

„Lederspray“ redivivus – Zur konkreten Kausalität bei Gremienentscheidungen* Zugleich ein Beitrag zu der vermeintlichen Notwendigkeit der Abgrenzung von Tun und Unterlassen und den Voraussetzungen der Mittäterschaft

Von Prof. Dr. Thomas Rotsch, Gießen**

I. Einleitung

Vor mittlerweile bald 30 Jahren hat der BGH in seinem berühmten „Lederspray“-Urteil¹ die Voraussetzungen der strafrechtlichen Produktverantwortung festgeschrieben. Die Entscheidung hat insbesondere schwierige Fragen der sog. generellen und konkreten Kausalität, der Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt sowie der Mittäterschaft zum Gegenstand. Einen Schwerpunkt der wissenschaftlichen Rezeption des Urteils bildet die Diskussion der Frage, inwieweit die Rechtsfigur der Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB herangezogen werden kann, um die unklare bzw. dogmatisch schwer zu begründende Kausalität des Einzelverhaltens – hier: bei der Abstimmung im Rahmen einer Gremienentscheidung – zu überwinden.

In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt beschlossen die Geschäftsführer einer GmbH einstimmig, den Rückruf² eines möglicherweise gesundheitsschädlichen Produkts zu unterlassen. Wendet man hier zur Feststellung der traditionell für erforderlich gehaltenen Kausalität des Einzelverhaltens die bekannte *conditio-sine-quanon*-Formel an, so wird die vermeintlich intuitiv erkannte Ursächlichkeit – selbstverständlich sei jede gegen einen Rückruf abgegebene Stimme für einen ggfs. bei den Verbrauchern durch die Benutzung des Produkts eingetretenen Körperverletzungserfolg kausal – offensichtlich ad absurdum geführt: Denn jedenfalls in den Fällen einer grds. ausreichenden einfachen, in concreto aber „überbedingten“ Mehrheit ändert das Hinwegdenken einer Stimme an dem Ergebnis, dass der Rückruf unterbleibt, nichts. Da diese gedankliche Operation aber für jeden an der Abstimmung beteiligten Geschäftsführer gälte, wäre danach ein real existierender Mehrheitsbeschluss ohne jegliche ursächliche Stimmabgabe

* Zum zehnjährigen Jubiläum der ZIS im Jahr 2016. Bislang unveröffentlichter Originalbeitrag, der demnächst außerdem gemeinsam mit den bereits in ZIS 6/2016-11/2016 (<http://www.zis-online.com/>) erschienenen und fünf weiteren, bislang nicht publizierten Beiträgen veröffentlicht werden wird in: Rotsch (Hrsg.), *Zehn Jahre ZIS – Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2018.

** Der Verf. ist Inhaber der Professur für Deutsches, Europäisches und Internationales Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Umweltstrafrecht an der Justus-Liebig-Universität Gießen. Er ist Begründer, Mitherausgeber und Schriftleiter der ZIS.

¹ BGH, Urt. v. 6.7.1990 – 2 StR 549/89 = BGHSt 37, 106.

² Das ProdSG unterscheidet in § 2 Nr. 24 und 25 zwischen Rücknahme (vom Zwischenhändler) und Rückruf (vom Endverbraucher). Auf diese Differenzierung kommt es in unserem Zusammenhang nicht an, sodass hier und im Folgenden einheitlich von Rückruf gesprochen wird.

zustande gekommen.³ Insoweit sind sich alle einig: „Daß dies nicht rechtens sein kann, liegt auf der Hand.“⁴

Eine dogmatisch überzeugende Lösung für diese intuitiv von allen für richtig gehaltene Annahme zu finden, ist freilich bis heute nicht gelungen. Während der BGH in der „Lederspray“-Entscheidung § 25 Abs. 2 StGB als „Rettungsanker“ verwendet hat (dazu sogleich II. 1.), versuchen jedenfalls Teile des Schrifttums die Frage (weiterhin) über Kausalitätserwägungen zu lösen (II. 2.). Sämtliche dieser Auffassungen begegnen durchgreifenden Einwänden, weshalb nach einem anderen Ausweg gesucht werden muss (dazu grundsätzlich zunächst II. 3.). Dieser Ausweg offenbart sich, wenn man die unterschiedlichen potentiell strafrechtlich relevanten Verhaltensweisen präzise voneinander unterscheidet und jeweils darauf hin untersucht, ob die erforderlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen vorliegen. Dann erkennt man, dass weder das Festhalten an Kausalitätsüberlegungen noch der vom BGH propagierte Ausweg über § 25 Abs. 2 StGB, so, wie er auch von Teilen des Schrifttums vertreten wird, zu überzeugen vermag. Lässt man die Lösung über die Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB zumindest in grundsätzlicher Hinsicht zu, lässt die strafrechtliche Verantwortlichkeit sämtlicher Geschäftsführer sich dann aber recht zwanglos begründen.

