

## Entscheidungsbesprechung

### Zur strafrechtlichen Vorgesetztenverantwortlichkeit für innerbetriebliche Straftaten zwischen Mitarbeitern

**Aus der Stellung als Betriebsinhaber bzw. Vorgesetzter kann sich eine Garantenpflicht zur Verhinderung von Straftaten nachgeordneter Mitarbeiter ergeben. Diese beschränkt sich indes – unabhängig von den tatsächlichen Umständen, die im Einzelfall für die Begründung der Garantenstellung maßgebend sind – auf die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten und umfasst nicht solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht. (Amtlicher Leitsatz)**

StGB §§ 13 Abs. 1, 323c, 357

BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11 (LG Siegen)<sup>1</sup>

#### I. Rechtspolitischer Kontext und Examensrelevanz der Entscheidung

Die Entscheidung befasst sich mit Fragen des Allgemeinen und des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, vor allem in Bezug auf die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Damit betrifft sie den Pflichtstoff der Ersten Juristischen Staatsprüfung in sämtlichen Bundesländern. Mag zwar die spezielle Fallkonstellation dem Schwerpunktbereich des Wirtschaftsstrafrechts zugeordnet werden können, ist es dennoch ratsam, sich auch im Hinblick auf die Pflichtfachprüfung mit der vorliegenden Entscheidung zu beschäftigen. Dies hat seinen Hintergrund insbesondere in dem ausgeprägten Zusammenhang dieser Entscheidung des 4. Strafsenats mit derjenigen des 5. Strafsenats zur Verantwortlichkeit des Innenrevisionsleiters der Berliner Stadtreinigung,<sup>2</sup> deren Examensrelevanz ebenfalls nicht unterschätzt werden sollte.<sup>3</sup> Besonderes Aufsehen<sup>4</sup> erregte zwar das obiter dictum dieser Entscheidung, nach dem einem Compliance Officer regelmäßig eine Garantenpflicht zukommen solle,<sup>5</sup> was in der Literatur zwar einerseits auf viel Zuspruch stieß,<sup>6</sup> aber andererseits auch Kritik erfuhr.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist im Internet abrufbar unter: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=95a4bf6b82aa53289064ccb886d80e7f&nr=58492&pos=0&anz=1&Blank=1.pdf> sowie veröffentlicht in BGHSt 57, 42 = wistra 2012, 64 = NSStZ 2012, 142 = NJW 2012, 1237 = NZWiSt 2012, 182 = StV 2012, 403 = JR 2012, 303.

<sup>2</sup> BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44 m. Anm. Rotsch, ZJS 2009, 712.

<sup>3</sup> So auch Rotsch, ZJS 2009, 712.

<sup>4</sup> Die Entscheidung wurde ca. 70mal besprochen (so die Schätzung bei Grützner, BB 2012, 151 [152]). Vgl. die umfassenden Nachweise bei Rotsch, in: Schulz/Reinhart/Sahan (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 485 Fn. 1.

<sup>5</sup> BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 27.

<sup>6</sup> Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (987 ff.); Ransiek, AG 2010, 147; Rönnau/Schneider, ZIP 2010, 53; Stoffers, NJW 2009, 3176.

Mindestens ebenso relevant sind aber die – seltenen<sup>8</sup> – Ausführungen zur sog. strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung, die in der hier zu besprechenden Entscheidung ihre Fortführung finden. Darüber hinaus formuliert die zu besprechende Entscheidung Grenzen der Geschäftsherrenhaftung, was ihre Bedeutung für die Unterlassungsdogmatik noch weiter steigert.

#### II. Sachverhalt und erstinstanzliche Entscheidung

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zugrunde:<sup>9</sup>

Die Mitangeklagten S, K und B waren Mitarbeiter des städtischen Bauhofs der Stadt H. Diese hatten den einer anderen Kolonne zugehörigen Mitarbeiter D mehrfach während der Arbeitszeit gedemütigt, körperlich angegriffen und verletzt. Der Hauptangeklagte, der Vorarbeiter der Kolonne von S, K und B, war während dreier dieser Angriffe zwar körperlich anwesend, es konnte aber keinerlei psychische Unterstützung seinerseits festgestellt werden.

Die Taten von S, K und B waren als (gefährliche) Körperverletzungen gem. §§ 223, 224 StGB bzw. Nötigungen gem. § 240 StGB zu qualifizieren. In Bezug auf den Vorarbeiter lehnte das erstinstanzlich zuständige Landgericht eine Strafbarkeit wegen Beihilfe durch Unterlassen zu diesen Taten in Ermangelung einer hierfür notwendigen Garantenstellung ab; der Vorarbeiter wurde freigesprochen.

#### III. Die Entscheidung des BGH

Der 4. Strafsenat des BGH hob den Freispruch auf. Zwar lehnt er ebenfalls die Annahme einer Garantenstellung des Vorarbeiters sowie auch eine Strafbarkeit gem. § 357 StGB ab, rügt allerdings, dass das Landgericht eine Strafbarkeit gem. § 323c StGB nicht in Betracht gezogen hat und verweist den Fall insoweit zur erneuten Beweisaufnahme und Entscheidung an das Landgericht zurück.

##### 1. Unterlassungsstrafbarkeit des Vorarbeiters

Im Anschluss an eine Entscheidung des 3. Strafsenats<sup>10</sup> geht der entscheidende Senat von der Prämisse aus, dass eine Garantenstellung eine „besondere[] Pflichtenstellung [darstellt], die über die für jedermann geltende Handlungspflicht hinausgeht“.<sup>11</sup> Dabei geht er – im Unterschied zum 5. Senat in der BSR-Entscheidung<sup>12</sup> – von der herkömmlichen Diffe-

<sup>7</sup> Rotsch (Fn. 4), S. 485 ff.

<sup>8</sup> So auch Grützner, BB 2012, 151 (152). Bülte zählt lediglich fünf höchstrichterliche Judikate, die vor der BSR-Entscheidung zu diesem Themenkomplex ergingen (ders., NZWiSt 2012, 176).

<sup>9</sup> Nach der Wiedergabe der landgerichtlichen Feststellungen bei BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 3 ff.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 19.4.2000 – 3 StR 442/99 = NJW 2000, 2754 (2755).

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 9.

