

Die Garantenstellung des Betriebsinhabers

Inaugural – Dissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts- und
Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von

Andy Jefferson Carrión Zenteno

Bonn, 2017

Dekan: Prof. Dr. D. Zimmer

Erstreferent: Prof. Dr. Urs Kindhäuser

Zweitreferent: P. D. Dr. Kai Schumann

Tag der mündlichen Prüfung: 19.06.2017

Gliederung

Inhaltsverzeichnis	3
Abkürzungsverzeichnis	6
§ 1 Einführung	9
§ 2 Garantenstellung des Betriebsinhabers	10
I. Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft	10
II. Verantwortung für betriebliche Gefahrenquelle	14
III. Organisationszuständigkeit	16
IV. Zusammenfassung	20
§ 3 Unterlassungsdelikte	20
I. Sanktions- und Verhaltensnormen	20
II. Verbots- und Gebotsnormen	21
III. Echte- und unechte Unterlassungsdelikte	23
IV. Regelungsgehalt des § 13 StGB	24
1. Erfolgsbegriff	25
2. Rechtliche Pflichten	26
3. Verfassungsmäßigkeit der Norm	26
4. Entsprechungsklausel	27
V. Norm- und Pflichtwidrigkeit	28
1. Normwidrigkeit	29
2. Pflichtwidrigkeit	30
§ 4 Ansätze zur Begründung von Garantenpflichten	31
I. Gefahrschaffung	32

II.	Vertrauen	35
III.	Verhaltenserwartung	38
IV.	Herrschaft	44
§ 5 Feststellung der Garantenstellung		48
I.	Systematischer Standort der Gleichstellungsfrage	49
II.	Inhalt der Garantenstellung	53
	1. Gegenstand der Gebotsnorm	53
	2. Die Gefahr als Inhalt der Norm?	54
	3. Erlaubtes Risiko	55
	4. ex-ante Feststellung der Inhaltsnorm?	55
	5. Zusammenfassung	56
III.	Materielle Legitimation einer Garantenstellung	57
	1. Dualistische Konzeptionen	58
	1.1. Kaufmann	58
	1.2. Seelmann	60
	1.3. Schünemann	61
	1.4. Jakobs	61
	1.5. Kindhäuser	62
	2. Stellungnahme	62
§ 6 Begründung der Garantenstellung des Betriebsinhabers		65
I.	Ausgangslage	65
	1. Gleichsetzung von Sach- und Personalgefahren	67
	2. Gefährliche Organisation	70
	3. Gefahrschaffendes Vorverhalten	73
II.	Stellungnahme	77
	1. Ausgangspunkt	77
	2. Organisationszuständigkeit	78
	3. Gefährliche Person?	79
	4. Gefährliche Organisation	80

5. Ingerenz	83
5.1. Personaleinstellung	84
5.2. Gefahrenträchtige Betriebsorganisation	85
Literaturverzeichnis	87

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
ders.	Derselbe
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
Bn.	Band
BT	Besondere Teil
BverGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heißt
f.	folgende (Seite oder Randnummer)
ff.	folgendes (Seiten oder Randnummern)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer´s Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
Hrsg.	Hergestellt
i.d.R.	in der Regel
JA	Juristische Arbeitsblätter
JZ	Juristenzeitung
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
MüK	Strafgesetzbuch, Münchener Kommentar
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NK	Nomos Kommentar
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
RGSt	Entscheidungen des Reichgerichts in Strafsachen
Rn.	Randnummer
S.	Seite
SchwZStR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
u.a.	unter anderem
u.s.w.	und so weiter
vgl.	vergleiche
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer, Strafrecht
z. B.	zum Beispiel
ZStW	Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft

Garantenstellung des Betriebsinhabers

§ 1 Einführung

Die strafrechtliche Verantwortung des Betriebsinhabers ist bis heute ein noch umstrittenes Problem des Wirtschaftsstrafrechts, obwohl dieses Thema schon lange im Schrifttum und in der Rechtsprechung diskutiert wird. Hierbei geht es im Kern um die Frage, ob sich der Geschäftsführer wegen Unterlassens nach § 13 StGB für Straftaten seiner Untergebenen strafbar macht. Im Allgemeinen handelt es sich um ein Problem der Garantenstellung³, welche ebenso ein ungeklärtes Problem des Strafrechts darstellt. *Roxin* bezeichnet diese Problematik sogar als „das heute noch umstrittenste und dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils“⁴. Die Ursache dieser Aussage liegt darin, dass die „bedenklich offene Formulierung“⁵ des § 13 StGB nicht sagt, wann jemand „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“. Folglich steht also nicht im Gesetz, unter welchen Voraussetzungen der Täter als Garant zur Abwendung des Erfolgs verpflichtet ist.⁶

Trotz dieser grundlegenden und noch nicht ausführlich beantworteten Problematik, haben sowohl die Rechtsprechung⁷ als auch die überwiegende Literatur⁸ im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts die Garantenstellung des Betriebsinhabers zur

³ Schon die Terminologie ist umstritten. Manche sprechen von Garantenpflicht als Oberbegriff und ⁴ *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 2.; *Pawlik*, FS-Roxin zum 80. Geburtstag, S. 931 ff.; auch *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 26, hat die Bestimmung des Garanten als „[...] eine der schwierigsten Aufgaben der Dogmatik des AT [...]“ beurteilt.

⁵ So *Kühl*, Strafrecht AT, 2012, § 18 Rn. 41.

⁶ *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 2.

⁷ RGSt 24, 252 (254 f.); 33, 261 ff.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 ff.); 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 f.); 37, 106 (123 f.); BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 Rn. 13.

⁸ *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, S. 25 ff.; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, S. 275 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 36; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 36; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 63; *Rogall*, ZStW 98 (1986), 613 ff.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 101 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137; *ders.*, JR 2012, S. 307; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2014, § 5 Rn. 289 ff.; *Schall*, FS-Rudolphi, S. 267 ff.; *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 142 ff.; *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 140 ff.; ablehnend: *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, S. 241 ff.; *Schubarth*, SchwZStR, 1976, S. 385 f.

Verhinderung von Straftaten Untergegebener anerkannt. Während die Rechtsprechung die Theorie der Allzuständigkeit und der Generalverantwortung der Unternehmensleitung entwickelt hat,⁹ welche ihr eine flexible Reaktion auf alle möglichen Fallgestaltung erlaubt,¹⁰ nimmt die herrschende Literatur eine auf betriebsbezogene beschränkte Geschäftsherrenhaftung an¹¹. Diese Ansätze bieten allerdings keinen ausreichenden Haftungsgrund einer Garantenstellung des Betriebsinhabers an.

Aus all diesen Gründen soll im Folgenden untersucht werden, ob sich die Garantenstellung des Betriebsinhabers auf ein anderes und einheitliches Kriterium stützen lässt, das auch in der Lage ist, die kritischen Aspekte der Theorien zu überwinden. Dadurch soll ein Beitrag zur Formulierung der Geschäftsherrenhaftung im Zusammenhang mit der Normtheorie erstellt werden.

§ 2 Garantenstellung des Betriebsinhabers

Da die vertretenen Ansätze von Garantenpflichten des Betriebsinhabers vielfältig sind, werden wir nur die gängigsten Legitimationsmodelle kritisch erörtern. Die Unterteilung der Garantenstellung in Pflichten aus Gesetz, Vertrag,¹² Ingerenz¹³, oder

⁹ RGSt 24, 252 (254 f.); 33, 261 ff.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 ff.); 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 f.); 37, 106 (123 f.); BGHSt 57, 42. In Bezug auf die Garantenstellung des Compliance-Officers, BGHSt 54, 44 ff. Jüngst und ausdrücklich über Geschäftsherrenhaftung, BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 Rn. 13: „[...] aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter [kann sich] je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.“

¹⁰ *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, S. 322.

¹¹ *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, S. 25 ff.; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, S. 275 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 36; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 36; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 63; *Rogall*, ZStW 98 (1986), S. 613 ff.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 101 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137; *ders.*, JR 2012, S. 307.

¹² *Feuerbach*, Lehrbuch, § 24: „Weil aber die ursprüngliche Verbindlichkeit des Bürgers nur auf Unterlassungen geht; so setzt ein Unterlassungsverbrechen immer einen besonderen Rechtsgrund, (Gesetz oder Vertrag) voraus, durch welchen die Verbindlichkeit zur Begehung begründet wird. Ohne diesen wird man durch Unterlassung kein Verbrecher.“

¹³ Die Rechtspflicht aus vorangegangenem gefährdeten Tun (Ingerenz) wurde von dem Rechtsgericht gefügt, RGSt 24, 339 f.; 64, 273 (276).

Lebensgemeinschaft¹⁴ sowie die von *Kaufmann* begründete Unterscheidung in Beschützer- und Überwachergarant¹⁵ sollen außer Acht gelassen werden. Dies erscheint deshalb angebracht, weil mit der sogenannten Formellen Rechtspflichtlehre allerhöchstens eine Katalogisierung der Garantenpositionen ermöglicht wird, nicht aber der Grund der Garantenstellung genannt ist.¹⁶ Auch die Funktionslehre hilft deshalb nicht, weil sie nichts über den Grund, Inhalt und Umfang der jeweiligen Pflichten aussagt und sich Pflichten sowohl zum Schutz eines Rechtsguts wie auch zur Sicherung einer Gefahrenquelle, aufgrund des Mangels an Klarheit, beliebig austauschen lassen.¹⁷

Im Folgenden werden sich unsere Überlegungen auf drei Konzeptionen der Garantenstellung des Betriebsinhabers konzentrieren, die versucht haben, einen materiellen Haftungsgrund der Strafrechtlichen Verantwortung zu begründen. Dabei handelt es sich um innerbetriebliche Weisungs- und Autoritätsverhältnisse, Herrschaftsverhältnisse über die Gefahrenquelle und organisatorische Zuständigkeiten.

I. Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft

Die Frage nach der Garantenstellung des Betriebsinhabers wird teilweise auf die Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft gestützt. Diese Theorie, die von *Schünemann*¹⁸ entwickelt worden war, wird aus dem Herrschaftsprinzip¹⁹ als übergeordnete materiale Richtlinie²⁰ hergeleitet.

¹⁴ Siehe RGSt, 66, 71 (73); RGSt 69, 321 (322 f.); 74, 309 (310 f.).

¹⁵ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, S. 283. „Die Verteidigungsaufgabe des Garanten kann in zwei Richtungen gehen: Einmal kann das Gebotssubjekt ‚aus Posten gestellt‘ sein zum Schutze eines ganz bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung [...]. Zum anderen kann die Garantenposition in der Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle bestehen, gleichgültig, welchen konkreten Rechtsgütern im einzelnen aus dieser Quelle Gefahren drohen.“

¹⁶ Vgl. *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 50.

¹⁷ Vgl. *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 43. Es ist bekannt das dargestellte Beispiel von *Jakobs*, um die Unterteilung der Garantenstellungen in Frage zu stellen, Strafrecht AT, §29 Rn. 27: „Ist der Bademeister Beschützer der Gäste vor den Gefahren des Wassers oder Überwacher dieser Gefahr?“.

¹⁸ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 95 ff.; *ders.* ZStW 96 (1984), S. 318; *ders.* wistra 1982, S. 43.

¹⁹ Im ähnlicher Weise stützen sich auch auf der Herrschaftsgedanke um eine Garantenstellung des Betriebsinhabers zu begründen: *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996; *Bottke*, Haftung aus

Weil die von *Kaufmann* dargestellte Unterscheidung zwischen Beschützer- und Überwachergarant²¹ aufgrund der bloßen (deskriptive) Umschreibung nicht überzeugt, fordert *Schünemann* die Unterteilung der Garantenstellung anhand der „Erfolgsursache“ und der „Hilfslosigkeit des Opfers“²².

Im Rahmen eines Unternehmens kommt eine Garantenstellung von Unternehmensorganen grundsätzlich in zweierlei Hinsicht in Betracht: Zum einen in Form der „Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen“, zum anderen in Form der „rechtlichen Befehlsgewalt“²³ über die Arbeitnehmer“.²⁴

Schünemann begründet die erste Kategorie mit dem Gewahrsam der Sache. Wer also die unmittelbare Herrschaft über die Sache – als Sachnächster- ausübt, besitzt die „primäre Garantenstellung“. Der Hintermann, der die unmittelbare Befehlsgewalt über die Sache innehat, begründet eine „sekundäre Garantenstellung“.²⁵ Da die komplexe Organisation des Betriebes zu einer Abnahme der Intensität der Befehlsgewalt führt, treffen den übergeordneten Hintermann die Aufsichts-, Koordination- und Kontrollpflichten. „Wissen wird hier zur Macht, Macht zur Garantenpflicht und die Nichtausübung dieser Herrschaft bedeutet dann auch eine Verletzung der Garantenpflicht“.²⁶

Die Kategorie der rechtlichen Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer ergibt sich aus dem „Direktionsrecht“ des Arbeitgebers sowie aus dessen „überlegenden Informationsfundus“. Die Herrschaft der Unternehmensorgane konzentriert sich teilweise auf das „größere Wissen“, das im Einzelnen vielfältig differenziert sei. Eine ähnliche Struktur liegt auch der Befehlsgewalt zugrunde, denn „wie wir nunmehr wissen, manifestiert sich diese „Zwangsherrschaft“ nicht nur in einer direkten

Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, 1994, *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen.

²⁰ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 229.

²¹ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 88 f.

²² *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 89.

²³ So auch jüngst *Hoyer*, in: Amelung (Hrsg.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 23 ff.

²⁴ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 95.

²⁵ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 97 f.

²⁶ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 98.

Ausübung des Direktionsrechts, sondern in viel wirksamer Weise in dessen institutionalisierten Formen“.²⁷

Die logische Konsequenz von *Schünemanns* Herrschaftsgedanken zwingt ihn zur Ablehnung einer Garantenstellung aus Ingerenz, denn mit dem Verlust der Herrschaft bricht der Täter alle Garantenpflichten ab.²⁸ Neuerdings hat sich *Schünemann* aber explizit von dieser ursprüngliche Fassung distanziert und mit Hilfe des von ihm dargestellten Kriteriums der „Herrschaft über die partielle Hilfslosigkeit des Opfers“ eine Garantenstellung aus Übernahme anerkannt. In der Lederspray-Konstellation²⁹ besteht also eine Produktbeobachtungspflicht als Voraussetzung einer Garantenstellung darin, „[...]“, dass der Produzent gegenüber dem Kunden genau dies zu tun verspricht und der Kunde sich darauf verlässt, dass er nicht anders als der Patient gegenüber dem Hausarzt oder der Kraftfahrzeug gegenüber der Werkstatt die Sorge für die Gefahrlosigkeit des Produkts [...] in die Hände des Produzenten legt“³⁰.

Kritik

Mit seiner Garantenstellung aufgrund tatsächlicher Herrschaft ist *Schünemann* auf heftige Kritik gestoßen.³¹ Der Tatherrschaftstheorie ist es nicht gelungen, als tragender Gedanke sowohl bei Begehungs- als auch bei Unterlassungsdelikte zu überzeugen.³²

Was den Herrschaftsgedanken im Unternehmensbereich betrifft, kann das Kriterium der „Oberherrschaft über gefährliche Sachen und Verrichtungen“ eine Garantenstellung des Betriebsinhabers nicht begründen. Allein schon der Umstand, dass bei höchst komplexen Unternehmensstrukturen eine Befehlsgewalt des

²⁷ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 102 f.

²⁸ *Schünemann*, GA 1974, S 231 ff.; *ders.*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 99, in den Fälle der Produkthaftung, in denen die Schädlichkeit der vertrieben Gegenstände erst erkennbar sind als sie schon in Verkehr gebracht worden sind, „[...]“ so kann die im Zivilrecht bejahte Pflicht zum Rückruf der bereist vertrieben Sache nicht mit einer strafrechtlichen Garantenpflicht gleichgesetzt werden, weil ihr keine fortbestehende Sachherrschaft mehr korrespondiere.“

²⁹ BGHSt 37, 106 ff.

³⁰ *Schünemann*, FS-BGH IV, S. 640.

³¹ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 192 ff. *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, S. 69 ff.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 140 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 28 in Fn. 53.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 351 f.; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 117 f.

³² Jüngst *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, S. 21 ff.

„Hintermannes“ - sowohl über die Sache als auch über den „Sachnächsten“ – ausgeübt wird, führt dennoch nicht zu einer Verpflichtung seinerseits, eine mögliche Straftat verhindern zu müssen. Außerdem fehlt eine Erklärung dafür, warum sich „Wissen“ zwingend in „Herrschaft“ verwandelt. Die moderne Dezentralisierung des Unternehmens hat jedoch gezeigt, dass derjenige, der das „Wissen“ innehat, nicht unbedingt dazu befähigt sein muss, die Herrschaft über die Sache auszuüben.

Fragwürdig ist ebenso das Kriterium der rechtlichen Befehlsgewalt über die Arbeitnehmer. Damit wird in Wirklichkeit eine strafrechtliche Verhinderungspflicht aus der faktischen Position des Betriebsinhabers im Unternehmen hergeleitet. Hier bleibt ungeklärt, wie aus dem Direktionsrecht zwingend eine strafbewehrte Pflicht entstehen soll, eine Straftat zu verhindern. *Schünemann* orientiert sich zur Begründung der Verantwortung ausschließlich an einer formal bestehenden Kompetenz und am Weisungsrecht.³³

Selbst *Roxin* kritisiert diese Auffassung unter drei Gesichtspunkten: „[...] Erstens beruht die Straftat des Untergebenen, für die der Geschäftsherr zur Verantwortung gezogen werden soll, gerade nicht auf einer Herrschaftsgewalt des Betriebsleiters, sondern auf deren Versagen, d.h. auf der Wirkungslosigkeit seiner Anordnungen. Zweitens kann eine Unterlassung von vornherein keine Herrschaft begründen; diese setzt die tatmächtige Steuerung eines Kausalverlaufs voraus. Und drittens ist unbestritten, dass aus dem Weisungsrecht auch im Rahmen eines Betriebes nicht ohne Weiteres Erfolgsanwendungspflichten erwachsen.“³⁴

Was die Ingerenz anbelangt, stützt sich *Schünemann* auf die „berechtigte Erwartung“ des Verbrauchers, um eine Garantenstellung des Produzenten zu begründen. Damit verabschiedet er sich aber endgültig von dem Herrschaftsgedanke bei den Produkthaftungsfällen, denn es besteht hierbei keine Herrschaftsbeziehung mehr zwischen dem herstellenden Unternehmen und dem in Verkehr gebrachten Objekt.

II. Verantwortung für betriebliche Gefahrenquelle

³³ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 172.

³⁴ *Roxin*, FS-Beulke, S. 244.

Nachdem sich die Befehlsgewalt und die Organisationsherrschaft als unzureichende Begründungskriterien zur Verantwortung aus Unterlassung des Betriebsinhabers herausgestellt haben, gelangt *Heine* in seiner Habilitationsschrift zur Ansicht, dass eine Garantenstellung aufgrund besonderer Gefahrenquelle in Betracht kommen könnte.

Seiner Meinung nach, verpflichtet die Schaffung eines Betriebes den Geschäftsherrn dazu, das besondere betriebliche Gefahrenpotential zu überwachen, sodass sich dieses nicht in eine Schädigung rechtlich geschützter Interessen realisieren kann. Dafür muss der Inhaber den Umgang mit gefährlichen Einrichtungen und Anlagen, Produktionsprozessen und –mitteln so konzipieren und organisieren, dass keine Rechtsgutsverletzungen eintreten. Daraus folgen auch die kontinuierliche Kontrolle und gegebenenfalls die Ergreifung von Sicherungsmaßnahmen.³⁵

Heine leitet die Garantenpflicht aus eigenständigen kernstrafrechtlichen Überlegungen her. Damit will er den von ihm für Wesentlich gehaltenen Leitgesichtspunkt weiterentwickeln. Es kommt hierbei also ein „funktionaler Delegationsfehler“ in Betracht, wenn das Sicherheitsniveau durch Delegation erheblich vermindert wird. Die Kontrolle der Delegation kann wiederum persönlich oder durch Operationalisierungsprozesse erfolgen. Daraus könnten sich „funktionale Kontrollfehler“ ergeben. „Funktionale Organisationsfehler“ kommen nur dann in Frage, wenn die Konzernleitung nicht der Pflicht nachkommt, bei der Organisation und Koordination des Unternehmens spezifischen Gefährdungen (Organisatorisch-Konzeptionell, Strategisch) entgegenzuwirken.³⁶ Allgemein verdeutlicht: „[...] Je weniger lokalisierbar und je bedrohlicher die Gefahrenquelle ist, je umfangreicher sich die Tragweite von Entscheidungen darstellt, desto eher verbleibt die Verantwortung in der Konzernspitze – und umgekehrt“.³⁷

Um den Pflichtenkreis weiter zu präzisieren, konzentriert sich *Heine* vor allem auf den Bereich „höherer“ Verantwortung. Die strikte Beachtung der rechtlichen Vorgaben, die gefährliche Einrichtungen und Produktionsprozessen regeln und insbesondere durch behördliche Entscheidungen im Einzelfall konkretisiert werden, führe zu einer weitreichenden Haftungserleichterung. Allerdings sei unzweifelhaft, dass die

³⁵ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 120 f.

³⁶ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 124 f.

³⁷ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 125.

eigentlichen Urheber der Gefahren nicht aus ihrer Letztverantwortung entlassen werden können.

Kritik

Im Grundsatz stellt die Theorie von *Heine* eine Neuformulierung des Herrschaftsprinzips dar. Zwar wird das Leitungsorgan aufgrund der Herrschaft über die Gefahrenquelle dazu verpflichtet, das Unternehmen unter Kontrolle zu halten. Infolgedessen leidet diese Lehre aber wie die Herrschaftstheorie an einem grundsätzlichen Mangel. Allein das objektive Defizit der Tatmacht eines Leitungsorgans für die Organisation und Kontrolle einer dezentralisierten Abteilung des Unternehmens³⁸ zeigt, dass sich die „höhere“ Verantwortung nicht aus faktischen Faktoren begründen lässt.

Nicht überzeugend ist ebenso die Ansicht, dass bei wachsender Komplexität des Unternehmens die Verantwortung in der Konzernspitze verbleibt. Aus dieser zirkulären Überlegung folgt das unbefriedigende Ergebnis, dass sich die Unternehmensleitung solange sie die Maßnahmen für das Risikomanagement nicht ergriffen hat, für alle aus dem Unternehmen begangenen Delikten, die aus dem eigenständigen Strafrecht stammen, verantwortlich macht. Dadurch wird aber die normative Korrespondenz zwischen der Unterlassungshandlung und dem Erfolg übersehen und eine strafrechtliche Haftung allein aufgrund des bloßen mangelnden Risikomanagements eines Unternehmens begründet.

Fraglich ist zudem, ob die Suche nach den „eigentlichen Schuldigen“ zwingend die Unternehmensleitung erreichen muss. *Heine* erkennt zutreffend, dass die Rechtsgutferne, Dezentralisierung und Kompetenzaufteilung in Großbetrieben zu einer Verflüchtigung individueller Verantwortung führt, somit strafbegrenzend wirkt.³⁹ Zweifelhaft ist aber, dass er trotz dieser Erkenntnis „ein besonderes

³⁸ Ähnlich *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, S. 202: „[...] fehlt es aber im Großunternehmerischen Kontext darüber hinaus an einer unmittelbar und kurzfristigen Beeinflussungsmöglichkeit.“

³⁹ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 100.

Gefahrenmanagement zwangsläufig bei den Führungsorganen⁴⁰ ansiedeln will.⁴¹ Zu Recht hat auch *Walter*⁴² hiergegen eingewendet, dass es vielleicht gar keinen tragenden Grund gebe, das Unternehmen haften zulassen, wenn durch zunehmende Rechtsgutsferne weit vorgreifender Tatbestände deren individueller Unrechtsbezug schwinde.

III. Organisationszuständigkeit

Auch *Jakobs* geht davon aus, dass die von *Kaufmann*⁴³ begründete Unterscheidung in Beschützer- und Überwachergaranten weder einen befriedigenden Haftungsgrund der Garantenstellung noch eine systematische Konsequenz für deren Einteilung darstellt⁴⁴. Daher legt er ein neues dualistisches Modell vor, welches auf das „Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung“⁴⁵ abstellt. Dementsprechend orientieren sich Pflichten kraft Organisationszuständigkeit an der Vermeidung rechtgutsverletzender Außenwirkungen des eigenen Organisationskreises des Täters.⁴⁶ Die Pflicht aus institutioneller Zuständigkeit stammt aus einer institutionell abgesicherten Solidarität, die für den gesellschaftlichen Bestand von elementarem Gewicht sei.⁴⁷ Hiernach wird auch die Unterscheidung zwischen Begehung und Unterlassung relativiert: *„Begehungs- wie Unterlassungsdelikte kennen also einerseits eine Haftungsbegründung durch Organisationszuständigkeit und andererseits eine solche durch institutionelle Zuständigkeit; daraus erhellt, dass die Trennung Begehung – Unterlassung nur eine von mehreren möglichen Schnitten durch den Komplex des überhaupt objektiv Tatbestandmäßigen verfolgt.“*⁴⁸, so *Jakobs*.

Bei der Garantenpflicht kraft Organisationszuständigkeit, die für die Verantwortung der Unternehmensleitung eine besondere Bedeutung hat, geht es um die Sicherung

⁴⁰ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 125.

⁴¹ Zuerst *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, S. 204.

⁴² *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 65.

⁴³ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 283.

⁴⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 27.

⁴⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 58.

⁴⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 29 ff.

⁴⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 57 ff.

⁴⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 7 Rn. 71 (Kursiv im Original); *ders.* Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung, S. 20.

einer Gefahrenquelle. Hierzu gehören die Verkehrspflichten, Pflichten aus Ingerenz (vorangegangenes Tun) und Pflichten aus Übernahme.⁴⁹ Grund der Verkehrspflichten seien „[...] die Zuständigkeit des Organisators für die innere Organisation unter Ausschluss der Zuständigkeit der in ihren Gütern bedrohten Personen“⁵⁰.

Die Ingerenz gehe „[...] im Bereich der Sicherungspflichten in den Verkehrspflichten auf: Das Vorverhalten ist ein Gefahr auslösender Organisationsakt, der den Inhaber des gefährlich gewordenen Organisationskreises zur Sicherungsverpflichtet“⁵¹. Nach *Jakobs* wird allerdings die Ingerenz nicht nur durch ein rechtwidriges Vorverhalten begründet, sondern auch durch Sonderrisiken⁵². Bei der Pflicht aus Übernahme „muss der Täter für die Konsequenzen seines Organisationsverhaltens, nämlich für den Fortfall einer bislang bestehenden Sicherung, eintreten“⁵³.

Was die Geschäftsherrenhaftung angeht, lehnt *Jakobs* zu Recht eine Garantenstellung aufgrund der Gewalt über andere Personen ab: Der „[...] Inhaber eines Betriebs hat bezüglich des Verhaltens seiner Mitarbeiter kein Gestaltungsrecht; vielmehr kann jeder Mitarbeiter, so er die arbeitsrechtlichen Konsequenzen in Kauf nimmt, die Tätigkeit für den Inhaber einstellen.“⁵⁴ Stattdessen bejaht er die Pflicht des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Straftaten oder sonstiger gefährdender Verhalten seiner Untergebener durch Kollusion und durch gefährliche Sachen des Unternehmens. Da „[...] die Handlungen im Rahmen des Betriebs stets auch Handlungen im Organisationskreis des Inhabers sind [...]“, haftet der Betriebsinhaber weiterhin „[...] für die durch das Verhalten bewirkte Ausgestaltung seines eigenen Organisationskreises“⁵⁵.

