

Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten

Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer*

Von Prof. Dr. Matthias Krüger, München

I. Einleitung

Die Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten beschäftigt wie kaum ein anderes Thema die Strafrechtswissenschaft. Die Fülle an Schrifttum ist kaum noch überschaubar.¹ Ein Urteil des BGH bietet Anlass, sich der Problematik erneut anzunehmen. Der angeklagte Volljurist war in einem – als Anstalt des öffentlichen Rechts organisierten – kommunalen Betrieb tätig, zeitweise u.a. als Leiter der Innenrevision. Dem Betrieb oblag als hoheitliche Aufgabe die Straßenreinigung mit Anschluss- und Benutzungszwang für die Eigentümer der Anliegergrundstücke. Deren Entgelte orientierten sich an öffentlich-rechtlichen Grundsätzen der Gebührenbemessung und wurden von einer Projektgruppe namens „Tarifkalkulation“ bestimmt. Dabei kam es, als der Angeklagte dieser Gruppe angehörte, aus Nachlässigkeit zu einem Fehler zum Nachteil der Anlieger. Obwohl der Fehler später, nachdem der Angeklagte aus der Projektgruppe ausgeschieden war, bemerkt wurde, kam es nicht zur Korrektur. Vielmehr wurden weiterhin entsprechend überhöhte Rechnungen an die Anlieger verschickt, wodurch der äußere Tatbestand eines Betrugs verwirklicht wurde.² Der Angeklagte blieb – im Wissen um den Kalkulationsirrtum – untätig, obwohl er ohne weiteres auf den Vorsitzenden der Projektgruppe hätte einwirken können. Schließlich war dieser der Innenrevision und damit dem Angekl. unmittelbar unterstellt. Die Tatsacheninstanz sah darin eine Beihilfe zum Betrug, und zwar begangen

* Der Beitrag geht auf meinen Habilitationsvortrag vom 14.10.2009 an der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg zurück. Er ist für die Publikation inhaltlich etwas gekürzt und um Fußnoten erweitert worden. Meinen Mitarbeitern, Frau Johanna Gollnick und Herrn Florian Zenger, gebührt Dank für die Hilfe beim Erstellen der Fußnoten.

¹ Um unnötige Redundanzen zu vermeiden und weil Geschriebenes als beim Leserkreis bekannt vorausgesetzt werden kann, wird sich an dieser Stelle auf das absolut Notwendige bei den Nachweisen beschränkt, zumal der Meinungsstand erst kürzlich wieder umfassend aufbereitet worden ist, vgl. *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, S. 19 ff. Dabei wird an dieser Stelle bloß auf die Hauptströmungen eingegangen. Soweit es etwa den Ansatz betrifft, die Entsprechensklausel zum Maß der Dinge im vorliegenden Zusammenhang zu machen (vgl. *Schwab*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, S. 189 ff.), ist schon andersorts zu Recht darauf aufmerksam gemacht worden, dass dies nicht zu überzeugen vermag, s. *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (629).

² Darauf wie auf die Frage des diesbezüglichen Verhältnisses zwischen § 263 StGB und §§ 352, 353 StGB wird an dieser Stelle nicht eingegangen, vgl. insofern BGH, Beschl. v. 9.6.2009 – 5 StR 394/08 = NJW 2009, 2900 als vorangegangene Entscheidung im BSR-Skandal und dazu *Heghmanns*, ZJS 2009, 706 (709 f.).

durch Unterlassen, und verurteilte den Angeklagten dementsprechend.

II. Zur Garantenstellung des Compliance Officers

Der 5. *Strafsenat* hat die Verurteilung gehalten.³ Dabei widmet er sich ausführlich der Garantenstellung des Angeklagten. Zur Begründung führt der *Senat* – neben anderen, erst später im Zusammenhang zu erörternden Aspekten⁴ – insbesondere folgenden Punkt an: Der Angeklagte sei als Innenrevisor einem sog. „Compliance Officer“ vergleichbar, der zunehmend in Großunternehmen installiert wird und dessen Aufgabe darin besteht, Rechtsverstöße und dabei insbesondere Straftaten zu verhindern, „die aus dem Unternehmen heraus begangen werden und diesem erhebliche Nachteile durch Haftungsrisiken oder Ansehensverlust bringen können [...]“. Derartige Beauftragte wird *regelmäßig* strafrechtlich eine Garantenpflicht im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB treffen, solche im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Unternehmens stehende Straftaten von Unternehmensangehörigen zu verhindern. Dies ist die notwendige Kehrseite ihrer *gegenüber der Unternehmensleitung* übernommenen Pflicht, Rechtsverstöße und insbesondere Straftaten zu unterbinden.⁵

III. Zur Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten

Wie kaum ein obiter dictum zuvor, ist dieses zum Compliance Officer auf reges Interesse seitens der Strafrechtswissenschaft und -praxis gestoßen.⁶ Damit, eine Garantenstellung anzunehmen, ist es aber nicht getan. Nahezu unerörtert ist dagegen die Beteiligungsform des Angeklagten geblieben, die in den literarischen Stellungnahmen zum Urteil allenfalls

³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08 = BGHSt 54, 44.

⁴ S. unter III. 4. a).

⁵ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 27 (*Hervorhebungen* nicht im Original). Übrigens löst der *Senat* mit seiner Beschränkung auf die „gegenüber der Unternehmensleitung übernommenen Pflicht“ vielleicht selbst die Probleme der (personellen) Reichweite der Garantenstellung des Compliance Officers. Denn dass er gegenüber seinem Unternehmen zum Garanten wird, dürfte unmittelbar einsichtig sein. Kontrovers diskutiert wird, ob er es ebenso externen Dritten gegenüber ist. Es bleibt abzuwarten, ob Strafgerichte zukünftig den *Senat* – derart genau – beim Wort nehmen. Freilich muss die Sache überhaupt erst einmal wieder zu einem Obergericht gelangen, vgl. dazu *Krüger*, NStZ 2010, 546 (548 in Fn. 17).