<sup>12</sup> Vgl. Rotsch, ZJS 2009, 712 (715 ff.).

renzung<sup>13</sup> zwischen Beschützer- und Überwachergarantenstellungen aus:

Zunächst erwägt er eine Beschützergarantenstellung des Vorarbeiters und trennt dabei die beiden sich stellenden Fragen voneinander, ob erstens die Stadt H eine entsprechende Schutzpflicht getroffen habe und ob diese zweitens auf den Vorarbeiter übertragen worden war.<sup>14</sup> Der *Senat* lässt die erstgenannte Frage offen, weil er die zweite Frage jedenfalls mit dem Argument verneint, dass sich das Opfer arbeitsrechtlich „zu keinem der Tatzeitpunkte innerhalb des personellen Verantwortungsbereichs des Angeklagten“ befunden habe<sup>15</sup> und verneint damit eine Beschützergarantenstellung des Vorarbeiters.

Anschließend wirft der *Senat* die Möglichkeit einer Überwachergarantenstellung des Vorarbeiters auf.<sup>16</sup> Eine solche hält er zwar grundsätzlich für denkbar, allerdings beschränkt auf von ihm sog. *betriebsbezogene Straftaten*, welche einen „inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes“ voraussetzen.<sup>17</sup> Dies gelte unabhängig davon, woraus sich die (Überwacher-)Garantenstellung im Einzelfall letztlich ergebe.<sup>18</sup> Im relevanten Sachverhalt habe diese Voraussetzung nicht vorgelegen, weil die Taten von S, K und B „weder in einem inneren Zusammenhang zur von den Mitangeklagten im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zu erbringenden Tätigkeit [standen], noch [...] sich in ihnen eine gerade dem Betrieb des städtischen Bauhofs spezifisch anhaftende Gefahr verwirklicht [hat].“<sup>19</sup> Die Tatsache, dass es sich um eine sich über Jahre erstreckende Serie wiederkehrender Taten gehandelt hat, ändere an dieser Beurteilung nichts,<sup>20</sup> weshalb auch eine Überwachergarantenstellung ausscheide und folglich eine Strafbarkeit des Vorarbeiters wegen Beihilfe durch Unterlassen nicht in Frage komme.

### 2. Strafbarkeit gem. § 357 StGB

Wie auch das Landgericht erwägt der *Senat* kurz eine Strafbarkeit des Angeklagten gem. § 357 StGB. Die Frage nach der Amtsträgereigenschaft des Vorarbeiters lässt er offen und verneint eine Strafbarkeit unter Verweis auf die obigen Ausführungen zur Betriebsbezogenheit aufgrund des fehlenden Vorliegens einer Tatbegehung „im Amt“.<sup>21</sup>

### 3. Strafbarkeit gem. § 323c StGB

Das Landgericht hatte allerdings die Möglichkeit einer Strafbarkeit wegen unterlassener Hilfeleistung des Vorarbeiters

gem. § 323c StGB übersehen, was der *Senat* rügt.<sup>22</sup> Eine solche Hilfspflicht werde durch einen Unglücksfall begründet, der auch in einer Straftat Dritter bestehen könne.<sup>23</sup> Ob der Vorarbeiter seiner Hilfspflicht hätte nachkommen können bzw. nachgekommen ist, sei durch die Feststellungen des Landgerichts nicht zu beantworten, weshalb diese Fragen durch einen neuen Tatrichter zu klären seien.<sup>24</sup>

## IV. Würdigung der Entscheidung

Die Entscheidung ist im Ergebnis überwiegend zu begrüßen, auch wenn an einigen Stellen eine klarere Positionierung des *Senats* wünschenswert gewesen wäre:

### 1. Unterlassungsstrafbarkeit gem. §§ 223, 224, 240, 13 StGB

Die meisten Tatbestände des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (und auch des Nebenstrafrechts) sind so formuliert, dass ihr Wortlaut ein aktives Tun erfordert (z.B. körperliche *Misshandlung* bei § 223 Abs. 1 Var. 1 StGB).<sup>25</sup> Rechtspolitisch besteht aber Einigkeit dahingehend, dass prinzipiell auch eine Deliktsverwirklichung durch Unterlassen möglich sein muss. Vor dem Hintergrund des Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG) ist daher eine positiv-rechtliche Verankerung dieses allgemeinen Rechtsgedankens erforderlich.<sup>26</sup> Diese Aufgabe erfüllt § 13 Abs. 1 StGB. Er beschränkt die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit allerdings zugleich in dreifacher Art und Weise:

Zum einen verlangt § 13 Abs. 1 StGB, dass der Normadressat „es unterläßt, einen Erfolg abzuwenden, der zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehört“. Dadurch wird deutlich, dass die sog. unechten Unterlassungsdelikte das Gegenstück zu den (Begehungs-)Erfolgsdelikten darstellen.<sup>27</sup> Diese Auffassung wird allerdings von der Rechtsprechung und weiten Teilen der Literatur bestritten: Danach soll der Begriff „Erfolg“ nicht im Sinne der Tatbestandslehre verstanden wer-

<sup>13</sup> Vgl. aus der Rspr. etwa BGH NJW 2003, 522 (525); OLG Stuttgart NJW 1998, 3131 (3132); BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 21 ff.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 10.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 11.

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 12.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 14.

<sup>19</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 15.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 16 f.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 18.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 19.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 20.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 21 ff.

<sup>25</sup> Etwa *Tenckhoff*, in: Seebode (Hrsg.), Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992, 1992, S. 347; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 10 Rn. 10 und § 18 Rn. 1.

<sup>26</sup> A.A. *Freund*, der § 13 StGB lediglich eine Klarstellungsfunktion beimessen will (*ders.*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 14, 26; *ders.*, in: Putzke u.a. [Hrsg.], Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 225 [S. 241]); dem zustimmend *Stree/Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 13 Rn. 5/6.

<sup>27</sup> So auch etwa *Rotsch* (Fn. 4), S. 485 (S. 495); *ders.*, ZJS 2009, 712 (715); *Weigend*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, § 13 Rn. 14 ff.; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl. 2011, § 13 Rn. 4.

den.<sup>28</sup> Dieser Streit hat zweierlei Auswirkungen: Nach der letztgenannten Auffassung kann zum einen über § 13 Abs. 1 StGB auch für schlichte Tätigkeitsdelikte, deren Wortlaut eine Verwirklichung durch Unterlassen nicht erfasst (wie z.B. § 154 StGB), die Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit eröffnet werden. Geht man zum anderen davon aus, dass echte Unterlassungsdelikte (unabhängig von ihrer Deliktsnatur) all diejenigen sind, bei denen bereits der Tatbestandswortlaut die Möglichkeit eines Unterlassens vorsieht und wendet deshalb § 13 StGB auf diese nicht an, verschließt man solcher Art formulierten Erfolgsdelikten die Möglichkeit der Strafmilderung gem. § 13 Abs. 2 StGB.

