



ZUR STRAFBARKEIT DES VORGESETZTEN BEI STRAFTATBEGEHUNG DURCH UNTERGEBENE: TEIL II – STRAFBARKEIT DURCH UNTERLASSEN

PROF. DR. ANNA H. ALBRECHT*

Der erste Teil des Beitrags, erschienen im vorherigen Heft der **studere*, bestand aus einem Überblick über die relevanten Streitstände, die bei der Frage nach der Strafbarkeit eines Vorgesetzten, der sich aktiv an der Tat eines Angestellten beteiligt, darzustellen sein können. Fehlt es hingegen an einer aktiven Beteiligung des Vorgesetzten oder ist sie zumindest nicht nachweisbar, kann zu prüfen sein, ob er sich durch ein Unterlassen strafbar gemacht hat, indem er nicht gegen die Straftatbegehung durch seinen Untergebenen eingeschritten ist. Der zweite Teil des Beitrags wird daher einen Überblick über die prüfungsrelevantesten Probleme der Unterlassensstrafbarkeit geben, soweit sie sich typischerweise in der vorgenannten Konstellation stellen.¹ Wie auch im ersten Teil beschränkt sich die Darstellung auf einen Abriss des examensrelevanten Stoffs im Kernstrafrechts, auf dessen Grundlage sich der Leser

mit den angesprochenen Problemen etwa anhand der in den Fußnoten genannten Verweisen auf Rechtsprechung und – soweit möglich, ausschließlich – didaktische Literatur intensiver beschäftigen soll.

Diese Eingrenzung führt dazu, dass sich der Beitrag mit sog. unechten Unterlassensdelikten, nicht aber sog. echten Unterlassensdelikten befasst.² Echte Unterlassensdelikte sind solche, die ausdrücklich den Verstoß gegen eine Gebotsnorm, d.h. die Nichtvornahme einer bestimmten Handlung unter Strafe stellen. Im prüfungsrelevanten Strafrecht sind sie ohnehin selten. Beispiele sind die unterlassene Hilfeleistung gem. § 323c Abs. 1 StGB, nach h.M. auch der Hausfriedensbruch gem. § 123 Abs. 1 Alt. 2 StGB durch unbefugtes Verweilen trotz einer Aufforderung, sich zu entfernen, und die Aussetzung gem. § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB durch das Im-Stich-Lassen in hilfloser Lage.³ Zudem sind sie für diesen Beitrag wenig geeignet, weil sich an ihnen keine für die

* Anlass des Beitrags ist ein Vortrag, den die Verfasserin im Dezember 2016 auf der Konferenz „Aktuelle Probleme der Strafrechtswissenschaft im internationalen Vergleich“ gehalten hat und der inzwischen als solcher im Jahresband 2017 des СОЮЗ КРИМИНАЛИСТОВ И КРИМИНОЛОГОВ (Verband der Kriminalisten und Kriminologen), S. 56 ff., in deutscher und in russischer Sprache veröffentlicht worden ist. Geringe Teile wurden wörtlich übernommen, im Übrigen der Inhalt erheblich ausgebaut und didaktisch aufgearbeitet. Der erste Teil behandelt die Voraussetzungen einer Strafbarkeit durch aktives Tun und wurde in der letzten Ausgabe der **studere* 2017, 22 ff. veröffentlicht.
¹ S. zum Unterlassensdelikt insgesamt den Überblick bei Kühnl, JA 2014, 507 ff.; Ransiek, JuS 2010, 490 ff., 585 ff., 678 ff.

² Zu dieser Unterscheidung statt vieler BGHSt 14, 280 (281); Kühnl, JA 2014, 507 ff.; Ransiek, JuS 2010, 490 ff.; Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2016, § 48 Rn. 3; Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 46. Aufl. 2016, Rn. 982

³ Vgl. Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 6; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 18. Aufl. 2017, § 20 Rn. 1 (Hausfriedensbruch) sowie § 10 Rn. 3 (Aussetzung); a.A. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 31 Rn. 17 f.: Einordnung als unechte Unterlassensdelikte, da der

Vorgesetzten-Mitarbeiter-Konstellation spezifischen Probleme abprüfen lassen. In der Regel wird es in solchen Sachverhalten um unechte Unterlassensdelikte gehen, also Straftatbestände, die dem Wortlaut nach die Begehung durch ein aktives Tun des Täters voraussetzen, gemäß § 13 Abs. 1 StGB aber auch durch ein Unterlassen begangen werden können. Diese Vorschrift schreibt als allgemeine Voraussetzungen der unechten Unterlassensdelikte fest, dass 1. der Täter es unterlässt, einen Erfolg abzuwenden, 2. er rechtlich dafür einzustehen hat, dass der Erfolg nicht eintritt, und 3. das Unterlassen der Tatbestandsverwirklichung durch ein Tun gleichsteht. Diese sollen im Folgenden genauer beleuchtet werden.

A. BESONDERHEITEN IM TATBESTAND DES UNTERLASSENSDELIKTS

I. Das Unterlassen

Das Unterlassen wird allgemein definiert als die Nichtvornahme einer Handlung trotz physisch-realer Handlungsmöglichkeit.⁴ Der Täter muss also im Zeitpunkt des Unterlassens faktisch, insbesondere körperlich in der Lage gewesen sein, die erfolgsverhindernde Handlung vorzunehmen.⁵ Oftmals kann ein Unterlassen leicht festgestellt werden. Trifft es jedoch in ein und demselben Verhalten mit einem aktiven Tun zusammen, so kann die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassens schwierig sein. Das klassische Beispiel ist der Ziegenhaarfall aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts,⁶ in dem ein Fabrikant Ziegenhaare an seine Mitarbeiter zur Verarbeitung ausgab, die er entgegen der Mitteilung des Lieferanten und unter Verstoß gegen Vorschriften nicht desinfiziert hatte. Vier MitarbeiterInnen infizierten sich mit Milzbrand und verstarben. Das Reichsgericht hatte nun zu entscheiden, ob sich der Fabrikant wegen eines aktiven Tuns, der Ausgabe der Haare, oder aber eines Unterlassens, demjenigen der Desinfektion, strafbar gemacht hatte. Die Rechtsprechung und Teile der Literatur nehmen in den Fällen solcher als ambivalent, mehrdeutig oder doppelrelevant bezeichneten Verhaltensweisen eine wertende Betrachtung vor und grenzen Tun und Unterlassen danach ab, „wo bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung des sozialen Handlungsinns der Schwerpunkt des strafrechtlich