⁶ *Berndt*, StV 2009, 689; *Jahn*, JuS 2009, 1142; *Wybitul*, BB 2009, 2590; *Rotsch*, ZJS 2009, 712; *Rönnau/Schneider*, ZIP 2010, 53; *Kraft*, wistra 2010, 81; *Mosbacher/Dierlamm*, NStZ 2010, 268; *Bürkle*, CCZ 2010, 4; *Ransiek*, AG 2010, 147; *Spring*, GA 2010, 222; *Warneke*, NStZ 2010, 312; *G. Dannecker/C. Dannecker*, JZ 2010, 981; *Dann/Mengel*, NJW 2010, 3265.

obiter dicta angesprochen wird.⁷ Die Garantenstellung ist nämlich Voraussetzung für Unterlassungstäterschaft wie für bloße Teilnahme durch Unterlassen. Damit kommt es in einem zweiten Schritt entscheidend auf das Wie der Abgrenzung bei der Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten an. Dabei wiederum handelt es sich um eine der umstrittensten Problematiken aus dem Allgemeinen Teil.

Dies resultiert nicht bloß daraus, dass es sich bei Täterschaft und Teilnahme einerseits sowie beim unechten Unterlassungsdelikt andererseits schon je für sich um schwierige Gebiete handelt, die dadurch, dass man sie miteinander kombiniert, nicht gerade leichter werden. Überdies fehlt es an einer expliziten gesetzlichen Regelung zu dieser Frage. Im Entwurf eines Strafgesetzbuchs von 1962 sollte demgegenüber noch die Rede davon sein, dass der Unterlassende als „Täter oder Teilnehmer“ strafbar sein könne.⁸ Vom Sonderausschuss für die Strafrechtsreform ist diese Formulierung aber (wieder) gestrichen worden, um „nicht in den dogmatischen Streit um die Frage einzugreifen, ob bei Unterlassungsdelikten überhaupt eine Unterscheidung zwischen Täterschaft und Teilnahme möglich ist“.⁹ Es bleibt der weiteren Auseinandersetzung vorbehalten, ob nicht das geltende Recht dennoch (versteckte) Aussagen zu dieser Frage trifft. Die BGH-Entscheidung zum Innenrevisor begnügt sich insofern mit einem einzigen Satz, wonach Beihilfe vorliegt, „weil der Angeklagte lediglich mit Gehilfenvorsatz gehandelt [...] hat“.¹⁰ Aus revisionsrechtlicher Sicht verwundert es freilich nicht, dass sich der *Senat* nicht lange bei der Frage aufhält. Schließlich war der Angeklagte durch die Annahme von Beihilfe nicht beschwert. Das wissenschaftliche Interesse an der Abgrenzungsproblematik wird dadurch freilich nicht geringer.

1. Unterlassungstäterschaft im Sinne der sog. Pflichtdeliktslehre

Es folgt schon daraus, dass es eine prominent besetzte Auffassung gibt, die – im Gegensatz zum BGH – zur Täterschaft des Angeklagten kommt, weil sie den untätigen Garanten stets als Täter behandelt wissen will. Als Argument dafür trägt die – maßgeblich von *Roxin* entwickelte¹¹ – sog. Pflichtdeliktslehre vor, dass die Verletzung der aus der Garantenstellung folgenden Erfolgsabwendungspflicht Täterschaftskriterium und gleichsam täterschaftskonstituierend sein soll. Von daher könne nicht zwischen täterschafts- und teilnahmebegründenden Garantenpflichten unterschieden werden, weil die Rechtspflicht zum Einschreiten besteht oder

eben nicht besteht. Eine Abstufung im Sinne eines Mehr- oder Weniger-Bestehens sei demgegenüber nicht denkbar.

Zu Recht wird dieser Theorie aber überwiegend die Gefolgschaft versagt. Sie vermag bereits in der Sache nicht zu überzeugen. Dies gilt insbesondere für die Annahme, dass es eine quantitative Abstufung der Handlungspflicht des Garanten nicht geben soll. Beim positiven Tun verletzt der Handelnde eine – mit der Garantenpflicht insofern korrespondierende¹² – Unterlassungspflicht, nämlich das Rechtsgut, respektive dessen Träger, nicht aktiv anzugreifen. Bei dieser Unterlassungspflicht geht das Gesetz von einem Mehr- oder Weniger-Bestehen aus. Anderenfalls könnte man nämlich de lege lata die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme überhaupt nicht erklären. Warum dieses Mehr- oder Weniger-Bestehen bloß für die Unterlassungspflicht beim positiven Tun, nicht aber für die Handlungspflicht im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte gelten soll, bleibt unerfindlich.

Wenn man diesen Gedanken weiterführt, stößt man auf ein weiteres sachliches Argument wider die generelle Annahme von Täterschaft des Garanten. Unbestrittenermaßen stellt sich das Unterlassungsunrecht als das geringfügigere Unrecht im Verhältnis zum Handlungsunrecht dar. Es folgt in der Sache daraus, dass der Täter durch positives Tun eine Unterlassungspflicht verletzt, etwa den Abzug einer Schusswaffe nicht zu betätigen, während er auf einen Menschen zielt. Der Unterlassungstäter verletzt demgegenüber eine Handlungspflicht, etwa wenn der Vater sich nicht, obwohl möglich und zumutbar, in die Fluten oder das brennende Haus stürzt, um sein Kind zu retten. Dieser Handlungspflicht zu genügen, ist ungleich schwerer, als lediglich die Schusswaffe zu senken. Wenn die Rechtsordnung wenig von einem abverlangt, ist die Zuwiderhandlung dagegen von größerem kriminellem Gewicht. Umgekehrt kann die Rechtsordnung Nachsicht üben, wenn sie mehr von einer Person abverlangt. In dieser Hinsicht ist das Unterlassungsunrecht das geringere Unrecht, wie es de lege lata § 13 Abs. 2 StGB zeigt, wonach die Strafe bei unechten Unterlassungsdelikten gemildert werden kann. Es stellt sich aber, um wieder den Bogen zum eigentlichen Problem zu spannen, als ein Widerspruch dar, die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme beim größeren Handlungsunrecht des positiven Tuns zuzulassen, nicht aber beim anerkanntermaßen geringeren Unterlassungsunrecht. Hierin liegt ein weiteres sachliches Argument gegen die Annahme von der generellen Täterschaft des untätig bleibenden Garanten.