Kritik

⁴⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 30 ff.

⁵⁰ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 30; *ders.* System der Zurechnung, S. 36.

⁵¹ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 31.

⁵² Unter Sonderrisiken versteht *Jakobs*, System der Zurechnung, S. 37, ein „[...] erlaubtes Verhalten, für dessen Konsequenzen der Sich-Verhaltende die ‚kosten‘ tragen muss [...], nämlich dann, wenn das Verhalten ein höheres Risiko birgt als das unumgehbare alltägliche Verhalten und zugleich der Gefährdete die ihm seinerseits obliegenden Schutzmaßnahmen getroffen hat.“

⁵³ *Jakobs*, System der Zurechnung, S. 38.

⁵⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 36.

⁵⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 36.

Fragwürdig ist, ob das Synallagma von Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung als Stützpunkt für die Begründung einer strafrechtlichen Verantwortung fungieren kann. Dass in einer liberalen Gesellschaft derjenige, der in die Rechtssphäre anderer eingreift, zur Verantwortung gezogen wird, besagt nicht, dass die Rechtsfolge einen strafrechtlichen Charakter haben muss. Gegen seinen liberalen Ansatzpunkt verstößt *Jakobs* selbst, als er aus dem oben genannten Synallagma eine „positive“ Pflicht zu tätiger Hilfe für andere legitimiert. Denn eine solche Hilfspflicht lässt sich nicht mit dem Freiheit des Einzelnen vereinbaren, sondern nur mit dem verdeckten moralischen Gedanken der Solidarität.

Auch die dargestellte Unterscheidung der Haftung in Pflicht kraft Organisationszuständigkeit einerseits und Pflicht kraft institutioneller Zuständigkeit andererseits, ist insofern fragwürdig, als sie nicht mit der Unterscheidung zwischen Verbot und Gebot übereinstimmt.⁵⁶

Nach *Jakobs* ergibt sich aus der Organisationszuständigkeit nicht nur das Verbot andere zu verletzen, sondern auch das Gebot, Verletzung anderer zu verhindern, mit der Folge, dass auch ein Begehungstäter Garant sein muss.⁵⁷ Als Erklärung dafür bildet *Jakobs*⁵⁸ das folgende Beispiel: „Die Blumen auf einem tiefer gelegenen Grundstück in trockener Gegend verdorren (§303 StGB), wenn auf dem höher gelegenen Grundstück die Berieselungsanlage, deren Sickerwasser das tiefere tränkt, abgeschaltet wird.“⁵⁹ Daraus lässt sich aber eine Garantenstellung des Eigentümers deshalb nicht entnehmen, weil der Inhaber des betroffenen Grundstücks keines subjektives Recht gegenüber dem Besitzer hat, dass das Abstellen des Wasser verbietet. Zu Recht betont *Haas*, dass die Entscheidung des Eigentümers des höhergelegenen, dem darunterliegenden Grundstücks Wasser durch das Anstellen der Berieselungsanlage zur Verfügung zu stellen, sei eine freie Entscheidung, die nicht rechtlich gefordert

⁵⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 7 Rn. 71; *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassung, S. 20.

⁵⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 7 Rn. 58: „*Im Ergebnis muss also nicht nur der Unterlassungstäter, sondern auch der Begehungstäter ein Garant sein, wenn er aus einem Begehungs-Erfolgssdelikt haften soll*; nur ist der Begehungstäter in den meisten Fällen, die praktisch erörtert werden, schon seiner Begehung wegen Garant (Organisationszuständigkeit), aber eben nicht prinzipiell.“ (Kursiv im Original).

⁵⁸

⁵⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 7 Rn. 61

werde⁶⁰. Auch *Ast* wendet ein, dass dieser Fall nur unter den Voraussetzung des § 13 StGB postuliert sei, denn das Verbot des Abstellens impliziert ein Gebot des Weiterbetriebs der Berieselungsanlage. Da der Besitzer nicht Garant sei, komme nicht eine Unterlassungsdelikte in Betracht.⁶¹

Die Theorie von *Jakobs* sprengt die kategoriale Trennung von Verbot und Gebot, die nicht von einer theoretischen Konstruktion, sondern von der Konstitution der verschiedenen Normarten gefordert wird.⁶²

Hinsichtlich der Geschäftsherrenhaftung gleicht *Jakobs* die Handlung des Inhabers mit den Handlungen im Rahmen des Betriebes aus, sodass der Inhaber sich für die durch das Verhalten bewirkte Ausgestaltung seines eigenen Organisationskreises verantwortlich macht. Hiergegen ist zuerst einzuwenden, dass der von *Jakobs* dargestellte Begriff des Organisationskreises zu weitgehend ist, weil der Betriebsinhaber dadurch zum Garant für alle aus dem Unternehmen begangenen Delikten wird und zur Verantwortung gezogen werden kann. Wie die Organisationszuständigkeit des Inhabers abgegrenzt wird, ist auch eine weitere ungeklärte Frage. Deshalb trifft die Kritik von *Haas* zu, „[...] dass der Umfang der Organisationszuständigkeit eines Normadressaten nicht begrifflich fixiert wird, sondern im Ergebnis – trotz der anspruchsvollen systemtheoretischen Einkleidung- der puren Intuition überlassen.“⁶³

IV. Zusammenfassung

Nach der Erörterung der Theorien zur Garantenstellung des Betriebsinhabers kann man feststellen, dass sie begrifflich unbestimmt formuliert sind. Während die Organisationsherrschaft nicht in der Lage ist, die Fälle der Ingerenz aufzuklären, bleibt

⁶⁰ *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 188 ff.

⁶¹ *Ast*, Normtheorie und Strafrechtsdogmatik, S. 147.

⁶² *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, S. 142, fügt zutreffen ein: „Durch die Einbeziehung des Begehungstäters in die Garantenformel wird § 13 StGB zur ‚Grundnorm‘ erweitert und der bisher einigermaßen einheitlich verwendete Garantenbegriff wird in ‚seiner Bedeutung entwertet und untergraben“.

⁶³ *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 51.

bei der Theorie der rechtlichen Befehlsgewalt erklärungsbedürftig, warum aus der faktischen Position des Betriebsinhabers eine Verhinderungspflicht entstehen soll. Auch wenn die Garantenhaftung sich auf das Kriterium der Gefahrenquelle stützt, wie es *Heine* dargestellt hat, so ist vor allem fragwürdig, warum das objektive Defizit der Tatmacht für die Organisation und Kontrolle der Unterlassungsverantwortung in der Konzernspitze verbleiben soll, wenn sich die „höhere“ Verantwortung nicht aus faktischen Faktoren begründen lässt. Die Ansicht von *Jakobs* ist ebenso zu kritisieren, denn der Ausdruck „Organisationszuständigkeit“ ist so unklar formuliert, dass dadurch der Betriebsinhaber praktisch Garant für alle Delikte aus dem Unternehmen wäre.

Um die Frage der Garantenstellung des Betriebsinhabers beantworten zu können, muss man den Unbestimmtheitsvorwurf durch ein richtiges Verständnis der Unterlassung beseitigen, das es ermöglicht, die Pflichten des Betriebsinhabers zu präzisieren und abzugrenzen. Im Folgenden soll deshalb zuerst der Dogmatik der Unterlassung nachgegangen werden, bevor wir uns näher mit der Geschäftsherrenhaftung beschäftigen.

§ 3 Unterlassungsdelikte

I. Sanktions- und Verhaltensnormen

Dass die Strafgesetze sich als Verhaltens- und Sanktionsnormen formulieren lassen⁶⁴, ist seit *Binding* allgemein anerkannt. Beide Normarten enthalten Regeln, die in Bezug auf ihren Charakter zu konstruieren sind: Während die Verhaltensnorm⁶⁵ bestimmt, ob ein Verhalten verboten, geboten, erlaubt oder freigestellt ist, bestimmen die Sanktionsnormen, wann eine Person an eine Verhaltensnorm gebunden ist.⁶⁶ Die Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm gewinnt an Bedeutung, wenn sie mit dem Verhältnis zwischen primärer und sekundärer Regel konfrontiert wird. Die primäre Regel stützt sich auf Verhaltensnormen und bestimmt, wann ein

⁶⁴ In ähnlicher Weise wird von einigen Autoren postuliert, dass die Normen des Strafrechts Bestimmungs- und Bewertungsnormen enthalten, siehe *Roxin*, Strafrecht AT I, § 10 Rn. 93; *Tiedemann*, Tatbestandfunktionen in Nebenstrafrecht, S. 194 f.

⁶⁵ *Binding*, Normen, Bd. I, S. 4 ff.

⁶⁶ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 13; *Toepfel*, Grundstrukturen des Sachverständigenbeweis im Strafprozeßrecht, S. 28; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 27; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 511.

Verhalten rechtswidrig ist. Die sekundäre Regel identifiziert sich hingegen mit den Sanktionsnormen und nennt die Bedingungen der Zuschreibung von Verantwortung des Verhaltens.⁶⁷

Mit seinem rechtswidrigen Verhalten erklärt der Täter, dass er die Norm nicht befolgen will. Er erklärt also, dass für ihn die Norm nicht gilt. Nach dieser Auffassung ist die Straftat eine „[...] Desavouierung einer Norm, die Kriterium rechtlich richtigen Verhalten ist“⁶⁸. Die Aufgabe des Strafrechts ist auf den Normbruch mit einem Strafe zu reagieren, damit die Norm ihre Geltung und ihre Anerkennung nicht verliert.⁶⁹

II. Verbots- und Gebotsnormen

Wie schon dargelegt wurde, können die Verhaltensnormen in Verbots-, Gebots-, Erlaubnis- und Freistellungsregeln eingeteilt werden. Diese Regeln, die sich mit verschiedenen Funktionen identifizieren, lassen sich allerdings nicht auf derselben Ebene der Straftat konstituieren. Nach der Gestaltungs- und der Maßstabsfunktion der Verhaltensnormen werden die Gebots- und Verbotsnormen Verpflichtungsgründe darstellen, Erlaubnis- und Freistellungsnormen hingegen Rechtfertigungsgründe⁷⁰. Aus der Einteilung der Normarten ergibt sich die theoretische Struktur, dass das Gebot eine Unterlassung untersagt, und das Verbot ein Tun. Damit wird zwar die strenge Trennung von Verbots- und Gebotsnormen gefordert, aber noch nicht das entscheidende Problem von ihrer normtheoretischen Abgrenzung gelöst, die eine bedeutende Rolle für die Bestimmung der Unterlassungsdelikt spielt.

Man muss sich zuerst bewusst machen, dass mit Hilfe der deontischen Operatoren sowohl Verbote in Gebote als auch umgekehrt, Gebote in Verbote, ineinander transformiert werden können⁷¹. Daraus ergibt sich jedoch eine formelle Bezeichnung der Normcharaktere, womit der Grund für die Unterlassung oder das Tun einer Handlung nicht definiert werden kann. *Vogel* hat zu Recht darauf hingewiesen, dass

⁶⁷ *Kindhäuser*, in: Harald Koch (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?, S. 80; *Hruschka*, Strafrecht, S. 424 ff.

⁶⁸ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 13; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 28.

⁶⁹ *Freund*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 10, *Jakobs*, Strafrecht AT, § 1 Rn. 9 ff.

⁷⁰ *Mañalich*, Nötigung und Verantwortung, S. 28; *Hruschka*, Rechtstheorie 22 (1991), S. 450.

⁷¹ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 3 ff.

die Pflicht, eine Handlung zu unterlassen, in einem bestimmten Kontext verlangen kann, etwas anderes zu tun, nicht bedeutet, dass der Grund dieser Pflicht ein Gebot ist⁷². Auch die Erfüllbarkeit eines Gebotes kann unter individuellen Umständen eine Unterlassung benötigen, ohne zu bedeuten, dass eine Verbotsnorm in Frage gestellt wurde.

Die Feststellung der Verbots- und Gebotsnorm, die auf einer abstrakt-generellen Ebene erfolgt, wird von der Beschreibung des Tatbestands bedingt. Diese Kernaussage lässt sich allerdings nicht so interpretieren, dass die Norm explizit das Ver- oder Gebot eines Verhaltens signalisiert. Denn die Bildung der Verhaltensnorm ergibt sich erst in kontradiktorischer Formulierung aus den gesetzlichen Deliktstatbeständen, die bei dem Verbot als Gegenstand des beschreibenden Tatbestands ein positives Tun untersagt und beim Gebot eine Unterlassung. Die abstrakt-generelle Feststellung der Verhaltensnorm wird dennoch von einer individuellen Kategorie gefolgt, in der es konkretisiert wird, ob die Unterlassungs- oder Handlungspflicht eine personale Bindung an die Normadressaten konstituiert⁷³. Anhand dieser Grundstruktur lässt sich die Kongruenz zwischen Norm und Pflicht verdeutlichen: Ist die in Frage stehende Norm ein Gebot, so ist ein von der Handlungspflicht verlangtes Tun vorzunehmen. Ist die Norm ein Verbot, so ist das von der Unterlassungspflicht verlangte Bedingen des Erfolges durch ein Tun zu unterlassen⁷⁴.

Dass die Identifikation von Verbots- und Gebotsnormen in einigen Fallkostellationen Schwierigkeiten bereiten, weil die Pflicht in der konkreten Situation sowohl durch ein positives Tun als auch durch eine Unterlassung erfüllt werden kann, kann nicht geleugnet werden. Das ist z. B. der Fall, in dem ein Autofahrer aktiv Gas gibt oder es unterlässt, das fahrende Auto zu bremsen, um einen Passant zu überfahren⁷⁵. Hierbei hängt die Bestimmung der Verhaltensnorm nicht von der letztmöglichen Erfolgsabwendungshandlung ab, die sich in diesem Kontext einfach austauschen lässt, sondern von dem, was der Täter verursacht hat: ihm ist es verboten die Tötung eines

⁷² *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 95.

⁷³ Aus dieser grundlegenden Konzeption ergibt sich eine weitere Präzisierung der Grundunterscheidung zwischen Norm- und Pflichtwidrigkeit: Normwidrigkeit ist eine objektive, Pflichtwidrigkeit eine personale Kategorie. *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 43

⁷⁴ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 53.

⁷⁵ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, S. 25, *ders.*, AT, § 7 Rn. 56; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 240.

Menschen zu verursachen, unabhängig davon, ob die Pflicht durch das Nichtabbremsen erfüllt wird. Die Missachtung des gebotenen Abbremsens spielt hier nur eine akzessorische Rolle, die schon in der Verbotsnorm impliziert ist.

III. Echte- und unechte Unterlassungsdelikte

Die Tatbestände der unechten Unterlassungsdelikte lassen sich erst mit Hilfe von § 13 formulieren.⁷⁶ Dadurch wird eine strafrechtliche Sondernorm gebildet, die gleichfalls wie ein Begehungsdelikt eine Verhaltensnorm enthält, die ein positives Tun anordnet um einen bestimmten Erfolg abzuwenden.⁷⁷ Im Vergleich zu den „echten“ Unterlassungsdelikten, wo jedermann Täter sein kann, können die „unechten“ Unterlassungsdelikte nur von einem Garant begangen werden, der „rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt“.

Gegen diese nach der herrschenden Meinung⁷⁸ so vorzunehmende Unterscheidung, hat *Kaufmann* zu Recht eingewendet, dass sich auch bei echten Unterlassungsdelikten zahlreiche andere Tätermerkmale finden lassen, die durch eine „Garantenposition“ begründet werden. So insbesondere im Rahmen des § 323 c StGB, „[...] wenn man diese Bestimmung, so auslegt, dass der Kreis der Verpflichteten auf die beim Unglücksfall in der Nähe befindlichen beschränkt ist [...]“⁷⁹. Die Kritik *Kaufmanns* kann man durch das Beispiel bekräftigen, in dem der Vater, der sein Kind ertrinken lässt, sowohl für unterlassene Hilfeleistung als auch für Totschlag durch Unterlassung bestraft wird, er ist also Garant wegen seiner befindlichen Nähe in dem Unglücksort und wegen der Eltern-Kind Beziehung mit dem Rechtsgut.

Hierbei erweist sich auch die von *Hruschka* als „merkwürdig“ bezeichnete Unterscheidung zwischen echten und unechten Unterlassungsdelikten. Nach *Hruschka* die genannte Unterscheidung „[...] beruht vielmehr auf der nur historisch zu

⁷⁶ Nach *Jakobs*, Strafrecht AT, § 28 Rn. 12, die § 13 Abs. 1 StGB enthält „[...] eine generelle Transformationsnorm, genauer: Ergänzungsnorm [...]“

⁷⁷ *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 93.

⁷⁸ Statt vieler nur *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 16 ff.

⁷⁹ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, S. 276 f.; *ders.* S. 208: „Normologisch ist demnach die Differenzierung die die herrschende Meinung auf Grund verschiedenen Gebotsgegenstandes zwischen echten und unechten Unterlassungstatbeständen vornehmen will, weder im Allgemeinen, noch mit besonderem Blick auf § 330 c StGB haltbar“.

erklärenden falschen Vorstellung, daß gewisse Unterlassungstaten ‚unecht‘ und also ‚eigentlich‘ Begehungstaten seien – so soll die Unterlassungstat des Vaters, der sein Kind ertrinken lässt, obwohl er es retten könnte, eine ‚unechte‘ Unterlassungstat und also ‚eigentlich‘ eine Begehungstat sein, während die Unterlassungstat des unbeteiligten Spaziergängers, der ein Kind ertrinken lässt, obwohl er es retten könnte, eine ‚echte‘ Unterlassungstat und also ‚wirklich‘ eine Unterlassungstat sein soll [...].“⁸⁰ Nicht nur der Vater, sondern auch der Dritte verstoßen gegen eine Gebotsnorm, die ein positives Tun verlangt. Dass die „unechten“ Unterlassungsdelikte erst mit der Hilfe von § 13 gebildet werden, spricht nicht für eine materielle, sondern nur für eine technisch legislatorische Unterscheidung.

IV. Regelungsgehalt des § 13 StGB

Nach § 13 ist strafbar „wer es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört [...], wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und wenn das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“. Die normtheoretische Bedeutung des § 13 liegt mithin darin, dass mit seiner Hilfe, die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB als (unechte) Unterlassungstatbestände formuliert werden können. Der Vorschrift selbst nennt drei Verweisungselemente für ihre Konstituierung: „[...] erstens die Verweisung auf den tatbestandsmäßigen Erfolg des Begehungsdelikts; zweitens diejenige auf die durch die Sanktionsnorm des Begehungsdelikts angeordnete Strafe; und drittens diejenige auf das ‚rechtliche Einstehenmüssen‘ für das Nichteintreten des Erfolges.“⁸¹

1. Erfolgsbegriff

Ein bedeutendes Problem für die Rechtsfortbildung des Unterlassungstatbestands stellt sich bei der Bestimmung des Erfolgsbegriffs. Hierbei muss geklärt werden, ob mit „Erfolg“ nicht nur die Erfolgsdelikte, sondern auch die Tätigkeitsdelikte des

⁸⁰ Hruschka, Strafrecht, S. 427.

⁸¹ Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 131.

Besonderen Teils des StGB gemeint sind oder, allgemein gefragt, ob alle Begehungsdelikte in Unterlassungsdelikte transformiert werden können.

Gehen wir davon aus, dass ein Tätigkeitsdelikt auch ein Ereignis produziert, das aber wegen der engen zeitlichen und/oder räumlichen Verbindung die Wirkung unmittelbar mit der Handlung zusammenfällt, ist es konsequent festzustellen, dass auch das äußere Ereignis als „Erfolg“ verstanden werden kann. Diese Schlussfolgerung ist für die Formulierung der Unterlassung von Belang, weil § 13 semantisch gesehen nicht verlangt, einen Erfolg abzuwenden, der von der Handlung räumlich und zeitlich Abstand hält, sondern nur einen Erfolg als „Ereignis“, unabhängig davon, wie es entstanden ist. Dies soll mit dem folgenden Beispiel *Kaufmanns* verdeutlicht werden: „Für die Beurteilung der Rettungshandlung, die der Badewärter unterlässt, ist es völlig gleichgültig, ob das Kind vorsätzlich oder fahrlässig ins Wasser gestoßen worden ist oder ob es versehentlich hineingefallen ist.“⁸²

Mit den dargelegten Überlegungen kann man feststellen, dass der von § 13 verlangte „Erfolg“ für die Konstituierung des Unterlassungstatbestands sowohl die Erfolgs- als auch die Tätigkeitsdelikte erfasst⁸³. Das bedeutet, dass die entsprechenden Merkmale der jeweiligen Delikte des Besonderen Teils des StGB keine Rolle für die Unterlassungsbildung spielen⁸⁴, solange sich der Erfolg als Ereignis begreifen lässt⁸⁵.

2. Rechtliche Pflichten

Nicht Eindeutig ist allerdings, was unter „rechtlichem Einstehenmüssen“ verstanden werden soll. Mit diesem Element als Voraussetzung der Strafbarkeit richtet sich die Norm an diejenigen, die aufgrund der Stellung zu dem Rechtsgut die Pflicht zur Abwendung des Erfolges innehaben.

⁸² *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 296.

⁸³ Schönke/Schröder-*Stree/Bosch*, § 13 Rn. 3; BGHSt 38, 324 (338). Erfolg „[...] ist alles was abgewendet werden kann [...]“, so *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 9.

⁸⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 9; Schönke/Schröder-*Stree/Bosch*, § 13 Rn. 3.

⁸⁵ Nicht umfasst werden die Tatbestände, die schon als Unterlassung formuliert sind, also die so genannte „echte Unterlassungsdelikte“, z.B. §§ 123 Abs. 1 Alt 2, 138, 170, 171, 221, 225, 266, 339, u.s.w.

Da die Norm kein bestimmtes Kriterium für die Abgrenzung des Adressatenkreises vorgibt, haben einige Autoren den Versuch unternommen, diesen anhand ethischer oder sozialer Pflichten zu bestimmen⁸⁶. Allerdings sind sich sowohl die herrschende Meinung⁸⁷ als auch die Rechtsprechung⁸⁸ einig, dem strengen Wortlaut der Vorschrift zu folgen und so eine rechtliche Pflicht zu fordern.

3. Verfassungsmäßigkeit der Norm

Wie bereits oben dargestellt wurde, kann ein unechtes Unterlassungsdelikt nur mit Hilfe des § 13 gebildet werden. Streng genommen führt das zur Konstituierung einer neuen Norm, die ein Gebot zur Erfolgsabwendung enthält. Es stellt sich nun die Frage, ob sich das von dem Gesetzgeber eingeführte Rechtsfortbildungsverfahren mit dem Grundgesetz (Art. 103 Abs. 2) in Einklang bringen lässt. Bereits Schönemann⁸⁹ hat hierbei die zutreffende Ansicht vertreten, dass die Rechtsfindungsmethode der „schöpferischen Richtlinienkonkretisierung“ mit dem Bestimmtheitsgebot des nulla-poena-Satzes zu vereinbaren sei⁹⁰. Die Ermächtigung des Strafrichters zur Normen- und Tatbestandsbildung⁹¹ muss im Rahmen des gesetzlichen Systems erfolgen, um ihre Verfassungsmäßigkeit zu gewährleisten⁹².

4. Entsprechungsklausel

Die Strafbarkeit nach einem echten Unterlassungsdelikt setzt unter anderem voraus, dass das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun

⁸⁶ Ransiek, JuS 7/2010, S. 587.

⁸⁷ Jescheck/Weigend, Lehrbuch, § 58 IV 4, Fischer StGB-K, § 13 Rn. 5; Jakobs, Strafrecht AT, § 29 Rn. 27.

⁸⁸ BGHSt 7, 268 (271); BGHSt 30, 391 (394).

⁸⁹ Schönemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 257. Vgl. auch, Jakobs, Strafrecht AT, §29 Rn. 4; Roxin, Strafrecht AT II; § 31 Rn. 33.

⁹⁰ Vgl. Seebode, FS-Spendel, S. 334; Köhler, Strafrecht AT, S. 213.

⁹¹ Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 133.

⁹² Daher wird in der Lehre eine restriktive Interpretation gefordert, vgl. Roxin, Strafrecht AT II; § 31 Rn. 33; Schönke/Schröder-Stree/Bosch, § 13 Rn. 5/6; Rönnau, JR 2004, S. 158. Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 133: „[...] § 13 eröffnet die Möglichkeit gesetzmäßer strafrechtlicher Rechtsfortbildung aus legitimen Rechtsprinzipien [...]“.

entspricht⁹³. Obwohl die Norm kein bestimmtes Kriterium für die Gleichwertigkeit des Unterlassens mit dem aktiven Tun enthält, herrscht in der Literatur die Meinung vor, dass die Entsprechungsklausel bei reinen Erfolgsdelikten keine bedeutende Rolle spielt, da „[...] sich diese Entsprechung bereits aus dem spezifischen Handlungsunrecht der pflichtwidrigen Nichtverhinderung des Erfolgseintritts [...]“⁹⁴ ergibt. Weitere Übereinstimmung besteht darin, dass bei den so genannten eigenhändigen Delikten eine täterschaftliche Beteiligung durch Unterlassen nicht in Betracht kommt, da die entsprechende Begehungstatbestände „[...] durch persönliche Vornahme einer bestimmten Handlung gekennzeichnet sind [...]“⁹⁵.

Umstritten ist aber die Entsprechung des Unterlassens im Rahmen derjenigen Begehungsdelikte, bei denen besondere Handlungsmerkmale auftauchen, etwa Betrug (§ 263) oder Beleidigung (§ 185)⁹⁶. „In solchen Fällen entspricht das Unterlassen dem Tun nur, wenn es in gleichwertiger Weise die besonderen Handlungsmodalitäten verwirklicht [...]“⁹⁷. Hierbei geht es ebenso wie bei allen anderen Delikten um die Unrechtsbildung. Unklar ist dabei aber wegen ihrer Charakterisierung – Begehung durch Abgabe einer Information – die Frage⁹⁸ „[...] ob nicht bereits der Informationswert des Schweigens durch eine Garantenpflicht bestimmt ist“⁹⁹.

⁹³ Eigehend *Nietze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), S. 42 ff.; eine Mindermeinung lehnt die Entsprechungsklausel ab, *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 380.

⁹⁴ *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 3. Vgl. auch, *Jakobs* AT, § 29 Rn. 7, *NK-Wohlbers/Gaede*, § 13 Rn. 19; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 371 ff. *Mük-Freund*, § 13 Rn. 235; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht AT, S. 629 f.

⁹⁵ *NK-Wohlbers/Gaede*, § 13 Rn. 20.

⁹⁶ Die Besonderheiten dieser Straftatbestände liegt nicht nur in der Herbeiführung des Erfolges, sondern auch in der Art und Weise der Begehung der Tat, *Jescheck/Weigend*, Strafrecht, S. 629. Allerdings spielt nach der Ansicht *Schürmanns*, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, S. 109, die Differenzierung zwischen „verhaltensgebundenen Delikten“ und „reinen Erfolgsdelikten“ keine bedeutende Rolle für die Entsprechungsklausel, da „[...] der mit der Differenzierung angesprochene Unterschied allenfalls in einer graduellen Abstufung in der Weite der Verhaltensbeschreibung bei den einzelnen Delikten bestehen kann [...]“.

⁹⁷ *Schönke/Schröder-Stree/Bosch*, § 13 Rn. 4; vgl. auch, *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch, § 59 V 1; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 81 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 80, aus der Perspektiv des Organisationskreises: „Eine dem Begehen entsprechende Informationsgabe ist möglich, wenn der Täter es unterlässt, aus seinem Organisationskreis nach außen dringende Informationen zurückhalten“.

⁹⁸ *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 142.

⁹⁹ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 70 ff.; *Nietze*, Die Bedeutung der Entsprechungsklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), S. 179 ff. *Jakobs*, Strafrecht AT, § 28 Rn. 80.