relevanten Verhaltens“⁷ oder auch Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liege.⁸ Im Ziegenhaarfall knüpfte das Reichsgericht eine etwaige strafrechtliche Verantwortlichkeit selbstverständlich und ohne Begründung an das aktive Tun. Teile der Literatur kritisieren das Schwerpunktkriterium als unbestimmt und beliebig⁹ sowie zirkulär.¹⁰ Zudem hat der Gesetzgeber mit der Strafmilderungsmöglichkeit in § 13 Abs. 2 StGB die Wertung zum Ausdruck gebracht, dass ein aktives Tun im Regelfall schwerer als ein Unterlassen wiegt.¹¹ Und schließlich ist nicht ersichtlich, weshalb es den Täter, dessen Handeln die Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen aktiven Tuns erfüllt, begünstigen soll, wenn zu diesem aktiven Tun ein Unterlassen hinzutritt; wird dann auf das Unterlassen abgestellt, wird aber nicht nur durch § 13 Abs. 2 StGB die Möglichkeit einer Strafmilderung eröffnet, sondern bei Fehlen einer Garantenstellung seine Strafbarkeit auf eine wegen unterlassener Hilfeleistung gem. § 323c StGB reduziert oder gänzlich ausgeschlossen.¹² Erfüllt ein aktives Tun alle Voraussetzungen der Strafbarkeit, ist also „ein aktiver Energieeinsatz für den Erfolg kausal“¹³, so ist nach der Gegenauffassung stets an dieses aktive Tun anzuknüpfen, hinter dem das Unterlassen in der Regel zurücktritt.¹⁴ Für ein Abstellen ausschließlich auf das Unterlassen bleibt danach nur dann Raum, wenn das aktive Tun die Strafbarkeitsvoraussetzungen nicht erfüllt.

Einen Sonderfall der Abgrenzung von Unterlassen und Tun bildet die sog. *omissio libera in causa* (o.l.i.c.; aus dem Lateinischen: die in ihrer Ursache

⁷ *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 987; s.a. BGHSt 55, 191 (201).

⁸ St. Rspr., BGHSt 6, 46 (59); 56, 277 (286); 57, 28 (30); 59, 292 (296); *Heinrich*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 866; *Rengier*, AT (Fn. 3), § 48 Rn. 10.

⁹ *Kühl* (Fn. 5), § 18 Rn. 14; *Jescheck/Weigend*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, § 58 II 3; *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 80; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 13 Rn. 2.

¹⁰ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 4), § 21 Rn. 28; *Führ*, Jura 2006, 265 (267); *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 79.

¹¹ *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 28 Rn. 2.

¹² *Frister* (Fn. 5), 22. Kap. Rn. 12; *Puppe* (Fn. 12), § 28 Rn. 2; *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 82, 90.

¹³ *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 78.

¹⁴ *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 4), § 21 Rn. 28; *Frister* (Fn. 5), 22. Kap. Rn. 11 f.; *Führ*, Jura 2006, 265 (268); *Jescheck/Weigend* (Fn. 10), § 58 II 2; *Puppe* (Fn. 12), § 28 Rn. 3, 11; *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 77 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 10), § 13 Rn. 2 f. Teilweise wird diese Auffassung auch in zwei Ansätze aufgetrennt (s. etwa *Stratenwerth/Kuhlen* [Fn. 10], a.a.O.), was aber deswegen fraglich erscheint, weil beide Ansätze dann nur die halbe Antwort auf die Abgrenzungsfrage gäben: Während das Kriterium der Aktivität bzw. des Energieeinsatzes nur bestimmt, wann ein aktives Tun und wann ein Unterlassen vorliegt, hilft die Annahme eines Vorrangs des aktiven Tuns nur, wenn ein Aufeinandertreffen von Tun und Unterlassen bereits anhand anderer Kriterien festgestellt ist.

Gesetzgeber das Unterlassen einer Begehung durch aktives Tun in den §§ 123, Abs. 1, 221 Abs. 1 StGB gleichstellt.

⁴ Statt vieler *Frister*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, 22. Kap. Rn. 18; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 27 ff.

⁵ Statt vieler *Kühl* (Fn. 5), § 18 Rn. 30; *Rengier*, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 9.

⁶ RGSt 63, 211 ff.

