrtum gegebenenfalls wegen Insubordination (§ 19 WStG) strafbar zu sein. Diese Gefahr besteht für den Amtsträger nicht, so dass eine Haftung des Vorgesetzten als Täter der Bezugstat allein in einem engen dienstlichen Anweisungsbereich und daher beschränkt auf die Straftaten im Amt gerechtfertigt erscheint. Aus diesem Grunde kennt auch das Strafrecht der Amtsträger keine dem § 40 WStG entsprechende Vorschrift. Der vorgesetzte oder aufsichts- bzw. kontrollpflichtige Amtsträger ist nicht generell unter Strafdrohung angehalten, ein Strafverfahren gegen seinen nachgeordneten Amtsträger zu initiieren oder daran mitzuwirken.¹⁹⁶⁶ Mag der Amtsträger auch im Einzelfall die dienstliche Pflicht haben, für die Aufklärung eines strafrechtlich relevanten Sachverhalts zu sorgen, in den ein nachgeordneter Amtsträger involviert ist, so ergibt sich diese Pflicht nicht aus seiner Aufsichts- und Kontrollaufgabe, sondern aus seiner eigenen Dienstpflicht gegenüber dem verletzten Rechtsgut, gegebenenfalls auch aus seiner Stellung als Garant für die Strafrechtpflege. So kann sich der Vorgesetzte etwa wegen Unterlassens strafbar machen, wenn er eine bereits begangene Straftat weiter „wirken“ lässt, er also beispielsweise entgegen einer eigenen Vermögensbetreuungspflicht durch den Untergebenen veruntreute Vermögenswerte dem Dienstherrn nicht durch Repatriierung wieder zur Verfügung stellt.¹⁹⁶⁷

Damit werden die Sanktionslücken deutlich, die im Militärstrafrecht beim Geschehenlassen und im Strafrecht der Amtsträger insbesondere bei fahrlässiger Mitwirkung an Bezugstaten Untergabe bestehen. Dennoch lassen sich aus den Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit in diesen Spezialbereichen des Strafrechts Ansätze ableiten, die möglicherweise auch für eine allgemeine oder zumindest allgemeinere Erfassung dieser Verantwortlichkeiten effektiv, sinnvoll und angemessen erscheinen. Dabei erscheint insbesondere eine Kombination aus der beamtenstrafrechtlichen Einheitsverantwortlichkeit und der nachgelagerten Vorgesetztenhaftung des Wehrstrafrechts vielversprechend.

1966 Vgl. hierzu *Bülte* in: *Graf/Jäger/Wittig* § 258 StGB Rn. 9 m.w.N.

1967 Vgl. zu einer solchen Konstellation etwa die Entscheidung gegen *Manfred Kanther* und *Horst Weyrauch*, BGH, Urt. v. 18.6.2006 – I StR 499/05, BGHSt 51, 100 ff.

c) *Aufsichtsverantwortlichkeit im Pressestrafrecht und im Ordnungswidrigkeitenrecht*

§ 130 OWiG zeichnet sich im Verhältnis zu den Spezialregelungen des Wehrstrafrechts und des Strafrechts für Amtsträger insbesondere dadurch aus, dass er nicht nur einen engen Teilbereich des Ordnungswidrigkeitenrechts abdeckt, sondern wegen des weiten Unternehmensbegriffs auf den überwiegenden Teil von Organisationsstrukturen und auf alle Arten von im Unternehmenskontext stattfindenden Taten zur Anwendung kommt. Ferner ist die sanktionsrechtliche Haftung ebenso wie bei § 20 Abs. 2 LPG nicht auf vorsätzliche Pflichtverletzungen beschränkt, sondern erfasst auch die fahrlässige Unterlassung solcher Aufsichtsmaßnahmen, die zur Gefahreindämmung erforderlich gewesen wären. Damit erscheint eine weitreichende Sanktionierung von Aufsichts- und Organisationspflichtverletzungen möglich. Jedoch bedient sich § 130 OWiG dazu eines zweifelhaften Mittels, indem er auf die objektive Bedingung der Ahndbarkeit zurückgreift. Ihre Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip ist nicht unstreitig, weil bereits die strafrechtsdogmatische Grundlage der Trennbarkeit von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit eines Verhaltens in Zweifel gezogen wird.¹⁹⁶⁸ Die herrschende Lehre rechtfertigt die Existenz der objektiven Bedingung der Ahndbarkeit vor dem Hintergrund des Schuldprinzips, das grundsätzlich keine Sanktionsbedingungen ohne Schuldbezug zulassen kann, mit dem Argument, die objektive Bedingung wirke sich lediglich auf die Strafbedürftigkeit, nicht aber auf die Strafwürdigkeit des tatbestandlichen Verhaltens aus.¹⁹⁶⁹