Beim Betrug¹⁰⁰ wäre die Gleichwertigkeit denkbar¹⁰¹, solange der Täter eine Garantstellung innehat und damit die erforderliche Aufklärungspflicht vorliegt. Nach der Rechtsprechung ist dies möglich, wenn die Rechtspflicht zur Aufklärung aus den vorangegangenen Täuschungshandlungen des Täters herzuleiten ist¹⁰². Dies soll anhand eines von *Herzberg*¹⁰³ gebildeten Beispiels erklärt werden: „Es hat jemand an einen Bekannten einen Brief geschrieben, in dem er ihm seine Sache zum Kauf anbietet. Der Brief ist fertig und wird bald von der Sekretärin zur Post gebracht werden. Da entdeckt der Schreiber, dass er den Wert des Gegenstandes versehentlich zu hoch geschildert hat [...]“. Nicht anderes ist bei der Beleidigung die Gleichwertigkeit zu bestimmen. So etwa in dem Beispiel *Böhms*¹⁰⁴, in dem der Täter den beleidigenden Brief zuerst nicht absenden will, dann aber lässt das Verschicken durch die Sekretärin zu.

V. Norm- und Pflichtwidrigkeit

Bei der Garantendiskussion ist es ein dogmatisches Phänomen, sie auf die abstrakten oder konkreten Fähigkeiten des Täters zurückzuführen, um eine Garantstellung theoretisch begründen zu können. Im Rahmen der Garantstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung von Straftaten Untergegebener werden Kriterien wie Organisationsherrschaft oder Befehlsgewalt zu diesem Zweck bedienen. Es wird also nach der generellen¹⁰⁵ oder individuellen¹⁰⁶ Handlungsfähigkeit des Unterlassungstäters gefragt, um den Norminhalt des Unterlassens zu determinieren. Das bedeutet aber für das hier vorgelegte Modell die Verwechslung des Inhalts der Normwidrigkeit mit dem Inhalt der Pflichtwidrigkeit. Deshalb ist es methodologisch notwendig, als erstes die Begriffe Norm- und Pflichtwidrigkeit zu erklären und diese

¹⁰⁰ Eingehend, NK-*Wohlers/Gaede*, §13 Rn. 144 ff; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 27 Rn. 24 ff.

¹⁰¹ *Nietze*, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), S. 179 ff, bejaht einen Betrug durch Unterlassung ohne Rückgriff auf die Entsprechensklausel.

¹⁰² OLG Stuttgart NJW 1969, 1975.

¹⁰³ *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip, S. 81 f.

¹⁰⁴ *Böhm*, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 20.

¹⁰⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 10: „Der Täter muß abstrakt fähig gewesen sein, den Erfolg durch eine Handlung abzuwenden [...]“.

¹⁰⁶ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 56 ff.; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 217 ff.; *ders.*, Unternehmenskriminalität, S. 98 ff.

streng voneinander zu trennen¹⁰⁷, um im Anschluss daran den systematischen Standort des Garantengebots – und infolgedessen die Garantienstellung – feststellen zu können.

1. Normwidrigkeit

Die Differenzierung zwischen den Begriffen Norm- und Pflichtwidrigkeit kann synonym mit der Unterscheidung zwischen Inhalts- und Bedeutungsebene der Norm verstanden werden¹⁰⁸. Für die strukturelle Konstituierung der Straftat folgt daraus, dass zuerst der Gegenstand der Verbots- oder Gebotsnorm identifiziert werden muss, bevor ihm überhaupt eine Bedeutung zugeschrieben werden kann.

Lässt sich ein Verhalten in dem Straftatbestand des Besonderen Teils des StGB subsumieren, liegt dann ein Normwidriges Verhalten vor.¹⁰⁹ Dieses Verfahren der logischen Deduktion spiegelt sich bei (unechten) Unterlassungsdelikten wider, jedoch mit der Besonderheit, dass das Unterlassen eines Verhaltens die Bedingungen des Unterlassungstatbestands erfüllt werden soll¹¹⁰. „Daher ist zur Feststellung der Tatbestandsmäßigkeit bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht mehr, aber nicht weniger anzugeben als ein normkonformes positives Tun, bei den unechten Erfolgsverletzungs- Unterlassungsdelikten also ein Tun, das für die Erfolgsabwendung kausale Relevanz gehabt hätte, und festzustellen, dass das tatsächliche Täterverhaltens mit diesem Tun nicht übereinstimmt [...]“¹¹¹. Folgt man diesen Überlegungen, dann wird deutlich, dass die Normwidrigkeit (Inhalt) einen logischen Vorrang gegenüber der Pflichtwidrigkeit (Bedeutung) hat.¹¹²

¹⁰⁷ Hruschka, Strafrecht, S. 365.

¹⁰⁸ Vogel, Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten, S. 41.

¹⁰⁹ Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, S. 95 betont: „Ob das Tatbestandsmäßige Verhalten eine unwillkürliche oder reflexhafte Bewegung, eine automatische Reaktion oder ein bewusst eingesetztes Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes ist, spielt keine Rolle“.

¹¹⁰ Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, S. 53 ff.

¹¹¹ Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 113.

¹¹² Allerdings müssen die Eigenschaften für die Vermeidbarkeit des normwidrigen Verhaltens in Bezug auf die Verhaltensnorm determiniert werden, da nur die Norm feststellen kann, was ver- oder geboten ist. Vgl. Hruschka, Strukturen der Zurechnung, S. 18 f.

2. Pflichtwidrigkeit

Die Feststellung eines normwidrigen Verhaltens¹¹³ hängt nicht davon ab, ob der unterlassenden Täter tatsächlich in der Lage war, den Erfolg verhindern zu können. Das ist vielmehr eine Frage der Pflichtwidrigkeit, wonach sich die körperliche Fähigkeit und das Wissen der Normadressaten sich als entscheidende Elemente für die Normbefolgung konstituieren. Der leitende Gesichtspunkt der Pflichtwidrigkeit ist, im Gegensatz zu der Normwidrigkeit, die sich mit der Abgrenzung der Verbots- und Gebotsmaterie befasst, die personale Bindung des Adressaten an die Norm. Dabei geht es um die Anerkennung der Normen als verbindliche Gründe für Handlungen. „Dieses ist der Fall, wenn die Intention zu einer bestimmten Handlung um der Normbefolgung willen gebildet und realisiert wird [...]“¹¹⁴.

Aus dieser Grundanschauung lässt sich die Zurechnung wie folgt verdeutlichen: Zurechnung als Pflichtwidrigkeit bedeutet die Beurteilung einer menschlichen Handlung¹¹⁵, wonach dem Rechtssubjekt ein Geschehen als sein Werk zuzurechnen ist¹¹⁶. Um etwas zuzurechnen, bedarf man aber spezifischer Regeln¹¹⁷, die das daraus ergebene Zurechnungsurteil legitimieren und rechtlich garantieren, sonst würde „[...] die Annahme, der Vorgang sei eine Handlung, ihren Sinn [...]“¹¹⁸ verlieren. Anders als die Verhaltensregeln, die auf der Ebene der objektiven Kategorie angesiedelt sind und eine prospektive Funktion bezüglich der Normunterworfenen erfüllen, stellen die Zurechnungsregeln auf die personale Kategorie ab und haben erst in der Retrospektive

¹¹³ Dass der Begriff „Verhalten“ sich nicht mit der Zurechnung identifiziert, hat *Kindhäuser* Gefährdung als Straftat, S. 52 Fn. 10, betont: „Mit dem Begriff des Verhaltens werden in folgenden die (noch) nicht unter Bezugnahme auf ein intentionales Objekt als Tun oder Unterlassen gedeuteten körperlichen Bewegungen bezeichnet [...]“.

¹¹⁴ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 42; *ders.*, in: Harald Koch (Hrsg.), Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?, S. 87: „Eine Pflichtverletzung liegt vor, wenn der Straftäter sich nicht so verhalten hat, wie er sich hätte verhalten müssen, wenn er die Intention gehabt hätte, die Tatbestandsverwirklichung zu vermeiden“.

¹¹⁵ *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, S. 246. Vgl. auch, *Hardwig*, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, S. 164 f.

¹¹⁶ Nach *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, S. 13: „[...] ‚Zurechnung‘ bezeichnet den Akt, meinen Akt, durch den ich einen Vorgang als Handlung begreife: Ich rechne eine Körperbewegung oder einen Laut einem dabei vorausgesetzten und damit als solches anerkannten Subjekt als Handlung zu, ich schreibe sie ihm als Handlung zu [...]“.

¹¹⁷ Diese Systemregeln ergeben sich aus den Bestimmungen des Allgemeinen Teils des StGB. Hierzu gehören u. a. Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, Schuldfähigkeit, entschuldigender Notstand.

¹¹⁸ *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, S. 19.

eine Funktion¹¹⁹. Dass ein Verhalten nicht ursächlich für einen Erfolg sein soll, steht also *ex ante* fest, ob dieses Verhalten tatsächlich verletzungsrelevant ist, kann man hingegen nur *ex post* feststellen¹²⁰.

§ 4 Ansätze zur Begründung von Garantenpflichten

Anhand der vorstehenden Überlegungen kann man feststellen, dass die Garantenproblematik auf unterschiedlichen Ebenen zu lösen sein kann. Wenn der Garant einen bestimmten Erfolg nicht abgewendet hat, liegt die Frage nach der Subsumtion des unterlassenen Verhaltens bei der Normwidrigkeit, während die Frage nach der Zurechnung dieses Verhalten auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit einzuordnen ist. Damit sind die dogmatische Einordnung und die theoretische Struktur der Norm- und Pflichtwidrigkeit bei der Unterlassung aufgezeigt.

Noch nicht behandelt wurden bislang die Begründung und der Umfang der Garantenstellung. Dies sind theoretische Aspekte, die deshalb eine wesentliche Rolle für den gesamten Garantenlehre spielen, weil sie sich im Grunde mit der Legitimationsfrage befassen: ob ein Gebot zur Verhinderung einer Rechtsgutverletzung in Betracht kommt, lässt sich nicht mehr mit der Struktur, sondern nur mit dem Inhalt der Norm beantworten¹²¹. Es handelt sich hierbei also um den Rechtsgrund der Garantenpflicht.

¹¹⁹ Hruschka, in *Rechtstheorie* 22 (1991), S. 450, 451, Fn. 7: „Der Unterschied zwischen den Verhaltensregeln und den Zurechnungsregeln ist relativ auf die Person, um die es geht. Für den Richter sind die Regeln, die für die Person, der zugerechnet wird, Zurechnungsregeln sind, Verhaltensregeln in ihrer Gestaltungsfunktion, die ihm sagen, ob er ein physikalisches Ereignis als Handlung und ob er eine von ihm etwa als ‚rechtswidrig‘ beurteilte Tat zur Schuld zurechnen soll oder nicht [...]“.

¹²⁰ *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, S. 169: „Wie ein Verhalten nicht sein soll, nämlich ursächlich für eine Rechtsgutverletzung, steht *ex ante* fest. Es kann nun mehr oder weniger offen sein, ob ein bestimmtes Verhalten *ceteris paribus* eine Verletzung verursacht. Das Urteil über die Erfolgsrelevanz kann aber die Norm dem Adressaten nicht dadurch abnehmen, dass sie ihm die Ausführung einer nicht verletzungsgeeigneten Handlung vorschreibt. Durch eine solche Norm würde lediglich die Unterprämisse eines praktischen Schlusses zur Oberprämisse [...]“.

¹²¹ Eindeutig *Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, S. 287: „Die Problematik der Gleichstellung bestimmter (unechter) Unterlassungen mit bestimmten Begehungsdelikten hat ihren Sitz nicht in einer Aufbaustufe des (begehungs-)Delikts; sie löst sich weder nach den Regeln über Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld, noch nach anderen dogmatischen Figuren“.

Die Literatur hat sich auch bemüht, materielle Theorien zur Legitimation von Garantengeboten zu entwickeln, die sich auf eine monistische Konzeption konzentriert haben, nämlich die Gefahrschaffung, das Vertrauen, die Verhaltenserwartung und der Herrschaftsbereich.

I. Gefahrschaffung

Die vertretenen Ansätze der Rechtspflichten sind vielfältig¹²². In der Literatur lässt sich eine Tendenz dahin beobachten, die Überwachungsgarantenstellungen dem Gefährdungsprinzip, die Obhutsgarantenstellungen dem Vertrauensprinzip zu unterstellen¹²³. *Arzt* war es, der die These der Gefahrschaffung als Grundelement aller Garantenpflichten mit aller Schärfe vertreten hat.¹²⁴ Danach steckte in allen Garantenstellungen eine rudimentäre Gefahrschaffung als Begehungselement¹²⁵. „Insbesondere die Ingerenz legt es nahe, den Gedanken der Gefahrschaffung als ein für alle Garantenstellungen wesentliches Element zu begreifen [...]“¹²⁶. „Diese Gefahrschaffung kann ‚unmittelbar‘ erfolgen oder ‚mittelbar‘ dadurch, dass die Aufgabe der Gefahrenabwehr übernommen, aber nicht einwandfrei durchgeführt wird [...]“¹²⁷. Auf der Basis der „Quellen“ von Garantenstellungen unterscheidet *Arzt* fünf Gruppen: Gesetz, Vertrag, freiwillige Übernahme, enge Lebensgemeinschaft und Gefahrschaffung¹²⁸.

Kritik

¹²² *Jakobs*, Strafrecht AT, §29 Rn.28 mit Fn. 53.

¹²³ *NK-Seelman*, § 13 Rn 41; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 340.

¹²⁴ *Arzt*, JA 1980, S. 560, 650, 714 ff.

¹²⁵ *Arzt*, JA 1980, S. 560.

¹²⁶ *Arzt*, JA 1980, S. 650, 714.

¹²⁷ *Arzt*, JA 1980, S. 714.

¹²⁸ *Arzt*, JA 1980, S. 648. Ebenso *Schultz*, Amtswalterunterlassen, S. 145, 147, stützt sich auf die Gefahrschaffung zur Legitimation einer Garantenstellung. Demnach gilt auch für die Unterlassung die generelle Haftungsregel der Begehungsdelikte: „Wer zurechenbar eine Gefahr durch Handeln schafft, ist für die Realisierung der geschaffenen Gefahr verantwortlich [...]“. Bei der Unterlassung sei wiederum nur derjenigen zur Abwendung der Gefahr verpflichtet, wer sie realisiert hat. Eine Gefahrrealisierung ist dann zuzurechnen, „[...] wenn eine Innen- und eine Außengefahr besteht. Entweder muss die Innengefahr bei Bestehen der Außengefahr zurechenbar geschaffen worden sein, oder die Außengefahr muss bei schon bestehender Innengefahr zurechenbar beherrscht werden.“

Schon der Rückgriff auf den Begriff „Gefahrschaffung“, auf den sich die Konstruktion der gesamten Garantentheorie von *Arzt* stützt, ist umstritten. Nach dem hier skizzierten Modell, ist ein unterlassenes Verhalten dann Normwidrig, wenn der Garant den Erfolg nicht verhindert hat. Ob der Garant dies konnte oder nicht, ist eine Frage der Zurechnung, die auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit zu klären ist. Hierzu gehört die Gefahrschaffung als Element der Bestimmung der individuellen Handlungsfähigkeit¹²⁹, um dadurch strafrechtlich beurteilen zu können, ob das bestimmte Verhalten vermieden werden konnte oder nicht¹³⁰. Es geht hierbei also nicht um die Bestimmung einer Garantspflicht, sondern um eine strukturelle Frage der Pflichtwidrigkeit, in der ausschließlich beantwortet werden soll, ob eine personale Bindung des Normadressaten an die Norm besteht. Das Gefahrschaffungselement ist daher nicht in der Lage, eine Rechtspflicht zu begründen¹³¹.

Gegen diese Auffassung kann ebenso vorgebracht werden, dass die Gebotsnorm nicht eine Gefahrschaffung für das geschützte Rechtsgut untersagt, sie untersagt nur ein Verhalten, das die Eigenschaft aufweist, einen Erfolg nicht verhindert zu haben¹³². Ob eine Gefahr bei der Tatbestandverwirklichung vorliegt, ist eine Selbstverständlichkeit, auf die bereits Vogel¹³³ trefflich hingewiesen hat: „Wer sich selbst helfen kann, bedarf nicht der Erfolgsabwendung durch einen Garanten [...]“. Das Gefahrenprinzip spielt daher keine Rolle für die Bestimmung des Rechtsgrundes, es ist jedoch für das Zurechnungsurteil insofern von Belang, als nach dem Wissen des Täters ein relevantes Risiko in Betracht kommt.

Grundlegende Probleme des Ansatzes von *Arzt* wirft auch die theoretische Formulierung auf, dass in allen Garantstellungen eine rudimentäre Gefahrschaffung als Begehungselement steckt. Es ist hiernach berechtigt die Frage zu stellen, wo diese

¹²⁹ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 202; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 270 Fn. 147.

¹³⁰ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 50: „Wird gefragt, ob ein Verhalten als Pflichtverletzung zurechenbar ist, so wird gefragt, ob sich eine Person, die handlungsfähig ist, anderes Verhalten müsste, als sie sich verhält, wenn ihr intentionales Objekt unter die Beschreibung des entsprechenden Normsatzes fiele [...]“.

¹³¹ Auch kritisch, *Sangenstedt*, Garantstellung und Garantspflicht von Amtsträgern, S. 262 ff. Aus dieser Garantentheorie ergibt sich dennoch ein weiteres Problem für die Feststellung des strafrechtlichen Norminhalts, siehe *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, § 15 Rn. 17; ebenso *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, S. 521.

¹³² *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 53 ff.

¹³³ *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 342.

rudimentäre Gefahrschaffung bei der Beschützergarantenstellung liegt, wenn beispielweise die elementaren Versorgungspflichten der Eltern gegenüber ihren Kindern nicht erfüllt werden¹³⁴. Diese Frage bleibt aufgrund seiner zirkularen Argumentation unbeantwortet, denn die Gefahr ist hierbei die Folge der nicht nachgegangenen Rechtspflicht, und nicht umgekehrt. Dieselben Bedenken spiegeln sich bei der Übernahme einer Beschützerpflicht wieder¹³⁵.

Nach dem Modell von *Arzt*, können jedoch nicht alle Garantstellungen ausschließlich mit dem Rückgriff auf das Gefahrenprinzip legitimiert werden. Hinzu kommt deshalb das Element der Lebensgemeinschaft, die erst die Erwartung rechtfertigt, „[...] dass der Garant den Erfolg Abwenden werde. Auch in diesem durch Lebensgemeinschaft begründeten Element der Erwartung steckt die Gefahrschaffung in Form der Enttäuschung berechtigten Vertrauens [...]“¹³⁶. Trotz des Rekurses auf ein zusätzliches Element kann diese Ansicht nicht überzeugen. Die Lebensgemeinschaft lässt sich nicht mit der Gefahrschaffung in Einklang bringen¹³⁷ und diese Verwechslung führt dazu, dass das maßgebende Kriterium zur Bestimmung und Abgrenzung einer Garantspflichtbegründung nicht ausreichend identifiziert werden kann.

II. Vertrauen

In der Strafrechtsdogmatik¹³⁸ hat man auch den Versuch unternommen, die strafrechtliche Garantstellung mit dem Rekurs auf das Vertrauensprinzip zu begründen. Unabhängig von den verschiedenen Perspektiven dieser Theorie, die sich

¹³⁴ *Grünwald*, Zivilrechtlich begründete Garantpflichten im Strafrecht?, S. 22; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, S. 132 f.

¹³⁵ *Stree*, FS-H. Mayer, S. 158; *Sangenstedt*, Garantstellung und Garantpflicht von Amtsträgern, S. 266: „[...] wieso denn eigentlich jener der Übernahme einer Schutzaufgabe angeblich immanente Bedrohungsfaktor rechtlich mißbilligt sein sollte.“

¹³⁶ *Arzt*, JA 1980, S. 650. Ob der von *Arzt* zitierte Fall - BGHSt 2, 150, 153 f.- seine These bestätigt, ist genauso fraglich: „Ehegatten sind einander zur ehelichen Gemeinschaft verpflichtet, § 1353 BGB. Dazu gehört in der Regel die Rechtspflicht, einander in Lebensgefahr nach Kräften zu schützen und zu helfen, mindestens so lange, wie kein Teil das Recht zum Getrenntleben hat und beide Teile, wie hier, in Hausgemeinschaft leben.“

¹³⁷ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, S. 33.

¹³⁸ *Vogler*, FS-Lange, S. 265 ff.; *Nickel*, Die Problematik der unechten Unterlassungsdelikte im Hinblick auf den Grundsatz „nullum crimen sine lege“, S. 24 ff.; *Blei*, FS-H. Mayer, 119 ff.; *E. A. Wolf*, Kausalität von Tun und Unterlassen, S. 37 ff; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 175 ff.

hinsichtlich ihrer Entwicklung bis auf die Kausaldiskussion zurückverfolgen lässt¹³⁹, herrscht hiernach die Ansicht vor, dass sie als ein objektives Normvertrauen begriffen werden soll¹⁴⁰. Während *E. A. Wolff*¹⁴¹ die Grundlegende Basis des Vertrauensprinzip durch den Bewirkungsbegriff, der als ursprüngliche Abhängigkeit des Opfers vom Täter gelten soll, ausgestaltet hat, hat *Welp*¹⁴² diese Überlegungen anhand der Ingerenz weiter ausgearbeitet.

Die Begründung der Gleichstellungsfrage wird mit der finalen Herrschaft und mit der besonderen Abhängigkeit erklärt¹⁴³. Aus Sicht des Handelnden sei die Beziehung zwischen positivem Tun und Erfolg in dem Determinationsvermögen zu suchen, wonach die Fähigkeit des Menschen bezüglich des Erfolges geprüft werden muss¹⁴⁴. Demgegenüber sei aus Opfersicht entscheidend, dass der Träger des tangierten Guts, wegen der Verbindlichkeit des ihn schützenden Verbots, die normativ fundierte Erwartung hegen dürfe, nicht strafrechtswidrig attackiert zu werden und deshalb vom Ausbleiben verletzender Aktivität gesteigert abhängig sei.¹⁴⁵

Da das Vertrauen sich nicht aus der Norm selbst ergebe, sondern als Folge aus einer Abhängigkeitsbeziehung zwischen Opfer und Täter, muss sie zuerst legitimiert werden: „Es geht also hier um ein fundamentales, den inneren Frieden der Gesellschaft kennzeichnendes Verhältnis des einen zum anderen. Die Handlungen sind also nicht nur verboten, weil der Staat dieses oder jenes als ‚Gut‘ anerkennt und für so wichtig

¹³⁹ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantepflichten, S. 78 ff; ebenso *Sangenstedt*, Garantstellung und Garantspflicht von Amtsträgern, S. 219 ff.

¹⁴⁰ Hiermit wird explizit auf das Vertrauen als Subjektiv-psychologischer Befund verzichtet, siehe *Sangenstedt*, Garantstellung und Garantspflicht von Amtsträgern, S. 221: „Dass es für die Pönalisierung eines Verhaltens durchaus nicht von elementarer Bedeutung ist, ob zwischen dem Tatbetroffenen und dem Verletzer eine psychologisch vermittelte Vertrauenslage besteht, zeigen die meisten Begehungsdelikte, bei denen der Täter – selbstverständlich, möchte man fast sagen – den Unrechtstatbestand auch dann verwirklicht, wenn das Opfer ihm misstraut oder gar fest mit einem Angriff gerechnet hatte“. Ebenso die Bemerkung von *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 107: „Auch wenn das Opfer schon lange einen Angriff des Täters argwöhnt oder sogar weiß, daß sich dieser Täter durch die Verbote des Strafgesetzbuches nicht wird bestimmen lassen, und auch wenn es deswegen (vergebliche) Schutzvorkehrungen trifft, bleibt die Verletzung des nicht mehr vertrauenden Opfers ein Delikt!“.

¹⁴¹ *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, S. 38 ff.

¹⁴² *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 178 ff.

¹⁴³ *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 170.

¹⁴⁴ *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 173 f.

¹⁴⁵ *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 175 ff. Ausführliche Darstellung, *Sangenstedt*, Garantstellung und Garantspflicht von Amtsträgern, S. 243.

hält, dass eine Sollensverletzung nicht ohne Reaktion sein kann, sondern damit der andere in Verhältnissen lebt, in denen sein Gut gesichert ist.“¹⁴⁶

Das von *Welp* aus dem Ingerenzprinzip entwickelte Vertrauenskonzept umfasst die Konstellationen rechtswidrigen und rechtmäßigen Vorverhaltens. Bei den ersten Fallgruppen beruht die Abhängigkeit des Opfers einerseits auf der Behauptung, dass die gefährliche Vortat mit dem Durchgangsstadium identisch sei¹⁴⁷, und andererseits auf der Auffassung, „[...] die Übertretung des Verbots versetzt das Opfer in einen Zustand konkreter Abhängigkeit[...]. Diese ist das Werk des Täters, für das er einzustehen hat“.¹⁴⁸

Die Abhängigkeit bei der rechtmäßigen Vorhandlung wird durch den „sozialen Zwang zur Gefahrenhinnahme“ begründet, da auf diesen Bereich der Ingerenz-Gedanke nicht in seiner ursprünglichen Auffassung übertragen werden könne. Die Abhängigkeitsbeziehung bestehe „[...] in der rechtlichen und faktischen Unterworfenheit unter die generell gefährliche Risiko-Handlung“¹⁴⁹. „Korrelat des Vertrauen-Dürfens auf das Ausbleiben der rechtswidrigen Aktivität ist auf der Opferseite somit die durch die Gestattung des riskantes Tuns geschaffene Abhängigkeit, das Dulden-Müssen der Gefährdung“.¹⁵⁰ Die Pflicht zum Schutz ergibt sich aus dem Sinn der Gefährdungserlaubnis, „[...] die die Freigabe des riskantes Tuns, mit höchstmöglicher Gutsintegrität zu harmonisieren trachtet. Und mithin ist es der Täter der Risiko-Handlung, auf den das Opfer in seiner Abhängigkeit verwiesen ist“.¹⁵¹

Kritik

¹⁴⁶ E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, S 42.

¹⁴⁷ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 181: „*Da die Vorhandlung nur unter dem Aspekt der späteren Abwendungsmöglichkeit des Täters als Vorhandlung erscheint und die Abwendungsmöglichkeit als solche ohne Einfluß auf die wirkliche Lage des Opfers bleibt, ist dessen Situation mit dem Durchgangsstadium jeder Begehung identisch und mithin nicht bloße Fragilität, sondern Abhängigkeit vom Nichteintreten eines Erfolges, der durch die rechtsverletzende Voraktivität des Täters bereit worden ist.*“ (Kursiv im Original)

¹⁴⁸ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 191.

¹⁴⁹ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 221.

¹⁵⁰ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 220.

¹⁵¹ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 224.

Betrachtet man zunächst die von Welp dargestellte Argumentation, wird man hierbei beobachten, dass sie unlogisch durchgeführt wird. Dass der Vertragsgegner sich auf eine zugesagte Hilfe verlassen darf, setzt voraus, dass der Unterlassende eine Garantenpflicht innehat, sonst kann man nicht erklären, wie dieses pflichtbegründende Verhältnis entsteht¹⁵². Das Vertrauen-Dürfen ist eine Folge der schon bejahten Garantenpflicht und nicht umgekehrt.