II. Die Grundkonstellation einheitlicher Stimmabgabe

In dem der „Lederspray“-Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Sachverhalt hatten sich sämtliche Geschäftsführer gegen den Rückruf des Ledersprays ausgesprochen.⁵ Da die auftretenden rechtlichen Fragen insoweit zunächst voraussetzen, dass einerseits für die Beschlussfassung im Rahmen einer Kollegialentscheidung die einfache Mehrheit ausreicht, diese andererseits aber überschritten ist, besteht die in tatsächlicher Hinsicht einfachste Konstellation – i.S.d. „geringsten denkbaren Überbedingung“ – darin, dass von drei Geschäftsführern alle drei einheitlich gegen den Rückruf gestimmt haben. Von dieser Grundkonstellation (3:0) soll im Folgenden zunächst ausgegangen werden.⁶

³ Vgl. *Kuhlen*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl. 2015, 2. Teil, 1. Kap., Rn. 58 f. m.w.N.

⁴ BGHSt 37, 106 (132).

⁵ Freilich fand die maßgebliche Sitzung ohne die Angeklagten W und D statt, die sich „die in der Sitzung getroffene Entscheidung jeweils für ihren Verantwortungsbereich zu eigen“ machten (BGHSt 37, 106 [109]). Aus diesem Umstand resultiert dann die Frage nach der Zulässigkeit der sog. sukzessiven Mittäterschaft – die auf dem Boden der hier vertretenen Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB (dazu ausführlich unten 2. c) ohne Weiteres zu verneinen ist; vgl. noch unten Fn. 113.

⁶ Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich damit allein mit der Frage der sog. konkreten Kausalität, also der Untersu-

1. Zur Notwendigkeit der apriorischen Abgrenzung von Tun und Unterlassen

Der mittlerweile jahrzehntelange Streit um die zutreffende Lösung dieser Konstellation hat seinen Ausgangspunkt in der immer noch von vielen für notwendig gehaltenen apriorischen Festlegung der Qualität des strafrechtlich relevanten Verhaltens, ohne dass dies bislang erkannt worden wäre. Indem noch immer weite Teile des Schrifttums⁷ und auch der BGH in ständiger Rechtsprechung⁸ die „Wertungsfrage“ der Abgrenzung von Tun und Unterlassen nach dem „Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens“⁹ entscheiden, unterliegen sie nicht nur einer klassischen *petitio principii*, sondern können sich zudem – wie die Konstellation der Kollegialentscheidung zeigt – die zutreffende Lösung des Falles verbauen. Denn wer – wie der BGH¹⁰ – vor der Subsumtion des Sachverhaltes unter den in Frage stehenden Straftatbestand mehr oder weniger freihändig darüber entscheidet, welchen Ausschnitt der Lebenswirklichkeit er für strafrecht-

lich relevant hält, der behauptet lediglich, was doch zu begründen wäre. Er verbaut sich damit aber auch eine systematische Prüfung sämtlicher als strafrechtlich relevant in Betracht kommender Verhaltensweisen und läuft zudem Gefahr, bei der strafrechtlichen Bewertung einmal auf dieses, ein anderes Mal auf jenes Verhalten abzustellen. Das „Lederspray“-Urteil ist hierfür ein Paradebeispiel, knüpft der BGH doch einmal an die „Unterlassung des rechtzeitigen Rückrufs“¹¹, einmal an die einstimmige Entscheidung, von einem Rückruf abzusehen¹², an. Einerseits wird festgestellt, dass den Geschäftsführern die Anordnung des Rückrufs gemeinschaftlich obliegt,¹³ was impliziert, dass dessen Unterlassung die Tatausführung und damit das strafrechtlich relevante Verhalten sein muss. Andererseits wird auf die einstimmige Entscheidung, von dem Rückruf abzusehen, abgestellt – was für ein aktives Tun spricht –, diese aber gleichzeitig als bloßer Tatentschluss eingeordnet.¹⁴ Das alles passt nicht zusammen. Und es führt zu einem Scheinproblem. Denn es führt den Rechtsanwender in Versuchung, das potentiell strafrechtlich relevante Verhalten a priori darauf hin zu untersuchen, ob es sich bei ihm um ein Tun oder ein Unterlassen handelt. Dieser Versuchung ist (auch) der BGH erlegen.¹⁵