Eine zweite einschränkende Voraussetzung erfährt das unechte Unterlassungsdelikt durch das Erfordernis des § 13 Abs. 1 StGB, dass der Unterlassende „rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt“. Diese rechtliche Einstandspflicht wird gemeinhin als Garantspflicht bezeichnet. Sie stellt den Dreh- und Angelpunkt der Unterlassungsdogmatik dar. Davon ist die sog. Garantstellung zu unterscheiden: Damit wird der *tatsächliche* Umstand bezeichnet, der *rechtlich* die Garantpflicht begründet.<sup>29</sup>

Drittens verlangt § 13 Abs. 1 StGB, dass „das Unterlassen der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch ein Tun entspricht“ (sog. Entsprechungsklausel).

#### a) Unterlassen, („Quasi-“)Kausalität und objektive Zurechnung

Diese zusätzlichen Voraussetzungen werden nur erforderlich, wenn ein Unterlassen vorliegt. Ein solches besteht nicht nur in bloßer Untätigkeit, sondern in der Nichterfüllung von Handlungspflichten trotz einer dazu bestehenden physisch-realen Möglichkeit.<sup>30</sup> Die Abgrenzung zum aktiven Tun kann im Einzelfall problematisch sein.<sup>31</sup>

Vorliegend ist der Vorarbeiter angesichts der Angriffe von S, K und B auf das Opfer schlicht untätig geblieben. Hierin liegt nur ein strafrechtlich relevantes Unterlassen, wenn er aufgrund der räumlich-zeitlichen Gegebenheiten der Angriffe die Möglichkeit gehabt hätte, einzuschreiten.

Der Senat schweigt sich hierzu aus. Im Rahmen seiner Prüfung von § 323c StGB äußert er für einen der Vorfälle Zweifel daran, macht aber auch deutlich, dass er bei den beiden anderen Angriffen eine Möglichkeit zum Eingreifen

nach den Darstellungen des Landgerichts für denkbar hält.<sup>32</sup> Hiermit wird sich der neue Tatrichter zu befassen haben.

Wie immer beim Erfolgsdelikt (hier: §§ 223, 224, 240 StGB) ist eine Erfolgszurechnung erforderlich.

Hierzu muss erstens ein Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beschuldigten und dem Erfolgseintritt vorliegen. Die bei den Begehungsdelikten zu dessen Feststellung üblicherweise benutzte *condicio sine qua non*-Formel muss bei den unechten Unterlassungsdelikten dahingehend umformuliert werden, dass die unterbliebene Rettungshandlung nicht hinzugedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg in seiner konkreten Gestalt mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausbleiben würde.<sup>33</sup> Auch hierzu hatte das erstinstanzliche Gericht keine Feststellungen getroffen.<sup>34</sup>

Zweitens muss der Erfolg dem Verhalten des Angeklagten auch objektiv zurechenbar sein. Auch die üblicherweise zur Feststellung der objektiven Zurechnung verwendete Formel muss für die Konstellation des unechten Unterlassungsdelikts modifiziert werden: Danach ist der Erfolgseintritt dann objektiv zurechenbar, wenn der Angeklagte durch sein Unterlassen eine anderweitig verursachte rechtliche relevante und missbilligte Gefahr *aufrechterhalten* hat, die sich im Erfolgseintritt realisiert hat.<sup>35</sup>

Dass sich hierzu in der Entscheidung keinerlei Ausführungen finden, ist nicht weiter verwunderlich, weil der BGH die Lehre von der objektiven Zurechnung nicht verwendet, sondern stattdessen die jeweiligen inhaltlichen Fragen regelmäßig auf der Ebene der subjektiven Tatbestandes verortet und dort einen Irrtum über wesentliche Abweichungen vom geplanten Kausalverlauf prüft. Kann allerdings Kausalität nachgewiesen werden, sind keine Anzeichen ersichtlich, warum der Zurechnungszusammenhang im vorliegenden Sachverhalt unterbrochen worden sein sollte.

#### b) Garantpflicht

Den Kern der Entscheidung bildet die Frage nach der Garantpflicht des Vorarbeiters. Die ganz überwiegende Auffassung differenziert als Grundlage einer Garantpflicht zwischen Beschützer- und Überwachergarantstellungen.<sup>36</sup>

##### aa) Beschützergarantstellung

Bei der Beschützergarantstellung hat der Garant *bestimmte* Rechtsgüter gegenüber *allen* denkbaren Angriffen zu verteidigen.<sup>37</sup> Die hierfür in Betracht kommenden Fallgruppen (z.B. familiäre Verbundenheit etc.)<sup>38</sup> sind in Bezug auf das Verhältnis zwischen D und dem Vorarbeiter selbst soweit ersichtlich nicht einschlägig. In Frage kommt daher nur, dass eine solche Beziehung zwischen D und der Stadt H bestand,

<sup>28</sup> Etwa BGHSt 46, 212 (222) BayObLG JR 1979, 289 (290); *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 13 Rn. 2; *Stree/Bosch* (Fn. 26), § 13 Rn. 137; *Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 15 Rn. 42 f.; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1993, 29/2; *Tenckhoff* (Fn. 25), S. 347 (S. 356 ff.).

<sup>29</sup> Etwa *Heuchemer*, in: von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, Stand: 15.6.2012, § 13 Rn. 33. Zu den Auswirkungen dieser Unterscheidung vgl. *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (715).

<sup>30</sup> Dazu *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 27 ff.

<sup>31</sup> Dazu *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 13 ff.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 21.

<sup>33</sup> *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 36 m.w.N.

<sup>34</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 21.

<sup>35</sup> Dazu *Kölbel*, JuS 2006, 309 (311).

<sup>36</sup> Vgl. die Nachw. aus der Rspr. oben Fn. 13; *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 44 f. m.w.N.

<sup>37</sup> *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 45.

<sup>38</sup> Eingehend dazu *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 47 ff.

und die daraus resultierende Pflicht auf den Vorarbeiter übertragen wurde.