Auch die Betrachtung, dass sich das Vertrauen aus der Abhängigkeitsbeziehung zwischen Opfer und Täter ergebe und nicht aus der Norm selbst, ist zirkular und nicht gesetzeskonform, denn hierbei hängt die Begründung einer Strafnorm von dem vorpositiv konzipierten Vertrauensgrundsatz ab.¹⁵³

Die Konzeption des Vertrauens bietet keine adäquate Begründung einer Garantenstellung, wenn sie sich nicht auf rechtlichen Inhalt stützt. Der Ausgangspunkt, dass die Rechtswidrigkeit der Vortat keiner Norm bedürfe, denn jede strafbewehrte Verbotsnorm enthalte zugleich die Basis einer Wertung, die schon die fahrlässige Verletzung des geschützten Gutes als Unrecht erscheinen lasse, möge diese nun strafrechtlich sanktioniert sein oder nicht¹⁵⁴, ist normologisch anfechtbar. *Schünemann*¹⁵⁵ hat darauf hingewiesen, dass aus einem finalen Verletzungsverbot ein Sorgfaltsgebot schlechterdings nicht abzuleiten sei.¹⁵⁶

Die Einwände richten sich auch gegen das Abhängigkeitsverhältnis. Allein schon der Umstand, dass sich dieses Konzept bei rechtmäßigem Vorverhalten auf einen veränderten Begriffsinhalt stützen muss, weil der Ingerenz-Gedanke hierbei nicht ohne

¹⁵²Vgl. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 251; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 87.

¹⁵³ Vgl. *Grünwald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, S. 25. Ebenso *Schünemann*, Grund und Grenzen der Unterlassungsdelikte, S. 123 f. : „Welp [...] nicht genügend beachte, daß das Allgemeine von Begehung und Unterlassung mangels einer konkreten Entscheidung des Strafgesetzbuches nur *materiell-vorstrafrechtlich* bestimmt werden darf, wenn Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte aus ihm zu entwickeln sein sollte“.

¹⁵⁴ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 206.

¹⁵⁵ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 109. Vgl. auch *Kaufmann*, Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie, S. 114 ff.

¹⁵⁶ In der selben kritischen Hinsicht hat sich bereits *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, II, S. 549, geäußert. Zwar sei das Abwendung-Müssen kein „Muss“ vom Standpunkt der Kausalitätsbetrachtung aus, und habe mit dem Rechts gar nicht zu tun. Dies bedeute also, dass der Täter, der das getan habe, was den Tod eines Menschen herbeiführen kann, welchen Erfolg er aber vermeiden will, muss er das hintertreiben, um nicht Urheber zu werden; ob der Täter den drohenden Erfolg abwenden muss, sei nur eine Konsequenz seines bisherigen kausalen Wirkens.

weiteres angewendet werden kann, zeigt die Inkonsistenz *Welps* Theorie. Der Verweis auf den Aspekt „sozialen Zwangs zur Gefahrenhinnahme“¹⁵⁷ vermag nicht das Problem der Legitimation einer Garantenstellung zu lösen, denn es fehlt ihr an dem notwendigen Bezug zur Rechtswidrigkeit¹⁵⁸.

III. Verhaltenserwartung

Einen anderen Lösungsansatz der Garantenproblematik hat *Brammsen* anhand der „sozialen Erwartungen“ in seiner Untersuchung über „Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten“¹⁵⁹ vorgelegt. Dabei soll die Begründung der Garantenpflichten auf außerrechtliche Pflichtpositionen bzw. Pflichtsysteme zurückgreifen¹⁶⁰, die sich im Grunde „am sozialen Alltagsleben“ orientieren.

Nach *Brammsens* Prüfungsschema müsse man als erstes anhand objektiv unmittelbarer Faktoren prognostizieren können, welche konkrete Handlung den eingetretenen Erfolg vermieden hätte. Ob in der Realität eine soziale Position existiere, in der sich die Erwartung der Vornahme der erfolgsvermeidenden Handlung verfestigt habe, muss sodann herausgefunden werden¹⁶¹. Hierbei könnten rollen- bzw. systemtheoretische Untersuchungen von Nutzen sein¹⁶².

Weil nicht jede Verhaltenserwartung Anerkennung finden könne, kämen es „[...] jedoch nur solche Verhaltenserwartungen in Betracht, die sich als sog. „Muß-Erwartungen“ darstellen, d. h. der Anforderungsaspekt der einzelnen Erwartung müsse

¹⁵⁷ *Welp*, Vorgangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 218 ff.

¹⁵⁸ Vgl. *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 254; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 119

¹⁵⁹ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 114 ff; auch, *Otto/Brammsen*, JURA 85, S. 529 ff., 646 ff.

¹⁶⁰ Unter Berufung auf *Luhmans* system-funktionalen Normtheorie, *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 95 ff.

¹⁶¹ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 129.

¹⁶² Ob von dem Inhaber einer bestimmten sozialen Rolle die Vornahme eines erfolgsvermeidenden Tuns erwartet wird, soll anhand der Rollentheorie beantwortet werden, *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 130; *Otto/Brammsen*, JURA 85, S. 536.

zwingenden Charakter und weiterhin eine empirisch erforschbare allgemeine Anerkennung¹⁶³, Beachtung und Befolgung gefunden haben“¹⁶⁴.

Sobald man die bestimmte soziale Position identifiziert hat, muss man danach untersuchen, ob dieser „Muss-Erwartung“ eine entsprechende „Muss-Erwartung“ des Erwartungsadressaten gegenüberstehe, dergestalt, dass beide sich als ein gegenseitiges Erwartungsverhältnis darstellen¹⁶⁵. Hierfür kann die ethnomethodologische oder soziologische Untersuchung geeignet sein. Falls sie nicht vorhanden seien, muss man selbst das in den jeweiligen Situationen übliche und typische Alltagsverhalten ermitteln¹⁶⁶. Um dies zu bestimmen, muss man berücksichtigen, ob die Sozietät sich allgemein an der Beachtung und Befolgung der Erwartungserwartung orientieren; man könne auch diese Aufgabe durch „[...] detaillierte Durchstrukturierung in anderen Sozialsystemen und die nach außen objektiv erkennbare Institutionalisierung dieser Erwartungsverhältnisse in Form einer „Überantwortung“ besonderer sozialer Einflußbereiche [...]“¹⁶⁷ erleichtern.

Aber nicht jede Missachtung einer „Muss-Erwartung“ vermag die Grundbedingungen des gewöhnlichen Alltagsleben zu beeinträchtigen, dafür sei anhand einer umfassenden Interessen- und Wertabwägung zu prüfen, ob sie die Erhaltung elementarer Rechtsgüter oder wesentlicher Strukturen des gesamtgesellschaftlichen alltäglichen Sozialgefüges zum Inhalt habe.¹⁶⁸ Nur die Verletzung eines solchen Vertrauensverhältnisses vermag die Grundbedingungen des gewöhnlichen Alltagsleben so zu beeinträchtigen, dass nach den allgemein anerkannten rechtlichen und sozialetischen Wertvorstellungen zur Erhaltung der Funktionstüchtigkeit des gesamtgesellschaftlichen Ordnungssystems die unterlassene Erfolgsabwendung in

¹⁶³ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 118, versucht der Geltungsbereich der Rollen durch das „ultima ratio-Prinzip“ abzugrenzen. Dadurch können nur „[...] solche Verhaltenserwartungen berücksichtigt werden, deren Nichtbefolgung über einen längeren Zeitraum hinweg nach möglichst einhelliger Ansicht – Ausnahmen bestätigen die Regel! – der Bevölkerung unseres Rechtskreises als sozialschädlich angesehen wird“.

¹⁶⁴ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 130.

¹⁶⁵ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 122, 130.

¹⁶⁶ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 126, 130.

¹⁶⁷ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 126, 130.

¹⁶⁸ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 130.

ihrer Sozialschädlichkeit der aktiven Herbeiführung eines rechtsgutsverletzenden Erfolges gleichzustellen sei.¹⁶⁹

So erwarte die Sozietät beispielweise von Eltern die Ernährung, Pflege und den Schutz ihrer Kinder, vom Arzt die Rettung seiner Patienten, vom Bademeister die Rettung der Ertrinkenden, vom Polizisten die Verhinderung und Aufklärung von Straftaten. Sie alle erwarteten auch, dass an sie die jeweiligen sozialen der Position und Situation entsprechenden Erwartungen hinsichtlich eines erfolgsvermeidenden Verhaltens gerichtet würden.

Anders strukturiert seien die Überwachergarantenstellungen¹⁷⁰. Sie „[...] bedürfen einer besonderen (rechtlich eingeräumten oder lediglich faktischen) sozialen Position, die ihnen die tatsächliche Möglichkeit gewährt, auf eine in dem ihnen ‚überantworteten‘ besonderen sozialen Einflussbereich befindliche Sache oder Person *unmittelbar* einzuwirken. [...] Ohne eine solche Befugnis zur Gefahrenabwehr durch Einflussnahme auf den konkreten Geschehensablauf *im ‚Vorfeld‘ der Gefahr* ist weder der Aufsichtsgarant in der Lage, auf die zu bewachende Person einzuwirken, noch kann der ‚Sachherrschaftsgarant‘ kraft ‚Verkehrssicherungspflicht‘ die Potentiell gefährliche Sache effektiv sichern“.¹⁷¹

Nach *Brammsen* sollen die Begriffe „Einfluss“ und „Herrschaft“ inhaltlich voneinander unterschieden werden. Die Annahme eines „überantworteten“ besonderen sozialen Einflussbereiches über sächliche oder personale Gefahrenquellen erfordere jedoch die Existenz einer konkreten Herrschaftsbeziehung in Bezug auf die jeweilige Sache oder Person. Nur durch Ausübung von Herrschaft könne der Überwachergarant die Gefahrentstehung oder –realisierung effektiv verhindern.¹⁷²

¹⁶⁹ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 130; Otto/*Brammsen*, JURA 85, S. 137 ff.

¹⁷⁰ Obwohl *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 134, die Funktionslehre von *Kaufmann* kritisiert, weil sie zur Frage der Entstehung der einzelnen Garantenpflichten keine befriedigende Antwort zu geben vermag, erkennt er die praktische Bedeutung der Unterteilung zwischen Obhuts – oder Beschützergarant und Sicherheits- oder Überwachergarant.

¹⁷¹ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 134 f.

¹⁷² *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 135, 136. Obwohl nach dieser theoretischer Präzisierung immer noch problematisch erscheint, die bestimmten Überwachergarantenstellungen einzuordnen, kommt bei *Brammsen* in Betracht der Hauseigentümer, der Kfz- der Tierhalter, der Waffenbesitzer, der Gastgeber, u.s.w.

Die direkte Konsequenz, die *Brammsen* aus den dargestellten Überlegungen zieht, ist die Ablehnung der Garantenstellung aus Ingerenz. Sie sei in der Realität des sozialen Alltagslebens nicht nachweisbar. Die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft könnten sich nicht mit der notwendigen Sicherheit an dem erfolgsabwendenden Verhalten des „Gefahrbe gründers“ orientieren, denn es fehle hier an dem grundlegenden, in einer bestimmten sozialen Position verfestigten gegenseitigen Erwartungsverhältnis, welches allen Mitgliedern der Sozietät eine Reduktion von Komplexität und Kontingenz gestattet, es fehle also der „überantwortete“ besondere soziale Einflussbereich¹⁷³. Der Ingerent sei weder Garant noch Träger einer Sonderpflicht und auch kein Unterlassungstäter¹⁷⁴.

Allerdings versucht *Brammsen* die Problematik der unterlassenen Erfolgsverhinderung nach eigenem gefährlichen Vorverhalten als Fall eines Begehungsdelikts darzustellen¹⁷⁵. Demnach missachte der Ingerent die der Erfolgsvermeidenspflicht der einzelnen Begehungsdelikt zugrundeliegende, an Jedermann gerichtete Verhaltenserwartung. *Brammsen* kommt somit zur Strafbarkeit dieser Fallgruppe.¹⁷⁶

Kritik

Bereits der Grundsatz von *Brammsen*, wonach die Garantenpflichten auf sozialen Verhaltenserwartungen beruhen sollen, erweist sich als nicht verfassungskonform. Hierbei besteht Zweifel, ob diese soziologische Garantenlehre mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) zu vereinbaren ist¹⁷⁷. Dass sie auf faktische Elemente zurückgreifen soll, um den Inhalt der Garantenpflicht zu

¹⁷³ Bereits *Welzel*, Strafrecht, S. 216: „Es liegt nicht der geringste sachliche Grund vor, warum die bloße Verursachung einer Gefahr eine Garantenstellung begründen sollte“. *Langer*, Das Sonderverbrechen, S. 504 f., *ders.*, Die Sonderstraftat, S. 452, ist auch der Meinung, „[...] dass die angebliche Garantenstellung aus ‚vorangegangenem gefährdeten Tun‘ kein Sonderunrecht begründet. Das Setzen einer Gefahr schafft als solches weder eine sonderunwertbegründende Beziehung des Gefährdenden zum Gefährdeten noch eine relative Abwandlung der Normdringlichkeit; so daß der Unterlassende nur das betreffende Gemeinunrecht begeht“.

¹⁷⁴ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 447.

¹⁷⁵ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 392.

¹⁷⁶ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 39 ff.

¹⁷⁷ *Sangstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 146 ff.; *Schünemann*, wistra 1986, S. 244., *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 316 ff.

bestimmen, bestätigt die Kritik, dass sie sich auf unsichere Faktoren verlässt¹⁷⁸, die nicht unmittelbar aus dem Gesetz nachweisen lassen¹⁷⁹.

Man muss zugeben, dass bei der Begründung einer spezifischen Garantenstellung die soziale Position des Garanten eine erste indizielle Rolle spielt¹⁸⁰, sie bedarf aber einer weiteren normativen Konkretisierung, wenn man sie mit dem Recht verbinden will, sonst würde sie nur bei der empirischen Realität bleiben. *Brammsen* ist dieses rechtliche Gebot bewusst, und er versucht es mit Hilfe der „Muss-Erwartung“, wonach der Anforderungsaspekt der einzelnen Erwartung zwingenden Charakter und weiterhin eine empirisch erforschbare allgemeine Anerkennung, Beachtung und Befolgung gefunden haben muss, zu erfüllen. Aber welche konkreten normativen Anforderungen danach ausreichend sind, um die soziale Erwartung auf Vornahme der erfolgsvermeidenden Handlung strafrechtlich zu garantieren, bleibt erklärungsbedürftig¹⁸¹.

Aus einer allgemein anerkannten sozialen Position ergibt sich nicht notwendigerweise eine strafrechtliche Garantenpflicht, ansonsten würde man die Sollensfunktion der Strafrechtsordnung hinter die allzu einseitig in den Vordergrund gerückte soziale Faktizität zurücktreten lassen¹⁸². Ohne konkrete rechtliche Anforderungen ist diese Theorie so unbestimmt, dass sie praktisch zu jedem gewünschten Ergebnis führen kann¹⁸³.

Auch die Prüfung einer umfassenden Interessen- und Wertungsabwägung als Rekurs für die Inhaltspräzisierung der „Muss-Erwartung“ ist nicht in der Lage die Unbestimmtheit zu beheben. Die „Muss-Erwartung“ konstituiert nicht einen Unterlassungstatbestand, der je nach Interessen und Wertungen legitimiert werden

¹⁷⁸ Ähnlich *Sangstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 145.

¹⁷⁹ *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 318.

¹⁸⁰ Ähnlich *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 42 f. Demgegenüber *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 137 ff.

¹⁸¹ Vgl. *Grünwald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, S. 26. *Sangstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 145 ff., hat sogar *Brammsens* Methode als reine Spekulation gekennzeichnet.

¹⁸² Vgl. *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT II, S. 325; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn.28 Fn. 53: „So leitet man freilich Garantenstellungen nicht her, sondern beschreibt sie und auch das nur unvollkommen [...]“; für *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 138, ist das faktische Element als solche unergiebig; ob jemand rechtlich verpflichtet zum Handeln ist, „[...]“ gelangt man nur, wenn man nicht auf das Faktum schaut, sondern eine Norm entsprechenden Inhalts aufweisen kann“.

¹⁸³ Ähnlich, *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 139.

könnte¹⁸⁴. Die vollständige Legitimation des Gebots erfolgt nur innerhalb einer Verhaltensnorm, welche bei *Brammsen* nicht zur Verfügung steht; seine Darlegung beschränkt sich ausschließlich auf sozial-faktische Gegebenheiten, die ihre rechtliche Anerkennung nicht gewinnen kann, solange sie nicht rechtlich präzisiert sind. *Brammsen* selbst weist auf diese Notwendigkeit hin¹⁸⁵, verzichtet aber darauf, sie herauszuarbeiten.

Dieser theoretische Mangel führt dazu, dass die Interessen- und Wertungsabwägung ohne sicheren Rahmen und je nach Beliebigkeit durchgeführt werden. Ob z. B. der Gastwirt Garant zur Verhinderung eigenverantwortlichen deliktischen Verhaltens seiner Gäste ist, wird durch die persönliches Strafgerechtigkeitsempfinden und ohne konkrete Bewertungen bejaht, dass „[...] sich die Mitglieder der Sozietät in ihrem sozialen Alltagsleben an der Befolgung dieser Erwartung orientieren und sie als sicheren und determinierten Faktor berücksichtigen“¹⁸⁶.

Nicht überzeugend ist auch *Brammsens* Ingerenz-Konzept. Die Schlussfolgerung, dass der Ingerent strafbar sei, nicht, weil er Garant oder Träger einer Sonderpflicht und auch kein Unterlassungstäter sei¹⁸⁷, sondern weil er mit seiner Vorhandlung eine Verbotsnorm verletzt hat, verstößt gegen das Gesetzlichkeitsprinzip, da er somit die Reichweite des Gesetzes bis auf die Neutralisierung der in Gang gebrachten schädlichen Entwicklung ausdehnt. Diese von *Brammsen* genannten sekundären „Vermeideerwartungen“ in Form von Tätigkeitsgeboten werden aber nicht von der Verbotsnorm umfasst. Die Verbotsnorm wird von der Beschreibung des Tatbestandes bedingt und verlangt daher, die Bedingung des Erfolges durch ein Tun zu unterlassen¹⁸⁸.

IV. Herrschaft

¹⁸⁴ Das strafrechtliche Gebot eines Verhaltens muss durch den Schutz eines Rechtsguts legitimierbar sein. „Daher kann strafrechtlich legitim nur solche Norm sein, bei denen die strafrechtliche Sanktionierung als Reaktion auf einen zurechenbaren Normverstoß gerechtfertigt ist“. *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 48, Auch in diesen Sinne, *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 137 ff.

¹⁸⁵ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, S. 130.

¹⁸⁶ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, S. 282.

¹⁸⁷ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflicht, S. 447.

¹⁸⁸ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 53.

Die Garantenstellung wird auch mit Hilfe des Herrschaftsprinzips begründet¹⁸⁹. Methodisch bedient sich dieser Gedanke im Anschluss an *Arthur Kaufmann*¹⁹⁰ eines „analogistischen Verfahrens“¹⁹¹, in dem nach dem maßgeblichen Merkmal für die Begehungsgleichheit der Unterlassung gesucht wird.

Aufgrund des Schweigens des Gesetzes komme als Anknüpfungspunkt nur die „Natur der Sache“ in Frage¹⁹² weil sie derselben sachlogischen Struktur wie die Erfolgszurechnung beim Tun folge. *Schünemann* findet dadurch die Begehungsgleichheit zwischen Tun und Unterlassung in der „Herrschaft über den Grund des Erfolges“¹⁹³. Diese maßgebliche „normative Gleichstellungsrichtlinie“¹⁹⁴ ermögliche dann die Konkretisierung der Garantenstellungen¹⁹⁵.

Die dargestellte Argumentation ergibt sich aus der Beobachtung, dass die mechanische Kausalität nur die Zurechnung des Erfolges zur Handlung erklärt, nicht aber die Zurechnung zur Person, deshalb sucht *Schünemann* den Zurechnungsgrund des durch die Handlung verursachten Erfolges in der Beziehung zwischen dem personalen Steuerungszentrum und der den Erfolg verursachenden Körperbewegung.¹⁹⁶ Aus dieser Überlegung folgt: Die Unterlassung müsse, um bei dem Typus „Erfolgssdelikte“ begehungsgleich zu sein, ein dieser Beziehung vergleichbares Verhältnis aufweisen. Das entscheidende Wesen dieses Verhältnisses bestehe in der absoluten Herrschaft der Person über ihren Körper¹⁹⁷. „Da die Körperbewegung vermöge des Kausalnexus als unmittelbarer Grund des Erfolges erscheint, ist die unmittelbare Herrschaft über diesen unmittelbaren Grund des Erfolges somit der mittelbare Grund des Erfolges, der die Zurechnung zur Person rechtfertigt“¹⁹⁸.

¹⁸⁹ *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungssdelikte und der Gedanke der Ingerenz, S. 98 ff.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 95 ff.; *ders.*, ZStW 96 (1984), S. 318; *ders.*, wistra 1982, S. 43.

¹⁹⁰ *Kaufmann*, Analogie und „Natur der Sache“, S. 14 ff.

¹⁹¹ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 229 ff.

¹⁹² *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 231.

¹⁹³ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 236.

¹⁹⁴ Es wird so bezeichnet, weil trotz einer „weitgehend Entnormativierung“ des Herrschaftsmoments das Kriterium des Erfolgsgrundes nur „ungenügend“ entnormativiert ist. Vgl. *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 241.

¹⁹⁵ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 241, *ders.*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 88 f.

¹⁹⁶ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 234, 235.

¹⁹⁷ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 235

¹⁹⁸ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungssdelikte, S. 236.

Eine bedeutende Rolle für *Schünemanns* Garantentheorie spielt der Begriff „Herrschaft“, der nach dem natürlichen Verständnis eine Willensmacht bezeichne, die eine Person über einen Gegenstand habe. *Schünemann* begnügt sich mit diesem Begriff, denn er sei ein nicht von vornherein exakt definierter, sondern ein Typus, der nur in seinen Richtpunkten erfasse und bei der Entwicklung am Substrat konkretisiert werde. Der Herrschaftsbegriff lasse sich lediglich in zwei Subtypen aufgliedern: die „existentiell vorgegebene“ (Herrschaft des Menschen über seinen Körper), und die aus einem „Willensakt erwachsene“ (bedarf der „Ergreifung“ durch die Person)¹⁹⁹. Dieser Leitansatz wird für die gesamte Garantensystematik fruchtbar gemacht.

Da die kaufmannsche herrschende Unterscheidung zwischen Beschützer- und Überwachergarant zu Recht als „bloße (deskriptive) Umschreibung der Garantienobjekte“²⁰⁰ bezeichnet wird, legt *Schünemann* stattdessen die theoretische Konstruktion dar, dass die „wesentliche Erfolgsursache“ und die „Hilfslosigkeit des Opfers“ den „materiellen Gleichstellungsgrund“ wiedergebe²⁰¹. Den Vorteil dieser Unterteilung sieht *Schünemann* darin, dass mit dem Herrschaftsmoment bereits der in der Natur der Sache liegende Grund für die Garantienstellung herausgearbeitet sei. Die strafrechtliche Garantienpflicht sei nur eine Konsequenz aus diesem vorstrafrechtlichen Verhältnis²⁰².

Nach *Schünemanns* Ansicht im Rahmen der Konkretisierung der Garantienstellung gehören die Verkehrs- und Aufsichtspflichten zu der „wesentlichen Erfolgsursache“, während unter die „Hilfslosigkeit des Opfers“ bestimmte Obhutsverhältnisse²⁰³ fallen. Die Herrschaft über die Erfolgsursache wird noch in die beiden Kategorien der „Verkehrspflichten“²⁰⁴ infolge „der Herrschaft über gefährliche Sachen“ einerseits

¹⁹⁹ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 243, 359, erkennt als gemeinsames Grundelement beider Herrschaftsformen den „Herrschaftswillen“, der den von sozialem Sinngehalt erfüllten Herrschaftsbereich von dem „blinden“ Kausalverlauf unterscheidet.

²⁰⁰ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 88 f.

²⁰¹ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 89, konzipiert, dass dieser Unterteilung davor gefeilt sei, durch die Substitution beliebiger Garantieobjekte jeder beliebigen Ausdehnung der Unterlassungshaftung dienstbar gemacht zu werden. Allerdings (Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 242) berührt sich diese Aufgliederung mit der heute herkömmlichen Aufteilung in Beschützer- und Überwachergarant.

²⁰² *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 242.

²⁰³ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 341.

²⁰⁴ Um die Verkehrspflichten zu begründen, erkennt *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 283, die Bedeutung des sozialen Grundprinzips des „neminem laede“, denn es

sowie der „Aufsichtspflichten“ über konstitutionell oder partiell „unmündige Personen“ andererseits ausdifferenziert.²⁰⁵

Bei der Herrschaft über gefährliche Sachen geht es um die Absicherung des eigenen Herrschaftsbereichs, so dass von ihm für andere keine Gefahren mehr ausgehen kann²⁰⁶. Es besteht hierbei auch eine Garantenstellung für die Straftaten dritter Personen, sie setze allerdings voraus, dass der unmittelbar handelnde Täter in der Aufsichts- und Befehlsgewalt des Hintermannes stehe. Der Versuch, diese Aussage mit dem Prinzip der personalen Verantwortlichkeit des Individuums in Einklang zu bringen, muss unter der Voraussetzung erfolgen, dass der Hintermann „[...] entweder den Kausalverlauf in seinem gegenständlichen Substrat beherrscht, oder aber die handelnde Person derart in seiner Gewalt hat, dass ihre Handlungen als Emanationen seines Herrschaftsbereichs erscheinen“²⁰⁷.

Die Herrschaft über die konstitutionelle Hilflosigkeit kann auch nach *Schünemann* in drei verschiedene Arten unterteilt werden: das existentiell vorgegebene Gewaltverhältnis zwischen der Mutter und dem in ihrem Leib herangewachsenden Embryo²⁰⁸; der durch eigenen Zugriff begründeten Gewalthabe – bei dem man sich eines unmündigen Kindes erbarme und sich seiner annehme - ²⁰⁹; und der durch einen fremden Vertrauensakt begründeten Gewalthabe- „Herrschaftsübernahme“²¹⁰.

Was die Ingerenz anbelangt, lehnt *Schünemann* eine solche Garantenstellung mit der Begründung ab, dass der Täter hierbei nicht mehr die in Gang gesetzte Schädigung beherrscht. Allerdings kommt er zur Strafbarkeit der Ingerent mit Hilfe der „Herrschaft über die partielle Hilflosigkeit des Opfers“ als Legitimationskriterium.²¹¹

„[...] verlangt in der modernen Zeit, dass der Einzelne seinen Herrschaftsbereich in Ordnung hält und ihn nicht zum Gefahrenherd für die Allgemeinheit werden lässt“.

²⁰⁵ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 89; *ders.*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 281 ff.

²⁰⁶ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 290.

²⁰⁷ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 324.

²⁰⁸ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 342 f.

²⁰⁹ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 343.

²¹⁰ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 344 ff.

²¹¹ *Schünemann*, GA 1974, S. 231 ff.; *ders.*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 99; *ders.* Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 316 f.

Kritik

Schünemanns Herrschaftstheorie der Garantenstellung ist es nicht gelungen, als tragender Gedanke sowohl bei Begehungs- als auch bei Unterlassungsdelikten zu überzeugen²¹². Schon die Doppeldeutigkeit²¹³ und der ungenaue Inhalt²¹⁴ des Herrschaftsbegriffes erschweren seine Anwendung und führen dazu, dass er bei bestimmten Fällen durch einen anderen Haftungsgrund ergänzt – Obhutspflichten²¹⁵ - oder ersetzt – Ingerenz²¹⁶ - werden muss, damit überhaupt eine Garantenstellung legitimiert werden kann.