Die Frage wird gemeinhin als Abgrenzungsproblem zwischen Tun und Unterlassen diskutiert.¹⁶ Hier wird dann recht heftig darüber gestritten, wie eine solche Abgrenzung vorzunehmen ist.¹⁷ Dabei werden freilich zwei ganz unterschiedliche Fragen miteinander vermengt. Die eigentliche Frage ist doch diejenige nach dem *Verhältnis* von Tun und Unterlassen für den Fall, dass sowohl die Anknüpfung an ein Tun wie auch diejenige an ein Unterlassen zu einer Strafbarkeit führt.¹⁸ Diese Frage ist vor dem Hintergrund der geltenden

⁷ Vgl. nur *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl. 2017, Rn. 985 ff. (987) m.w.N.

⁸ BGHSt 6, 46 (59); 49, 147 (164); 51, 165 (173). Siehe auch BGHSt 37, 106 (114).

⁹ Vgl. *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. 7), Rn. 987.

¹⁰ BGHSt 37, 106 (114). Im „Lederspray“-Urteil betrifft diese Festlegung das Abstimmverhalten, das der BGH als unechtes Unterlassen deklariert; Produktion und Vertrieb werden hiervon – als aktives Tun – getrennt, vgl. BGH, a.a.O. Jedenfalls Letzteres ist richtig, hinsichtlich der strafrechtlichen Verantwortlichkeit aufgrund des nicht durchgeführten Rückrufs gerät dem BGH dann aber einiges durcheinander, dazu so gleich im Text.

¹¹ BGHSt 37, 106 (110).

¹² BGHSt 37, 107 (129).

¹³ BGHSt 37, 106 (123, 125 f.).

¹⁴ BGHSt 37, 106 (129).

¹⁵ Selbst in der Ausbildungsliteratur wird ein solches Vorgehen zuweilen ausdrücklich empfohlen, vgl. z.B. *Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 1478; *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 18 Rn. 11. Richtig hingegen z.B. *Kindhäuser*, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 13 Rn. 68 ff. (75); *Walter*, ZStW 116 (2004), 555 (567).

¹⁶ Vgl. z.B. *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 2003, § 31 Rn. 69 ff.

¹⁷ Siehe die Nachweise bei *Kindhäuser* (Fn. 15), § 13 Rn. 71 f.

¹⁸ Ein gutes Beispiel hierfür stellt der von *Merkel* (in: *Putzke/Hardtung/Hörnle* [Hrsg.], Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum siebzigsten Geburtstag, 2008, S. 193) gebildete und auch von *Kuhlen* (in: *Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk* [Hrsg.], Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag, 2011, S. 669 [673]) in Bezug genommene Fall eines Geschäftsmannes dar, der in einer kalten Winternacht die Heizung seiner Geschäftsräume abstellt, was zum Tod eines betrunkenen Obdachlosen führt, der sich vor dem Heizungskeller schlafen gelegt hat.

Rechtslage, die eine solche Unterscheidung vornimmt und an sie auch ganz unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft, zu beantworten¹⁹ – und zwar auf der Konkurrenzzebene.²⁰ Eine ganz andere Frage stellt aber die Auseinandersetzung darüber dar, ob vor der eigentlichen Tatbestandsprüfung festgestellt werden muss, ob ein Tun oder Unterlassen vorliegt.²¹ Diese Frage ist entgegen der h.M.²² zu verneinen. Denn eine Abgrenzungsfrage von Tun und Unterlassen in diesem Sinne stellt sich jedenfalls in dem hier einschlägigen Kontext der Verhaltensweisen mit Handlungs- und Unterlassungskomponenten²³ in Wahrheit nicht.²⁴ Tatsächlich ist es regelmäßig alles andere als kompliziert, ein konkretes Verhalten als Tun oder als Unterlassen zu klassifizieren.²⁵ Man sollte daher besser nicht von einem Abgrenzungsproblem zwischen Tun und Unterlassen sprechen, wenn man tatsächlich das Verhältnis der beiden Verhaltensweisen meint, in dem sie zueinander stehen. Diese Frage stellt sich aber überhaupt nur, wenn tatsächlich beide Verhaltensweisen sämtliche jeweils erforderlichen Strafbarkeitsvoraussetzungen aufweisen.