freie Unterlassung). Ihre Voraussetzungen sind gegeben, wenn sich der Täter – je nachdem, ob ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitsdelikt in Frage steht – durch aktives Tun vorsätzlich oder fahrlässig der Möglichkeit begibt, im gebotenen Zeitpunkt die erfolgsverhindernde Handlung vorzunehmen; liegt dieses Vorverhalten in einem Unterlassen, wird von einer „omissio libera in omittendo“ gesprochen. Das aktive Tun trifft mit dem Unterlassen nicht zeitlich zusammen, sondern geht diesem voraus. Klassisches Beispiel aus der Rechtsprechung ist der Fall einer Mutter, die ihr dreijähriges Kind alleine in der Wohnung lässt und so nicht verhindern kann, dass es, wie schon mehrfach geschehen, den Herd anstellt, dieses Mal dadurch einen Brand verursacht und durch diesen zu Tode kommt.¹⁵ Übertragen auf die vorliegende Konstellation wäre an einen Vorgesetzten zu denken, der es sich durch aktives Tun wie den Antritt eines längerdauernden Urlaubs unmöglich macht, das Handeln seines Untergebenen zu kontrollieren, obwohl dieser bereits in der Vergangenheit entsprechende Gelegenheiten zur Straftatbegehung oder auch sonstigen Rechtsgutschädigungen ausgenutzt hat. Wie auch bei den ebenfalls umstrittenen Figuren der actio libera in causa (a.l.i.c.) und der actio illicita in causa (a.i.i.c.)¹⁶ wird bei der o.l.i.c. ein vorwerfbares Vorverhalten des Täters herangezogen, um eine Strafflosigkeit der nachgelagerten, erfolgsnäheren Handlung zu überwinden. Teilweise wird dieser Gedanke schon in die Abgrenzung von Unterlassen und Tun eingebracht, um den Unterlassenscharakter des Verhaltens zu begründen.¹⁷ So wird etwa entsprechend der a.i.i.c. und dem Vorverlagerungsmodell¹⁸ bei der a.l.i.c. an der Strafflosigkeit der erfolgsnäheren Handlung aus Rechtsgründen (Handlungsunmöglichkeit bei der o.l.i.c., Rechtfertigung bei der a.i.i.c., Schuldunfähigkeit bei der a.l.i.c.) festgehalten und die Strafbarkeit stattdessen, soweit die Umschreibung des tatbestandlichen Verhaltens dies zulässt, an das Vorverhalten des Täters angeknüpft, durch welches der Täter vorwerfbar ebendiese Gründe für die Strafflosigkeit der erfolgsnäheren Handlung herbeigeführt hat (Beseitigung der Handlungsmöglichkeit durch Verlassen der Wohnung, Hervorrufen der rechtfertigenden Lage durch die Provokation des Angreifers, Herbeiführen der Schuldunfähigkeit durch das Betrinken). Da aber nur ein aktives

Tun den Erfolg abgewendet hätte, begründe das Vorverhalten nur das Unrecht eines Unterlassens.¹⁹ Teilweise wird hingegen weiterhin auf das Unterlassen als strafbares Verhalten abgestellt und die Figur der o.l.i.c. auch oder nur als Begründung dafür herangezogen, es dem Untätigen zu verwehren, sich auf die vorwerfbar herbeigeführte Unfähigkeit zur Vornahme der gebotenen Handlung zu berufen.²⁰ Diese Argumentation entspricht dem Ausnahmestrukturmodell bei der actio libera in causa,²¹ das wegen seines Verstoßes gegen das in § 20 StGB niedergelegte Koinzidenzprinzip überwiegend abgelehnt wird.²² Hinsichtlich der o.l.i.c. dürfte es indes zu kurz greifen, eine Ausnahme vom Erfordernis der Handlungsmöglichkeit im Zeitpunkt der Untätigkeit schon deswegen für zulässig zu halten, weil das Gesetz es nicht ausdrücklich festschreibt.²³ Denn auch ohne eine gesetzliche Festlegung setzt die strafrechtliche Relevanz eines Verhaltens die tatsächliche Möglichkeit eines rechtmäßigen Alternativverhaltens, ein Unterlassen eine tatsächliche Handlungsmöglichkeit voraus. Der Grund liegt vielmehr darin, dass der Garant auch verpflichtet ist, sich nicht seiner Handlungsmöglichkeit zu begeben,²⁴ was letztendlich dafür spricht, den Vorwurf an das Sich-Begeben der Handlungsmöglichkeit, also das Vorverhalten, anzuknüpfen und dieses dem Unterlassen gleichzustellen.

Den Tatbestand eines unechten Unterlassensdelikts erfüllt ein Unterlassen des Vorgesetzten aber nur dann, wenn er auch verpflichtet war, den Erfolgseintritt zu verhindern, wenn er also eine entsprechende Garantspflicht hatte.

II. Erfolgsabwendungspflicht

Dass der Unterlassende in besonderem Maße verpflichtet gewesen sein muss, den Erfolg abzuwenden (vgl. § 13 Abs. 1 StGB: „wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“), ihn also eine sog. Garantpflicht getroffen haben muss, schränkt die Strafbarkeit aus unechten

¹⁵ BGH NStZ 1999, 607; eingehend dazu etwa *Puppe* (Fn. 12), § 28. Uneinigkeit herrscht in diesen Fällen freilich, ob das Verlassen der Wohnung ursächlich war für den Tod des Kindes, abl. *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 89; vgl. a. *Satzger*, Jura 2006, 513 (517); bejahend der BGH a.a.O. sowie *Frister* (Fn. 5), 22. Kap. Rn. 16.

¹⁶ S. zu a.l.i.c., o.l.i.c. und a.i.i.c. etwa den Überblick bei *Satzger*, Jura 2006, 513 ff.; zur a.i.i.c. *Lindemann/Reichling*, JuS 2009, 496.

¹⁷ BGH NStZ 1999, 607; *Kühl* (Fn. 5), § 18 Rn. 22; *Stratenwerth/Kuhlen* (Fn. 10), § 13 Rn. 4; s.a. die Nachweise in Fn. 20.

¹⁸ So auch *Satzger*, Jura 2006, 513 (517).

¹⁹ BGHSt 47, 318 (320 ff.); *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 4), § 21 Rn. 29 f; *Frister* (Fn. 5), 26. Kap. Rn. 4; *Heinrich* (Fn. 9), Rn. 874; *Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 7. Abschn. Rn. 69; *Puppe* (Fn. 12), § 28 Rn. 12; wohl auch *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 103 ff.; einschr. *Satzger*, Jura 2006, 513 (517).

²⁰ So etwa BGH NJW 2011, 3733 (3734); NStZ 2014, 158 (159); *Rengier*, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 11 f.; wohl auch *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 3), Rn. 1041.

²¹ So auch *Satzger*, Jura 2006, 513 (517); für das Ausnahmestrukturmodell bei der a.l.i.c. etwa *Kühl* (Fn. 5), § 11 Rn. 9.

²² Statt vieler BGHSt 42, 235 (241); *Frister* (Fn. 5), 18. Kap. Rn. 17 f.; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2006, § 20 Rn. 58.

²³ So auch *Satzger*, Jura 2006, 513 (517); anders tendenziell aber *Rengier*, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 11.