Ungeklärt bleibt andererseits die Frage, warum das Herrschaftsprinzip auch für die Unterlassungsdelikte gelten soll. Denn aus dem inhaltlosen Begriff „Natur der Sache“ ergibt sich keine automatische Begehungsgleichheit zwischen Tun und Unterlassen. Wenn man also die „aktuelle Herrschaft über den Grund des Erfolges“ auf die Unterlassung übertragen will, müsste zuerst eine normative Konkretisierung erfolgen, damit man die bloßen Fakten mit den Normen verbinden kann. Diese Kritik wird auch nicht mit der Behauptung überwunden, dass bei Anwendung der Herrschaftsrichtlinie „[...] ein normativer, durch Wertungsakte auszufüllender Restbestand [...]“²¹⁷ übrig bleibe, denn somit kehrt die Lösung der Legitimation um und behandelt es als ein Problem der Zurechnung.

Unzutreffend ist ebenso der Rekurs auf die Prognose einer individuellen Vermeidemöglichkeit als Legitimationskriterium einer Garantenstellung.²¹⁸ Wie schon oben skizziert wurde, ist die Vermeidefähigkeit ausschließlich Kriterium der Zurechnung zum Unrecht als Pflichtwidrigkeit, spielt aber für die Bestimmung der Normwidrigkeit keine Rolle. Da dem Täter zugänglich sein muss, was er verhindern soll, muss sich die Legitimation einer Garantenstellung auf der tatbestandlichen Ebene bewegen, damit die Norm für alle Garanten gleich gilt und nicht, wie *Schünemann* es

²¹² *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 69 ff.; Jüngst *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, S. 21 ff;

²¹³ Treffend *Maiwald*, JuS 1981, S. 480.

²¹⁴ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 75 f; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 351 f.

²¹⁵ *Maiwald*, JuS 1981, S. 480; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, S. 194.

²¹⁶ „berechtigte Erwartung“ des Verbrauchers.

²¹⁷ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 351.

²¹⁸ *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 20 ff.

darstellt, nur für diejenigen, die in der Lage sind, den Erfolg zu verhindern; es kommt also nicht darauf an, ob dem Täter das gebotene Tun abstrakt-generell oder konkret-individuell möglich war.

§ 5 Feststellung der Garantenstellung

Die theoretischen Bemühungen, die Garantenstellung mit monistischen Ansätzen zu begründen, haben die Schwäche gezeigt, dass sich nicht alle Arten von Pflichten auf ein einziges Kriterium zurückführen lassen. *Schünemann* z.B. gibt bei Ingerenz sein Hauptkriterium der Herrschaft auf, und fordert stattdessen eine „berechtigte Erwartung“²¹⁹, die sich nicht mehr mit dem ursprünglichen Haftungsgrund vereinbaren lässt. Dasselbe Problem spiegelt sich beim Ansatz von *Arzt* wider, wenn er die Lebensgemeinschaft mit der Gefahrschaffung in Form der Enttäuschung „berechtigten Vertrauens“²²⁰ identifiziert, ohne aufzuklären, woran das Verbindungselement der beiden Kriterien liegt; somit wird die Garantenpflicht auf ein anderes Begründungskriterium verschoben.

Für die Untauglichkeit der materialen monistischen Ansätzen zur Feststellung der Garantenpflichten sprechen andererseits ihre konturlosen Definitionen. Diese Kritik wendet sich an erster Stelle gegen das Vertrauensprinzip, weil das Abhängigkeitsverhältnis des rechtmäßigen Vorverhaltens sich auf einen veränderten Begriffsinhalt – „sozialer Zwang zur Gefahrenhinnahme“²²¹- stützen muss. Auch *Brammsen* Überlegung führt nicht weiter, da mit der Ansicht, der Garant sei strafbar, weil er mit seiner Vortat einer Verbotsnorm verletzt habe²²², die Reichweite der Verbotsnorm willkürlich ausgedehnt wird.

Wird die Theorie der Gefahrschaffung näher betrachtet, so bestehen auch grundsätzliche Bedenken gegen ihren Anspruch auf Vollständigkeit. Die Behauptung, in allen Garantenstellungen stecke eine rudimentäre Gefahrschaffung als

²¹⁹ *Schünemann*, FS-BGH IV, S. 640.

²²⁰ *Arzt*, JA 1980, S. 650.

²²¹ *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 215.

²²² *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 130.

Begehungselement²²³, gerät in Schwierigkeiten, wenn sie mit der Garantenpflicht kraft Übernahme konfrontiert wird. Gegen *Welps* Ansatz ist bei diesen Fallgruppen zu beachten, dass die Gefahrschaffung sich erst aus der nicht nachgegangenen Rechtspflicht ergibt; aus der Übernahme selbst entsteht keine Gefahr für das Rechtsgut²²⁴ und infolgedessen keine Garantenstellung.

Als Zwischenergebnis kann daher festgehalten werden, dass ein und dasselbe Prinzip nicht in der Lage ist, alle Arten von Garantenstellungen zu umfassen und sie ausreichend zu begründen. Diese Erkenntnis muss berücksichtigt werden, um die Frage der Pflichtbindungen rechtlich fundiert beantworten zu können.

Aber es soll auch darauf geachtet werden, dass einige dogmatische Konstruktionen der Unterlassungsdelikte dazu beigetragen haben, die Bestimmung der Pflicht deshalb zu erschweren, weil bezüglich der Gleichstellungsfrage nicht auf den richtigen systematischen Standort abgestellt wurde. Dies ist z. B. der Fall, wenn man eine Garantenstellung mit dem Rekurs auf persönliche Fähigkeiten begründen will, also mit Merkmalen, die der Pflichtwidrigkeit entsprechen²²⁵. Aus diesem Grund ist es notwendig, zuerst auf die Frage nach dem systematischen Standort der Gleichstellungsproblematik einzugehen, bevor wir uns mit der Bestimmung der Garantenstellung auseinandersetzen.

I. Systematischer Standort der Gleichstellungsfrage

Um den Täter zur strafrechtlichen Verantwortung durch Unterlassen ziehen zu können, muss er nach § 13 rechtlich dafür einstehen, dass der Erfolg nicht eintritt. Damit ist ein formelles Erfordernis für die Bestrafung desjenigen, der eine besondere Beziehung zu dem Rechtsgut innehat, gesetzlich verankert.

Unabhängig davon, dass diese Regelung uns zur Bestimmung der Anforderungen an eine Garantenstellung nicht weiterhilft, postuliert sie einen wichtigen

²²³ *Arzt*, JA 1980, S. 560.

²²⁴ *Blei*, FS-H. Mayer, S. 137: „Auch die an der Gefahrherbeiführung orientierte Auffassung der Ingerenz wird diesen Fällen nicht gerecht, weil es dieses Kriterium ins unverbindlich Floskelhafte verschwimmen lassen [...]“. Vgl. auch, *Sangstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 265 f.

²²⁵ *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 103 ff.

normtheoretischen Stützpunkt für die Kontur des Unterlassungstatbestandes und zeigt ebenfalls den systematischen Standort der Gleichstellungsproblematik.

Nagler hat bereits den dogmatischen Versuch unternommen, die Garantenstellungproblematik in der Tatbestandshandlung vorzulegen²²⁶. Nach dieser Meinung unterscheidet sich „die Struktur der Kommission durch Unterlassung [...], in nichts von dem normalen Begehungsverbrechen“²²⁷, mit der Folge, dass die besonderen Merkmalen des Garanten auch dem Tatbestand zu entnehmen sind.

Inkonsequent ist jedoch *Nagler*, wenn er an anderer Stelle eine andere Meinung bezüglich des Unterlassungstatbestandes vertritt: „Der Aufbau der unechten Unterlassungsverbrechen weicht nur an dieser Stelle von den normalen Begehungsverbrechen ab; die Weiterentwicklung (Verursachen des Erfolges, Rechtswidrigkeit, Schuld) läuft für beide Formen der Begehung gleichmäßig ab. Jeder Gedanke an quantitative oder gar qualitative Unterschiede hinsichtlich der weiteren Verbrechenselemente ist von vornherein abzuweisen; jede solche Differenzierung würde zur Fehlerquelle werden müssen“²²⁸.

Obwohl man *Naglers* Ausgangspunkt, die Garantenstellung sei in den Tatbestand zu verlegen, für richtig halten kann, werden die Bedenken gegen diesen Ansatz sichtbar, wenn er daraus die Konsequenz zieht, dass ein und derselbe Tatbestand die Merkmale des Begehungs- und des Unterlassungsdelikt enthält. Abgesehen davon, dass *Nagler* selbst diese Schlussfolgerung relativiert²²⁹, ist es fehlerhaft hierbei den besonderen Charakter der unechten Unterlassungsdelikte nicht zu erkennen.

Wie bereits oben gezeigt wurde, besteht das unechte Unterlassungsdelikt aus normtheoretischer Sicht aus drei Verweisungselementen, mit denen erst eine neue (Unterlassungs-) Norm gebildet werden kann. Dass die Tatbestände des Besonderen Teils des StGB als Unterlassungstatbestände formuliert werden können, bedeutet nicht, dass die Merkmale von Verbots- und Gebotsnorm sich miteinander identifizieren lassen, denn die Bildung der Unterlassungsnorm besteht auch aus anderen Elementen.

²²⁶ „Der richtige Standort ist die Tatbestandshandlung, wenn anders es sich wirklich um die Erfüllung eines Begehungstatbestandes handelt [...]“. *Nagler*, GS 111, S. 51 ff.

²²⁷ *Nagler*, GS 111, S. 69.

²²⁸ *Nagler*, GS 111, S. 54.

²²⁹ *Nagler*, GS 111, S. 54.

Kaufmann verdeutlicht diesen Einwand wie folgt: „Die Garantenstellung ist kein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des Begehungsdelikts (sondern ein Erfordernis des Tatbestandes des [unechten] Unterlassungsdelikts). Dann aber erfüllt eben die unechte Unterlassung nicht den Tatbestand des Begehungsverbrechens, sondern einen anderen Tatbestand, eben den des unechten Unterlassungsdelikts“²³⁰.

Trotz der Kritik ist *Nagler* insofern Recht zu geben, als die Problematik der Garantenstellung dem Tatbestand unterfällt, und zwar ausschließlich einem Unterlassungstatbestand, welcher ein Gebot zur Erfolgsabwendung zum Inhalt hat.

Gehen wir davon aus, dass sowohl die Begehungs- als auch die Unterlassungsdelikte dieselbe Struktur aufweisen, sodass bei ihnen die Norm- und Pflichtwidrigkeit bestimmte normtheoretische Funktionen erfüllen, dann müssen wir die logische Schlussfolgerung ziehen, dass die Bestimmung der Normwidrigkeit eines Unterlassens die besonderen Merkmale eines Unterlassungstatbestandes voraussetzt.

Den wichtigsten Einwand gegen diese Schlussfolgerung hat *Freund* mit der folgenden Aussage dargestellt: „Der Siegeszug des Tatbestandsmerkmals ‚Garantenstellung‘ beruht im Wesentlichen darauf, dass dieser Begriff nichts weiter als eine *formale* Hülse ist, mit der mehr schlecht als recht der Umfang der Unterlassungsstrafbarkeit dem Rechtsgefühl entsprechend ausgestaltet werden kann; er ermöglicht praktisch alle Lösungen – zwingt aber zu so gut wie keiner. Daher vermag er sich so lange zu behaupten – als Etikett, mit dem im Grunde beliebige Gleichstellungskriterien versehen werden können. Denn daß das – angebliche – Tatbestandsmerkmal der Garantenstellung die wechselvolle Geschichte der Dogmatik des Begehungsdelikts so unerschütterlich überstanden hat, obwohl es die ganze Zeit hindurch die Behebungsgleichwertigkeit verbürgen sollte, kann nüchtern betrachtet doch wohl nur einen Grund haben: Dieses ‚Tatbestandsmerkmal‘ ist so nichtssagend, dass es praktisch mit beliebigen Inhalt ausgefüllt werden kann“²³¹.

Dagegen muss man aber vorerst sagen, dass das Problematische an *Freunds* Kritik in der Nichtanerkennung der Garantenstellung als normative Voraussetzung für die Konstitution eines Unterlassungsgebots besteht. Dass die Garantenstellung eine

²³⁰ *Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, S. 255. (Kursiv im Original)

²³¹ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 43.

formale Hülse sei, spricht nicht dagegen, dass ihre Merkmale für den Täter ex ante zu erkennen sind, unabhängig davon, ob er in der konkreten Situation der Norm folgen kann oder nicht.

Mit dem Verorten der Gleichstellungsproblematik im Tatbestand gewinnt man eine entscheidende Erkenntnis zur Legitimation der Garantenstellung: Was verhindert werden soll, muss dem Täter auf der tatbestandlichen Ebene zugänglich sein; ob er tatsächlich in der Lage war das gebotene Tun zu erfüllen, ist eine ganz andere Frage, der die Pflichtwidrigkeit entspricht. Man kann zum Beispiel²³² nicht von vornherein eine Garantenstellung des körperlichen behinderten Vaters zur Rettung seines ertrinkenden Kindes deshalb ausschließen, weil er durch eigenes Handeln den Erfolg nicht abwenden kann.

Diese systematische Einordnung der Normwidrigkeit des Unterlassens ermöglicht es in den beiden genannten Fällen, dem Garant die Normwidrigkeit außerordentlich zuzurechnen, obwohl es dem Täter physisch-real unmöglich war, einzuschreiten. Diese von *Hruschka*²³³ entwickelte Konstruktion der Zurechnung wird aber in die Pflichtwidrigkeit verlagert, wo sich die Frage nach der Subsumtion nicht mehr beantworten lässt.

Diese Schlussfolgerung hat eine wesentliche Bedeutung für die Garantenstellung des Betriebsinhabers, denn danach ist hierbei nicht relevant, ob der Betriebsinhaber fähig war, das strafbare Verhalten seiner Angestellten zu verhindern um eine Garantenstellung zu bejahen. Mithin soll z.B. auf Kriterien wie Organisationsherrschaft oder Befehlsgewalt²³⁴ zur Legitimation einer Garantenstellung verzichtet werden.

II. Inhalt der Garantenstellung

²³² *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 122.

²³³ *Hruschka*, Strukturen der Zurechnung, S. 13 ff.

²³⁴ Jüngst auch kritisch *Roxin*, FS-Beulke, S. 244: „Auf das Weisungsrecht allein und seine dominierende Position im Betrieb kann also eine Garantenstellung des Geschäftsherren nicht gestützt werden“.

Unabhängig von der Diskussion, dass die Organisationsherrschaft und die Befehlsgewalt als Elemente der Erfolgsabwendungsmöglichkeit fungieren könnten, reichen sie jedoch für die tatbestandliche Begründung einer Garantenstellung nicht aus. *Spring* hat zu Recht diese Kritik im Anhang des § 323c StGB so geäußert: „Wie schon aus der Existenz des § 323c StGB deutlich wird, führen selbst monopolartige Rettungsmöglichkeiten nicht ohne Weiteres zu einer Haftung aus unechten Unterlassungsdelikt“²³⁵. Um den Inhalt einer Garantenstellung zu bestimmen, muss demnach also nicht nach der generellen²³⁶ oder individuellen²³⁷ Handlungsfähigkeit des Unterlassungstäters gefragt werden.

1. Gegenstand der Gebotsnorm

Die Feststellung des Inhalts der Garantenstellung, die mit der Problematik des normwidrigen Verhaltens gleichzusetzen ist, hat also die Anwendung eines Erfolges zum Gegenstand, und zwar ob das Verhalten die Eigenschaft aufweist, einen Erfolg nicht verhindert zu haben.²³⁸ Einige Autoren²³⁹ vertreten jedoch die Meinung, dass das Gebot die Vermeidung missbilliger Gefahrschaffung zum Gegenstand hat. Demnach sei das eigentliche rechtliche Gebot vielmehr inhaltlich auf die Verpflichtung zur Abwendung ganz bestimmter Gefahren bzw. genauer: „auf die Verpflichtung zur Vermeidung ganz bestimmter Möglichkeit schadenträchtiger Verläufe gerichtet und kann oft auf verschiedene Weise gleichermaßen erfüllt werden“²⁴⁰.

Dass ein Gebot, im Gegensatz zu dem Verbot, keine bestimmte Handlung vorzunehmen verlangt, ist evident. Philipps hat bereits darauf hingewiesen, „[...]“, dass bei einem Gebot die Möglichkeit normgemäßen Verhaltens von der jeweiligen

²³⁵ *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 128.

²³⁶ *Jakobs*, AT, § 29 Rn 10: „Der Täter muß abstrakt fähig gewesen sein, den Erfolg durch eine Handlung abzuwenden“.

²³⁷ *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 56 ff.; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 217 ff.; *ders.*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 98 ff.

²³⁸ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 53.

²³⁹ *Freund*, Erfolgsdelikte und Unterlassen, S. 71 ff.; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, S. 70 ff.; *Jakobs*, AT, § 7 Rn. 36; *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 118 ff.; *Stree*, FS-H. Mayer, S. 145 ff.; *Seelmann*, GA 1989, S. 247.

²⁴⁰ *Freund*, Erfolgsdelikte und Unterlassen, S. 77.

Situation abhängig ist“²⁴¹. Hierzu muss nur noch entgegen der herrschende Meinung gesagt werden, dass die Überprüfung der geeigneten Erfolgsabwendungshandlung auf der Ebene der Pflichtwidrigkeit als Zurechnung erfolgen soll.

2. Die Gefahr als Inhalt der Norm?

Fundamentaler ist dennoch die Frage, ob sich die „Vermeidung einer missbilligten Gefahrschaffung“ als Inhalt der Norm mit dem hier dargestellten Modell vereinbaren lässt oder, im normtheoretischen Sinne gefragt, ob sich die Gefahr als Merkmal des Unterlassungstatbestands konfigurieren lässt. Will man auf die missbilligte Gefahrschaffung zurückgreifen, wie ein Teil der Literatur²⁴² es konzipiert, würde man dadurch die Konturen einer Garantenstellung sprengen, weil so ein Erfolgsabwendungsgebot in ein Gefahrenabwendungsgebot umgewandelt wird. Was die Gebotsnorm untersagt ist daher nicht die Gefährdung des geschützten Rechtsguts, sondern ausschließlich die Nicht-Verhinderung des tatbestandmäßigen Erfolges²⁴³. Die Gebotsnorm lautet daher „rette dieses Gut“ und nicht „rette dieses Gut nur bei missbilligter Gefahrschaffung“.

3. Erlaubtes Risiko

²⁴¹ *Philipps*, Der Handlungsspielraum, S. 66.; ähnlich *Seelmann*, GA 1989, S. 250: „Während Verbote nämlich eine Grenze ziehen, geben Gebote ein Ziel an“.

²⁴² *Stree*, FS-H. Mayer, S. 145 ff.; für *Roxin*, AT, § 11 Rn. 47: „Ein vom Handelnden verursachter Erfolg ist dem objektiven Tatbestand nur dann zuzurechnen, wenn das Verhalten des Täters eine nicht durch ein erlaubtes Risiko gedeckte Gefahr für das Handlungsobjekt geschaffen und diese Gefahr sich auch im konkreten Erfolg verwirklicht hat“. Ähnlich, *Frisch*, Vorsatz und Risiko, S. 120: „»Tatbestandmäßig« im Sinne der Erfolgsdelikte sind damit nur solche Verhaltensweisen, die *nach den Umständen des Einzelfalles* mit Bezug auf ein Gutsobjekt der geschützten Art die Möglichkeit einer Herbeiführung des unwertigen Erfolgs in sich tragen“. (Kursiv im Original)

²⁴³ *Kindhäuser*, Gefährdung als Straftat, S. 53: „Ein Verhalten, das diese Bedingungen nicht erfüllt, kann begrifflich nicht als unvereinbar mit der (und nur mit der) Norm bezeichnet werden, deren Kontradiktion der Tatbestand ist“.

Aus dem kategorialen Fehler der Gefahrabwendung als Merkmal des Unterlassungstatbestandes, wonach geboten ist, die gefährdende Handlung zu unterlassen, ergibt sich hierfür ein weiteres Problem, wenn man somit dem erlaubten Risiko tatbestandliche Relevanz geben will. Demnach kann Garant zur Abwendung schädigender Erfolge nur sein, wer sich im Rahmen des erlaubtes Risiko bewegt; mit den Worten Jakobs: „Eine Situation, die ein Täter handelnd erlaubt herbeiführen darf, muss er auch nicht abwenden“²⁴⁴.

Dass das erlaubte Risiko ein entscheidender Faktor für die Abgrenzung einer Garantenstellung vor allem bei Fahrlässigkeitsdelikten ist, kann man nicht verneinen. Aber gerade in dieser Funktion liegt die Schwäche dieser Auffassung. Das Risiko ist zu kurz um eine Garantenstellung zu begründen, aber erforderlich um den Umfang der Garantenstellung zu determinieren.²⁴⁵

4. ex-ante Feststellung der Inhaltsnorm?

Mit dieser Kritik ist aber vorerst die Problematik der Bestimmung der Garantenstellung auf der Ebene der Normwidrigkeit noch nicht überwunden, denn zu diesem Zweck ist es nötig zuerst auf die Frage einzugehen, ob die Normwidrigkeit ex-ante festgestellt werden kann. Positiv wird diese Frage von einem bedeutenden Teil der Literatur²⁴⁶ beantwortet. *Frisch*, einer der Hauptvertreter dieser Meinung, stellt diesbezüglich die folgende Überlegung auf: „Von einem »tatbestandmäßigen Verhalten« im Sinne der Erfolgsdelikte kann nach allem Bisherigen nur die Rede sein, wenn die Beurteilung des Verhaltens auf der Basis der ex ante erkennbaren Umstände und des ex ante verfügbaren normologisches Wissens ergibt, dass dem Verhalten ein – im Sinne des

²⁴⁴ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 19., *ders.* über die Begründung des erlaubten Risikos, strafrecht AT, § 7 Rn. 35 ff.; so auch *Seelmann*, GA 1989, S. 247.

²⁴⁵ Vgl. *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 189 ff. Anders, *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, S. 121, Fn. 508: „Die Verhaltensnorm verlangt vom Garanten, das Risiko der drohenden Rechtsverletzung zu verringern (sonst wird ein mißbilligtes Risiko geschaffen), wie sie beim Tun verlangt, auch kein (unerlaubtes) Risiko einer nur mögliche Verletzung zu schaffen oder zu erhöhen.“

²⁴⁶ *Frisch*, Tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, S. 33, 71, ff.; *ders.* Vorsatz und Risiko, S. 128 ff.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 122 ff.; *Rudolphi*, Das Korrespondenzprinzip im Strafrecht, S. 46; *Mikus*, Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, S. 28 ff.

bisher gesagten – konkretes Risiko tatbestandsrelevanter Erfolgseintritte bzw. die Erhöhung eines solchen Risikos eignet“²⁴⁷.

Dieser Rekurs auf die ex ante Betrachtung erweist sich als unbestimmbar zur Feststellung eines normwidrigen Verhaltens²⁴⁸. Denn der Täter ist nicht in der Lage ex-ante zu erkennen, wann ein Verhalten geeignet ist einen Erfolg herbeizuführen²⁴⁹.

Das besagt aber nicht, dass ex-ante nicht feststeht, wie ein Verhalten nicht ursächlich sein soll. „Es kann nun mehr oder weniger offen sein, ob ein bestimmtes Verhalten *ceteris paribus* eine Verletzung verursacht. Das Urteil über die Erfolgsrelevanz kann aber die Norm dem Adressaten nicht dadurch abnehmen, dass sie ihm die Ausführung einer nicht verletzungsgerechten Handlung vorschreibt“²⁵⁰, so Kindhäuser.

5. Zusammenfassung

Aus dem bisher gesagten lässt sich zusammenfassen, dass die Feststellung des Inhalts der Garantenstellung auf die Problematik des normwidrigen Verhaltens zurückgeführt werden kann. Nur die Abwendung eines Erfolges erweist sich hierbei als Gegenstand einer Garantenstellung.

²⁴⁷ Frisch, Vorsatz und Risiko, S. 128; ders., Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolges, S. 76, 121 ff.

²⁴⁸ Vgl. Burkhardt, in: Wolter/Freund (Hrsg.) Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, S. 43 ff.

²⁴⁹ Mañalich, Nötigung und Verantwortung, S. 59; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 54 f.; zutreffend bei Verbotsnormen, Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, S. 61 Fn. 29: „Die Norm dürfe nicht lauten: «es ist verboten zu töten», sondern: »es ist verboten, sich in einer Weise zu verhalten, die nach Ansicht eines (wie auch immer beschaffenen) Beobachters geeignet ist, eine Tötung zu verursachen“.

²⁵⁰ Kindhäuser, Gefährdung als Straftat, S. 169. Ähnlich, Burkhardt, in: Wolter/Freund (Hrsg.) Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, S. 133: „Es trifft insbesondere nicht zu, daß die Bedürfnisse der Normbildung vernachlässigt werden, wenn man die Gefahrschaffung zunächst (im Rahmen des objektiven Tatbestandes) aus der ex-post-Perspektive beurteilt und auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes dann annimmt, allein der dem Täter bekannte Realitätsausschnitt sei maßgeblich“. Auch Mañalich, Nötigung und Verantwortung, S. 60, 61: „Die Tatsache, dass der Adressat ex ante in der Lage sein muss, die (Konkrete) Möglichkeit der Erfüllung der relevanten Tatbeschreibung durch sein Verhalten zu erkennen, damit es ihm zurechenbar sei, kann jedoch nicht besagen, dass Verbotsggegenstand keine Verhaltensweisen sein könnte, die etwa als Veränderung eines bestimmten Zustands, nämlich als Verursachung eines Erfolges, beschrieben ist“.

Um den zu verhindernden Erfolg zu identifizieren, muss man zu allererst auf die Merkmale der gebildeten Unterlassungsnorm beachten. Hierbei stellt sich die Frage, ob die missbilligte Gefahrschaffung als Bestandteil der Norm fungieren kann. Nach der heute herrschenden Meinung soll diese Frage bejahend beantwortet werden. Allerdings beginnt die Schwierigkeit dieser Auffassung schon mit der Ausdehnung der Norm, denn somit wird ein Erfolgsabwendungsgebot in ein Gefahrenabwendungsgebot umgewandelt.

Andererseits erscheint die Antwort auf die Frage nach der Bedeutung des erlaubtes Risikos zur Begründung eine Garantenstellung einfach: das Risiko legitimiert ausschließlich die Pflichtwidrigkeit eines Verhaltens.

Um ein normwidriges Verhalten feststellen zu können, vertritt ein überwiegender Teil der Literatur die Meinung, dass sie nur mit dem Rekurs auf eine ex-ante Betrachtung durchgeführt werden kann. Freilich hat sich dieser theoretische Rekurs als unbefriedigend erwiesen, denn ein Verhalten ist nur geboten oder verboten, ohne die ex-ante oder ex-post Betrachtung zu beachten.

III. Materielle Legitimation einer Garantenstellung

Die Feststellung des Inhalts einer Garantenstellung impliziert nicht nur die Bestimmung ihres Gegenstandes, der hiernach mit der Abwendung eines Erfolges übereinstimmt, sondern in einem zweiten Schritt auch ihre rechtlich materielle Legitimation. Hierbei geht es darum, die Adressaten der Unterlassungsnorm herauszufinden und ihren Kreis abzugrenzen. Diese Problematik, die von der überwiegenden Literatur²⁵¹ als Garantenquelle oder Entstehungsgründe der Garantengebote bezeichnet wird, versucht den Grund der Normen dogmatisch zu präzisieren.

²⁵¹ *Jakobs*, AT, § 29 Rn. 26, ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 125.; *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 91.; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 159 ff.