Für den hier interessierenden Zusammenhang der Gremienentscheidung bedeutet das Folgende: Als potentiell straf-

Dies hätte der Geschäftsmann erkennen können. Stellt man hier auf ein bloßes Unterlassen ab, hat der Geschäftsmann sich mangels Garantenstellung lediglich gem. § 323c StGB strafbar gemacht, knüpft man hingegen an ein aktives Tun an, liegt eine Strafbarkeit gem. § 222 StGB vor. Die vermeintliche Abgrenzungsfrage von Tun und Unterlassen – die auch *Kuhlen* für entscheidend hält – hat freilich mit der Entscheidung für die Strafbarkeit in die eine oder andere Richtung nichts zu tun: Das Abstellen der Heizung ist eindeutig aktives Tun, das Nichtheizen der Räume ebenso eindeutig Unterlassen. Schwieriger ist allenfalls die Frage zu entscheiden, nach welchem der beiden vorliegenden Straftatbestände der Geschäftsmann nun bestraft werden soll. Um eine Abgrenzungsfrage handelt es sich dabei aber nicht, denn die Einordnung – Tun hier, Unterlassen dort – ist vollständig unproblematisch. Und so verhält es sich denn auch in unserem Kontext, dazu sogleich im Text.

¹⁹ Vgl. dazu *Kuhlen* (Fn. 18), S. 669.

²⁰ „Es existiert keine gesetzliche Vorschrift und keine übergesetzliche Rechtsanwendungsregel, die vorschreibt, die Strafbarkeitsprüfung müsse von vornherein und exklusiv auf einen der beiden Gesichtspunkte [Tun oder Unterlassen, T.R.] beschränkt werden.“ (*Mitsch*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 27). Vgl. auch *Kindhäuser* (Fn. 15), § 13 Rn. 75.

²¹ Dafür bereits unzutreffend *Engisch*, in: Lackner/Lefereenz/Schmidt/Welp/Woff (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, 1973, S. 163 (168).

²² Prominente Anhänger dieser Ansicht sind etwa *Heinrich* (Fn. 15), Rn. 866 f.; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1996, § 58 II. 1. (S. 602); *Kühl* (Fn. 15), § 18 Rn. 11; *Roxin* (Fn. 16), § 31 Rn. 72.

²³ Zur Unterscheidung der einzelnen Fallgruppen vgl. *Mitsch* (Fn. 20), § 21 Rn. 27 ff.

²⁴ Ebenso *Mitsch* (Fn. 20), § 21 Rn. 26 f.

²⁵ Siehe bereits Fn. 18.

bar kommen hier mindestens²⁶ drei voneinander zu unterscheidende Verhaltensweisen in Betracht.²⁷ Da ist zunächst die Abgabe der Stimme gegen den Rückruf. Insofern lässt sich etwas plakativ von der Abgabe der „falschen“ Stimme sprechen, denn geboten war die Abgabe der („richtigen“) Stimme für den Rückruf. Es ist aber leicht zu sehen, dass es sich bei dem Abstimmverhalten gegen den Rückruf zweifellos um aktives Tun handelt. Das gilt unabhängig davon, wie der Sachverhalt bzw. die Abstimmung konkret ausgestaltet ist.²⁸ Eine Abgrenzungsfrage stellt sich hier nicht.

Die zweite möglicherweise strafrechtlich relevante Verhaltensweise stellt gleichsam das Gegenstück der ersten dar: Denn wer im Rahmen einer Gremienentscheidung gegen den gebotenen Rückruf eines gesundheitsschädlichen Produkts stimmt, der stimmt zugleich nicht für ihn.²⁹ Insofern handelt

²⁶ Siehe dazu noch unten Fn. 123.

²⁷ Vgl. dazu *Rotsch* (Fn. 6), Fall 24, Rn. 3477 ff., 3511 f., 3513 ff.