(1) *Beschützergarantenstellung der Stadt H*

Das Bestehen einer entsprechenden Pflicht der Stadt H hat der *Senat* offen gelassen.<sup>39</sup> Er erwägt aber die Herleitung einer entsprechenden Pflicht aus § 618 BGB. Dessen Abs. 1 lautet: „Der Dienstberechtigte hat Räume, Vorrichtungen oder Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.“ Zwar findet diese Vorschrift auch auf Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst Anwendung;<sup>40</sup> sie hat aber offensichtlich nur dingliche Maßnahmen der Arbeitssicherheit zum Gegenstand und bezieht sich nicht auf den Schutz eines Arbeitnehmers vor Angriffen seitens seiner Kollegen. Die vom *Senat* zitierte Entscheidung<sup>41</sup> sowie die dort in Bezug genommene Entscheidung<sup>42</sup> haben jeweils eben solche Sachverhalte zum Gegenstand, in denen Sicherheitsvorschriften in Bezug auf Gefahrstoffe oder gefährliche Tätigkeiten nicht eingehalten wurden und sind daher mit dem vorliegenden Fall kaum vergleichbar. Die Herleitung einer entsprechenden Garantenpflicht aus § 618 Abs. 1 BGB muss daher bereits insoweit scheitern.

Darüber hinaus hat ein Arbeitgeber – hier die Stadt H – eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB), den Arbeitnehmer vor Mobbing-Maßnahmen zu schützen.<sup>43</sup> Ob diese Pflicht aber als strafrechtliche Garantenpflicht qualifiziert werden kann, scheint mehr als zweifelhaft,<sup>44</sup> weil ihr kaum das Gewicht zukommen kann, zu rechtfertigen, dass der Arbeitnehmer auf einen vollständigen Schutz seiner Gesundheit vertrauen darf und keine weiteren Maßnahmen zu deren Schutz unternehmen muss.<sup>45</sup> Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf den Schutzzweckzusammenhang, weil hier die Körperverletzungsdelikte gem. §§ 223, 224 StGB, die die körperliche Unversehrtheit und Gesundheit schützen, sowie die Nötigung gem. § 240 StGB, welche die Freiheit zur Willensbildung und -betätigung schützt, in Rede stehen, während nach der Rechtsprechung der Arbeitsgerichte Mobbing

als Gesamtverhalten das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt.<sup>46</sup> Auch insoweit muss danach eine entsprechende Beschützergarantenstellung der Stadt H ausscheiden.<sup>47</sup>

Dies gilt freilich nicht generell. Es mag einzelne Vorschriften geben, aus denen sich eine beschränkte Beschützergarantenstellung ergeben kann; solche sind aber für den vorliegenden Sachverhalt nicht ersichtlich.<sup>48</sup>

(2) *Übertragung der Garantenpflicht auf den Vorarbeiter*

Verwunderlich sind die Ausführungen des *Senats* zur Frage nach der Übertragung einer – hypothetisch angenommenen – Beschützergarantenstellung auf den Vorarbeiter. Dass er eine solche mit dem Argument ablehnt, das Opfer sei dem Angeklagten nicht direkt personell unterstellt gewesen,<sup>49</sup> überrascht deshalb, weil auf solche formalen Aspekte bei der Begründung von Garantenpflichten regelmäßig kein Wert gelegt wird. So soll es etwa bei der Behandlungsübernahme durch einen Arzt nicht auf deren zivilrechtliche Wirksamkeit ankommen;<sup>50</sup> umgekehrt kann die Garantenpflicht zwischen Eheleuten bereits vor der zivilgerichtlichen Scheidung enden.<sup>51</sup> Daher wäre es nur konsequent gewesen, die Schutzpflicht – die aber (auch nach Ansicht des *Senats*) tatsächlich nicht besteht (s.o.) – hinsichtlich all derjenigen Mitarbeiter zu übertragen, die sich gerade im Aufsichtsbereich des Vorarbeiters befinden, unabhängig davon, ob sie diesem generell oder vertretungsweise unterstellt sind.<sup>52</sup>

Eine nähere Begründung seitens des *Senats* wäre daher interessant gewesen. Es spricht allerdings vieles für den Weg, den der *Senat* hier eingeschlagen hat: Eine faktische Betrachtungsweise würde hier dem Vorarbeiter ein vorher nicht kalkulierbares Verantwortungsrisiko aufbürden. Er wüsste erst im Zuge des konkreten Einsatzes, für wen er die Verantwortung zu tragen hat und hätte keine Möglichkeit, diese im Rahmen arbeitsvertraglicher oder betriebsinterner Vereinbarungen zu beschränken. Dies gilt umso mehr, als dadurch die Gefahr eintritt, dass er auch die Verantwortung für Körper und Gesundheit von Personen übernehmen muss, deren körperliche Einschränkungen, Vorerkrankungen etc. er nicht kennt und ggf. auch nicht kennen kann. Zwar lässt sich einwenden, dass es sich hierbei um Fragen der Zurechnung, des subjektiven Tatbestandes oder der Fahrlässigkeit handelt. Nichtsdestotrotz lässt sich eine entsprechende Garantenpflicht durch formale Kriterien personeller Zuordnung sachdienlich begrenzen und somit vorhersehbar gestalten. Außerdem ließe

<sup>39</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 11.

<sup>40</sup> Wank, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Aufl. 2012, § 618 Rn. 1.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 25.6.2009 – 4 StR 610/08 = BeckRS 2009, 20066.

<sup>42</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 25.3.1996 – 2 Ss 27/96 = NStZ-RR 1996, 229.

<sup>43</sup> Bachmann/Roth, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 241 Rn. 112.

<sup>44</sup> A.A. offenbar Kudlich, HRRS 2012, 177 (178).

<sup>45</sup> Dazu Fehr, Mobbing am Arbeitsplatz, Eine strafrechtliche Analyse des Phänomens Mobbing, 2007, S. 192 f.; Mühe, Mobbing am Arbeitsplatz – Strafbarkeitsrisiko oder Strafrechtslücke?, Eine Betrachtung aus gegenwärtiger und zukunftsorientierter Perspektive, 2006, S. 226 ff.

<sup>46</sup> BAG NZA 2007, 1154 (1160 ff.).

<sup>47</sup> A.A. Mansdörfer/Trüg, StV 2012, 432 (434); Roxin, JR 2012, 305 (308).

<sup>48</sup> Bülte nennt zwar § 4 Nr. 1 ArbSchG (NZWiSt 2012, 176 [179]); derartige Fälle gehören aber nicht in den Anwendungsbereich des ArbSchG. Weitere Beispiele bei Kuhn, wistra 2012, 297 (299).