De lege lata entbehrt sie gleichfalls der Überzeugungskraft. Sie negiert die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten, die vom Gesetz aber – zugegebenermaßen an etwas versteckter Stelle – vorgesehen ist. Expressis verbis gehen die Regelungen der §§ 8, 9 StGB von dieser Unterscheidung aus. § 8 StGB bestimmt die „Zeit der Tat“ dahingehend, dass es sich um den Zeitpunkt handelt, „zu welcher der Täter oder Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte

⁷ Vgl. etwa *Ransiek*, AG 2010, 147 (152); *G. Dannecker/C. Dannecker*, JZ 2010, 981, 987. Selbst *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (713 ff.) nimmt sich mehr des Inhalts der Garantenpflicht des Angeklagten an und weniger seiner Strafbarkeit gerade als Teilnehmer.

⁸ BT-Drs. IV/650, S. 13.

⁹ BT-Drs. V/4095, S. 8.

¹⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

¹¹ *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 140 ff.

¹² Vgl. hierzu sowie zum Folgenden bereits *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (626).

handeln müssen“. Noch deutlicher wird § 9 Abs. 2 StGB. Die Vorschrift regelt den „Ort der Tat“ für die Teilnahme in dem Sinne, als Ort der Tat auch der Ort ist, „an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen“. Deutlicher kann das Gesetz wohl kaum zum Ausdruck bringen, dass es eine Teilnahme durch Unterlassen kennt.

Damit steht – gleichsam eines Zwischenfazit – das Ob der Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten nicht mehr in Frage und es geht bloß noch um das Wie. Daraufhin sollen nunmehr die anderen Auffassungen untersucht und dabei mit der Rechtsprechung begonnen werden.

2. Differenzierung in der Rechtsprechung

Der BGH sah sich mit der Problematik bereits relativ frühzeitig im sog. Wirtshaus-Fall befasst.¹³ Eine Wirtin schreitet darin nicht ein, als sie bemerkt, wie mehrere männliche Stammgäste eine Frau – in strafbarer Weise – belästigen. Die Parallele zum Innenrevisor-Fall dürfte unmittelbar einsichtig sein. Gleichwohl hat der BGH die Wirtin nicht – wie aktuell den Innenrevisor – bloß als Gehilfin, sondern vielmehr als Unterlassungstäterin angesehen. Sie wurde als Täterin qualifiziert, weil sie das Treiben der männlichen Täter billigte und sich mit diesen identifizierte, wie sie „durch ihre Belustigung über deren Handlungsweise zu erkennen gab“. Die Rechtsprechung macht insofern – im Sinne einer subjektiven Theorie – die innere Haltung des Unterlassenden zur Begehungstat des anderen und zum Taterfolg zum Maß der Dinge dafür, ob das pflichtwidrige Untätigbleiben als Täterschaft oder bloße Beihilfe zu werten ist. Auf dieser Linie bewegt sich der BGH in seiner aktuellen Entscheidung, worin es heißt, dass Beihilfe vorliegt, „weil der Angeklagte lediglich mit Gehilfenversatz gehandelt [...] hat“.¹⁴

a) Differenzierung auf Basis der subjektiven Theorie

Dadurch scheint die Entscheidung einen Rückfall in die subjektive Theorie zu markieren.¹⁵ Ob diese durch die Mauer schützen-Entscheidung in BGHSt 39, 1 nicht eigentlich – angesichts des tatsächlich durchaus gleichgelagerten, rechtlich aber anders behandelten Staschynskij-Falls¹⁶ – obsolet geworden ist, braucht an dieser Stelle nicht vertieft zu werden. Jedenfalls für den Bereich der Unterlassungsstrafbarkeit versagt diese Auffassung nämlich. Wenn man die subjektive Theorie – mehr oder minder unreflektiert – auf die Unterlassungsdelikte übertragen wollte, müsste man nahezu zwangsläufig zur Annahme von Täterschaft kommen, und zwar durchweg. Dies folgt daraus, dass der Unterlassende schließlich *seine* höchstpersönliche Garantenstellung verletzt und man diese Verletzung schlechterdings nicht als fremde Tat

ansehen kann, weil die Garantenpflicht ausschließlich dem Unterlassenden obliegt, wie sich schon daran zeigt, dass sie, wenngleich nicht ganz unumstritten, verschiedentlich als besonderes persönliches Merkmal im Sinne von § 28 Abs. 1 StGB angesehen wird.¹⁷ Auf Basis der subjektiven Theorie ist von daher eine Differenzierung nach den Beteiligungsformen im Bereich der Unterlassungsdelikte kaum möglich.

b) Differenzierung im Wege einer Gesamtbetrachtung

Darin liegt vielleicht der tiefere Grund dafür, dass es die Rechtsprechung bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im Unterlassungsbereich – in der Regel¹⁸ – nicht bei subjektiven Elementen belässt. Die Frage, was der Beteiligte wollte, spricht welche innere Haltung er hatte, „ist vielmehr auf Grund aller Umstände, die von seiner Vorstellung umfasst waren, vom Gericht *wertend* zu ermitteln“. Bei der sonach erforderlichen wertenden Gesamtbetrachtung kommt es zu einer Abwägung. In diese einzustellen sind, wie vom BGH schon im Wirtshaus-Fall festgehalten, eben nicht bloß die innere Willensrichtung des Beteiligten, sondern darüber hinaus noch seine Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, sein Interesse am Taterfolg und der Umfang der eigenen Tatbestandsverwirklichung.

Darauf rekurriert der BGH in seiner aktuellen Entscheidung zwar nicht *expressis verbis*, wohl aber zumindest mittelbar. Bislang hier bewusst verschwiegen muss der Innenrevisor-Fall nämlich um den Umstand ergänzt werden, dass ein anderweitig verfolgter Beschuldigter per Weisung verhindert hat, dass der – inzwischen erkannte – Fehler bei der Entgeltberechnung nicht korrigiert wurde.¹⁹ Dies nimmt der BGH in den Entscheidungsgründen für die Bemerkung zum Anlass, dass sich der Angeklagte diesem „Haupttäter ersichtlich untergeordnet hat“.²⁰ Damit will der *Senat* die Täterschaft des Angeklagten offenbar mangels Tatherrschaft verneinen. Dass sie dem Angeklagten gefehlt haben soll, weil er sich jenem Beschuldigten, welcher die Weisung erteilt hat, *ersichtlich* untergeordnet hat, wird allerdings mehr behauptet als näher begründet. Immerhin war er, worauf der *Senat* im Sachverhalt, nicht aber in den eigentlichen Entscheidungsgründen selbst hinweist, dem Vorsitzenden der Projektgruppe „Tarifkalkulation“ ersichtlich übergeordnet, sodass er – im Sinne von Tatherrschaft – auf diesen hätte einwirken können. Im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung hätte dieser Aspekt an sich zur Sprache kommen müssen, sodass das BGH-Urteil insofern etwas defizitär wirkt. Möglicherweise, es wird vom *Senat* nicht mitgeteilt, war er insofern aber an

¹³ BGH NJW 1966, 1763.