Dieser Ansicht werden strafrechtsdogmatische, aber auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegengehalten: So geht Jakobs – der jedoch im Übrigen die objektive Bedingung der Strafbarkeit als dogmatische Kategorie anerkennt – davon aus, die Strafwürdigkeit könne der Strafbedürftigkeit nicht vorgelagert sein, weil die Bestimmung aller Bestrafungsvoraussetzungen nur mit Blick auf die Notwendigkeit erfolgen könne, „einen Konflikt durch Strafe zu erledigen, also im Blick auf das Strafbedürfnis“.¹⁹⁷⁰ Roxin kritisiert die objektive Bedingung der Strafbarkeit dagegen mit dem Argument, es handele sich letztlich um eine Umgehung des Schuldgrundsatzes; die Beachtung dieses Prinzips führe dazu, dass die von der herrschenden Ansicht aus dem Unrechtstatbestand ausgeschlossenen Merkmale

1968 Mit entsprechenden Bedenken etwa Jakobs AT, 10/5; Vest ZStW 103 (1991), 584, 599 ff.; die objektive Bedingung der Strafbarkeit zumindest im Bereich von §§ 231, 323a StGB gänzlich ablehnend Roxin AT I, § 23 Rn. 7 ff. m.w.N.

1969 Vgl. nur Baumann/Weber/Mitsch AT, § 25 Rn. 3; Maurach/Zipf AT Bd. 1, § 21/15 Rn. 15; Lackner/Kühl Vor § 13 Rn. 30; Eisele in: Schönke/Schröder Vorbem. §§ 13 ff. Rn. 124 f.; abl.: Frister AT, 21/5 ff.; ferner ders. Schuldprinzip, S. 47 ff.

1970 Jakobs AT, 10/5; vgl. auch Frister AT, 21/10.

der gesetzlichen Vorbedingung der Strafbarkeit nur dann zur Geltung kommen können, wenn der Täter zu ihnen in einer Schuldbeziehung steht.¹⁹⁷¹

Frister zieht die Konsequenz aus der Umgehung des Schuldprinzips in anderer Weise, indem er nämlich auch § 323a StGB mit dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit belegt. Der Gesetzgeber habe die Voraussetzungen für eine Strafbarkeit, die sachlich zum Unrechtstatbestand gehören, nur deswegen als objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet, weil er aus kriminalpolitischen Gründen die sich aus dem Schuldprinzip ergebenden Voraussetzungen einer Unrechtszurechnung nicht gelten lassen wollte. Diese legistische Technik¹⁹⁷² – die vom Gesetzgeber nicht nur im Einzelfall angewendet wird¹⁹⁷³ – führe zu einem Verstoß gegen den im Schuldprinzip wurzelnden Zweifelsgrundsatz, den man auch nicht über die Annahme überwinden könne, bereits das im Tatbestand umschriebene Handeln rechtfertige für sich genommen den Strafausspruch.¹⁹⁷⁴ Diese Bewertung des Sich-Betrinkens in § 323a StGB oder des Sich-Beteiligens an einer Schlägerei in § 231 StGB könnte zwar als solches strafbares Unrecht sein. Aber diese Bewertung führe zu einem inneren Widerspruch, wenn die Strafbedürftigkeit verneint werde, da die Notwendigkeit der Zurückweisung des Normwiderspruchs durch das Strafrecht von den gleichen Bedingungen abhängen müsse wie die Gerechtigkeit des Bestrafens.¹⁹⁷⁵

Mit Blick auf diese strafrechtsdogmatischen und verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 130 OWiG ist eine Übernahme der Regelung dieses Lösungsansatzes, trotz der Entschärfung, die Rogalls Lösung über das konkrete Gefährdungsdelikt zu erbringen vermag, in das Kriminalstrafrecht also mit besonderer Vorsicht zu behandeln, wenn auch hier Elemente der bußgeldrechtlichen Haftung des Aufsichtspflichtigen durchaus im allgemeinen Strafrecht verwendbar erscheinen.