<sup>49</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 11.

<sup>50</sup> Vgl. etwa Ulsenheimer, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2008, Rn. 34; Frister/Lindemann/Peters, Arztstrafrecht, 2011, Kap. 1 Rn. 156.

<sup>51</sup> BGH NStZ 2004, 30 (31).

<sup>52</sup> So auch Mansdörfer/Trüg, StV 2012, 432 (433 f.).

sie sich (etwa durch eine vertretungsweise Zuordnung) im Einzelfall durch gesonderte Vereinbarung dennoch auf den Vorarbeiter übertragen.

Danach ist dem *Senat* im Ergebnis jedenfalls zuzustimmen: Selbst wenn eine entsprechende Beschützergarantstellung der Stadt H bestanden hätte, wäre diese jedenfalls nicht auf den Angeklagten übergegangen.

#### bb) Überwachergarantstellung

Daher stellt sich die Frage nach einer Überwachergarantstellung des Vorarbeiters. Dabei geht es um die Situation, dass der Garant die Herrschaft über eine Gefahrenquelle ausübt und alle denkbaren Betroffenen vor ihr zu schützen hat.<sup>53</sup>

#### (1) Überwachergarantstellung der Stadt H

Auch eine solche liegt nicht originär bei dem Angeklagten vor, sondern könnte lediglich der Stadt H obliegen und auf den Vorarbeiter übertragen worden sein.

#### (a) Grundsätzliche Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung

Die grundsätzliche Pflicht eines Unternehmens, Straftaten seiner Mitarbeiter zu verhindern (sog. Geschäftsherrenhaftung), hatte bereits das Reichsgericht anerkannt;<sup>54</sup> der BGH hat diese Linie der Rechtsprechung fortgeführt.<sup>55</sup> Auch in der Literatur herrscht der Sache nach nicht mehr über die Anerkennung der Geschäftsherrenhaftung als solcher, sondern nur noch über deren Reichweite Uneinigkeit.<sup>56</sup> Sie wird teilweise aus der Weisungsbefugnis des Geschäftsherren,<sup>57</sup> überwiegend aber daraus hergeleitet, dass ein Betrieb samt seiner Mitarbeiter eine besondere Gefahrenquelle darstellt, die der Inhaber zu beherrschen habe.<sup>58</sup>

#### (b) Begrenzung der Geschäftsherrenhaftung durch das Kriterium der Betriebsbezogenheit

Der *Senat* begrenzt diese Pflicht auf „die Verhinderung betriebsbezogener Straftaten“; sie umfasse nicht „solche Taten, die der Mitarbeiter lediglich bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betrieb begeht“.<sup>59</sup> Auch dieses Konzept ist nicht neu; es wurde in der Vergangenheit mehrfach in Literatur und Rechtsprechung postuliert, worauf der *Senat* auch hinweist. Prob-

lematisch dabei ist, dass das Merkmal der Betriebsbezogenheit selbst konturierungsbedürftig ist. Der *Senat* definiert eine Tat dann als betriebsbezogen, „wenn sie einen inneren Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit des Begehungstäters oder mit der Art des Betriebes aufweist.“<sup>60</sup> Dies sei etwa der Fall, wenn die Straftat Teil einer „Firmenpolitik“ ist oder sich sonst spezifische Risiken des konkreten Betriebs verwirklichten.<sup>61</sup>

#### (aa) Das „Firmenpolitik“-Kriterium

Wenig hilfreich ist die Aussage des *Senats*, eine Betriebsbezogenheit liege dann vor, wenn die Straftat Teil der Firmenpolitik des Betriebs sei. Eine Firmenpolitik kann sich nämlich konstruktiv nur dahingehend ergeben, dass sie von der Geschäftsleitung explizit angeordnet wird oder indem sie von den Mitarbeitern einfach betrieben und durch die Geschäftsleitung über eine gewisse Dauer geduldet wird. Die zuletzt genannte Variante scheidet der *Senat* aber selbst aus: Allein die Dauerhaftigkeit der Angriffe macht diese nicht zu betriebsbezogenen Straftaten.<sup>62</sup> Dem ist zuzustimmen: allein die Anzahl der Verstöße gegen eine Pflicht mag deren Charakter nicht zu verändern. In der erstgenannten Variante hingegen kommt es auf die Unterlassungsstrafbarkeit regelmäßig gar nicht an,<sup>63</sup> weil insoweit bereits Anstiftung i.S.d. § 26 StGB (durch aktives Tun) vorliegt, was zu einer Verschärfung des Strafrahmens führt, weil die fakultative Milderungsmöglichkeit gem. §§ 13 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB entfällt.<sup>64</sup> Insoweit läuft das „Firmenpolitik“-Kriterium letztlich leer.

#### (bb) „Nicht lediglich bei Gelegenheit“

Die Formulierung, die Tat dürfe „nicht lediglich bei Gelegenheit“ begangen worden sein, ist aus anderen Rechtsgebieten nur allzu bekannt: das „Handeln bei Gelegenheit“ bildet das Gegenstück zum Handeln „in Ausführung der Verrichtung“ bei § 831 Abs. 1 S. 1 BGB;<sup>65</sup> vergleichbares findet sich in den §§ 31, 839 Abs. 1 S. 1 BGB. Dasselbe gilt für die in §§ 30, 130 OWiG vorausgesetzten Pflichten.<sup>66</sup>

Hiergegen ließe sich einwenden, dass Straftaten grundsätzlich nicht die Aufgabe des Betriebes sein dürfen und daher immer nur bei Gelegenheit begangen werden können.<sup>67</sup> Diese Behauptung ist aber nur auf den ersten Blick unzweifelhaft: es lassen sich Fälle denken, in denen sich die Erfüllung der betrieblichen Aufgabe und eine Straftat nur nach quantitativen Kriterien unterscheiden lassen, auch wenn kein „rechtsgelöster“ Betrieb vorliegt, wie etwa das Beispiel des

<sup>53</sup> Kühl (Fn. 25), § 18 Rn. 45.

<sup>54</sup> Vgl. etwa RGSt 58, 130 (132 f.); weitere Nachweise auch bei Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (989 Fn. 81).

<sup>55</sup> Etwa BGHSt 25, 158 (162 f.); 37, 106 (123 f.).

<sup>56</sup> So die Einschätzung bei Schall, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag, 2004, S. 267 (S. 268).