¹⁴ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31 und dazu G. Dannecker/C. Dannecker, JZ 2010, 981 (987).

¹⁵ Vgl. in dieser Richtung etwa Rotsch, ZJS 2009, 712 (714) sowie ferner noch Ransiek, AG 2010, 147 (152).

¹⁶ BGHSt 18, 87.

¹⁷ S. dazu bloß Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 28 Rn. 5a m.w.N.

¹⁸ Verschiedentlich wird aber die innere Haltung sehr stark in den Vordergrund gerückt, vgl. etwa BGH StV 1986, 59 (60); BGH NJW 1992, 1246 (1247); BGHSt 43, 381 (396). BGH NStZ 2009, 321 (322) kombiniert wieder die innere Haltung des Unterlassenden zur Tat und seine Tatherrschaft im Rahmen einer wertenden Betrachtung miteinander.

¹⁹ Zur insoweit ergangenen Entscheidung des BGH vgl. Heghmanns, ZJS 2009, 706.

²⁰ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

die tatrichterlichen Feststellungen der Vorinstanz gebunden, die vielleicht eine Gesamtbewertung über die – in der Senatsentscheidung – genannten Umstände hinaus vorgenommen hat.

Fraglich ist aber, ob eine solche Gesamtbewertung und -abwägung überhaupt in dogmatischer Hinsicht zu überzeugen vermag. Sie kommt zwar der tatrichterlichen Praxis sehr entgegen, weil sie eine am jeweiligen Einzelfall orientierte flexible Lösung ermöglicht. Der Rechtssicherheit ist sie aber eher abträglich, weil das Ergebnis einer solchen Gesamtabwägung der Vorhersehbarkeit und Bestimmbarkeit ermangelt. Von daher ist nach anderen Lösungen zu suchen.

3. Differenzierung nach dem Tatherrschaftsgedanken

Nicht wenige Autoren bemühen für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme im Bereich der Unterlassungsstrafbarkeit – ebenso wie beim positiven Tun – den Gedanken der Tatherrschaft. Dabei wird der untätig bleibende Garant gegenüber dem vollverantwortlich handelnden Begehungstäter *regelmäßig* bloß als Randfigur des Tatgeschehens und damit lediglich als Gehilfe angesehen, wenn bei jenem die maßgebliche Entschließung zur Tatausführung und die Tatherrschaft liegen, sodass Täterschaft des Garantens eher als Ausnahme verstanden wird.²¹ Anderenorts geht man noch einen Schritt weiter und sieht den an einem Begehungsdelikt beteiligten Garantens stets als Gehilfen an.²² Dagegen sprechen aber bereits frühere Ausführungen, wonach man sich in Widerspruch zum geltenden Recht setzt, wenn man die Differenzierung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten negiert, obwohl sie vom Gesetz in §§ 8, 9 StGB vorgesehen und vorausgesetzt wird.

Im Übrigen stellt sich allerdings die Frage, wie es um den Begriff der Tatherrschaft bei den Unterlassungsdelikten bestellt ist und ob er insofern ein taugliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bereithält. Der BGH greift darauf, wie soeben geschildert, durchaus zurück, freilich in unzureichender Weise. Wie ausgeführt, stellt er sie beim angeklagten Innenrevisor in Abrede, weil er sich einem anderen Beschuldigten ersichtlich untergeordnet hat,²³ ohne zu hinterfragen, ob nicht darin Tatherrschaft liegt, dass er einem dritten Beschuldigten ersichtlich übergeordnet war. Insofern wirkt das Urteil, soweit es den Gedanken der Tatherrschaft bei den unechten Unterlassungsdelikten betrifft, etwas ambivalent.

a) Kritik am Tatherrschaftsgedanken im Unterlassungsbereich

Dadurch gießt der Senat – sicher unbeabsichtigt – Wasser auf die Mühlen jener Kritiker, nach denen sich das Kriterium der

Tatherrschaft nicht auf den Unterlassungsbereich soll übertragen lassen können.²⁴ Wenn man Tatherrschaft als das „vom Vorsatz umfasste In-den-Händen-Halten des Geschehensablaufs“ begreifen wolle, müsse man sie verneinen, weil der unterlassende Garant – um im Bild zu bleiben – gerade nichts in den Händen hält, sondern allenfalls etwas in die Hand nehmen könnte. Seine Tatherrschaft sei von daher allenfalls eine potenzielle, weil er den Geschehensablauf dergestalt beeinflussen könnte, dass der Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs entfiel. Wenn man Tatherrschaft in diesem Sinne als *alleinigen* Aspekt ansehen wollte, soll daraus kein Unterscheidungskriterium für Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten erwachsen können.

Selbst wenn man dieser Kritik zugestehen wollte, dass es sich bloß um eine potenzielle Tatherrschaft handeln soll, wird nicht recht klar, warum dies kritisch sein soll. Der Begriff der Kausalität etwa wird im Bereich der Unterlassungsdelikte als Quasi-Kausalität gehandhabt, ohne dass sich daran jemand stört. Dass man ebenso von Quasi-Tatherrschaft bzw., um nicht für weitere begriffliche Verwirrung zu sorgen, von potenzieller Tatherrschaft sprechen kann, erscheint vor diesem Hintergrund durchaus möglich.

b) Handlungsbegriff und Tatherrschaftsgedanke

Dabei kann man sich freilich nicht mit dieser Parallele begnügen, sondern muss etwas mehr an Begründung liefern. Dies führt zur Frage, ob man den Gedanken der Tatherrschaft, wie man es in modifizierter Art und Weise, im Übrigen aber ohne weiteres mit den Grundsätzen der Kausalität bereits tut, ebenfalls den Bedürfnissen und Strukturen der unechten Unterlassungsdelikte anpassen und dadurch für die Abgrenzung der einzelnen Beteiligungsformen fruchtbar machen kann. Dafür wiederum muss man sich des Inhalts von Tatherrschaft vergewissern. Um den Begriff verdient gemacht hat sich insbesondere *Roxin*. Tatherrschaft und Täterschaft liegt danach vor, wenn man das zur Deliktsverwirklichung führende Geschehen beherrscht, während der Teilnehmer zwar ebenfalls Einfluss auf das Geschehen nehmen, dieses aber nicht *maßgeblich* gestalten kann.²⁵ Dabei macht *Roxin* diesen Gedanken, wie geschildert, in unserem Zusammenhang nicht fruchtbar, wohl weil er selbst einräumt, dass Tatherrschaft bloß ein leitender Maßstab ist, der anhand der verschiedenen Sachverhaltsgestaltungen konkretisiert werden muss.