²⁴ Statt vieler *Kühl* (Fn. 5), § 18 Rn. 22, m.w.N.; *Rengier*, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 11; *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 106.

Unterlassensdelikten erheblich ein.²⁵ Die Garantspflicht geht über die von § 323c StGB vorausgesetzte, allgemeine Pflicht zu einem Mindestmaß an Solidarität in Unglücksfällen und gemeiner Gefahr oder Not hinaus. Ihr Erfordernis qualifiziert die unechten Unterlassensdelikte daher als Sonderdelikte, die nur von sog. Garanten begangen werden können, während alle übrigen Personen wegen der gleichen Untätigkeit nur wegen und unter den Voraussetzungen eines echten Unterlassensdelikts, also etwa gem. § 323c Abs. 1 StGB, strafbar sein können. Die Begrenzung des Täterkreises verhindert, dass die Strafbarkeit aus unechten Unterlassensdelikten uferlos ausgeweitet wird.²⁶ Sie ist begründet in der Erwägung, dass es einer besonderen Rechtfertigung bedarf, den bloß untätig Bleibenden mit potentiell derselben Härte zu bestrafen wie denjenigen, der das Tatobjekt durch aktives Tun beeinträchtigt (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 StGB: „Die Strafe kann nach § 49 Abs. 1 gemildert werden“).²⁷ Sie kann daher auch stets als ein Argument für ein restriktives Verständnis der Garantstellungen herangezogen werden.

Auf der Feststellung einer Garantstellung wird in den vorgenannten Konstellationen in der Regel der Schwerpunkt der Aufgabenstellung liegen. Dabei ist zunächst auf eine präzise Begrifflichkeit zu achten. Überwiegend wird die Pflicht, zur Erfolgsabwendung tätig zu werden, als Garantpflicht bezeichnet, das ihr zugrundeliegende, tatsächliche Verhältnis als Garantstellung.²⁸ Dieses Verhältnis kann in einer besonderen Beziehung zum gefährdeten Objekt oder aber in einer besonderen Beziehung zur Gefahrenquelle bestehen. Anhand dieser grundsätzlichen Unterscheidung werden die Garantstellungen in Überwacher- und Beschützergaranten unterteilt.

1. Beschützergarantstellungen

Sog. Beschützergaranten sind für den Erhalt eines bestimmten Rechtsguts verantwortlich und daher grundsätzlich zur Abwehr aller oder auch nur bestimmter, diesem drohender Gefahren verpflichtet. In der eingangs angerissenen Konstellation wäre eine Pflicht des Vorgesetzten, eine Straftat seines Untergebenen zu verhindern, also dann anzunehmen, wenn sich die Tat gegen ein Rechtsgut richtet, zu dessen Schutz der Vorgesetzte verpflichtet ist. Diese Pflicht wäre also unabhängig von der Beziehung des Vorgesetzten zu dem Untergebenen, sondern bestünde gegenüber jedermann, da sie

allein in der Verantwortlichkeit des Vorgesetzten für das gefährdete Rechtsgut wurzeln.

Beschützergarantenpflichten von Vorgesetzten sind im Unternehmen vor allem dann von Bedeutung, wenn es um Schädigungen an den Rechtsgütern des Unternehmens selbst bzw. der dahinterstehenden natürlichen Personen geht. So kann der Vorgesetzte i.S.v. § 13 Abs. 1 StGB verpflichtet sein, Schädigungshandlungen des Untergebenen an den Sachen des Unternehmens oder eine Untreue zu Lasten des Unternehmensvermögens zu verhindern.

Problematischer ist, ob und unter welchen Voraussetzungen auch Rechtsgüter Unternehmensexterner wie etwa Vertragspartner des Unternehmens zu beschützen sind. Das ist nur ausnahmsweise zu bejahen. Weil die Garantstellungen eng zu fassen sind, begründet das Bestehen einfacher vertraglicher Beziehungen noch keine hinreichend enge Beziehung zum Vertragspartner und seinen Rechtsgütern, die eine Sonderverantwortlichkeit rechtfertigt.²⁹ Zwar kann man sich auch vertraglich zum Schutz fremder Rechtsgüter verpflichten, wie das etwa bei Ärzten, Babysittern oder Wachpersonal der Fall ist. Erstens entsteht aber eine Garantpflicht von Ausnahmefällen abgesehen nicht nur und schon bei einem wirksamen Vertragsschluss, sondern allein mit der tatsächlichen Übernahme der Schutzaufgabe.³⁰ Zweitens ist eine solche Verpflichtung nicht in jedem Vertrag enthalten, weil die Grundsätze von Treu und Glauben oder die allgemeine nebenvertragliche Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Rechtsgüter des Vertragspartners gem. § 241 Abs. 2 BGB dafür nicht ausreichen. Erforderlich sind in solchen Fällen, etwa einfachen Austauschverträgen, zusätzliche Umstände, aufgrund derer der zu Beschützende berechtigterweise darauf vertraut, dass der potentielle Garant Gefahren von seinem Rechtsgut abwenden wird. Das wird allenfalls bei einem besonderen Vertrauens- oder dauerhaften geschäftlichen Verhältnis zu bejahen sein.³¹

Garant ist unter diesen Voraussetzungen der Vertragspartner des Rechtsgutsinhabers, beispielsweise der Inhaber des Unternehmens oder, weil nur natürliche Personen Garant sein können, die Organe der Gesellschaft. Ist der Vorgesetzte eine von diesem verschiedene Person, so ist zusätzlich zum Bestehen einer Garantpflicht zu erörtern, ob diese auf ihn wirksam delegiert worden ist. Wie das häufig angeführte Babysitter-Beispiel zeigt, ist

²⁵ S. z.B. den Überblick zu den Garantstellungen etwa bei Kühl, JuS 2007, 497 ff.; ders., JA 2014, 507 (510 f.).

²⁶ Statt vieler Heinrich (Fn. 9), Rn. 856.

²⁷ Frister (Fn. 5), 22. Kap. Rn. 2

²⁸ Vgl. a. BGHSt 52, 159 (163 f.); Rengier, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 28; Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 4), § 21 Rn. 51.