<sup>57</sup> Etwa Rogall, ZStW 98 (1986), 573 (616 ff.); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 32 Rn. 133; Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2009, Rn. 185 m.w.N.

<sup>58</sup> Etwa Dannecker/Dannecker, JZ 2010, 981 (990); Stree/Bosch (Fn. 26), § 13 Rn. 53; Rotsch, in: Momsen/Grützner (Hrsg.), Wirtschaftsstrafrecht, Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis, 2012 (im Erscheinen), Rn. 44.

<sup>59</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13.

<sup>60</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 13.

<sup>61</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 15.

<sup>62</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 16 f.

<sup>63</sup> Verkannt bei Jäger, JA 2012, 392 (394), der insoweit eine Garantstellung aus Ingerenz begründet sieht.

<sup>64</sup> Zutreffend Kudlich, HRRS 2012, 177 (180).

<sup>65</sup> Vgl. nur G. Wagner, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 5. Aufl. 2009, § 831 Rn. 24.

<sup>66</sup> Vgl. etwa Bohnert, OWiG, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 30 Rn. 32.

<sup>67</sup> In diese Richtung Schall (Fn. 56), S. 267 (S. 281).

„übereifrigen Türstehers“<sup>68</sup> zeigt. Insbesondere im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte können Straftaten auch in Erfüllung der betrieblichen Tätigkeit vorkommen. Hierbei handelt es sich um im engeren Sinne bzw. unmittelbar betriebsbezogene Taten.<sup>69</sup>

(cc) *Spezifische Betriebsrisiken*

Über diesen Kernbereich der Betriebsbezogenheit kommen auch solche Taten in Betracht, bei denen der Begehungstätter zwar nicht unmittelbar im Rahmen seiner Pflichterfüllung handelt, sich aber trotzdem spezifische Betriebsrisiken realisieren. Dieses Kriterium lässt sich auf zwei verschiedene Arten und Weisen verstehen:<sup>70</sup>

Zum einen wird es (eng) in dem Sinne gedeutet, dass ein unmittelbarer Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit erforderlich ist.<sup>71</sup> Das bedeutet, dass bei einem Chemieunternehmen die Entsorgung von Abfällen in unzulässiger Art und Weise (und nicht nur unter Überschreitung von Richtwerten – dies würde bereits unter die noch engere Konstellation [oben aa]) fallen) betriebsbezogen wäre, nicht aber, wenn ein Mitarbeiter den Produktionsausschuss zur Vergiftung seines Kollegen in der Kantine missbrauchte. Ausscheiden würden darüber hinaus etwa sämtliche Bestechungsdelikte, weil Vertragsverhandlungen in allen Betrieben stattfinden und nicht nur für einen Betrieb typisch sind.

In einem weiteren Sinne würde man auch andere Delikte als betriebsbezogen ansehen müssen, da sich dennoch Gefahren realisieren, die dem Betrieb anhaften, auch wenn diese auch bei anderen Betrieben denkbar wären. Speziell für die Mobbing-Konstellation ergibt sich die Gefahr aus der Tatsache, dass dieselben Menschen regelmäßig aufeinander treffen und der Einzelne arbeitsvertraglich regelmäßig zum Erscheinen verpflichtet ist (da die Voraussetzungen für ein Zurückhalten der Arbeitsleistung gem. § 273 BGB oder erst recht einer subjektiven Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 3 BGB sehr hoch sind<sup>72</sup>).<sup>73</sup>

Die Aussagen des *Senats* sind insoweit undeutlich<sup>74</sup> und werden auch von der Literatur unterschiedlich interpretiert. So versteht sie *Kudlich* etwa als so eng, dass die Geschäftsherrenhaftung faktisch leer läuft,<sup>75</sup> *Poguntke* hingegen begrüßt die seiner Deutung nach weitere Auslegung des Betriebsbezogenheitskriteriums durch den *Senat*.<sup>76</sup> In der Tat stellt der *Senat* an einer Stelle auf den „konkreten Betrieb“

ab,<sup>77</sup> was das engere Verständnis nahe legt, zumal er eine Überwachergarantenstellung aus eben diesem Grund ablehnt.

Diesem engen Verständnis ist aus mehreren Gründen zuzustimmen:<sup>78</sup>

Der Sache nach wird im Hinblick auf das sich stellende Problem mit den Kategorien der objektiven Zurechnung argumentiert.<sup>79</sup> Es wird die Frage gestellt, welche Gefahren durch den Betrieb geschaffen werden und ob sich diese realisiert haben. Die Einrichtung und Führung eines Betriebes ist aber als solche im Regelfall sozialadäquat,<sup>80</sup> weshalb es insoweit bereits an der rechtlichen Relevanz oder zumindest an der rechtlichen Missbilligung fehlen wird.

Zweitens darf die Begründung der Garantenpflicht nicht vollständig in der objektiven Zurechnung aufgehen. Wie dargestellt, dient die Garantenpflicht gerade als einschränkendes Korrektiv, während die objektive Zurechnung bei jedweden Erfolgsdelikt<sup>81</sup> (gleich ob vorsätzlich oder fahrlässig, gleich ob durch Tun oder durch Unterlassen begangen) notwendig ist. Würde man (zumindest der Sache nach) aus dem objektiven Zurechnungszusammenhang auf die Garantenpflicht schließen, ginge diese Restriktionswirkung verloren. Auch unter diesem Aspekt dürfen daher nicht alle, sondern nur besondere Betriebsgefahren von der Garantenpflicht erfasst werden.

Drittens darf nicht übersehen werden, dass einige Fallkonstellationen, die auf diese Weise aus dem Bereich der Geschäftsherrenhaftung ausgeschlossen werden, entweder in die Bereiche fallen, in denen dem Unternehmen eine Beschützergarantenpflicht hinsichtlich der Arbeitnehmer zukommt, oder bei denen eine Überwachergarantenpflicht bezüglich einer Sachgefahr besteht. Für diese Fälle kann im Einzelfall durchaus eine strafrechtliche Vorgesetztenverantwortlichkeit bestehen, auch wenn diese nicht aus der Geschäftsherrenhaftung folgt.

(dd) *Einbeziehung anderer Betriebsangehöriger in den Schutzbereich*

Ein anderes Problem, das der *Senat* nicht explizit anspricht, ist die Reichweite in Bezug auf die geschützten Rechtsgüter. Dies ist auf den ersten Blick nicht verwunderlich, wurde doch dargelegt, dass es gerade im Wesen der *Überwachergarantenpflicht* liegt, *alle* Rechtsgüter vor der Gefahrenquelle schützen zu müssen.