Im Übrigen belässt es *Roxin* aber bei sachlichen Überlegungen. Er stellt sich nicht der Frage, wie man den Begriff der Tatherrschaft de lege lata verstehen könnte. Damit keine Missverständnisse aufkommen: Der Begriff ist unserem Strafgesetzbuch fremd. Wohl aber kommt darin die „Tat“ an vielen Stellen vor, insbesondere im Allgemeinen Teil. Dabei geben die bereits erwähnten §§ 8, 9 StGB zu erkennen, dass es insofern maßgeblich auf die Handlung und

²¹ Weigend, in: Lauffhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 13 Rn. 95.

²² Gallas, JZ 1960, 686 (687); Ranft, ZStW 94 (1982), 815; Köhl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 230; Kudlich, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 13 Rn. 43.

²³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 31.

²⁴ Vgl. zum Folgenden insbesondere Hoffmann-Holland, ZStW 118 (2006), 620 (624).

²⁵ Roxin (Fn. 11), § 25 Rn. 13 (*Hervorhebung* nicht im Original).

weniger auf den Erfolg ankommt. Insbesondere § 8 StGB zeigt es sehr deutlich, wonach eine Tat zu der Zeit begangen worden ist, „zu welcher der Täter oder Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen“, und zugleich noch deklaratorisch klargestellt wird, dass nicht maßgebend ist, wann der Erfolg eintritt.

Damit rückt nicht der Erfolg, sondern die vorgenommene – oder unterlassene – Handlung in den Mittelpunkt der Betrachtungen zur Tatherrschaft. Dies mag selbstverständlich sein, scheint aber dennoch etwas in den Hintergrund geraten zu sein. Der Erfolg hat seine Domäne im Rahmen der Kausalität. Darin liegt ein erster – zugegebenermaßen banaler – Gesichtspunkt dafür, dass er nicht noch in anderem Zusammenhang, eben bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, zum Maß der Dinge gemacht werden kann. Bei Tatherrschaft geht es dagegen um die Handlung. Wenn sie demgegenüber den Erfolg zum Bezugspunkt hätte, wäre nicht erklärbar, dass ein abweichender Kausalverlauf erst für den Fall beachtlich ist, dass er wesentlich ist. Weil es aber auf die – den aus Sicht des Täters irregulären Kausalverlauf auslösende – Handlung ankommt, auf die er Einfluss hat, lässt es sich befriedigend erklären. Aus demselben Grund schließt die Ungewissheit des Handelnden darüber, ob der Erfolg, den man um jeden Preis möchte, durch die vorgenommene Handlung überhaupt eintreten kann, einen strafrechtlich relevanten Vorsatz nicht aus, solange jedenfalls die Handlung selbst dem unmittelbaren Einfluss des Täters unterliegt.

Es wird unumwunden eingeräumt, dass eine solche Sichtweise möglicherweise die Grenzziehung zwischen objektivem und subjektivem Tatbestand einzuebnen droht. Vielleicht muss aber an diesem Dogma gerüttelt werden. Ohnehin gibt es bereits im geltenden Recht im objektiven Tatbestand subjektive Elemente und umgekehrt.²⁶ Freilich hätte eine Nivellierung viel weitreichendere Konsequenzen. Es bedürfte etwa, wenn man sich zu diesem Schritt entschließt, im objektiven Tatbestand keiner Einschränkungen der Äquivalenztheorie mehr, um die Eltern des Mörders von Strafe freizustellen, obwohl sie bei dessen Zeugung den später tatsächlich begangenen Mord wollten. Es würde schlicht an einer strafrechtlich relevanten Handlung fehlen.²⁷ Das Strafrecht interessieren im Regelfall erst Handlungen, mit denen der Täter im Sinne der Versuchsregelung des § 22 StGB „nach seinen Vorstellungen von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt“. Es bedarf wohl kaum der Begründung, dass die Schwelle zum Mordversuch durch Zeugung des – später vielleicht sogar wider Erwarten untätig bleibenden – Mörders nicht überschritten wird. Wenn überhaupt, geschieht es durch seine spätere Erziehung. Auf die wiederum haben seine Eltern – gleichsam als mittelbare Täter – deutlich mehr Einfluss und damit Tatherrschaft, als wenn sie der Natur und den Genen freien Lauf lassen würden.

²⁶ Vgl. insofern bereits *Krüger*, JA 2009, 190 (193); *ders.*, AnwBl. 2010, 565 (568) unter c).

²⁷ S. zu den folgenden Überlegungen bereits *Hirsch*, in: Eser (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 119 (S. 133 ff.).

Ob auf diese Weise das strafrechtliche System und der Verbrechenbau in grundsätzlicher Hinsicht überdacht gehören, muss freilich an dieser Stelle unbeantwortet bleiben. Es würde den Rahmen sprengen, auf solche und andere Konsequenzen, etwa für die Frage einer fahrlässigen Mittäterschaft²⁸, vertiefter einzugehen. Dass jedenfalls die Handlung im Fokus der Betrachtungen zur Tatherrschaft steht, wofür sich *de lege lata*, wie geschildert, § 8 StGB anführen lässt, dürfte hinreichend deutlich geworden sein.

Wenn man diesen Gedanken, dass es bei Tatherrschaft weniger um den Erfolg, sondern maßgeblich um die Handlung geht, auf die Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten überträgt, wird deutlich, dass Tatherrschaft, und zwar nicht bloß potenzielle, sondern wirkliche, reale Tatherrschaft gegeben ist. Schließlich obliegt es dem Garanten, ob er einschreitet oder nicht. Er hat, um im Bilde zu bleiben, insofern die Herrschaft über sich selbst, ob er untätig bleibt oder gegen die aktive Handlung des Dritten einschreitet.