In der Tat ist heute im Grundsatz unstrittig und allgemein anerkannt, dass allein moralische oder sittliche Kriterien unzureichend sind²⁵², um eine besondere Rechtspflicht zum Handeln begründen zu können. Hier endet aber der dogmatische Konsens. Höchst umstritten ist jedoch ob monistische Ansätze eine adäquate Begründung einer Garantenstellung anbieten. Hiergegen wurde bereits eingewandt, dass sie aufgrund ihrer konturlosen Definitionen und ihrem Anspruch auf Vollständigkeit nicht in der Lage sind, alle Arten von Rechtspflichten erfassen zu können und sie ausreichend zu legitimieren²⁵³.

1. Dualistische Konzeptionen

1.1. Kaufmann

Eine der wichtigsten und noch heute herrschenden Legitimationsmodelle der Garantenstellung²⁵⁴ hat Armin Kaufmann mit seiner materiellen Funktionslehre begründet. In diesem hat er den Versuch unternommen den Norminhalt über den Rechtsgüterschutz zu bestimmen. Demnach hängt die Garantenstellung von der Schutzposition gegenüber einem Rechtsgut ab, die in zwei Richtungen gehen kann: Die Garantenposition kann zum Schutze eines ganz bestimmten Rechtsgutes gegen alle Angriffe, gleich aus welcher Richtung diese kommen bestehen, oder sie kann in der Überwachung einer bestimmten Gefahrenquelle bestehen, gleichgültig, welchen konkreten Rechtsgütern im einzelnen im Einzelnen aus dieser Quelle Gefahren droht.

255

²⁵² Bereits in der Rechtsprechung, RGSt 64, 273, 275; 66, 71, 73; BGHSt 7, 268 (271); BVerGE 96, 68, 98; BayObL JR 1988, 298, 299; OLG Karlsruhe NSTZ-RR 2001, 112, 114. Auch die Literatur, NK-Wohlens/Gaede, 13/29; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, §59 IV 2; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 125; Kindhäuser, Strafrecht AT, § 2 Rn. 3

²⁵³ Sagenstedt, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 262 ff.; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 353 ff.; Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, S. 22; Stree, FS-H. Mayer, S. 158; Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normtheorie, S. 114 ff.

²⁵⁴ Kindhäuser, Strafrecht AT, § 36, Rn. 52 ff.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, S. 620 ff.; NK-Wohlens/Gaede, § 13, Rn. 32; SK-Rudolphie/Stein, § 13, Rn. 23; auch die Rechtsprechung z.B. BGHSt 48, 77 (91 f.); OLG Karlsruhe NSTZ-RR 1990, S. 112 (114); OLG Saarbrücken, NSTZ 1992, S. 387 (388).

²⁵⁵ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, S. 283 ff.

Diese Unterteilung zwischen Obhuts – oder Beschützergarant und Sicherungs- oder Überwachergarant wurde allerdings sehr intensiv kritisiert weil dieses Legitimationsmodell allerhöchstens eine Katalogisierung der Garantenpositionen ermöglicht²⁵⁶, nicht aber den Grund der Garantenstellung benennt²⁵⁷. Zudem wurde dagegen vorgebracht, er konkretisiere auch nicht den Grund, Inhalt und Umfang der jeweiligen Garantenpflichten. *Jakobs* hat zu Recht auch darauf hingewiesen, dass *Kaufmanns* Theorie unter Mängeln an Klarheit leidet, denn die Pflichten lassen sich sowohl zum Schutz eines Rechtsguts wie auch zur Sicherung einer Gefahrenquelle beliebig austauschen. Dies wird mit dem folgenden Beispiel verdeutlicht: „Ist der Bademeister Beschützer der Gäste vor den Gefahren des Wassers oder Überwacher dieser Gefahr?“²⁵⁸.

Allerdings kann man nicht geleugnet werden, dass sie nicht nur eine wichtige Systematische Bedeutung hat, sie bietet auch ein rechtliches Kontur für die Bestimmung einer Garantenstellung. Ob der Bademeister in Beschützer- und Überwachergarant austauschen lässt²⁵⁹, schließt nicht aus, dass der Täter die konkrete Gefahr für das Opfer abwenden muss. Die sogenannten Doppelfunktionalität der Handlung, wonach der „Garant mit dem potentiellen Schädiger und dem potentiellen Opfer in einem System verbunden ist“²⁶⁰, kann hier deshalb angewandt werden, weil häufig einer Person mehrere Garantenpflichten obliegen²⁶¹.

Auch *Arzt* hat sich *Kaufmanns* Ansatz mit den folgenden Überlegungen angeschlossen: „Beim Bademeister steht die allgemeine Sicherung des Badebetriebs und damit seine Stellung gegenüber der Gemeinde im Vordergrund. Ob er wegen seiner Überwachung des gefahrbringenden Badebetriebs an der gesetzlichen Verkehrssicherungspflicht wegen Eröffnung eines gefährlichen Betriebs partizipiert und als ‚Bewacher‘ anzusehen ist oder ob sich seine Pflichten als Beschützer eines Gefahr geratenen Gastes (auch) aus dem Vertragsverhältnis Schwimmbadbenutzer/Gemeinde ableiten lassen, kann dahin gestellt bleiben. Hier – wie überall – ist die Trennung Beschützer/Bewacher zwar

²⁵⁶ *Stratenwerth*, Strafrecht, § 13 Rn. 15; *Vogt*, ZStW 63 (1951), S. 394 ff.; *Seebode*, FS-Spendel, S. 333.

²⁵⁷ Vgl. *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 50.

²⁵⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 27.

²⁵⁹ Man besagt auch, dass sich die beiden Arten der Garantenstellungen im Einzelfall überschneiden, vgl. *Kühl*, JuS 2007, S. 479.

²⁶⁰ *Philipps*, Der Handlungsspielraum, S. 150; *Arzt*, JA 1980, S. 654.

²⁶¹ *NK-Wohlens/Gaede*, § 13 Rn. 37.

hilfreich, weil sie den Blick auf Gefahrenquellen und potentielle Opfer lenkt, doch ergeben sich aus der Aufspaltung keine fundamentalen Konsequenzen. Deshalb ist die Einordnung in die eine oder andere Kategorie in den zahlreichen Grenzfällen unnötig.“

²⁶²

Aus der materiellen dualistischen Konzeption von Kaufmann kann man eine erste theoretische Basis für die Bestimmung einer Garantenstellung gewinnen. Sie muss jedoch ergänzt und weiterentwickelt werden, weil es – wie sich ein Teil der Literatur zutreffend demgegenüber kritisch²⁶³ geäußert hat - diesem Begründungsmodell an Klarheit über die Rechtspflicht mangelt.

1.2. Seelmann

Den Versuch *Kaufmanns* Modell der Garantenstellung zu überwinden haben viele Dogmatiker mit Hinblick auf dualistische Ansätze unternommen. *Seelmann*²⁶⁴ zum Beispiel führt sein Begründungsmodell auf zwei Fallgruppen zurück: Eine Pflichtbegründung aus eigenem Vorverhalten und die Pflicht aus sozialer Ordnung. Die erste Fallgruppe gilt „nur, soweit dieses Vorverhalten zurechenbar ist. Eine lediglich objektiv verursachte Gefahr oder eine nur objektiv verursachte Entziehung der Abwehrbereitschaft, eine Gefahrzuständigkeit allein kraft konsensunabhängiger Rechtsnachfolge oder eine bloße Organisations- und Institutionszugehörigkeit reichen also nicht aus“²⁶⁵. Die Zweite Gruppe gilt „für diejenigen familiären und staatlichen Pflichten, die Bedingungen der Möglichkeit eines auf Handlungsverantwortung gründenden Systems von Handlungspflichten sind“²⁶⁶.

1.3. Schönemann

²⁶² *Arzt*, JA 1980, S. 654.

²⁶³ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 27; *NK-Wohlens/Gaede*, § 13 Rn. 2; *Schönemann*, ZStW 96 (1984), S. 305; *Schönke/Schöder-Stree/Bosch*, § 13 Rn. 9; *Freund*, Erfolgsdelikte und Unterlassen, S. 43.

²⁶⁴ *Seelmann*, GA 1989, S. 253.

²⁶⁵ *Seelmann*, GA 1989, S. 253.

²⁶⁶ *Seelmann*, GA, 1989, S. 256.

Obwohl *Schünemann* seine Garantentheorie im allgemeinen auf das Kriterium „Herrschaft über den Grund des Erfolges“²⁶⁷ als oberstes Leitprinzip zurückführt, ergibt sich daraus auch ein unterteilter dualistischer Ansatz, der von *Roxin*²⁶⁸ als „Herrschaft über die Hilfslosigkeit des Rechtsgutes“ und „Herrschaft über den Gefahrenherd“ präzisiert und weiterentwickelt wird. Demnach entsprechen dem ersten Begründungselement, auch Schutz- oder Obhutsgarantenstellung genannt, die familiären oder familienähnlichen Schutzbeziehungen²⁶⁹, die Übernahme sonstiger Schutzfunktionen²⁷⁰ und die Schutzpositionen auf Grund von Organstellungen und Amtsträgerpflichten²⁷¹. Dem zweiten Begründungskriterium, auch Überwachungs- oder Sicherungsgarantenstellung genannt, gehört die Pflicht zur Überwachung gefährlicher Sachen im eigenen Herrschaftsbereich²⁷², die Pflicht zur Sicherung der Allgemeinheit vor rechtswidrigen Taten Dritter²⁷³ und die Pflicht zur Erfolgsabwendung auf Grund vorangegangenen Tuns²⁷⁴ an.

1.4. *Jakobs*

Auch *Jakobs* geht von einem dualistischen Garantenmodell aus. Aus dem Synallagma „Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung“²⁷⁵ leitet er die Haftung aus Organisationszuständigkeit²⁷⁶ und Haftung kraft institutioneller Zuständigkeit²⁷⁷ her. Während sich die Pflichten kraft Organisationszuständigkeit an der Vermeidung rechtsgutsverletzender Außenwirkungen des eigenen Organisationskreises des Täters orientieren²⁷⁸, stammen die Pflichten institutioneller Zuständigkeit aus einer

²⁶⁷ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität, S. 95 ff.; *ders.* ZStW 96 (1984), S. 294 ff.; *ders.* wistra 1982, S. 43.

²⁶⁸ *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 17 ff.

²⁶⁹ *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 33 ff.

²⁷⁰ *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 53 ff.

²⁷¹ *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 77 ff.

²⁷² *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 108 ff.

²⁷³ *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 125 ff.

²⁷⁴ *Roxin*, Strafrecht AT, B. II, § 32 Rn. 143 ff.

²⁷⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 58.

²⁷⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 29 ff.

²⁷⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 57 ff.

²⁷⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 29 ff.

institutionell abgesicherten Solidarität, die für den gesellschaftlichen Bestand von elementarem Gewicht seien.²⁷⁹

1.5. Kindhäuser

In Übereinstimmung mit dem Ergebnis von *Jakobs*, wenngleich mit abweichender Begründung, stellt *Kindhäuser*²⁸⁰ zwei kategorial verschiedene Pflichten dar: heteronome und autonome Gründe. Heteronom sind demnach „alle kraft Gesetzes oder Institution begründeten Äußerungspflichten, die der Adressat zu erfüllen hat, ob er dies will oder nicht [...]. Demgegenüber sind autonome Wahrheitspflichten solche, die vom Willen des Adressaten abhängen und die Kehrseite in Anspruch genommenen Vertrauen sind, wobei wiederum zwischen zwei Formen zu unterscheiden ist: zwischen der unmittelbaren Inanspruchnahme von Vertrauens zu eigenen Gunsten gegenüber bestimmten Dritten und der Inanspruchnahme von Modalitäten des Geschäftsverkehrs, die um der Flüssigkeit und allseitigen Vorteilhaftigkeit willen (spezifische) Unwahrheitsrisiken durch besonderen Vertrauensschutz kompensieren.“

2. Stellungnahme

An der Auseinandersetzung um die Garantenstellung lässt sich nun unschwer zeigen, dass hierbei Einigkeit über die dualistische Arten von Pflichten -besteht. Unstrittig ist auch prinzipiell, dass u. a. die Ehe, das Eltern-Kind-Verhältnis, oder die Verkehrspflichten eine Garantenstellung begründen, unabhängig von den jeweiligen Auslegungsansätzen. Insgesamt lässt sich in einem grundlegenden Kernbereich die Übereinstimmung von Problemlösungen erkennen²⁸¹.

Einer Theorie der Garantenstellung, die sich mit der hier dargestellte Normstruktur identifiziert, soll in erster Linie auf die Unterscheidung zwischen Verbot und Gebot

²⁷⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 57 ff.

²⁸⁰ *Kindhäuser*, ZStW 103 (1991), S. 404; genannt auch letzters Garant kraft Risikoherrschaft und kraft institutioneller Fürsorge; *ders.* Strafrecht AT, § 36 Rn. 54 ff. Vgl. *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 354.

²⁸¹ *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 18.

beachten. Dies ist bei *Jakobs* nicht der Fall, ihm zufolge soll diese Differenzierung anhand der Zuständigkeit relativiert werden²⁸². Noch mehr: „Im Ergebnis muss also nicht nur der Unterlassungstäter, sondern auch der Begehungstäter ein Garant sein, wenn er aus einem Begehungs-Erfolgsdelikt haften soll“²⁸³.

Jakobs Ansatz ist jedoch ein Verstoß gegen die vorgegebene Konfiguration der Normen. Je nachdem wie die Normen formuliert sind, enthalten sie Verbots- oder Gebotsnormen, die von der Konfiguration der Wortbedeutung bedingt sind. Um das verbotene Verhalten inhaltlich identifizieren zu können, benötigt man jedoch nicht den § 13. Mit seiner These erschafft *Jakobs* ein zusätzliches dogmatisches Problem für die Garantentheorie, das sich selbst nicht aus der Norm ergibt. Mit den Worten *Brammsens*: „Durch die Einbeziehung des Begehungstäters in die Garantensformel wird § 13 StGB zur Grundnorm erweitert und der bisher einigermaßen einheitlich verwendete Garantensbegriff wird in seiner Bedeutung entwertet und untergraben“²⁸⁴. Will man den Haftungsgrund rechtlich fundieren, dann muss man ihn zu allererst an den Merkmalen der Norm orientieren²⁸⁵.

Ungeachtet dieser Kritik und, vor allem, seinem funktionalistischen Implikationen, die von der ganz herrschenden Meinung kritisiert wurde, erscheint *Jakobs* Garantentheorie als geeignet, ein adäquates rechtliches Begründungspotential anzubieten, es soll allerdings weiter konkretisiert werden²⁸⁶.

Aus dem von *Jakobs* entwickelten Synallagma „Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung“ ergibt sich kein konkreter Rahmen zur Begründung eines Haftungsgrundes, es ist ein Leitprinzip, das allgemein gesehen sowohl für das Strafrecht als auch für anderen Rechtsbereiche Geltung finden kann. Dies ist besonders

²⁸² *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, S. 25 ff., ders. Strafrecht AT, § 7 Rn. 56 ff: „Bei Begehung wie bei Unterlassung mag freilich bei fehlender Organisationszuständigkeit eine Haftung wegen institutioneller Zuständigkeit bestehen [...]“.

²⁸³ *Jakobs*, Strafrecht AT, §7 Rn. 58.

²⁸⁴ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenspflichten, S. 142.

²⁸⁵ *Schünemann*, Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht, S. 186, hat deshalb zu Recht darauf hingewiesen: „*Jakobs* leugnet nämlich ausdrücklich eine Bindung des Norminterpreten an den Bedeutungskern der umgangssprachlichen Verwendung der Gesetzstermini [...]. Hierbei übersieht er jedoch die sog. Kontextabhängigkeit der Wortbedeutung, d. h. die in der modernen Linguistik geläufige Erkenntnis, daß die Bedeutung eines Wortes wesentlich von dem Sinnzusammenhang abhängt, in dem es steht.“

²⁸⁶ *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 52; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 354 ff.

problematisch, wenn dadurch eine zivilrechtliche Pflicht ohne weiteres auf das Strafrecht übertragen wird²⁸⁷. Hierfür hilft auch die Englische Anführung nicht weiter, „[...]“, dass die Rechtsordnung im kleinen und im großen von gleichförmigen Rechtsgedanken und allgemeinen Prinzipien beherrscht ist“²⁸⁸, denn somit würde die besondere Aufgabenbestimmung und der subsidiäre Charakter des Strafrechts unbeachtet bleiben. Die Bildung einer strafrechtlichen Pflicht bedarf deshalb eine weitere Präzisierung.

Dass bei der Begründung einer Garantenpflicht die Freiheit der Menschen berücksichtigen muss, um sie rechtlich fundieren zu können, steht außer Streit²⁸⁹. Schwierigkeiten bestehen bei der (strafrechtlich) qualifizierten Pflicht, die sich selbst nicht ohne weiteres aus dem Synalagma Verhaltensfreiheit und Folgenverantwortung ergibt. Notwendig ist hierfür ein verbindlicher Stützpunkt zwischen der Handlungsfreiheit und dem Erfolg, nämlich die Schaffung oder Übernahme einer defizitären Organisation, aus der das unerlaubte Risiko für andere entsteht.²⁹⁰ Dies bedeutet aber nicht, dass der Garant die Herrschaft über die Organisation ausüben muss, sondern nur, dass er die Zuständigkeit für die Nicht-Realisierung des Risikos innehat²⁹¹. Ob der Garant tatsächlich die Herrschaft über das Geschehen beansprucht, wird als Frage der Zurechnung behandelt.

Aus diesem Verpflichtungsgrund folgt jedoch keine generelle Legitimation für alle Arten von Garantenstellungen, wie die monistischen Ansätze unzutreffend angenommen haben. Nicht nur die Zuständigkeit einer defizitären Organisation legitimiert eine Garantenstellung. Sich aus der Gesellschaft ergebene Institutionen²⁹² werden auch teilweise von dem §13 umfasst, sie dürfen jedoch nicht ohne weiteres

²⁸⁷ *Seelmann*, GA (1989), S. 251 ff.

²⁸⁸ Dass diese Aussage doch für die Bestimmung der Rechtswidrigkeit gilt, steht außer Frage.

²⁸⁹ *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, S. 25 ff.; *ders.*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 26 ff.; *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 19 ff.; *Seelmann*, GA (1989), S. 251 ff.; *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, S. 108 ff.; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 352 ff.; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 54.

²⁹⁰ *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 19 ff.; *ders.*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 57 ff.; auch *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 364.

²⁹¹ Explizit dagegen, *Seelmann*, GA 1989, S. 253: „[...] eine bloße Organisations- und Institutionszugehörigkeit reichen also nicht aus“.

²⁹² *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 30 ff.; *ders.*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 57 ff.

vom Strafrecht übernommen werden²⁹³, sonst würde ihr rechtlicher Standpunkt verloren gehen²⁹⁴. Deswegen muss hierbei ausschließlich „[...] die Erhaltung der unverzichtbaren Elemente der gesellschaftlichen Gestalt [...]“²⁹⁵ garantiert werden.

§ 6 Begründung der Garantenstellung des Betriebsinhabers

I. Ausgangslage

Nach der hier dargestellten Auffassung haben sich sowohl die Zuständigkeit einer Organisation als auch die Zuständigkeit einer Institution als rechtliche Bedingungen zur Legitimation einer Garantenstellung erwiesen. In folgenden soll untersucht werden, ob sich aus diesen Verpflichtungsgründen für den Betriebsinhaber eine Pflicht zur Verhinderung Straftaten seiner Untergebener ableiten lässt.

Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur haben eine solche Garantenstellung anerkannt - die im Einzelnen allerdings sehr umstritten und problematisch ist. Während die Rechtsprechung die Theorie der Allzuständigkeit und der Generalverantwortung der Unternehmensleitung entwickelt hat,²⁹⁶ die ihr eine flexible Reaktion auf alle möglichen Fallgestaltungen erlaubt,²⁹⁷ nimmt die herrschende Literatur²⁹⁸ eine betriebsbezogene beschränkte Geschäftsherrenhaftung an.

²⁹³ *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 114 ff.

²⁹⁴ Eingehend, *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 315 ff.

²⁹⁵ *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 32. Ähnlich, *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 55: „[...] ist das dauerhafte Bestehen rechtlich anerkannter sozialer Beziehungen [...]“.

²⁹⁶ RGSt 24, 252 (254 f.); 33, 261 ff.; 57, 148 (151); 58, 130 (132 ff.), 75, 296; BGHSt 25, 158 (162 f.); 37, 106 (123 f.); BGHSt 57, 42. In Bezug auf die Garantenstellung des Compliance-Officers, BGHSt 54, 44 ff. Jüngst und ausdrücklich über Geschäftsherrenhaftung, BGH, Urt. v. 20. 10. 2011- 4 StR 71/11 Rn. 13: „aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter [kann sich] je nach den Umständen des einzelnen Falles eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht.“

²⁹⁷ *Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, S. 322.

²⁹⁸ *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, S. 25 ff.; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzung der Garantenpflichten, S. 275 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 36; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S 36; *Rogall*, ZStW 98 (1986), S. 613 ff.; *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 101 ff.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137;

Allerdings bieten diese Ansätze, wie bereits dargestellt, keinen ausreichenden Haftungsgrund einer Garantenstellung des Betriebsinhabers an. Bei dem Kriterium der Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft z. B. bleibt erklärungsbedürftig wie aus dem Direktionsrecht zwingend eine Verpflichtung zur Verhinderung einer Straftat folgt, wenn gerade dadurch die Wirkungslosigkeit der Anordnungen bewiesen wurde²⁹⁹. Hiergegen bestehen auch Bedenken wegen der Ablehnung einer Garantenstellung aus Ingerenz.³⁰⁰

Ein anderes Beispiel für eine nicht gelungene Legitimation der Garantenstellung ist die von *Heine*³⁰¹ entwickelte Theorie von Verantwortung für betriebliche Gefahrenquellen. Denn die Aussage, dass bei wachsender Komplexität des Unternehmens die Verantwortung in der Konzernspitze verbleibe, führt zu einer Verantwortung für alle aus dem Unternehmen begangenen Delikte, ohne die benötigte Beziehung zwischen der unterlassenden Handlung und dem Erfolg zu präzisieren. Ob die Suche nach den „eigentlich Schuldigen“ erforderlich die Unternehmensleitung erreichen muss, bleibt ebenso erklärungsbedürftig.

Aus all diesen Gründen, die bereits oben gezeigt wurden, soll im folgenden untersucht werden, ob sich die Garantenstellung des Betriebsinhabers auf ein anderes Kriterium stützen lässt, das die genannte Kritik überwindet und mit dem bisher dargelegten Grundgedanke in Einklang gebracht werden kann. Die zu findende Lösung soll sich auch systematisch widerspruchsfrei eingliedern und keine logischen Fehler aufweisen.

Im Lichte dieser Vorüberlegungen soll im folgenden zuerst geklärt werden, ob die Sach- und Personalfahren gleichgesetzt werden können. Diese Frage ist von Belang für die Bestimmung der Gefährlichkeit eines Angestellten und infolgedessen für die Verhinderung seiner Straftaten durch den Vorgesetzten. Anhand dieser Überlegung soll in einem zweiten Schritt untersucht werden, was unter gefährliche Organisation zu

ders., JR 2012, S. 307; *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 2010, § 4 Rn. 181 ff.; *Schall*, FS-Rudolphi, S. 267 ff.; *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 142 ff.; *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 140 ff.; ablehnend, *SK-Rudolphi/Stein*, §13 Rn. 35a; *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, S. 241 ff.; *Schubert*, SchwZStR, 1976, S. 385 f.

²⁹⁹ *Roxin*, FS-Beulke, S. 244.

³⁰⁰ *Schünemann*, GA 1974, S. 231 ff.; *ders.*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 99.

³⁰¹ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 120 ff.

verstehen ist, welche Merkmale bei diesem Konzept auftauchen und ob diese Auffassung mit den Grundsätzen der Ingerenz zu vereinbaren ist.

1. Gleichsetzung von Sach- und Personalgefahren?

Sowohl in der Rechtsprechung³⁰² als auch in der Literatur³⁰³ wird allgemein eine Garantenstellung zur Überwachung gefährlicher Sachen anerkannt. Eine solche Garantenstellung, die mit den aus dem Zivilrecht übernommenen „Verkehrssicherungspflichten“ gleichzusetzen ist,³⁰⁴ lässt sich als Konsequenz einer vorhergehenden Gefahrschaffung ableiten.³⁰⁵ Daraus ergibt sich für die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, dass auch ein Unternehmen als gefährliche Sache³⁰⁶ einzustufen ist, sodass die von dem Betrieb ausgehenden Gefahren überwacht werden müssen³⁰⁷. Wer also ein Unternehmen betreibt, muss dafür sorgen, dass dieses in verkehrsgerechtem Zustand gehalten wird; zum Beispiel Durchführung von Bauarbeiten.

Umstritten ist die Frage, ob sich diese Überlegung auf Personen übertragen lässt, sodass sie als Gefahren behandelt werden können und infolgedessen ihre unternehmensbezogenen Straftaten von dem zuständigen Vorgesetzten verhindert werden müssen. Sollte man dies bejahen, würden sie sich als geeigneter materieller Anknüpfungspunkt zur Fundierung einer Garantenstellung deshalb erweisen, weil dadurch der weit umfassende Begriff der Organisationszuständigkeit anhand eines allgemein gültigen Kriteriums beschränkt werden könnte.

Geht man davon aus, dass ein Unternehmen ein funktionierendes Objekt im Hinblick auf seine Aktivitäten ist, könnte man betrachten, dass auch die Taten der natürlichen Personen zu diesem Objekt gehören, denn ohne sie wäre schwer vorstellbar ein

³⁰² BGHSt 52, 159 ff.; 47, 224 ff.

³⁰³ Statt aller nur *Roxin*, Strafrecht AT, § 32 Rn. 108 ff.

³⁰⁴ NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 Rn. 35; *Roxin*, Strafrecht AT, § 32 Rn. 108.

³⁰⁵ NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 Rn. 35.

³⁰⁶ *Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht, § 5 Rn. 290.

³⁰⁷ Hierbei sind auch die Ingerenz-Fälle wie der Produkthaftung zu behandeln, So *Kuhlen*, FS-BGH V, S. 647.

Unternehmen zu betreiben. Ein anderer Grund für die Annahme einer Gesamtbetrachtung des Unternehmens als Gefahrenquelle ist auch, dass die Sach- und Personengefahr meist kaum voneinander zu trennen ist, „[...] z. B. wenn technische Mängel durch Wartungsfehler hervorgerufen oder potenziert werden“³⁰⁸. Aus den beiden Argumenten lässt sich die Schlussfolgerung ableiten, dass die Überwachungspflicht nicht nur die unmittelbare Gefahr der Sache, sondern auch des einzelnen Betriebsangehörigen umfasst.³⁰⁹

Nicht überzeugend ist diese Ansicht aber, wenn sie trotz der Gleichsetzung von Personen- und Sachgefahr die Garantenstellung des Geschäftsführers zur Verhinderung Straftaten seiner Angestellten auf eine zusätzliche Konzeption stützt, die nicht ausschließlich mit dem Begriff der Gefahrenquelle zu tun hat. Diesen Ansatz vertritt z. B. *Schall*³¹⁰, indem er für den Entstehungsgrund auf die „Herrschaft über eine Gefahrenquelle zurückgreift“, nach dem er erkannt hat, dass „der Betrieb insgesamt als eine vom Geschäftsherrn zu überwachende Gefahrenquelle einzuordnen“³¹¹ ist.

Ungeachtet der kritischen Aspekte des Herrschaftsgedanken zur Begründung einer Garantenstellung, mit denen wir uns bereits ausreichend auseinandergesetzt haben, soll hierbei in Zweifel gezogen werden, dass auch die Angestellten als Gefahren hinsichtlich eines Unternehmens bezeichnet werden können, weil es „zumindest mit dem normalen Sprachgebrauch schwer vereinbar wäre, einen Arbeitnehmer als ‚Gefahrenquelle‘ zu bezeichnen, die der Vorgesetzte zu überwachen hat“³¹².