²⁹ BGHSt 46, 196 (203); Frister (Fn. 5), § 22 Rn. 47; Kühl (Fn. 5), § 18 Rn. 68 ff.

³⁰ Statt vieler Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1011; Krey/Esner, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, Rn. 1141.

³¹ BGHSt 39, 392 (399 ff.); 46, 196 (203); 54, 44 (49 f); Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2017, § 6 Rn. 57b; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl. 2014, § 46 Rn. 73.

anerkannt, dass mit der Abgabe einer Überwacher- oder Beschützeraufgabe auch die Garantspflicht – in diesem Fall von den Eltern auf den Babysitter – übergehen kann.³² Voraussetzung ist, wie erwähnt, die tatsächliche Übernahme der Schutzaufgabe. Aber auch durch diese wird der ursprüngliche Garant nicht vollständig von seiner Schutzaufgabe frei. Er hat nicht nur für eine sorgfältige Auswahl des Übernehmenden zu sorgen, sondern auch zu überwachen, ob dieser seiner Schutzfunktion tatsächlich genügt.³³ Zu prüfen wäre also, ob der Vorgesetzte tatsächlich den Schutz des betroffenen Rechtsguts übernommen hat. Hat er nur unzureichende Schutzmaßnahmen ergriffen, kann zusätzlich etwa der Unternehmensinhaber strafbar unterlassen haben, wenn er den Vorgesetzten bei der Wahrnehmung seiner Beschützerpflicht nicht hinreichend kontrolliert hat.

2. Überwachergarantenstellungen

Überwachergaranten sind für eine Gefahrenquelle verantwortlich und daher verpflichtet zu verhindern, dass die aus ihr erwachsenden Gefahren in die Schädigung eines Rechtsguts umschlagen. Typische Beispiele für solche Gefahren im Unternehmen sind Betriebsgefahren sächlicher Art, die etwa von Baustellen, Transportwegen, Produktionsstätten und -abläufen ausgehen.

Bei der Straftatbegehung durch Mitarbeiter geht es jedoch um Gefahren personeller Art. Nun ist die Leitungsebene von Unternehmen nach § 43 Abs. 1 GmbHG oder § 93 Abs. 1 S. 1 AktG u.a. verpflichtet, für ein rechtmäßiges „Verhalten“ der Gesellschaft zu sorgen. Diese gesellschaftsrechtlichen Pflichten bestehen aber nur im Innenverhältnis zur Gesellschaft und können daher keine Garantenstellung im Verhältnis zu Dritten begründen.³⁴

Einer Sonderverantwortlichkeit des Vorgesetzten für das Verhalten seines Mitarbeiters könnte zudem erneut entgegenstehen, dass dieser vollverantwortlich handelt.³⁵ Dementsprechend berufen sich die Gegner einer solchen „Geschäftsherrenhaftung“ auf den Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz.³⁶ Zudem ergebe sich aus den spezifischen Regelungen zur Verantwortlichkeit von Vorgesetzten in § 357 StGB (Beamte) und § 41 Wehrstrafgesetz (Soldaten) ein Umkehrschluss, dass einen Vorgesetzten im Allgemeinen keine strafrechtliche Verantwortung für das Handeln seiner Untergebenen treffe; dafür spreche

auch die Existenz des § 130 Abs. 1 OWiG,³⁷ wonach es eine Ordnungswidrigkeit ist, wenn – grob vereinfacht – der Inhaber eines Unternehmens oder Betriebs seinen Aufsichtspflichten nicht nachkommt und ein Mitarbeiter des Unternehmens eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begeht, die bei Einhaltung der Aufsichtspflichten zumindest wesentlich erschwert worden wäre. Eine Ausnahme wird zum Teil dann erwogen, wenn die Eigenart des Betriebs, etwa die dort hergestellten Produkte, eine erhöhte Gefahrgeneignetheit aufweisen.³⁸

Wie schon die Figur des Täters hinter dem Täter zeigt,³⁹ haben die Rechtsprechung und die herrschende Literatur jedoch ein weniger strenges Verständnis vom Eigenverantwortlichkeitsgrundsatz und erkennen Ausnahmen an.⁴⁰ Zudem stellen sie in Rechnung, dass der Betriebsinhaber von dem Betrieb profitiert, dass der Betrieb in besonderem Maße die Gefahr von Straftatbegehungen begründen kann (sog. Gefahrenargument), und dass der Geschäftsherr kraft seiner Weisungsbefugnis die Möglichkeit hat, Straftaten seiner Mitarbeiter zu unterbinden (sog. Herrschaftsargument).⁴¹ Dem stünden die Regelungen der § 357 StGB, § 130 OWiG nicht entgegen. § 357 StGB sei vielmehr Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der die allgemeine Annahme einer Geschäftsherrenhaftung sogar noch stütze; § 130 OWiG sei ein Auffangtatbestand und eine Erweiterung auf der Ebene des Ordnungswidrigkeitenrechts, die eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen Unterlassens jedenfalls nicht ausschließe.⁴² Demgemäß nimmt die überwiegende Auffassung eine Garantenpflicht des Geschäftsherren mit dem Inhalt an, solche Straftaten zu verhindern, die einen sog. Betriebsbezug haben, die also in den Worten des BGH „einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des [Untergebenen] oder mit der Art des Betriebes aufweis[en] und nicht nur bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb“ begangen werden.⁴³ Eine

³² Ausführlich hierzu und zum Folgenden BGHSt 37, 106 (23 f.); 47, 224 (229); 54, 44 (48 f.).

³³ Kühl (Fn. 5), § 4 Rn. 70.

³⁴ S. dazu BGHZ 194, 26 (33 f.); Krey/Esser (Fn. 31), Rn. 1144; Wittig (Fn. 32), § 6 Rn. 57b.

³⁵ Rengier, AT (Fn. 3), § 50 Rn. 62.

³⁶ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1016; Wittig (Fn. 32), § 6 Rn. 58.