*Schall* hingegen geht davon, dass nur außerhalb des Betriebes stehende Rechtsgüter vom Schutzbereich der Garantenpflicht erfasst sein können, wenn man – wie er – die Geschäftsherrenhaftung aus der Eigenschaft des Betriebes als „Gefahrenherd“ ableitet; eine Ausnahme sollen die Fälle bilden, in denen gefährliche Gegenstände des Betriebes zur Tat

<sup>68</sup> Vgl. *Schall* (Fn. 56), S. 267 (S. 277).

<sup>69</sup> So die Terminologie bei *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (179).

<sup>70</sup> Klarstellend auch *Poguntke*, CCZ 2012, 158 (159).

<sup>71</sup> So die Interpretation der Formulierung „innerer Zusammenhang“ bei *Schall* (Fn. 56), S. 267 (S. 281), die sich auch in der Entscheidung des BGH findet.

<sup>72</sup> Vgl. dazu *Benecke*, NZA-RR 2003, 225 (231 f.).

<sup>73</sup> So *Kuhn*, wistra 2012, 297 (298); *Wolmerath*, Mobbing im Betrieb, Rechtsansprüche und deren Durchsetzbarkeit, 2001, S. 96; *Mühe* (Fn. 45), S. 243 f.; dagegen *Fehr* (Fn. 45), S. 197.

<sup>74</sup> So auch *Roxin*, JR 2012, 305 (307): „noch nicht präzise genug“.

<sup>75</sup> *Kudlich*, HRRS 2012, 177 (179 f.).

<sup>76</sup> *Poguntke*, CCZ 2012, 158 (159).

<sup>77</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 17.

<sup>78</sup> So auch *Roxin*, JR 2012, 305 (307).

<sup>79</sup> Auf diesen Zusammenhang weisen auch *Mansdörfer/Trüg* (StV 2012, 432 [436]) hin.

<sup>80</sup> Zutreffend *Kudlich*, HRRS 2012, 177 (179).

<sup>81</sup> Zum strittigen Zusammenhang zwischen den Kategorien „Erfolgsdelikt“ und „unechtes Unterlassungsdelikt“ s.o. IV. 1.

benutzt werden.<sup>82</sup> Dementsprechend käme auch *Schall* in dem zugrunde liegenden Sachverhalt wohl nicht zur Annahme einer Garantenpflicht.

Der *Senat* zitiert zwar den Beitrag von *Schall* mehrfach, geht aber auf dieses Problem nicht unmittelbar ein. Er lässt vielmehr die konkrete Herleitung der Geschäftsherrenhaftung offen.<sup>83</sup> Da er sich aber intensiv der Subsumtion unter das Betriebsbezogenheitsmerkmal widmet, lässt dies den Umkehrschluss zu, dass er Straftaten unter Kollegen jedenfalls nicht generell aus dem Anwendungsbereich der Geschäftsherrenhaftung ausschließt.

Insoweit wäre eine Klarstellung wünschenswert gewesen. Der Ansatz *Schalls* ist insoweit interessant, als aus anderen Bereichen des Strafrechts ähnliche Gedankengänge bekannt sind. Zu nennen wäre etwa § 315c StGB. Dort wird das Auto selbst als Tatmittel nicht vom Schutzbereich des Tatbestandes umfasst;<sup>84</sup> diskutiert wird auch, ob an der Tat beteiligte Mitfahrer vom Schutzbereich ausgeschlossen werden sollen.<sup>85</sup> Unabhängig davon kommt die hier vertretene Auffassung aber jedenfalls zum selben Ergebnis: Durch das enge Verständnis des Betriebsbezugs werden von vornherein nur Delikte mit Außenbezug erfasst; alle übrigen Fallkonstellationen fallen ggf. unter die Pflicht zur Überwachung von Sachgefahren oder einzelne Beschützergarantenpflichten.

#### (2) Übertragung der Garantenpflicht auf den Vorarbeiter

Da bereits keine Garantenpflicht des Unternehmens vorlag, stellte sich die Frage nach deren Übertragbarkeit auf den Vorarbeiter nicht. Die Frage, ob sich die Einschränkungen, die im Hinblick auf die Beschützergarantenpflicht dargestellt worden sind, auf die Konstellation der Überwachergarantenpflicht übertragen lassen, mag daher offen bleiben.

#### c) Entsprechungsklausel

Nimmt man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine Garantenpflicht (des Vorarbeiters) an, ist im nächsten Schritt auf die Entsprechungsklausel einzugehen. Deren Bedeutung ist nach wie vor nicht hinreichend geklärt,<sup>86</sup> was vor allem für die Fallbearbeitung Probleme mit sich bringt. Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass sie nur bei verhaltensgebundenen Delikten Relevanz entfaltet; geht es etwa – wie hier – um Körperverletzungsdelikte, wird die Bewirkensäquivalenz bereits durch die Feststellung der Garantenstellung erfüllt.<sup>87</sup>

<sup>82</sup> *Schall* (Fn. 56), S. 267 (S. 279 f.); dagegen *Roxin*, JR 2012, 305 (307).

<sup>83</sup> BGH, Urt. v. 20.10.2011 – 4 StR 71/11, Rn. 14.

<sup>84</sup> Etwa *Groeschke*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2006, § 315c Rn. 54 m.w.N.

<sup>85</sup> Dafür etwa BGH NStZ 1991, 183; BGH NStZ 1992, 233; *Lackner/Kühl* (Fn. 27), § 316c Rn. 25; dagegen etwa *Sternberg-Lieben/Hecker*, in: Schönke/Schröder (Fn. 26), § 315c Rn. 31 m.w.N.

<sup>86</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 122 m.w.N.