Die Betrachtung, ein Betrieb sei ein gesamtes funktionierendes Objekt und infolgedessen seien die Sach- und Personengefahr meist kaum voneinander zu trennen, ist eine reine Beschreibung der Betriebsorganisation, aus der nicht zwingend

³⁰⁸ *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137.

³⁰⁹ *Schall*, FS-Rudolphi, S. 275.

³¹⁰ *Schall*, FS-Rudolphi, S. 277. Ähnlich, *Schünemann*, ZStW 96 (1984), S. 318: „In diesen Fälle übt nämlich das Leitungsorgan vermöge seiner Befehlsgewalt die Herrschaft über den Grund des Erfolges aus, und es ist deshalb gerechtfertigt, von einer Aufsichts-Garantenstellung infolge der Befehlsgewalt und Organisationsherrschaft zu sprechen“.

³¹¹ *Schall*, FS-Rudolphi, S. 277.

³¹² *Schünemann*, wistra 1982, S. 43. Auch *Gimbernart*, FS-Roxin, S. 661, 662: „[...] weil diese Straftaten einerseits mit den eigentlichen Gefahrenherden, die der Unternehmensleiter zu kontrollieren verpflichtet ist (etwa: Baustellen oder Herstellung bzw. Lieferung von Lebensmittel, Arzneimitteln oder Kraftfahrzeugen), nichts zu tun haben [...]“. *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherrn im Strafrecht, S. 141: „[...] ist hier noch einmal zu betonen, dass andere Personen kein Sonderrisiko darstellen“. *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 40 f.; *Spring*, GA 2010, S. 222 ff.

eine normative Gleichsetzung folgt und zwar auch nicht, wenn Bottke von der „Benützung gefährlicher personeller Produktionsmittel“ und von der „Überwachungsbedürftigkeit betrieblicher Verrichtung ohne Gebrauch sächlicher Produktionsmittel“³¹³ spricht. Aus diesem Grund kann ein Teil der Literatur³¹⁴ nicht unter dem Aspekt der Gefahrenquelle selbst, sondern „[...] unter dem Aspekt der Herrschaft über eine Gefahrenquelle keinen sinnvollen Unterschied [...]“³¹⁵ zwischen Sach- und Personengefahr begründen.

Dass der Betriebsangehörige an sich keine Gefahr darstellt, stellt die Theorie der Gefahrenquelle in Frage, nicht nur weil sich dadurch das ganze Unternehmen als keine Gefahr in engerem Sinne mehr erweist, sondern auch weil infolgedessen kein rechtlich fundierter Legitimierungsgrund besteht, den Vorgesetzten für die Nicht-Verhinderung einer Straftat der autonomen Person gemäß § 13 zu bestrafen. Hierbei hilft der Rekurs auf die Herrschaft über eine Gefahrenquelle auch nicht weiter, denn allein die Herrschaft verpflichtet nicht.³¹⁶ Diese kann sich auch dadurch erklären, dass bei höchst komplexen Unternehmen keine Befehlsgewalt von dem „Hintermann“ sowohl über die Sache als auch über den „Sachnächsten“ unbedingt erfolgt.

Der Verdienst der hier behandelten Theorie ist es allerdings erkannt zu haben, dass das Unternehmen ohne die Betriebsangehörigen nicht als funktionierendes Objekt berücksichtigt werden kann. Der betriebliche Ablauf wird in irgendwelcher Form mit einer menschlichen Unterstützung begleitet, sodass die Gleichsetzung zwischen Sachen und Personen auf der beschriebenen Ebene als Unternehmenseinheit angesehen wird. Es ist aber bisher klar geworden, dass sich aus dieser Erkenntnis ohne weiteres keinen Haftungsgrund ergibt. Sie hilft uns jedoch, die Konstitution und Organisationsstruktur eines Unternehmens zu beachten, um sie für eine Konstruktion der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Betriebsinhabers fruchtbar machen zu können.

Will man sich der Frage widmen, ob der Betriebsinhaber eine Garantenstellung zur Verhinderung von Straftaten seiner Untergebenen innehat, so muss man zu allererst

³¹³ Bottke, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen der lege lata, S. 26 ff.

³¹⁴ Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 137.; Schönemann, wistra 1982, S. 43.

³¹⁵ Schall, FS- Rudolphi, S. 276.

³¹⁶ Roxin, FS-Beulke, S. 244.

die Erkenntnis berücksichtigen, dass die Angestellten aufgrund des Autonomieprinzips keine Gefahr kennzeichnen, und auch nicht bei der „Benützung gefährlicher personeller Produktionsmittel“³¹⁷. Daraus folgt jedoch nicht zwingend die Konsequenz, dass der Betriebsinhaber in keiner dieser Fallkonstellationen zur Verantwortung zu ziehen ist.

2. Gefährliche Organisation

Die Merkmale einer solchen Organisation tauchen auf, um nur ein paar Beispiele zu nennen, wenn es sich um die Straftat eines „Mitarbeiters (handelt), der sich bereits in der Vergangenheit [...] nicht ordnungsgemäß verhalten“³¹⁸ hat oder der „Begehungstäter ein ‚Defizit‘ an Kenntnissen und Fähigkeiten aufweist, das ihm ein pflichtgemäßes Handeln unmöglich macht“³¹⁹.

Die Schlussfolgerung bedarf aber einer weiteren Vertiefung, um den Begriff der gefährlichen Organisation präzisieren und konkretisieren zu können, denn sonst würde die Unbestimmtheit des Kriteriums dazu beitragen, die Basis und Kontur der Garantenstellung zu sprengen.

Geht man dem Problem der Organisation eines Unternehmens nach, so taucht der systematische Ausgangspunkt auf, dass dieses (Problem) auf verschiedenen Ebenen der Straftat behandelt werden kann. Ob der Vorgesetzte durch beherrschbares Verhalten fähig war, die Organisation ordnungsgemäß zu betreiben, ist z. B. eine Frage, die sich auf der Zurechnungsebene beantworten lässt. Denn es geht hierbei darum, die Grenze des Gefahrenbereiches mit einem räumlichen Herrschaftsbereich gleichzusetzen³²⁰, also darum, wie die Pflicht in dem konkreten Fall erfüllt werden kann. Damit wird allerdings

³¹⁷ *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergegebener in Wirtschaftsunternehmen der *lege lata*, S. 26.

³¹⁸ *Langkeit*, FS-Otto, S. 649 ff.

³¹⁹ *Spring*, GA 2010, S. 227.

³²⁰ *Schünemann*, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, S. 99 ff.

eine Garantenstellung nicht begründet, sondern sie nur durch ihre Anwendung abgegrenzt.³²¹

Die Unternehmensorganisation ungefährlich zu betreiben setzt ein theoretisches Objekt voraus, das als Inhalt der Gebotsnorm zu kennzeichnen ist. Demnach sollen die Merkmale und der Begriff der gefährlichen Organisation unabhängig von den tatsächlichen Fähigkeiten und der Sachherrschaft³²² des unterlassenden Täters konzipiert werden.

Bosch ist einer der Autoren, der seine Garantentheorie teilweise in dieser Richtung dargelegt hat. Ausgehend davon, dass allein die Herrschaft über die Gefahrenquelle eine Garantenpflicht nicht ausreichend begründen kann³²³, hat Bosch den Versuch unternommen, die Grundlage der Verantwortung des Betriebsinhabers auf die Missachtung der Pflicht zur „gefahrenmindernden Gestaltung des eigenen Organisationsbereichs“³²⁴ zu stützen.

Bei dieser Auffassung sei völlig unerheblich, ob die Tätigkeit an sich als gefährlich eingestuft werde oder ob man arbeitsteiliges Vorgehen insgesamt als riskant ansehe³²⁵. Das bedeute für die Haftung des Betriebsinhabers, dass es gleichgültig sei, ob der Arbeitnehmer eine Straftat begehe, maßgeblich sei ausschließlich, ob sich diese Straftat auf strukturelle Organisationsmängel zurückführen lasse³²⁶, also, inwieweit die Verhinderung des konkreten Erfolges in den Zuständigkeitsbereich des

³²¹ Anders, *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 266.

³²² *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 34, erkennt teilweise diese theoretische Anmerkung im Hinblick auf eine rechtliche fundierte Zuständigkeit.

³²³ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 158, 159, verzichtet auf die klassische Unterteilung zwischen Überwacher- und Beschützergarant, denn „[...] lässt sich mittels dieser Feststellung nicht ergründen [...]“, welche Garantenstellung auferlegt wird. „Zudem ist die Unterscheidung im Unternehmensbereich wegen der bereits angedeuteten Überschneidung denkbarer Garantenpositionen nur eingeschränkt praktikierbar.“ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 219, basiert stattdessen seinen Ansatz auf die von ihm „[...] angenommene Garantenstellung betrieblicher Leitungsorgane in den unmittelbaren Aussicht- und Sicherungspflichten, die jedoch in höheren Positionen im Unternehmen zu eigenständigen Organisationspflichten transformieren.“

³²⁴ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 225.

³²⁵ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 219, konkretisiert diese Idee mit dem folgenden Beispiel: „Auch bei Verkehrssicherungspflichten hinsichtlich eines Gebäudes kommt es nicht darauf an, ob dessen Zustand Gefahren verursachen kann. Der Eigentümer hat es auch in einem (noch) ungefährlich Zustand so abzusichern, dass sich Gefahren nicht entwickeln können.“

³²⁶ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 224.

Vorgesetzten falle.³²⁷ Sollte kein struktureller Mangel nachgewiesen werden, sondern begehe der Untergebene im Interesse des Verbandes eine Straftat, dann reiche die ‚Betriebsnützlichkeit‘ der Handlung nicht ohne Weiteres aus, eine Verantwortung des Vorgesetzten zu begründen³²⁸.

Besonderes deutlich wird zudem die Konkretisierung der Organisationspflichten, „[...] die nur das Risiko eines bestimmten Erfolgseintritts verringern [...]“³²⁹ können und „[...] lediglich mittelbaren Einfluss auf die Erfolgsvermeidung oder –herbeiführung haben.“³³⁰

Gegen diese Auffassung kann vorgebracht werden, dass der Rekurs auf den „Mangel“ an Organisation zwar den Weg zu einer Legitimation der Garantenstellung aufzeigen kann, aber daran scheitert, dass aufgrund der großen Flexibilität dieses Konzepts keine grundlegende Abgrenzung der Pflicht angeboten wird.

Ferner ist auch nicht ausreichend geklärt worden, warum aus einer mangelnden Organisation zwingend eine strafrechtliche Verantwortung erfolgen soll, wenn nach § 130 OWiG³³¹ eine betriebliche Aufsichtspflichtverletzung auch wegen Organisationsmangels³³² als Ordnungswidrigkeit verhängt werden kann³³³. Um eine Missachtung der Pflicht zu bestrafen, ist angesichts des Strafrechts ein Haftungsgrund notwendig, der über die Sanktionierung eines ordnungswidrigen Verhaltens hinausgeht, damit das ultima ratio-Prinzip und das Bestimmtheitsgebot gewährleistet werden können.

3. Gefahrschaffendes Vorverhalten

³²⁷ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 225.

³²⁸ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 224.

³²⁹ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 110.

³³⁰ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 109.

³³¹ § 130 OWiG: „Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist [...]. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen“.

³³² *Göhler/Gürtler*, OWiG, § 130 Rn. 14; *KK-Rogall*, § 130 Rn. 55.

³³³ *Hsü*, Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, S. 85 ff. hat sich gegen eine strafrechtliche Verantwortung des Betriebsinhabers Anhang des § 130 OWiG geäußert.

Sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung ist es unstrittig, dass bei Fällen der Produkthaftung³³⁴ eine Garantenstellung aus Ingerenz abgeleitet werden kann³³⁵. Auch im Bereich der Garantenstellung des Inhabers für Straftaten seiner Untergebenen wurde diese Theorie teilweise angenommen.

*Welp*³³⁶ ist einer der wichtigsten Autoren, der hierbei die Ansicht vertreten hat, dass die Eröffnung oder Fortführung eines Betriebes die Basis für eine gefährliche Vorhandlung darstelle, weil dadurch fremde Risiko-Handlungen veranlasst würden. Begründet wird die These mit dem Rekurs auf das „Vertrauen-Dürfen“ des potentiellen Opfers und der hieraus folgenden gesteigerten Abhängigkeit³³⁷ zwischen Opfer und Täter.

Diese Auffassung ist jedoch in verschiedenen Hinsichten zu kritisieren. Dass die Begriffe „Vertrauen“ und „Abhängigkeit“ sich als ungeeignete Anknüpfungspunkte zur Stützung der Ingerenzhaftung erwiesen haben, wurde bereits angedeutet.

Blickt man auf die Begriffsbildung „Betriebseröffnung“ und „Einstellung von Personal“ hinsichtlich der Geschäftsherrenhaftung, so lässt sich nach dem Sinne des Wortes feststellen, dass beide Ansatzpunkte nicht das Erfordernis einer gefährlichen Vorhandlung erfüllen, sie fungieren vielmehr als rechtmäßiges Verhalten; folgt man *Welps* Auffassung, würde das zu dem nicht überzeugenden Ergebnis führen, dass der Inhalt der Gebotsnorm uneingeschränkt fast alle sozial adäquaten Vorhandlungen

³³⁴ *Hilgendorf*, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der „Risikogesellschaft“, S. 89 ff.; *ders.* JZ 1994, S. 1142 ff.

³³⁵ BGHSt 19, 167(168); BGHSt 38, 356(358); BGHSt 37 (114 ff.); *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 186 ff.; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 63; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 169 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 38 ff.; *ders.*, FS-BGH IV, S. 29 ff.; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 Rn. 43, 44; MüKo-*Freund* § 13 Rn. 121 ff.; *ders.*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, S. 181.; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 143 ff.; *Stree*, FS-H. Mayer, S. 155.; Kritisch, *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflichten von Amtsträgern, S. 320 ff.; *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, S. 390 f.; *ders.*, Individuelle Verantwortung, S. 114 ff.; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, S. 313 ff.; *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 235 ff.

³³⁶ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 235 ff.

³³⁷ *Welp*, Vorgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, S. 177: „Unter der Herrschaft des strafrechtlich sanktionierten Verbots rechtsverletzender Aktivität entsteht somit eine gesteigerte Abhängigkeit vom Unterlassen des Verbotenen.“

umfassen würde. Die herrschende Meinung in Literatur³³⁸ und Rechtsprechung³³⁹ haben deshalb zutreffend erkannt, dass das Vorverhalten zumindest ein „gesteigertes“ oder „qualifiziertes“ Risiko Kennzeichen soll, um eine Garantenstellung aus vorangegangenem Tun entstehen lassen zu können.

Die These von Welp ist allerdings nicht das einzige Kriterium des Ingerenzgedankes als Grundlage der Geschäftsherrenhaftung.

Im Rahmen der Diskussion über die Qualität und Anforderungen des Vorverhaltens findet man in Lehre und Rechtsprechung eine Reihe von Ansätzen, die - trotz ihrer unterschiedlichen Versionen in manchen Punkten – zu einem selben Grundgedanken führen.³⁴⁰ Hierbei ist die Lehre darüber einig, dass sie den reinen Kausalzusammenhang zwischen dem Vorverhalten und dem nicht verhinderten Erfolg als Mindestvoraussetzung nicht genügen lässt.³⁴¹

Die Rechtsprechung hat sich auch bereits in diesem Sinne im frühen „Taschenmesser-Fall“³⁴² geäußert, in dem der BGH einen Mann ausschließlich wegen der Verletzung der Hilfspflicht nach §323 c StGB deshalb verurteilt hat, weil er einem anderem eine Taschenmesser überlassen hatte, ohne die spätere Begehungstat voraussehen und erkennen zu können. Einigkeit besteht auch darüber, dass das Vorverhalten nicht das Erfordernis einer Straftat erfüllen und die Merkmale einer schuldhaften Handlung nicht aufweisen muss³⁴³.

³³⁸ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 42, *ders.*, FS-BGH IV, S. 29 ff.; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 64; *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn. 102; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 160 ff.; *Stree*, FS-Klug, S. 395 ff.

³³⁹ BGHSt 38, 356(358); BGH NSTz 1998, 83(84); BGH NSTz 2000, 583(583).

³⁴⁰ Abgelehnt wird die Ingerenz jedoch von wenigen Autoren: *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflicht, S. 390 ff.; *ders.*, in: Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 114 ff.; *Lampe*, ZStW 72 (1960), S. 93 ff.; *Schünemann*, FS-Rudolphi, S. 313 ff.; *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 320 ff.

³⁴¹ *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 64 ff.; *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 155 ff.; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 38 Rn. 38 ff.

³⁴² BGHSt 11, 353 ff.

³⁴³ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 29; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 68; Schönke/Schröder-*Stree/Bosch*, § 13 Rn. 39; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 247 f.

Umstritten ist jedoch in Rechtsprechung und Schrifttum eine Frage, die eine wesentliche Rolle für die Begründung der Ingerenzhaftung spielt: Ob das vorangegangene Tun pflichtwidrig³⁴⁴ sein muss³⁴⁵.

In der Rechtsprechung lässt sich diesbezüglich keine klare Linie³⁴⁶ erkennen, allerdings hatte der BGH in der letzten Zeit die Gelegenheit, sich ausführlich mit diesem Thema³⁴⁷ im Lederspray-Urteil³⁴⁸ zu befassen, in dem er die Grunderfordernisse der Ingerenz bestimmt hat. Nach dem BGH soll bei der Ingerenz auf ein „objektiv pflichtwidriges“³⁴⁹ Verhalten abgestellt werden, das teils aus einem allgemeinen Schädigungsverbot³⁵⁰, teils aus gesetzlichen Bestimmungen³⁵¹ abgeleitet wird. Tatsächlich aber reicht für das Gericht ein pflichtmäßiges Vorverhalten unter bestimmten Voraussetzung³⁵² für die Begründung der Ingerenzhaftung aus³⁵³, da das Inverkehrbringen des Sprays nicht pflichtwidrig war. Zu Recht wurde deshalb die theoretische Tendenz dieser Entscheidung kritisiert, weil u. a. „[...] der BGH in der Lederspray-Entscheidung zwar verbal am Pflichtwidrigkeitserfordernis festgehalten, es in der Sache aber aufgegeben hat.“³⁵⁴

³⁴⁴ Im Rahmen der Ingerenz soll sich dieser Begriff nicht auf die tatsächlichen Fähigkeiten einer Person zur Befolgung der Norm beziehen, also als Zurechnung, sondern mit einer „objektiven Rechtsverletzung“ gleichgesetzt werden; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 248.

³⁴⁵ *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 65; *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 39; *ders.* FS-BGH IV, S. 29 ff.; *Schünemann*, ZStW 96 (1984), S. 308.

³⁴⁶ In früheren Urteilen wurde von dem Gericht kein pflichtwidriges Vorverhalten für die Ingerenz verlangt, BGHSt 4, 20(22); 11, 353(355), allerdings wurde diese Interpretation in späteren Entscheidungen eingeschränkt, BGHSt 19, 152(154).

³⁴⁷ Bereits in der Entscheidung BGHSt 25, 218(221 f.).

³⁴⁸ BGHSt 37, 106 ff.

³⁴⁹ In der Rechtsprechung wurde dieser Begriff verwendet, um damit die faktische Preisgabe des Pflichtwidrigkeitserfordernisses zu verschleiern; siehe *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 248 Fn. 799.

³⁵⁰ *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 267.

³⁵¹ Nach dem BGHSt 37, 118: „Verstieß der Vertrieb der gesundheitsgefährdenden Ledersprays gegen das § 30 Nr. 2 LMBG normierte Verbot und begründete eben jene Gefahr, zu deren Vermeidung diese Bestimmung nach ihrer Überschrift („Verbote zum Schutz der Gesundheit“) wie auch nach dem Zweck des Gesetzes im ganzen zu dienen bestimmt ist“.

³⁵² Vorhersehbarkeit des Verletzungserfolges, BGHSt 37, 106(117).

³⁵³ Ähnlich, BGHSt 34, 82(84).

³⁵⁴ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 201; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 96; *Sowada*, JURA 2003, S. 242; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, S. 266 ff. Aus diesem Grund hat *Brammsen*, in: Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 122 f., vorgeschlagen, diese Fallkonstellation mit dem Rekurs auf die betriebliche Gefahrenquelle zu lösen.

In der Literatur zeichnet sich die Beantwortung der Frage nach der Qualität des Vorverhaltens dadurch aus, dass sie nicht bezogen auf das Pflichtwidrigkeitserfordernis formuliert ist, sondern sich vielmehr auf das allgemeine Verständnis der Ingerenzhaftung bezieht.³⁵⁵ Damit hat sich die herrschende Meinung für Kriterien entschieden, bei denen auf ihre Flexibilität abgestellt worden sind. *Jakobs*³⁵⁶ z. B. verlangt für die Vorhandlung die Schaffung eines Verhaltens „mit höherem Risiko“, das über das „unumgehbare alltägliche Verhalten“ hinaus geht. *Otto/Brammsen* benutzen ihrerseits das ähnliche Konzept der „Überschreitung des Jedermann-Handlungsspielraumes“³⁵⁷. *Roxin* überträgt die Lehre von der objektiven Zurechnung auf die Ingerenz, um sie einzuschränken, wonach die Anforderungen an die Pflichtwidrigkeit nur erfüllt sind, „[...] wenn die Vorhandlung dem Verursacher zurechenbar ist.“³⁵⁸

All diese Theorien verzichten in der Tat auf das Pflichtwidrigkeitserfordernis, aber mit bestimmten Ausnahmen, die nach Sowada „[...] zunehmend in Zweifel stellen, ob die ‚Regel‘ wirklich überzeugend erscheint, d. h. ob die Pflichtwidrigkeit der Vorhandlung tatsächlich den Geltungsgrund der Garantenstellung aus Ingerenz darstellt oder ob es sich insoweit nur um den Teilbereich einer größer zugeschnittenen Erfolgsabwendungspflicht handelt“³⁵⁹.

Gegen *Sowada* muss man dennoch einwenden, dass die „Ausnahmen“ die genannte Theorien der herrschende Meinung an sich nicht in Frage stellen, denn keine Theorie ist zwingend in der Lage, eine bestimmte Fallkonstellation umfassend erklären zu können. *Sowada* hat dennoch Recht, wenn er von der unzureichenden Konkretisierung der Voraussetzungen warnt, die eine Garantenstellung aus Ingerenz auslösen kann³⁶⁰; dies kann auch dazu führen, dass uneingeschränkt Pflichtstellungen legitimiert werden können.

II. Stellungnahme

³⁵⁵ *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 249.

³⁵⁶ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 42

³⁵⁷ *Otto/Brammsen*, JURA 1985, S. 648.

³⁵⁸ *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 156.

³⁵⁹ *Sowada*, JURA 2003, S. 241.

³⁶⁰ *Sowada*, JURA 2003, S. 242.

1. Ausgangspunkt

Die Organisation eines Unternehmens konstituiert die Ausübung der Freiheit. Der Betriebsinhaber schafft damit ein in der Gesellschaft wirkendes Objekt, welches mit der Freiheit der anderen dadurch zu vereinbaren ist, dass es in einem gefahrlosen Zustand für Außenstehende gehalten werden soll.³⁶¹ Damit ist aber noch nicht eine ausreichende Aussage über die Garantenstellung verbunden. Die Schaffung eines Objekts ist dennoch eine erste theoretische Basis für die Legitimation einer Pflicht, da hiernach das Unternehmen selbst als verlängerter Arm des Betriebsinhabers betrachtet wird.

Anders als der eigene Körper, der unmittelbar gesteuert wird, bedarf ein Unternehmen eine Vielzahl von Mitarbeitern, die erst ermöglichen, ein bestimmtes Unternehmen zu betreiben. Hierbei steht außer Frage, dass bei dem ersten Fall der Körper zu dem eigenen Organisationkreis gehört und, dass die einzelne Person für deren Unterlassung zuständig ist. Schwer zu begründen erscheint jedoch, ob angesichts des Verantwortungsprinzips, „[...] wonach jeder sein Verhalten grundsätzlich nur darauf einzurichten hat, dass er selbst Rechtsgüter nicht gefährdet, nicht aber – weil dies nämlich in deren ‚Zuständigkeit‘ fällt – auch darauf, dass andere dies nicht tun“³⁶², der Organisationkreis des Geschäftsherrn für die Taten der Angestellten erweitert werden darf.

Hierbei kann man feststellen, dass dem Verantwortungsprinzip keine Sperrwirkung für die Geschäftsherrenhaftung zukommt, wenn man die verschiedenen Verantwortungsbereiche auseinander hält und sie auf den jeweils richtigen normativen Maßstab bringt. Nur auf diese Weise ist die Theorie in der Lage, neben der primären Verantwortung des Tatnächsten die Garantenstellung des Betriebsinhabers nicht auszuschließen.

³⁶¹ *Jakobs*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 21.

³⁶² Vgl. *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, S. 68 ff, 74 ff.; *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 144 ff.; Ausführlich, *Schumann*, Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, S. 107 ff.

2. Organisationszuständigkeit

In diesem Zusammenhang macht sich der Betriebsinhaber nicht im strikten Sinne für die Straftaten seiner Untergebenen verantwortlich, sondern „[...] für die durch das Verhalten bewirkte Ausgestaltung seines eigenen Organisationskreises“³⁶³. Dies führt zu der Verpflichtung, von dem Unternehmen keine Schädigungen ausgehen zu lassen, unabhängig davon, ob die Gefahren von Sachen oder von Personen herrühren.

Dieser Ansatz erweist sich als ein Paradigmenwechsel von einer naturalistischen Betrachtungsweise, die den Tatunmittelbarsten zum Ausgangspunkt nimmt, zu einer normativierenden Betrachtungsweise³⁶⁴, die auf die Organisationszuständigkeit abstellt. Dass hierdurch der Betriebsinhaber die „Zuständigkeit“ der Organisation übernimmt, besagt nicht, dass er als Täter zu bestrafen ist, denn dies ist eine Frage der Zurechnung, die sich erst durch den Rückgriff auf die allgemeine Theorie der Beteiligung beantworten lässt.³⁶⁵

Wenn man aber den Haftungsgrund ausschließlich auf die Organisationszuständigkeit eines Unternehmens zurückführen würde, könnte man hiergegen zu Recht einwenden, dass dadurch der Betriebsinhaber in Wirklichkeit als Garant für alle aus dem Unternehmen begangenen Delikten zur Verantwortung gezogen werden würde.³⁶⁶ Hierfür hat die Rechtsprechung zwei abgrenzende Kriterien entwickelt. Demnach „beschränkt sich indes [eine solche Garantienstellung] auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht [...]“³⁶⁷.

Unabhängig davon, dass die betriebsfundierten Pflichten die Reichweite der Unterlassungshaftung einigermaßen signalisieren, bedarf die Garantienbestimmung

³⁶³ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn.36.

³⁶⁴ *Vogel*, FS-Lorenz, S. 73, sieht diesen Ansatz als problematisch an.

³⁶⁵ *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikte, S. 277: „[...] bei der Beteiligungslehre [stellen] im Ergebnis keine rechtsgutbezogenen Norminhaltsfragen, sondern verantwortungsbezogene Pflichtinhaltsfragen.“

³⁶⁶ *Bosch*, Organisationsverschulden In Unternehmen, S. 186. *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 51, wendet auch ein, „dass der Umfang der Organisationszuständigkeit eines Normadressaten nicht begrifflich fixiert wird, sondern im Ergebnis – trotz der anspruchsvollen systemtheoretischen Einkleidungs- der puren Intuition überlassen“.