³⁷ Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 116; Rudolphi/Stein, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 119. Lieferung 2009, § 13 Rn. 35a; BGHZ 194, 26 (33); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1017 Heine, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, 1995, S. 116; Rudolphi/Stein, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 119. Lieferung 2009, § 13 Rn. 35a; BGHZ 194, 26 (33); Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1017

³⁸ Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1016.

³⁹ S. dazu im Teil I des Beitrags, *studere 2017, 22 (27).

⁴⁰ Statt vieler Kühl (Fn. 5), § 4 Rn. 51 m.w.N.

⁴¹ Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057 (1058); Rengier, AT (Fn. 3), § 50 Rn. 58; Roxin, AT II (Fn. 4), § 32 Rn. 137.

⁴² Lindemann/Sommer, JuS 2015, 1057 (1058); Roxin, AT II (Fn. 4), § 32 Rn. 140.

⁴³ BGHSt 57, 42, 45 f.; Heinrich (Fn. 9), Rn. 970; Maurach/Gössel/Zipf, § 46 Rn. 72; Rengier, AT (Fn. 3), § 50 Rn. 68; Roxin, AT II (Fn. 4), § 32 Rn. 134; Jäger, JA 2012, 392 (394 f.); Krey/Esser (Fn. 31), Rn. 1166;

weitere Definition des Betriebsbezugs fehlt.⁴⁴ In der maßgeblichen Entscheidung hat der BGH ihn beim Mobbing unter Kollegen verneint, bei Betrugs- oder Untreuetaten eines Mitarbeiters bei der Abwicklung von Bankgeschäften könnte sie demgegenüber zu bejahen sein. Ist der Geschäftsherr eine vom Vorgesetzten verschiedene Person, so besteht auch hier die Möglichkeit, dass er die Überwachungspflichten wirksam auf jenen übertragen hat.⁴⁵

III. Entsprechungsklausel

Schließlich ist nach § 13 Abs. 1 Halbs. 2 StGB erforderlich, dass das Unterlassen der Tatbestandsverwirklichung durch ein aktives Tun entspricht (sog. Entsprechungsklausel).⁴⁶ Das ist bei den reinen Erfolgsdelikten unproblematisch und bedarf allenfalls einer kurzen Feststellung. Denn da bei diesen das tatbestandliche Verhalten allein in der Verursachung eines objektiv zurechenbaren Erfolgs liegt, entspricht ein garantenpflichtwidriges Unterlassen, das derartig mit dem Erfolg verknüpft ist, stets der Erfolgsabwendung durch aktives Tun.⁴⁷ Bei den verhaltensgebundenen Delikten, die wie der Betrug gem. § 263 Abs. 1 StGB eine bestimmte Art und Weise der Erfolgsherbeiführung verlangen, ist die Entsprechung hingegen positiv festzustellen, wobei allgemeine Kriterien, anhand derer sie zu bestimmen ist, fehlen. Beim Betrug wird sie jedenfalls dann angenommen, wenn der Garant verpflichtet ist, einen Irrtum des Vermögensverfügenden zu verhindern oder aber aufzuklären.⁴⁸

IV. Vorsatz beim Unterlassensdelikt

Wie auch beim Begehungsdelikt muss der Vorsatz beim Unterlassensdelikt alle den objektiven Tatbestand verwirklichenden Umstände erfassen, also auch die die Garantenstellung begründenden Umstände. Nimmt der Vorgesetzte beispielsweise an, dass der Untergebene nicht ihm, sondern einem Kollegen unterstellt ist, so kennt er nicht alle Umstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören und handelt daher gem. § 16 Abs. 1 S. 1 StGB nicht vorsätzlich. Anders ist dies, wenn seine Fehlvorstellung ausschließlich seine

Garantenpflicht als sog. gesamtatbewertendes Merkmal⁴⁹ betrifft, er also alle die Garantenstellung begründenden tatsächlichen Umstände in seinen bedingten Vorsatz aufgenommen hat, aber den fehlerhaften rechtlichen Schluss zieht, nicht zur Verhinderung der Straftatbegehung verpflichtet zu sein. Dann irrt er nur über das Verbotensein seines Unterlassens, unterliegt einem sog. Gebotsirrtum, dessen Beurteilung sich nach § 17 StGB richtet: War der Irrtum unvermeidbar, so handelt der Täter gem. Satz 1 ohne Schuld, anderenfalls kann seine Strafe gem. Satz 2 gemildert werden.⁵⁰

B. ABGRENZUNG VON TÄTERSCHAFT UND TEILNAHME BEIM UNTERLASSEN DER STRAFTATVERHINDERUNG

In der eingangs geschilderten Konstellation wird der Erfolgseintritt nur durch die Tat des Untergebenen vermittelt, die der Vorgesetzte durch seine Untätigkeit erleichtert oder ermöglicht hat. Daher ist zu erörtern, ob sich der Vorgesetzte durch sein Unterlassen als (Mit- oder Neben-)Täter oder aber Gehilfe an der Tat seines Untergebenen beteiligt hat.⁵¹ Die Konstellation wird daher als Beteiligung durch Unterlassen bezeichnet. Wie in ihrer Täterschaft und Teilnahme voneinander abzugrenzen sind, ist jenseits der Sonder- und eigenhändigen Delikte⁵² umstritten.⁵³

Die Rechtsprechung kann auch hier ohne Weiteres nach ihrem im Ausgangspunkt *subjektiven Ansatz*⁵⁴ abgrenzen.⁵⁵ Sie sieht sich aber beim Unterlassensdelikt in besonderem Maße dem Vorwurf ausgesetzt, damit auf ein zu unscharfes Abgrenzungskriterium zurückzugreifen, da die Willensrichtung des Täters beim Unterlassen noch schwerer zu ermitteln sei als beim Tun.⁵⁶

Kudlich, PdW Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Nr. 198; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 10), § 13 Rn. 48.

⁴⁴ Eingehend dazu Wagner, ZJS 2012, 704 (708 f.).

⁴⁵ S. dazu Kühl (Fn. 5), § 18 Rn. 118c, 119 ff.