4. Tatherrschaft und Differenzierung zwischen Beschützer- und Überwachergaranten

Wenn danach Tatherrschaft eine Rolle bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme bei den unechten Unterlassungsdelikten spielen kann und muss, bleibt nunmehr noch zu klären, auf welche Weise es erfolgen sollte. Vielleicht liegt sie mehr oder minder unausgesprochen der Differenzierung zwischen Beschützer- und Überwachergaranten zugrunde. Dass diese Unterscheidung möglicherweise zugleich eine Aussage über Täterschaft oder Teilnahme enthält, ist keinesfalls ein neuer Gedanke. Vielleicht muss insofern jedoch ein Umdenken einsetzen. Aber der Reihe nach.

a) Differenzierung nach dem Inhalt von Garantenstellungen und -pflichten

Das Schrifttum nimmt überwiegend eine Unterscheidung nach dem Inhalt der verletzten Garantenpflicht und damit eine Einteilung der Garantenstellungen nach materiellen Gesichtspunkten vor (sog. Funktionenlehre).²⁹ Dabei wird man zum Beschützergaranten, wenn man Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter bzw. Rechtsgutsträger innehat. Überwachergaranten obliegt dagegen die Pflicht, bestimmte Gefahrenquellen zu überwachen, die im Herrschafts- und Zuständigkeitsbereich des Unterlassenden liegen.

Diese Unterscheidung soll zugleich im Sinne der sog. Pflichtinhaltslehre Konsequenzen für die im Bereich der

²⁸ Vgl. dazu *Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 282 ff.; *Puppe*, GA 2004, 129; *dies.*, ZIS 2007, 234 sowie *Rotsch*, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2009, S. 398 f. – jeweils m.w.N. Jüngst *Gropp*, GA 2009, 265; *Rotsch*, in: Böse u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ingeborg Puppe, 2011 (im Erscheinen).

²⁹ *Kaufmann*, Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283 ff. sowie ferner noch die Nachw. bei *Rudolphi/Stein*, in: Rudolphi u.a. (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 124. Lfg, Stand: September 2010, § 13 Rn. 23 ff.

unechten Unterlassungsdelikte ebenfalls gebotene Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme haben. Der Beschützergarant gilt als Täter, wohingegen Überwachungsgaranten im Verhältnis zum aktiv handelnden Dritten bloß als Gehilfen angesehen werden.³⁰ Damit stellt sich die Frage, in welche Kategorie man den angeklagten Innenrevisor – oder Compliance Officer³¹ – einordnet. Dabei diskutiert der *Senat* zunächst, ob der Angeklagte deshalb hätte tätig werden müssen, weil er zwar nicht mehr Mitglied der Projektgruppe „Tarifkalkulation“ war, als diese den Kalkulationsfehler erkannte, wohl aber zuvor, als er unabsichtlich begangen wurde. Dies hätte die Gefahr begründen können, dass er in der Folgezeit unbemerkt bleibt und sich immer wieder realisiert. Dies wiederum könnte eine Garantenhaftung aus Ingerenz wegen gefahrbezüglichen Vorverhaltens und damit eine Stellung als Überwachungsgarant nach sich ziehen. Schlussendlich verwirft der *Senat* diesen Gedanken aber unter Hinweis auf das Autonomieprinzip.³² Wörtlich heißt es: „Schon die ausschließliche Verantwortlichkeit der neuen Tarifkommission steht [...] der Annahme einer Garantenstellung aus Ingerenz entgegen.“

Vielmehr nimmt der *Senat* eine sog. Beschützergarantenstellung an.³³ Dabei stellt er entscheidend auf zwei Gesichtspunkte ab. Zum einen müsse berücksichtigt werden, dass es sich bei dem tätigen Unternehmen um eine Anstalt des öffentlichen Rechts handelt und sich die vom Angeklagten nicht unterbundene Tätigkeit auf den hoheitlichen Bereich bezog, nämlich auf die Gebührenfestlegung gegenüber den einem Anschluss- und Benutzungszwang unterliegenden Grundstücksanliegern bzw. Gebührenschuldern. In dieser Hinsicht ist – anders als bei privatwirtschaftlichen Unternehmen – nicht die Gewinnmaximierung das primäre Ziel, sondern vielmehr der Gesetzesvollzug das eigentliche Kernstück bei kommunalen Unternehmen. Dadurch entfällt, wie es in der Entscheidung heißt, „im hoheitlichen Bereich die Trennung zwischen einerseits den Interessen des eigenen Unternehmens und andererseits den Interessen außenstehender Dritter.“ Damit oblag dem Angeklagten der Schutz der Entgeltschuldner und es gehörte zum wesentlichen Inhalt seines Pflichtenkreises, die Erhebung betrügerischer Reinigungsentgelte zu verhindern. Auf diese Weise wird er zum Beschützergaranten, dem Obhutspflichten für bestimmte Rechtsgüter bzw. Rechtsgutsträger obliegen, im konkreten Fall gegenüber den Grundstücksanliegern und deren Vermögen.

Schlussendlich vermeidet der *Senat* aber eine genaue Festlegung in der Frage, ob der Angeklagte „bloß“ Beschüt-

zergarant im Verhältnis zu den Gebührenschuldern oder daneben noch Überwachungsgarant war. Vielmehr führt er aus,³⁴ dass dahinstehen kann, „ob der verbreiteten Unterscheidung von Schutz- und Überwachungspflichten in diesem Zusammenhang wesentliches Gewicht zukommen kann, weil die Überwachungspflicht gerade dem Schutz bestimmter Rechtsgüter dient und umgekehrt ein Schutz ohne entsprechende Überwachung des zu schützenden Objekts kaum denkbar erscheint.“

b) Kritik an der Bedeutung der Differenzierung für die Beteiligungsform

Damit bereitet der BGH – sicher unbewusst – bereits den Boden für einen Kritikpunkt an der Differenzierung zwischen Beschützer- und Überwachungsgaranten. Zwar wird sie nicht überhaupt in Abrede gestellt, wohl aber die daran geknüpften Konsequenzen für die verwirklichte Beteiligungsform, wenn der Garant gegen die Straftat eines Dritten nicht einschreitet. Eine trennscharfe Unterscheidung nach dem Inhalt sei nicht in allen Fällen möglich. Von daher könnten identische Garantenpflichten sowohl auf Schutz- als auch auf Überwachungspflichten zurückzuführen sein. Diese Kritik – von *Hoffmann-Holland*³⁵ – vermag indes nicht zu überzeugen.