1971 Vgl. Roxin AT I, § 23 Rn. 9 ff.

1972 Vgl. hierzu auch Vest ZStW 103 (1991), 584 f., 599 f.

1973 Vgl. zur Umgehung von Beweisproblemen durch Absenkung des Verschuldensmaßstabes von Vorsatz auf Leichtfertigkeit Bülte Geldwäschegesetzgebung, S. 256 ff.; ders. JZ 2014, 603, 606 ff.

1974 Frister AT, 21/10; ders. Schuldprinzip, S. 47 ff.

1975 Frister AT, 21/9.

Teil 2: Vorgesetztenverantwortlichkeit im Europäischen Strafrecht und im Völkerstrafrecht

Nachdem die Ausgangslage im nationalen Strafrecht analysiert wurde, muss im Folgenden die Vorgesetztenverantwortlichkeit im Europäischen und im Völkerstrafrecht in den Blick genommen werden. Die Untersuchung dieser europäischen und internationalen Regelungen zur Vorgesetztenverantwortlichkeit ist erforderlich, weil insbesondere im Wirtschaftsstrafrecht durch die internationalen Verflechtungen eine rein nationale Lösung kein auf lange Sicht sinnvoller Weg sein kann.¹⁹⁷⁶

Im Jahr 1998 – in überarbeiteter Fassung im Jahr 2000 – wurde ein Diskussionsvorschlag eines Allgemeinen Teils für das Europäische Strafrecht betreffend den Schutz der finanziellen Interessen vorgelegt.¹⁹⁷⁷ Dieser von einer Expertengruppe erarbeitete Regelungsentwurf beinhaltet auch eine Vorschrift über die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Entscheidungsträgern oder Aufsichtspersonen, die vorsätzlich oder fahrlässig Straftaten zugunsten von Unternehmen durch deren Mitarbeiter geschehen lassen. Der Entwurf betrifft also unmittelbar den Untersuchungsgegenstand: die Erfassung von Entscheidungs- und Aufsichtsverantwortung ohne unmittelbare Handlungsverantwortung. Er ist im Kontext eines deutschen Wirtschaftsstrafrechts, das aus dem europäischen Kontext nicht mehr herausgelöst werden kann, bei den folgenden Überlegungen zu berücksichtigen. Dies gilt umso mehr, als der Entwurf im Corpus Juris auf der Grundlage einer vergleichenden Studie zu den in Europa bestehenden Strafvorschriften entwickelt worden ist.¹⁹⁷⁸ Hier sind also die gemeinsam Grundlagen des Strafrechts in den Mitgliedstaaten abgebildet. Auch wenn diese Untersuchung nicht das Ziel hat, Strukturen einer Regelung zur Vorgesetztenverantwortlichkeit mit den Mitteln der Rechtsvergleichung zu bestimmen, so sind die in das Corpus Juris eingeflossenen Erkenntnisse dennoch für die Einpassung einer zu schaffenden deutschen Regelung in den europäischen Kontext von großer Bedeutung. Ein Abgleich der hier vorgeschlagenen Regelung mit dem Corpus Juris kann sicherstellen, dass Friktionen mit der kommenden europäischen Rechtsentwicklung vermieden werden und die entwickelten Vorschläge möglicherweise Vorbildcharakter gewinnen oder zumindest Impulsgeber für eine europäische Entwicklung werden können.

¹⁹⁷⁶ Vgl. hierzu auch *Sieber* in: Delmas-Marty, S. 2; vgl. auch den Hinweis von *Neumann* in: Prittitz/Manoledakis, Jahrtausendwende, S. 119, 127.

¹⁹⁷⁷ Zum Charakter des Corpus Juris als Diskussionsentwurf *Sieber* in: Delmas-Marty, S. 3 ff., ferner ders. JZ 1997, 369 ff.

¹⁹⁷⁸ Vgl. *Delmas-Marty* Corpus Juris, S. 43 m.w.N.