⁴⁶ Ausführlich dazu Satzger, Jura 2011, 749 ff.

⁴⁷ Statt vieler Roxin, AT II (Fn. 4), § 32 Rn. 225.

⁴⁸ Küper/Zopfs, Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. 2015, Rn. 484; Ransiek, JuS 2010, 585 (589); eingehend auch Satzger, Jura 2011, 749 (755 f.). Roxin, AT II (Fn. 4), § 32 Rn. 230 sieht beim Betrug insoweit keine Besonderheit gegenüber den reinen Erfolgsdelikten.

⁴⁹ Kühl (Fn. 5), § 18 Rn. 129; Rengier, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 37; Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 191.

⁵⁰ S. zu dieser Abgrenzung statt vieler Kühl (Fn. 5), § 18 Rn. 128 f.; Satzger, Jura 2011, 434 ff..

⁵¹ Für einen Überblick zu den Grundkonstellationen bei Beteiligung und Unterlassen s. Satzger, Jura 2015, 1055 ff..

⁵² S. dazu Teil I des Beitrags, *studere 2017, 22 (23).

⁵³ S. dazu den Überblick etwa bei Beulke, Klausurenkurs im Strafrecht II, 3. Aufl. 2014, Rn. 29; Satzger, Jura 2015, 1055 (1061 ff.); Hillenkamp/Cornelius, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2017, 30. Problem; Ransiek, JuS 2010, 678 (680 ff.); Rengier, JuS 2010, 281 (284 f.); Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 125 ff.

⁵⁴ S. dazu Teil I des Beitrags, *studere 2017, 22 (24).

⁵⁵ BGHSt 13, 162 (166); 43, 381 (396); 48, 77 (96 f.); s. den Überblick zur allerdings schwankenden Rechtsprechung bei Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 126 ff.

⁵⁶ Heinrich (Fn. 9), Rn. 1213.

Die überwiegende Literatur stellt auch beim Unterlassen auf das Kriterium der Tatherrschaft⁵⁷ ab, ist aber jenseits dessen nicht einheitlich. Wie auch sonst will eine Unterauffassung das Vorliegen von Tatherrschaft im Einzelfall abhängig von dessen Umständen beurteilen.⁵⁸ Entscheidend sei das Ausmaß, in dem der Unterlassende den Tathergang beherrscht, d.h. wie leicht er die Tatbegehung hätte verhindern können, wofür insbesondere die Nähe zum Tatort, zum aktiv Handelnden oder zum gefährdeten Objekt bedeutsam sein kann. Für eine sog. *potentielle Tatherrschaft* des Vorgesetzten spräche in der vorliegenden Konstellation zudem, dass er dem Untergebenen hierarchisch übergeordnet ist,⁵⁹ wobei es darauf ankommen wird, wie stark er im Einzelfall tatsächlich auf diesen Einfluss nehmen kann.

Dieser Auffassung wird insbesondere von der sog. *Teilnahmetheorie* entgegengesetzt, dass der Unterlassende neben dem aktiv Handelnden stets nur eine untergeordnete Rolle habe und daher nie das Geschehen beherrschen könne.⁶⁰ Ihr zufolge kann der Unterlassende immer nur Teilnehmer an der Tat des aktiv Handelnden sein.⁶¹ Weshalb dann aber in Fällen, in denen nicht eine Person, sondern beispielsweise eine Naturgewalt die Gefahr begründet, von einer Täterschaft des Handelnden auszugehen sein soll, will ihren Kritikern nicht einleuchten.⁶² Zudem könne § 13 StGB die Wertung entnommen werden, die Täterschaft des Unterlassenden gerade nicht von einer aktiven Beherrschung des Geschehens abhängig zu machen.⁶³ Schließlich wird abgelehnt, dass dadurch für den gesamten Bereich der Unterlassensdelikte die gesetzlich angelegte Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme aufgegeben werde.⁶⁴

Nach der absoluten Gegenauffassung, der sog. *Tätertheorie*, ist der Unterlassende grundsätzlich Täter.⁶⁵ Ihr Hintergrund ist die sog. Lehre von den

Pflichtdelikten. Pflichtdelikte sind dieser zufolge Tatbestände, die das tatbestandliche Verhalten nicht als eine bestimmte Handlung beschreiben, sondern als Verletzung einer Pflicht. Da die Unterlassenstat in dem Verletzen einer Handlungspflicht liegt, gehörten die Unterlassensdelikte dazu. Bei diesen Pflichtdelikten setze die Täterschaft keine Tatherrschaft voraus. Stattdessen sei bereits die Pflichtverletzung selbst hinreichende Bedingung der Täterschaft.⁶⁶ Auch diese Auffassung ist dem Vorwurf ausgesetzt, für den gesamten Bereich der Unterlassensdelikte zusammen mit dem Erfordernis von Tatherrschaft auch die Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme insgesamt aufzuheben.⁶⁷ Der Unterlassende kann dann aber nicht von der obligatorischen Strafmilderung nach § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB profitieren, sondern nur der fakultativen gem. § 13 Abs. 2 StGB und sei damit schlechter gestellt als ein aktiver Gehilfe. Zudem gehe das Gesetz in § 9 Abs. 2 StGB von der Möglichkeit einer Teilnahme durch Unterlassen aus.⁶⁸

Eine weitere Auffassung differenziert schließlich nach der *Art der Garantenstellung*: Während der Beschützergarant stets Täter sei, sei der Überwachergarant stets Teilnehmer.⁶⁹ Diesem Ansatz wird entgegnet, dass die Differenzierung zwischen unterschiedlichen Garantenstellungen nicht im Gesetz angelegt und auch sachlich nicht gerechtfertigt sei. Auch ließen sich diese nicht immer klar abgrenzen.⁷⁰

C. WEITERE PROBLEME UND STREITFRAGEN

Mit den vorgenannten Problemen lassen sich natürlich weitere, allgemeine Streitfragen beim Unterlassensdelikt verbinden. Auf Tatbestandsebene zählt dazu der Streit zwischen der Bedingungstheorie und der Risikoverringerungslehre,⁷¹ der

⁵⁷ S. dazu Teil I des Beitrags, *studere 2017, 22 (24).