<sup>87</sup> Vgl. *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 123 f. m.w.N. Zu beachten ist bei der Körperverletzung allerdings, dass die Variante der

#### d) Beteiligungsform

Bei den Unterlassungsdelikten immer problematisch ist auch die Beteiligungsform des Unterlassenden.<sup>88</sup> Nur der Vollständigkeit halber soll an dieser Stelle kurz der Streitstand in Erinnerung gerufen werden: Während die Rechtsprechung ihre subjektiv geprägte Betrachtungsweise ebenso zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme anwendet wie bei den Begehungsdelikten,<sup>89</sup> wenden Teile der Literatur ebenso die Tatherrschaftslehre an.<sup>90</sup> Die Pflichtdeliktlehre *Roxins* sieht den Garanten immer als Täter,<sup>91</sup> andere sehen ihn hingegen stets als Gehilfen an.<sup>92</sup> Eine weitere Auffassung differenziert nach der Art der Garantenstellung: Danach soll der Beschützergarant immer Täter, der Überwachergarant dagegen immer Gehilfe sein.<sup>93</sup> Nimmt man eine Garantenpflicht an, muss in einer Fallbearbeitung diese Diskussion geführt und entschieden werden.

#### 2. Strafbarkeit gem. § 357 StGB

Eine Anwendung des § 357 StGB scheint in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation so fernliegend, dass es verwunderlich ist, dass der *Senat* sie überhaupt in Betracht zieht.<sup>94</sup> Möglicherweise liegen die Gründe dafür an anderer Stelle:

*Bülte* geht davon aus, dass sich im Zusammenhang mit der BSR-Entscheidung hierin eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem 5. und dem 4. *Strafsenat* offenbart.<sup>95</sup> In der BSR-Entscheidung wäre die Anwendung des § 357 StGB wesentlich näher liegend gewesen als im vorliegenden Sachverhalt, aber weder das LG Berlin noch der 5. *Strafsenat* hatten sich dazu geäußert. Daraus schließt *Bülte*, dass hierin möglicherweise eine stillschweigende Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung liegt, welcher der 4. *Strafsenat* durch seine Heranziehung des § 357 StGB entgegentritt.

Ob diese Einschätzung zutreffend ist oder ob die Stellungnahme des *Senats* sich lediglich mit dem Umfang der Revision und dem Bemühen um Vollständigkeit erklären

körperlichen Misshandlung überwiegend als gleichermaßen handlungs- und erfolgsbeschreibend angesehen wird, sodass insoweit die herrschende Ansicht eigentlich ein verhaltensgebundenes Delikt annehmen und insoweit auch der Entsprechungsklausel entsprechende Bedeutung beimessen müsste; vgl. dazu *M. Wagner*, Strafrechtliche Aspekte des Einsatzes von Placebos in der Medizin, 2012, S. 31 mit Fn. 100, S. 46 mit Fn. 176; *Meurer*, JR 1992, 38 (39); *Kühl* (Fn. 25), § 18 Rn. 123 mit Fn. 265.

<sup>88</sup> Für den konkreten Sachverhalt betont dies auch *Jäger*, JA 2012, 392 (394 f.).

<sup>89</sup> Etwa BGHSt 13, 162 (166).

<sup>90</sup> Etwa *Wessels/Beulke*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 41. Aufl. 2011, Rn. 733 f.

<sup>91</sup> Vgl. *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl. 2006, S. 458 ff., 750 ff.; vertieft bei *ders.* (Fn. 57), § 31 Rn. 124 ff.

<sup>92</sup> Etwa *Kudlich*, in: von Heintschel-Heinegg (Fn. 29), Stand: 15.6.2012, § 25 Rn. 17.2.

<sup>93</sup> Etwa *Heine*, in: Schönke/Schröder (Fn. 26), Vor §§ 25 ff. Rn. 103 ff.

<sup>94</sup> Vgl. auch *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (181).

<sup>95</sup> Dazu *Bülte*, NZWiSt 2012, 176 (181).

lässt, bleibt offen. Es scheint aber lohnenswert, die künftigen Entscheidungen der beiden *Senate* speziell unter diesem Blickwinkel zu beobachten.

### 3. Strafbarkeit gem. § 323c StGB

Die Ausführungen des *Senats* zu § 323c StGB bewegen sich auf gesichertem Terrain. In der Tat ist auch in der Literatur anerkannt, dass auch (drohende) Straftaten Dritter Unglücksfälle i.S.d. § 323c StGB darstellen.<sup>96</sup> Wenn der Begriff teilweise auf „gewichtige“ Straftaten beschränkt wird,<sup>97</sup> hat dies bei dem vorliegenden Sachverhalt keine Auswirkungen, da die geschilderten Körperverletzungen jedenfalls diese Schwelle überschreiten. Hinsichtlich des Unterlassens lassen sich keine Aussagen treffen, weil der *Senat* insoweit den Fall zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das Landgericht zurückverweisen musste.

## V. Zusammenfassung und Hinweise für die gutachterliche Fallbearbeitung

Der Entscheidung ist weitestgehend zuzustimmen; die Geschäftsherrenhaftung reicht nicht so weit, dass Körperverletzungen zwischen Arbeitskollegen, die nichts mittels gefährlicher Betriebsgegenstände begangen werden und auch sonst nichts mit der betrieblichen Tätigkeit zu tun haben, von ihr erfasst werden. Es kann aber auch Fälle geben, in denen es wesentlich schwieriger ist zu beurteilen, ob eine Tat als betriebsbezogen einzustufen ist oder nicht.

Sachverhalte wie der vorliegende eignen sich hervorragend, um in Klausuren den sicheren Umgang mit der Unterlassungsdogmatik auch in ungewohnten Konstellationen abzu prüfen. Zu beachten ist insbesondere, dass die Prüfung vollständig ist und etwa die objektive Zurechnung und die Entsprechungsklausel nicht vergessen werden. Auch muss man bedenken, dass im Gutachten das „Springen“ – also das Offenlassen mancher Prüfungspunkte, weil bereits abzusehen ist, dass die Prüfung an späterer Stelle jedenfalls abbricht – nicht immer zulässig ist, manchmal aber sogar geboten sein kann.<sup>98</sup> Dies sollte man sich bei der Lektüre von obergerichtlichen Entscheidungen, die sich nur mit Teilfragen beschäftigen, immer vor Augen halten.

*Wiss. Mitarbeiter Markus Wagner, Gießen*

<sup>96</sup> Etwa *Sternberg-Lieben/Hecker* (Fn. 85), § 323 Rn. 7; *Wohlers*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 323c Rn. 4.

<sup>97</sup> Etwa *Freund*, in: Joecks/Miebach (Fn. 84), § 323 Rn. 65.

<sup>98</sup> Vgl. zu dieser Problematik insbesondere *Arzt*, *Die Strafrechtsklausur*, 7. Aufl. 2006, § 20 I., sowie den dreiteiligen Beitrag von *Hardtung*, *JuS* 1996, 610 ff., 706 ff. und 807 ff.