Es stellt sich schon die Frage, ob das Modell von *Hoffmann-Holland* eine trennscharfe Differenzierung zulässt. Er macht die „Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff“ und damit die „Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen“ in seinem gleichnamigen Beitrag davon abhängig, ob eine situationsbezogene oder eine situationsunabhängige Garantenpflicht verletzt wird. Ersteren Falls soll die unterlassene Verhinderung der Straftat eines Dritten für den Garanten regelmäßig bloß Teilnahme begründen. Im anderen Fall soll es sich um Nebentäterschaft des Garanten handeln.³⁶ Es erscheint aber durchaus nicht ausgeschlossen zu sein, dass situationsbezogene und situationsunabhängige Garantenpflichten nebeneinander bestehen können, sodass eine trennscharfe Abgrenzung nicht immer und nicht zwangsläufig möglich ist, wodurch *Hoffmann-Holland* seine Kritik an der Pflichtinhaltslehre ebenso trifft. Wenn etwa der Vater seine legalen Waffen nicht ausreichend sicher aufbe-

³⁰ *Herzberg*, Unterlassung im Strafrecht und Garantenprinzip, 1972, S. 257 ff., 259 ff.; *ders.*, JuS 1975, 171; *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Fn. 21), § 25 Rn. 211 f.; *Heine*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, Vor § 25 Rn. 104 ff. – jeweils m.w.N.

³¹ Dieser Frage nehmen sich die in Fn. 6 zitierten *Autoren* primär an.

³² BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 21.

³³ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 22 ff. Vgl. aber *Rotsch*, ZJS 2009, 712 (717).

³⁴ BGH, Urt. v. 17.7.2009 – 5 StR 394/08, Rn. 23. Darum geht es aber wohl nicht. Der *Senat* scheint den Inhalt der Pflicht damit zu verwechseln, wie man dieser Pflicht gerecht wird, sprich sie erfüllt. Dies kann der Beschützergarant vielleicht durchaus anders tun, als dadurch, dass er seinen Schützling permanent überwacht.

³⁵ *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (628). In die gleiche Richtung geht *Roxin* (Fn. 11), § 31 Rn. 160.

³⁶ *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 620 (633 ff.). Im Übrigen fällt auf, dass seine Einteilung im Wesentlichen auf die Pflichtinhaltslehre hinausläuft, jedenfalls im Ergebnis, sodass seine Kritik an dieser Theorie etwas verwundert. Lediglich die Fälle der als Beschützergarantenstellung zu qualifizierenden Gefahrengemeinschaft und der einverständlichen Übernahme einer Schutzfunktion werden von der Pflichtinhaltslehre als Täterschaft anders behandelt als von *Hoffmann-Holland*, der darin bloß eine Beihilfe sieht.

wahrt und sich der daraufhin stattfindende Amoklauf in der Schule seiner Kinder abspielt, die selbst nicht Amok laufen, hat er – wegen der ungenügenden Aufbewahrung der Schusswaffe – eine *situationsbezogene* Garantenpflicht sowie – im Verhältnis zu seinen Kindern – eine *situationsunabhängige* Garantenpflicht, wenn man die Differenzierung von *Hoffmann-Holland* zugrunde legen wollte.

Schlussendlich kommt es darauf aber nicht an. Es kann nämlich anheimgestellt werden, dass man in ein und derselben Situation sowohl Beschützer- als auch Überwachergarant sein kann. In diesem Sinne verhält es sich etwa im Wirtshaus-Fall. Die Wirtin ist einerseits Beschützergarantin, weil sie kraft Zivilrechts, nämlich aufgrund des mit dem Opfer geschlossenen Bewirtungsvertrags verpflichtet ist, dessen Rechtsgüter zu bewahren (§ 241 Abs. 2 BGB). Daneben hat sie kraft öffentlichen Rechts eine Überwachergarantenstellung, weil sie die (gaststättenrechtliche) Pflicht hat, „in den Räumen, über die sie die Verfügungsgewalt hatte, für Ordnung zu sorgen, insbesondere ihre Gäste vor [...] Ausschreitungen anderer Gäste [...] zu schützen“.³⁷ Scheinbar muss das Strafrecht entscheiden, welche Pflicht höher anzusetzen ist, und damit zum Schiedsrichter zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht werden. Schlussendlich kommt es darauf aber aus strafrechtlicher Perspektive nicht an. Es ist nämlich nicht recht einsichtig, warum die *zusätzliche* und gleichzeitige Verletzung einer Überwachungspflicht etwas daran zu ändern vermag, dass man – im Sinne der Pflichtinhaltslehre – schon Täter kraft Missachtung seiner Beschützergarantenstellung ist. Im Übrigen könnte man – wie in anderem Zusammenhang – danach fragen, worin der Schwerpunkt des Unrechtsvorwurfs liegt, ob in der Verletzung der Beschützergarantenpflicht oder in der Missachtung der Überwachergarantenstellung, sodass nicht recht einsichtig ist, warum eine Differenzierung im Unterlassungsbereich zwischen Täterschaft und Teilnahme bei sich überschneidenden Pflichtkreisen per se unmöglich sein soll.

c) Bedeutung der Differenzierung für die Beteiligungsform und Verknüpfung mit dem Tatherrschaftsgedanken

Freilich ist damit noch nicht gesagt, dass die Differenzierung im Übrigen zu überzeugen vermag. Dafür, dass der Beschützergarant durchweg als Unterlassungstäter angesehen werden soll, wird angeführt, dass er das Rechtsgut, respektive dessen Träger rundum vor Schaden jeden Ursprungs bewahren muss. Demgegenüber sei der Überwachergarant lediglich für bestimmte Gefahrenquellen verantwortlich. Wenn er die insofern gebotenen Sicherungsmaßnahmen unterlässt, soll er dem aktiven Gehilfen grundsätzlich näher als dem Begehungstäter stehen.³⁸ Jedenfalls mit dieser Begründung vermag die Pflichtinhaltslehre indes nicht zu überzeugen.