⁵⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 4), § 25 Rn. 48; Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 3), Rn. 1034; Jescheck/Weigend (Fn. 10), § 64 III. Nr. 5; Heinrich (Fn. 9), Rn. 1214; Puppe (Fn. 12), § 32 Rn. 120 ff.; Ransiek, JuS 2010, 680 f.; Rengier, AT (Fn. 3), § 51 Rn. 18 ff.; Satzger, Jura 2015, 1055 (1063); vgl. BGHSt 2, 150 (156).

⁵⁹ Vgl. dazu Rengier, AT (Fn. 3), § 51 Rn. 23; Ransiek, JuS 2010, 680 f.

⁶⁰ Krey/Esser (Fn. 31), Rn. 1179

⁶¹ Kühl (Fn. 5), § 20 Rn. 230; wohl auch Jescheck/Weigend (Fn. 10), § 64 III 5.

⁶² Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 4), § 25 Rn. 46; Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 152; s.a. Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 10), § 14 Rn. 11.

⁶³ Rengier, AT (Fn. 3), § 51 Rn. 15; s.a. Ransiek, JuS 2010, 680.

⁶⁴ Krey/Esser (Fn. 31), Rn. 1178.

⁶⁵ Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 140 ff.; Frister (Fn. 5), 26. Kap. Rn. 40; s.a. Jakobs (Fn. 20), 21. Abschn. Rn. 116; Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 10), § 14 Rn. 13. Ausnahmen, d.h. eine Beihilfe durch Unterlassen, sind nur denkbar, wenn das Unterlassen im nichtverhindern eines

eigenhändigen Delikts (s.o.) oder einer Beihilfehandlung liegt, s. Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 143 f.

⁶⁶ Eingehend Roxin, AT II (Fn. 4), § 25 Rn. 267 ff., § 31 Rn. 140; i.Erg. a. Frister (Fn. 5), 26 Kap. Rn. 31 ff.

⁶⁷ Heinrich (Fn. 9), Rn. 1215; Rengier, AT (Fn. 3), § 43 Rn. 20, § 51 Rn. 16.

⁶⁸ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 4), § 25 Rn. 45; Heinrich (Fn. 9), Rn. 12115; Krey/Esser (Fn. 31), Rn. 1177

⁶⁹ Geppert, Jura 1999, 266 (271); wohl auch Maurach/Gössel/Zipf-Renzikowski (Fn. 32), § 49 Rn. 91; in diese Richtung auch Krey/Esser (Fn. 31), Rn. 1184.

⁷⁰ Baumann/Weber/Mitsch/Eisele (Fn. 4), § 25 Rn. 47; Ransiek, JuS 2010, 680; Rengier, AT (Fn. 3), § 51 Rn. 17; Frister (Fn. 5), 26. Kap. Rn. 40; Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 160 ff.; Puppe (Fn. 12), § 32 Rn. 19.

⁷¹ S. die ausführliche Darstellung bei Ransiek, JuS 2010, 490 (496 f.); für die Äquivalenztheorie etwa Frister (Fn. 5), 22. Kap. Rn. 20 ff.; Rengier, AT (Fn. 3), § 49 Rn. 13 ff.; für die Risikoverringerungslehre etwa Stratenwerth/Kuhlen (Fn. 10), § 13 Rn. 52 ff.; differenzierend Roxin, AT II (Fn. 4), § 31 Rn. 54.

sich beim Begehungsdelikt erst als eine Frage der objektiven Zurechenbarkeit, genauer des Pflichtwidrigkeitszusammenhangs, stellt. Auf der Ebene der Rechtswidrigkeit ist beim Aufeinandertreffen mehrerer, unvereinbarer Handlungspflichten an eine rechtfertigende Pflichtenkollision⁷² zu denken, auf der Ebene der Schuld an den Entschuldigungsgrund einer Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens.⁷³ Beim Versuch des Unterlassensdelikts kann sich die Frage stellen, wann der Täter zum Unterlassen unmittelbar ansetzt und ob bei einem Rücktritt zwischen einem unbeendeten oder beendeten Versuch zu differenzieren oder stets von einem beendeten Versuch auszugehen ist.⁷⁴

D. SCHLUSS

Es sollte erkennbar geworden sein, dass die Frage nach der Strafbarkeit eines Vorgesetzten bei einer Straftatbegehung durch einen Untergebenen Gelegenheit gibt, sich mit zahlreichen Grundproblemen aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts zu befassen. Alle zuvor dargestellten Probleme werden in den gängigen Lehrbüchern behandelt, so dass ihre Kenntnis jedenfalls Examenskandidaten abverlangt werden wird. Und während die Diskussion um die mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei Unternehmen und die Überwachergarantenstellung aus Geschäftsherrenhaftung vielleicht noch als eher spezifisch erachtet werden mag, handelt es sich bei den übrigen Fragen um klassische Probleme, deren Unkenntnis so mancher Prüfer nur schwer verzeihen wird. Wer bei der Lektüre die eine oder andere Wissenslücke entdeckt hat, sollte sie also rechtzeitig schließen.



⁷² S. dazu etwa *Rönnau*, JuS 2013, 113 ff.; *Satzger*, Jura 2010, 753 ff.

⁷³ Nach der Gegenauffassung ist diese Unzumutbarkeit – wie beim echten Unterlassendelikt überwiegend angenommen – bereits bei der Bestimmung der Handlungspflicht und damit auf der Ebene des Tatbestands zu berücksichtigen, s. etwa *Krey/Esser* (Fn. 31), Rn. 1173; *Ransiek*, JuS 2010, 585 (586); vgl. a. BGHSt 61, 21 (23).

⁷⁴ S. etwa die Darstellung bei *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele* (Fn. 4), § 22 Rn. 72 ff. und § 23 Rn. 62 ff.; *Roxin*, AT II (Fn. 4), § 29 Rn. 266 ff.; *Küpper*, JuS 2000, 225.