³⁶⁷ BGHSt 57, 42 ff.

zusätzliche materielle Anknüpfungspunkte, welche das Prinzip der Handlungsverantwortung bewahren³⁶⁸ und die willkürliche Ausdehnung des Umfang der Organisationszuständigkeit des Normadressaten verhindern soll.

3. Gefährliche Person?

Diese Auffassung weist auf einen sehr problematischen Aspekt hin, der nicht allein mit dem Rekurs auf die Gefährlichkeit eines Betriebsangehörigen überwunden werden kann, und zwar die Autonomie einer Person. Die Überlegung, ein Unternehmen sei deshalb zu überwachen, weil es sich als eine gefährliche Sache erweist, lässt sich nicht ohne Weiteres auf eine Person als konstitutives Element eines Betriebes übertragen. Eine autonome Person macht sich in rechtlichen Sinne verantwortlich für ihre eigenen Straftaten³⁶⁹, auch wenn sie als gefährlich qualifiziert worden ist. Der Betriebsinhaber ist deshalb nicht Garant für die von dem Angestellten begangenen Handlungen, solange keine rechtliche Verbindung mit dieser Handlung besteht, die sich nicht auf die Einstellung des Angestellten im Unternehmen erstrecken darf. Alles andere wäre nur einen unplausibler Versuch, hinsichtlich des Gebots zum Einschreiten auf eine normale geschäftliche Betreibung eines Unternehmens abzustellen und würde dadurch dem Vorgesetzten uneingeschränkt alle von den Angestellten begangenen Straftaten zur Last legen.

Daraus ergibt sich die Folge, dass die Person und die Sache hinsichtlich der Geschäftsherrenhaftung nicht gleichgesetzt werden dürfen, und auch nicht, wenn der Angestellte als ein gefährliches Produktionsmittel³⁷⁰ fungieren könnte. Denn diese Bezeichnung ist mehr eine reine Beschreibung der typischen betrieblichen Aktivitäten als eine materieller Legitimationsgrund.

³⁶⁸ *Seelmann*, GA 1989, S. 256.

³⁶⁹ Niemand ist „[...] der Hüter seines Bruders [...]“, *Walter*, Die Pflichten des Geschäftsherren im Strafrecht, S. 131.

³⁷⁰ *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen der lege lata, S. 26.

Nun wäre die Frage angebracht, ob abgesehen von der genannten Kritik die Gleichsetzung von Person und Sache als konstitutives Element des Unternehmens noch zu der hier behandeltem Garantenproblematik beitragen kann.

Im Gegensatz zu dem Ausgangspunkt, der Untergebene sei genau so gefährlich wie eine betriebliche Sache, bietet diese Auffassung anderweitig eine interessante Erkenntnis mit der Behauptung an, dass im Hinblick auf seine Aktivitäten nur der Betriebsangehörige das Unternehmen als funktionierendes Objekt ermöglicht. Das bedeutet, dass sich das wesentliche Element zur Begründung der Garantenstellung nicht auf die Gefährlichkeit des Angestellten konzentrieren soll, denn es wurde gezeigt, dass die Person an sich nicht als gefährlich angesehen werden kann, sondern auf die betriebliche Organisation.

Für den Vorgesetzten folgt daraus, dass er zuständig für die Organisation des Unternehmens ist. Allein diese Behauptung reicht aber nicht aus für die Begründung einer Garantenstellung. Nach dieser Erörterung dürfte deutlich geworden sein, dass allein die Organisation eines Unternehmens als Kriterium der Legitimation der Pflicht nicht weiter führt, denn diese wird „[...] nicht begrifflich fixiert [...], sondern in Ergebnis – trotz der anspruchsvollen systemtheoretischen Einkleidung – der puren Intuition überlassen“³⁷¹. Das ist besonders offensichtlich, wenn sich ein von dem Unternehmen ausgehender Erfolg ohne Weiteres auf die Organisation zurückführen lässt, ohne die nötige konzeptuelle Bestimmung und Abgrenzung der Organisation festzulegen.

4. Gefährliche Organisation

Der Begriff der Organisationszuständigkeit bietet dennoch ein adäquates Begründungspotential³⁷², wenn sie sich mit dem rechtlichen Gegenstand verbindet,

³⁷¹ Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 51.

³⁷² Haas, Kausalität und Rechtsverletzung, S. 53; Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 219; auch Ransiek, Unternehmensstrafrecht, S. 35 f. Anderer Meinung Spring, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 177, der diese theoretische Konstruktion als unnötig bezeichnet, da es ohne das Hervorrufen von Sachgefahren an einer Änderung des „Organisationskreises“ fehlt, „[...] für die Frage der Geschäftsherrenhaftung führt Jakobs Ansatz damit leider nicht zu neuen Erkenntnissen“.

der die Bestimmung der betrieblichen Pflichten konkretisiert und zugleich zu einer geeigneten Abgrenzung des Umfangs der Zuständigkeit führt.

Ein gutes Beispiel hierfür ist der bereits dargestellte Ansatz von *Bosch*, wonach für die Verantwortung des Geschäftsherrn auf die Missachtung der Pflicht zur „gefahrenmindernden Gestaltung des eigenen Organisationsbereichs“³⁷³ abgestellt werden soll. Entscheidend für die Bestimmung der Haftung sei demnach, ob sich die Straftat des Arbeitnehmers auf strukturelle Organisationsmängel zurückführen lasse.³⁷⁴

Der Verdienst *Boschs* ist es, die Problematik der Garantenstellung des Betriebsinhabers auf die Organisation des Unternehmens³⁷⁵ zurückzuführen. Diese Ansicht favorisiert die Konstruktion einer besonderen Pflicht nicht mehr in Hinblick auf die tatsächlichen Fähigkeiten des Vorgesetzten, was sich nach der hier dargestellten Auffassung wegen der personalen Bindung des Normadressaten an die Norm als Frage der Pflichtwidrigkeit erwiesen hat,³⁷⁶ sondern auf die von ihm eingeführten Kontrollmechanismen zur rechtlichen Organisation und führt damit zu einer Formulierung der Aufsichts- und Sicherungspflichten.³⁷⁷

Obwohl sich *Boschs* Theorie weitgehend auf Fälle der fahrlässigen Erfolgsverwirklichung beschränkt³⁷⁸, bekräftigt sie andererseits die Basis für einen materiellen Zusammenhang zwischen Zuständigkeit und Organisation, denn nur eine hinreichend klare Zuständigkeitsabgrenzung ermöglicht die eindeutige Bestimmung der Organisationskontrolle.

³⁷³ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 225.

³⁷⁴ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 224.

³⁷⁵ In ähnlicher Weise hat die Jurisprudenz im Speditions-fall, LG Nürnberg-Fürth NJW 2006, S. 1824 ff., argumentiert. Demnach trifft den Betriebsinhaber eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Rechtsgutverletzungen, wenn er ein rechtswidriges, gefährliches System schafft. Kritisch, *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 112.

³⁷⁶ *Sangenstedt*, Garantenstellung und Garantenpflicht von Amtsträgern, S. 262 ff.

³⁷⁷ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 219.

³⁷⁸ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 225: „Es fehlt [...] schwer zu behaupten, in der Tat manifestiere sich gerade die fehlerhafte Organisation des Vorgesetzten im eigenen Bereich. Für die Fälle einer vorsätzlichen Tatbegehung durch den Untergebenen auf Anweisung des Vorgesetzten könnte allerdings die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft ein adäquates Lösungsmodell bereithalten“.

Um diesen Gedanke weiterhin für die Geschäftsherrenhaftung fruchtbar zu machen, soll man ihn von dem verwendeten Rekurs auf strukturelle Organisationsmangel³⁷⁹ des Unternehmens befreien. Denn es ist nicht ausreichend begründet, warum aus einem von dem OWiG bereits sanktionierten Verhalten³⁸⁰ zwingend eine strafrechtliche Verantwortung folgen soll.

Der Organisationsmangel des Betriebes bietet keinen hinreichenden Legitimationsgrund einer strafrechtlichen Sanktion. Eine Garantenstellung ist nach der hier vertretenen Ansicht nur dort gerechtfertigt, wo zusätzlich hierzu ein materieller Haftungsgrund besteht. Eine reine Organisationspflicht reicht als solche also nicht aus; vielmehr ist die Begründung einer Garantenposition dann gegeben, wenn der Handelnde eine Straftat begeht, die ihre Stütze in einer gefährlichen Organisation findet. Erkennt etwa der Inhaber, dass der Mitarbeiter unter bestimmten Umständen „[...] seine Stellung im Unternehmen zur Begehung von Straftaten missbrauchen würde [...]“³⁸¹, so hat er die Pflicht, die nötigen Maßnahmen einzuführen, sonst haftet der Inhaber für die Nichtverhinderung der späteren Realisierung der Straftat. Handelt der unmittelbare Täter hingegen voll verantwortlich, ohne erkennbares Defizit³⁸² und ohne die Unterstützung der Unternehmensorganisation, kommt keine Garantenstellung des Vorgesetzten in Betracht.

Aus der bisher entwickelten Forschung ergibt sich als Zwischenergebnis, dass der verlangte Gegenstand für die Begründung der Haftung des Betriebsinhabers seine gefährliche Organisation ist.³⁸³ Dies bedeutet dass, soweit sich das strafrechtliche Verhalten der Untergebenen auf eine gefährliche Organisation des Unternehmens zurückzuführen lässt, sich demnach der zuständige Vorgesetzte für die Nicht-Verhinderung der aus dem Unternehmen begangenen Straftat verantwortlich macht.³⁸⁴

³⁷⁹ *Bosch*, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 224.

³⁸⁰ „Organisationsmangel“, *Göhler/Gürtler*, OWiG, § 130 Rn. 14; *KK-Rogall*, § 130 Rn 55.

³⁸¹ *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 254.

³⁸² *Spring*, GA 2010, S. 227.

³⁸³ *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, S. 220, 221; *Otto*, FS-Hirsch, S. 297. Ähnlich, *Arzt*, JA 1980, 553 ff.; *Stree*, FS-Mayer, S. 145 ff.

³⁸⁴ Eine ähnliche Auffassung vertritt *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 36: „[...] so haftet der Betriebsinhaber für den gefährlichen Zustand seines Betriebs, solange überhaupt noch seine Geschäfte organisiert werden.“ Auch *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, S. 36: „Es geht also [...] um die für

Neben diesem Zwischenergebnis zeigt sich ebenso die Erkenntnis, dass sich das auslösende Moment für die Annahme der Garantenstellung aus einem gefährlich gegebenen Zustand ergeben kann, zu dem der Vorgesetzte nicht aktiv unmittelbar beigetragen hat. In Betracht kommen andererseits auch die Fälle, in denen der Inhaber selbst durch ein Vorverhalten eine gefahrenträchtige Betriebsstruktur geschaffen hat. Diese Fallvariante löst demnach unter bestimmten Anforderungen ebenso eine Verantwortlichkeit durch Unterlassen aus.

Mit der Einschränkung der gefährlichen Organisation auf die genannten Fallkonstellationen will man einen „Mindestbereichs“ strafrechtlicher Garantenhaftung schaffen, da die Organisationsmodelle und unterschiedlichen Pflichtenkreise einen einheitlichen Leitgesichtspunkt der Geschäftsherrenhaftung von selbst verbieten.³⁸⁵

5. Ingerenz

Ausgehend von der gefährlichen Organisation als Gegenstand der Garantenhaftung folgt nun die konsequente Frage, ob die hier vertretene Auffassung aufgrund ihrer materiellen und strukturellen Konstitution mit dem Ingerenzgedanken zu vereinbaren ist, so dass die Problematik der Geschäftsherrenhaftung mit dem Rekurs auf das rechtswidrige Vorverhalten aufgeklärt und begründet werden kann.

Mit den vorangegangenen Erörterungen zur Ingerenz ist bereits das Problem der Qualität des Vorverhaltens angesprochen. Die dargestellte Tendenz der Literatur hat demnach gezeigt, dass die herrschende Meinung sich für die Flexibilisierung des Pflichtwidrigkeitserfordernisses entschieden hat³⁸⁶. Dieser Ansicht soll deshalb gefolgt werden, weil die strenge Orientierung an der Pflichtwidrigkeit mit den sich daraus zum Teil daraus ergebenden abstrakten Anforderungen zum Scheitern verurteilt war.

komplexere rechtlich normierte Organisationen oder organisierte Tätigkeiten.“ Um nicht missverstanden zu werden, soll hier geklärt werden, dass diese Schlussfolgerung nicht im Sinne von Arzt, JA 1980, 560, 650, 714 ff., dargelegt worden ist, wonach in allen Garantenstellungen eine rudimentäre Gefahrschaffung als Begehungselement steckt. Nach unserer Ansicht soll die Gefahrschaffung nur auf bestimmten Konstellationen von Garantenstellung ausgedehnt werden, die sich ausschließlich aus der Organisationszuständigkeit ergeben.

³⁸⁵ Bosch, Organisationsverschulden in Unternehmen, S. 217.

³⁸⁶ Jakobs, Strafrecht AT, § 29 Rn. 42; Otto/Brammsen, JURA 1985, S. 648; Roxin, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 156. Anders Sowada, JURA 2003, S. 240 ff.

Unberücksichtigt ist allerdings noch geblieben, an welchen Kriterien sich die Bestimmung des Vorverhaltens orientieren soll, wenn sich das Entstehen einer Ingerenzgarantenstellung nicht ausschließlich auf eine strikte rechtswidrige Vorhandlung beschränkt.

Überzeugend ist hierbei die von Teilen der Literatur³⁸⁷ und auch von der Rechtsprechung³⁸⁸ entwickelte These, wonach das Vorverhalten zumindest ein „gesteigertes“ oder „qualifiziertes“ Risiko aufweisen soll, um eine Garantenhaftung aus Ingerenz begründen zu können. Anders als das rechtswidrige Verhalten weisen diese Auffassungen den Vorteil auf, dass sie nicht nur den Haftungsgrund bilden, sondern zugleich mit Hilfe der zivilrechtlichen Gefährdungshaftung und der Pflichtversicherung³⁸⁹ die Reichweite der Verantwortung andeuten.

Aus dem dargelegten Ingerenzansatz lassen sich nun Aussagen über die Geschäftsherrenhaftung ableiten.

5.1. Personaleinstellung

Zunächst ist hier noch einmal zu betonen, dass allein das Vorverhalten der „Eröffnung eines Unternehmens“ an sich kein gesteigertes oder qualifiziertes Risiko darstellt und deshalb nicht als Grundlage der Ingerenz gelten kann. Aus der Behandlung der Ingerenz in dieser Fallkonstellation ergibt sich die Erkenntnis, dass es nicht nötig ist, das Vorverhalten so weit vorzuverlagern, denn hierfür können auch tatnähere Handlungsweisen der Geschäftsherren herangezogen werden.³⁹⁰

Die Problematik der Anwendung der Ingerenz auf die allgemeine „Personaleinstellung“ ist grundsätzlich genau so zu beurteilen wie bei der „Eröffnung eines Unternehmens“. Das schließt aber nicht aus, dass hierbei unter bestimmten Voraussetzungen eine Garantenstellung in Betracht kommen kann.

³⁸⁷ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 29 Rn. 42, *ders.*, FS-BGH IV, S. 29 ff.; *Kindhäuser*, Strafrecht AT, § 36 Rn. 64; *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn. 102; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 160 ff.; *Stree*, FS-Klug, S. 395 ff.

³⁸⁸ BGHSt 38, 356(358); BGH NSTz 1998, 83(84); BGH NSTz 2000, 583(583).

³⁸⁹ *Jakobs*, Strafrecht AT, § 24 Rn. 42.

³⁹⁰ *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 240.

Eine besondere Konstellation entsteht an erster Stelle, wenn ungeeignete Mitarbeiter für einen bestimmten Platz oder eine bestimmte Aufgabe eingestellt werden und zum Einsatz kommen. Dies muss dem Vorgesetzten erkennbar sein, erst dann haftet er für die spätere Realisierung des Erfolges. Die Anforderung des Vorverhaltens hängen davon ab, ob die Gefahrrealisierung bereits unmittelbar droht.³⁹¹

Der andere Ausnahmefall der Personaleinstellung ist derjenige, in dem eine mittelbare Gefahr entsteht. Hierbei kommt es für die Annahme der Ingerenz darauf an, ob der Arbeitnehmer zur Begehung einer Tat geneigt ist. Hierbei soll die Entschlossenheit der Mitarbeiter zur Tat erkennbar sein, sonst trifft den Betriebsinhaber aufgrund des Vertrauens keine Garantenhaftung, und zwar auch dann nicht, wenn der Untergebener die Tatmöglichkeit nutzt.³⁹²

5.2. Gefahrenträchtige Betriebsorganisation

Eine Garantenstellung des Betriebsinhabers aus Ingerenz ergibt sich auch, wenn das Unternehmen so organisiert ist, dass seine Struktur kein rechtliches Vorgehen der Mitarbeiter gewährleisten kann. *Spring* definiert diese Art von Unternehmen als „[...] Aufbau oder Weiterführen einer betrieblichen Organisationsstruktur, die die Mitarbeiter des Betriebes zu rechtswidrigen Tun nötigt.“³⁹³ Dass diese Definition in ähnlicher Weise von anderen Theorien³⁹⁴ in vielen Fällen umfasst wird und diese zum selben Ergebnis führen³⁹⁵, bekräftigt nur diese Ansicht.

Die Jurisprudenz hatte die Gelegenheit sich über den hier diskutierten Ansatz zu äußern. Im Speditions-Fall³⁹⁶ ging es in der Entscheidung um die Verantwortlichkeit des

³⁹¹ *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 256.

³⁹² *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 256. Auch *Kühl*, Strafrecht AT, § 18 Rn. 104; *Roxin*, Strafrecht AT II, § 32 Rn. 155 ff..

³⁹³ *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, S. 257, versteht unter Nötigung: „wenn Mitarbeiter um ihren Arbeitsplatz bangen müssen, sofern sie sich nicht durch rechtswidriges Handeln in die Organisationsstruktur einfügen oder falls die Erfüllung eines vorgegebenes Arbeitspensum unter Einhaltung gesetzlicher Vorschriften regelmäßig nicht möglich ist“. Nach unserer Ansicht kann die Nötigung ebenso erfolgen, wenn die Bedingungen zur Ausübung einer Tätigkeit im Unternehmen als „gefährlich“ eingestuft werden.

³⁹⁴ *Fischer*, StGB, § 13 Rn. 38.

³⁹⁵ Siehe, *Bottke*, Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, S. 25 ff.

³⁹⁶ Urteil vom 08.02.2006; NJW 2006, S. 1824 ff.

Geschäftsführers, in der das Gericht auf das rechtswidrige und gefährliche System des Unternehmens zurückgegriffen hat, um eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Rechtsgutsverletzungen bei Außenstehenden als Folge des Systems zu begründen. Abgesehen davon, dass sich in der Rechtsprechung keine klare Linie für die Verantwortung des Betriebsinhabers erkennen lässt, bietet diese Entscheidung eine überzeugende Lösung zu der hier behandelten Problematik an.

Literaturverzeichnis

Arzt, Gunther: Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 553 ff.

Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung, - Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. 1: Normen und Strafgesetze, Neudruck der 4 Aufl., Leipzig 1992, Aalen 1965.

Blei, Hermann: Garantspflichtbegründung beim unechten Unterlassen, in: Geerds, Friedrich/Naucke, Wolfgang (Hrsgs.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, S. 119 ff.

Bloy, René: Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, Berlin 1985.

Bosch, Nikolaus, Organisationsverschulden in Unternehmen, Augsburg 2002.

Böse, Martin: Die Garantstellung des Betriebsbeauftragten, NStZ 2003, S. 636 ff.

Bottke, Wilfried: Haftung aus Nichtverhütung von Straftaten Untergebener in Wirtschaftsunternehmen de lege lata, Berlin 1994.

Burkhardt, Björn: Tatbestandmäßiges Verhalten und ex-ante-Betrachtung – Zugleich ein Beitrag wider die „Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven“ - , in: Wolter/Freund (Hrsgs.) Straftat, Strafzumessung und Strafprozess im gesamten Strafrechtssystem, S. 43 ff;

Brammsen, Joerg: Die Entstehungsvoraussetzung der Garantpflichten, Berlin 1986.

Feuerbach, Paul Johann Anselm: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 2. Aufl., Gießen 1803.

Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 64. Aufl., München 2017.

Freund, George: Erfolgsdelikt und Unterlassen, Köln/Berlin/Bonn/München 1992.

- Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre, Berlin/Heidelberg/New York 1992.

Frisch, Wolfgang: tatbestandmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Heidelberg 1988.

- Vorsatz und Risiko, Köln/Berlin/Bonn/München 1983.

Grünwald, Anette: Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, Berlin 2001.

Haas, Volker: Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen – Zur Notwendigkeit einer Revision der Beteiligungslehre, Berlin 2008.

- Kausalität und Rechtsverletzung: ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, Berlin 2002.

Heine, Günter: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen – Von individuellen Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklung, insbesondere bei Großrisiken, Baden-Baden 1995.

Herzberg, Rolf Dietrich: Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin/New York 1972.

Hoyer, Andreas: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit innerhalb von Weisungsverhältnissen: Sonderegeln für Amts- und Wehrdelikte und ihre Übertragbarkeit auf privatrechtliche Organisationen, in: Amelung (Hrsg.) Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, S. 23 ff.

Hsü, Yü-hsiu: Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten, Pfaffenweiler 1986.

Hruschka, Joachim: Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2. Aufl., Berlin 1988.

Jakobs, Günter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin/New York 1991.

- Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, München 1996.

- System der strafrechtlichen Zurechnung, Opladen 2012.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5 Auflage, Berlin 1996.

Kaufmann, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, Göttingen 1959.

Kaufmann, Arthur: Analogie und „Natur de Sache“. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, Heidelberg 1965.

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7 Aufl., Baden-Baden 2015.

- Gefährdung als Straftat, Frankfurt am Main, 1989.

- Zur Logik des Verbrechenaufbaus, in: Koch (Hrgs.) Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neuen Fragen? , Berlin 1997, S. 77 ff.

- Täuschung und Wahrheitsanspruch beim Betrug, ZStW 1991, S. 398 ff.

Köhler, Michael: Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin/Heidelberg/New York 1997.

Kühl, Kristian: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4 Aufl. München 2002.

Langer, Richard: Die Sonderstraftat. Eine gesamtssystematischer Grundlegung der Lehre vom Verbrechen, 2 Aufl. Berlin 2007.

Maiwald, Manfred: Grundprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, S. 473 ff.

Mañalich, Juan Pablo: Nötigung und Verantwortung- Rechtstheoretische Untersuchungen zum präspriktiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht, Baden-Baden 2008.

Mansdörfer, Marco: Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts. Zugleich eine Untersuchung zu funktionalen Steuerungs- und Verantwortlichkeitsstrukturen bei ökonomischen Handeln, Heidelberg 2011.

Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch, 4. Auflage, Karlsruhe 1971.

Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7 Auflage, Heidelberg 1989.

Mikus, Rudolf Alexander: Die Verhaltensnorm des fahrlässigen Erfolgsdelikts, Berlin 2002.

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Hrgs. Von Wolfgang Joecks und Klaus Miebach, 3. Aufl., München 2017.

Nagler, Johannes: Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938), S. 15 f.

Nietze, Paul: Die Bedeutung der Entsprechenklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), Berlin 1989.

Nommos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4 Aufl. hrgs. von Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann und Hans-Ulrich Paeffgen, Baden-Baden 2013.

Pawlik, Michael: „Das dunkelste Kapitel in der Dogmatik des Allgemeinen Teils: Bemerkungen zur Lehre von den Garantienpflichten“, in: Manfred Heinrich u. a. (Hrgs.), Strafrecht als Scientia Universalis (Festschrift für Claus Roxin), Berlin/New York 2011, S. 931 ff.

Ransiek, Andreas: Das unechte Unterlassungsdelikt, JUS 2010, S. 585 ff.

- Unternehmensstrafrecht – Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen; Heilderberg, 1996.

- Unternehmensstrafrecht, Heilderberg, 1996.

Rengier, Rudolf: Strafrecht Allgemeiner Teil, 8 Aufl. München 2016

Renzikowski, Joachim: Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, Tübingen 1997.

Rogall, Klaus: Dogmatische und Kriminalpolitische Probleme der Aufsichtspflichtverletzung in Betrieben und Unternehmen (§ 130 OWiG), in: ZStW 98 (1986), S. 611 ff.

Rotsch, Thomas: Individuelle Haftung in Großunternehmen – Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts, Baden-Baden 1998.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil – Band II- Besonderes Erscheinungsformen der Straftat, München 2003

- Strafrecht Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006.

- Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.10.2011 – 4 StR 71/11 (Garantenpflicht eines Betriebsinhabers bzw. Vorgesetzten zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter – Mobbing), in: JR 2012, S. 305 ff.

Rudolphie, Hans-Joachim: Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, Göttingen 1966.

Sangenstedt, Christoph: Garantenstellung und Garantenpflichten von Amtsträgern, Zugleich eine Untersuchung zu den Grundlagen der strafrechtlichen Garantenstellung, Frankfurt am Main/Bern/New York/Paris 1988.

Schall, Hero: Grund und Grenzen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, in: Rogall, Klaus/Puppe, Ingeborg/ Stein, Ulrich/Wolter, Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Hans-Joachim Rudolphie zum 70 Geburtstag, Neuwied 2004, S. 267 ff.

Schönke, Adolf/*Schröder*, Horst: Strafgesetzbuch; 16 Aufl. München 1972; 29 Aufl. bearbeitet von Thedor Leckner, Albin Eser, Peter Cramer, Walter Stree, Gunter Heine, Walter Perron und Detlev Sternberg-Liebe, München 2014.

Schubarth, Martin: Zur strafrechtlichen Haftung des Geschäftsherren, SchwZStR 1976, S. 370 ff.

Schulz, Michael: Amtswalterunterlassen, Berlin, 1984.

Schünemann, Bernd: Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979.

- Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte – Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen, 1971.

- Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, S. 231 ff.

- Strafdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität, wistra, 1982, S. 41 ff.

- Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW, 1984, Band 96, S. 287 ff.

-Unternehmenskriminalität, in Roxin, Claus/Widmaier, Gunter (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV. Strafrecht, Strafprozessrecht, München 2000, S. 37 ff.

Seelmann, Kurt: Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantenpflichtdogmatik, in: GA 1989, S. 241 ff.

Stratenwerth, Günter/*Kuhlen*, Lothar: Strafrecht – Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6 Auflage, München 2011.

Stree, Walter: Garantenstellung kraft Übernahme, in: Geerds, Friedrich/Naucke, Wolfgang (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft – Festschrift für Helmuth Mayer zum 70. Geburtstag am 1. Mai 1965, Berlin 1966, S. 145 ff.

Sowada, Christoph: Die Garantenstellung aus vorangegangenem Tun (Ingerenz), JURA 2003, S. 236 ff.

Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht- Einführung und Allgemeiner Teil, 4 Aufl., München 2014.

- Tatbestandfunktionen in Nebenstrafrecht, Tübingen 1969.

Toepel, Friedrich: Grundstrukturen des Sachverständigenbeweis im Strafprozeßrecht, Tübingen 2002.

Vogel, Joachim: Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, Berlin 1993.

Vogler, Theo: Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, in: Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, hrgs. Von Günter Warda, 1976, S. 265 ff.

Walter, Stefan: Die Pflicht des Geschäftsherren im Strafrecht, Frankfurt am Main 2000.

Welp, Jürgen: Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, Berlin 1968.

Wolf, Ernst Amadeus: Kausalität von Tun und Unterlassen, Heidelberg 1965.