Dabei stellt sich schon die Frage, ob sie vom eigenen Ausgangspunkt aus nicht zum genau gegenteiligen Ergebnis kommen müsste, nämlich Beschützergaranten regelmäßig als Gehilfen im Verhältnis zum aktiv handelnden Dritten anzu-

sehen und Überwachergaranten demgegenüber als Täter. Schließlich ist seine Pflicht, sprich die des Überwachergaranten, relativ leicht zu erfüllen. Er kann sich auf die Gefahrenstelle beschränken und sie im Auge behalten. Dagegen muss sich der Beschützergarant vor das Rechtsgut stellen, wodurch er freilich nicht im Auge haben kann, ob dem Rechtsgutsträger von anderer Seite Schaden droht. Gleichwohl soll er das Rechtsgut rundum vor Schaden jeden Ursprungs bewahren müssen. Diese Pflicht zu erfüllen, ist ungleich schwerer. Von daher könnte die Rechtsordnung, wie an früherer Stelle erörtert³⁹, Nachsicht üben, und zwar dadurch, dass der Beschützergarant in der geschilderten Konstellation regelmäßig bloß der Beihilfe durch Unterlassen schuldig ist, wohingegen der Überwachergarant eher Täter sein könnte.

Darüber hinaus weist die – bislang vorgenommene – Differenzierung noch eine entscheidende dogmatische Schwäche auf. Sie stellt im einen Fall, beim Beschützergaranten, auf den nicht abgewendeten Erfolg ab, weil er das Rechtsgut vor Schaden zu bewahren habe. Beim Überwachergaranten wird dagegen die unterlassende Handlung in den Mittelpunkt gerückt, weil er die gebotenen Sicherungsmaßnahmen unterlässt. Wenn man Handlung und Erfolg zum Maßstab für die Abgrenzung der einzelnen Beteiligungsformen im Bereich der unechten Unterlassungsdelikte machen will, wofür – wie die Ausführungen zur Tatherrschaft gezeigt haben dürften – Einiges spricht, sind entweder beide Aspekte in die Betrachtung einzubeziehen oder aber man konzentriert sich auf einen Gesichtspunkt, dann aber durchweg auf denselben. Eben daran leidet die Pflichtinhaltslehre, wie sie bislang vertreten wird, weil sie die Perspektive wechselt. Es mutet willkürlich und beliebig an, wenn man einmal auf den nicht abgewendeten Erfolg, ein andermal dagegen auf die unterlassene Handlung rekurriert. Eine dogmatisch saubere Lösung sollte sich aber durch inhaltliche Konsistenz auszeichnen.

Dabei haben die Ausführungen zur Tatherrschaft gezeigt, dass sich mehr auf die Handlung und weniger auf den Erfolg zu konzentrieren ist. Wenn man dies tut, führt die Unterscheidung von Beschützer- und Überwachergaranten hinsichtlich der Frage, welche Beteiligungsform sie im Verhältnis zu einem Täter durch positives Tun aufweisen, zu folgenden Konsequenzen: Der Beschützergarant ist in solchen Fällen nicht, wie von der Pflichtinhaltslehre apostrophiert, Täter durch Unterlassen, sondern regelmäßig bloß Gehilfe. Dagegen macht sich der Überwachergarant in einer solchen Konstellation – wiederum im Gegensatz zur Pflichtinhaltslehre – nicht bloß der Beihilfe, sondern stattdessen in der Regel der Unterlassungstäterschaft schuldig. Damit kann durchaus eine Differenzierung der einzelnen Beteiligungsformen nach dem Inhalt von Garantenstellungen und -pflichten erfolgen, freilich in genau umgekehrter Weise, wie es die Pflichtinhaltslehre (bislang) tut. In dieser Hinsicht kommt der Einteilung der Garantenstellungen in Beschützer- und Überwachergaranten eine gewisse Indiz- und Leitbildfunktion für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im

³⁷ BGH NJW 1966, 1763.

³⁸ Herzberg, JuS 1975, 171 (173); Heine (Fn. 30), Vor § 25 Rn. 104 ff.

³⁹ S. unter 1.

Unterlassungsbereich zu, wenn man sie mit dem Tatherrschaftsgedanken verknüpft.

Dabei erscheint diese – bislang nicht vorgenommene Form der – Differenzierung sich nahezu zwangsläufig aus der Natur der Sache zu ergeben und bereits in den Begrifflichkeiten angelegt. Überwachungsgaranten obliegt die Pflicht, bestimmte Gefahrenquellen zu überwachen, die im Zuständigkeits- oder Herrschaftsbereich des Unterlassenden liegen.⁴⁰ Über seinen Herrschaftsbereich hat man, will man den Begriff nicht ad absurdum führen, sicher Herrschaft, die sich insofern als Tatherrschaft bezeichnen lässt. Damit ist zugleich – zumindest implizit – gesagt, dass die Pflicht des Überwachungsgaranten, um es nochmals zu betonen, relativ leicht zu erfüllen ist. Dass wiederum die Verletzung einer leicht zu erfüllenden Pflicht zu schärferen Sanktionen führt, weil es das größere Unrecht ist, wurde ebenfalls schon dargelegt. Aber nicht bloß solche eher allgemeine Überlegungen führen dazu, Überwachungsgaranten regelmäßig als Täter anzusehen. Es ist der Tatherrschaftsgedanke selbst, der zu dieser Annahme führt, wenn er auf die Unterlassungsdelikte ebenso wie der Kausalitätsgedanke angepasst wird. Tatherrschaft hat man, wir erinnern uns, wenn man *maßgeblichen* Einfluss auf das Geschehen hat.⁴¹ Dies ist wohl der Fall, wenn es nicht schwer fällt, darauf einzuwirken. Insofern stellen sich Überwachungsgaranten regelmäßig als Unterlassungstäter dar, wohingegen Beschützergaranten sich eher bloß der Beihilfe durch Unterlassen schuldig machen, wenn sie gegen den aktiv Handelnden nicht einschreiten.

⁴⁰ Fischer (Fn. 17), § 13 Rn. 9; Roxin (Fn. 11), § 32 Rn. 107.

⁴¹ Vgl. Fn. 25.