²⁸ Beispielhaft: Die einfachste Variante ist sicherlich diejenige, in der es eine Ankreuzoption für jede klar formulierte Möglichkeit gibt (1. Ich stimme für den Rückruf, 2. Ich stimme gegen den Rückruf). Denkbar ist aber auch, dass es zur Beantwortung einer positiv formulierten Frage (Stimmen Sie für den Rückruf?) jeweils eine Ankreuzoption bei „Ja“ und eine bei „Nein“ gibt. Bei der ebenfalls denkbaren dritten Möglichkeit gibt es ebenfalls die Ankreuzoptionen „Ja“ und „Nein“, allerdings ist die Frage negativ formuliert (Stimmen Sie gegen den Rückruf?). Stimmt der einzelne Geschäftsführer nun gegen den Rückruf, so stellt dieses Abstimmverhalten aber bei jeder der drei Möglichkeiten aktives Tun dar: In der ersten Variante kreuzt er die Möglichkeit „2. Ich stimme gegen den Rückruf“ an, in der zweiten Variante kreuzt er „Nein“ und in der dritten Variante kreuzt er „Ja“ an. Etwas (aber: ebenso eindeutig) anderes gilt nur in denjenigen Fällen, in denen das gewollte Vorgehen (kein Rückruf) genannt und lediglich nach Gegenstimmen bzw. Enthaltungen gefragt wird. Das Votieren gegen den Rückruf erfolgt hier durch Unterlassen. Bei einem solchen Beschluss handelt es sich aber erstens nicht um eine Abstimmung, sondern um eine Zustimmung; zweitens erfolgt sie nicht geheim, da ihr regelmäßig eine Absprache vorausgeht; beachte bereits Fn. 6 a.E. Das alles ist trivial, verdeutlicht aber, dass es – wie bei jedem Subsumtionsvorgang – von entscheidender Bedeutung ist, den Sachverhalt, an den der strafrechtliche Vorwurf geknüpft werden soll, möglichst konkret zu beschreiben. – Nebenbei: Auch die Abgabe der „richtigen“ Stimme stellt selbstverständlich aktives Tun dar. Eine solche Stimmabgabe erfolgt bei der hier vorausgesetzten einheitlichen Entscheidung, im Rahmen derer alle Geschäftsführer gegen den Rückruf stimmen, aber nicht. Zu einem solchen Sachverhalt siehe noch unten III.

²⁹ *Kuhlen* (Fn. 18), S. 669, weist zu Recht darauf hin, dass Tun und Unterlassen sich nur in dem Sinne ausschließen, dass eine Person nicht gleichzeitig etwas Bestimmtes tun und es unterlassen kann. „Nicht ausgeschlossen ist dagegen, gleichzeitig etwas Bestimmtes zu tun und etwas anderes zu unterlassen.“ (*Kuhlen*, a.a.O.). Ebenso wie es nicht möglich

es sich in unserem Kontext um ein weiteres prominentes und praktisch relevantes Beispiel sog. „mehrdeutiger“ oder „doppelrelevanter“³⁰ Verhaltensweisen. Allein: Es ist überhaupt nichts Ungewöhnliches, dass eine strafrechtsrelevante Tat sowohl aktive wie auch passive Elemente aufweist.³¹ Dass wir aber überhaupt in der Lage sind, dies ohne Probleme zu erkennen, macht deutlich, dass wir offensichtlich ohne Schwierigkeiten nicht nur fähig sind, das eine Element des Verhaltens als aktives Tun einzuordnen, sondern auch erkennen können, dass das andere hingegen als Unterlassen zu klassifizieren ist. So liegt es auch hier. Die Nichtabgabe der Stimme für den Rückruf stellt unzweifelhaft ein Unterlassen dar. Eine Abgrenzungsfrage von Tun und Unterlassen stellt sich auch hier nicht.

Nicht ganz so einfach ist der dritte mögliche strafrechtliche Anknüpfungspunkt zu erkennen. Dem mehrdeutigen Verhalten der Abstimmung folgt zeitlich nämlich ein zweites Unterlassen nach.³² Führt die Gremienentscheidung zu dem Ergebnis, dass der gebotene Rückruf nicht erfolgen soll, wird dieser Gremienbeschluss in der Unternehmenswirklichkeit naturgemäß – möglicherweise seinerseits strafrechtlich relevant – anschließend umgesetzt. Dieser Umstand hat bislang, soweit ersichtlich, noch keine Berücksichtigung gefunden. Das mag zum einen daran liegen, dass Rechtsprechung und Schrifttum sich bisher – sei es über Kausalitätserwägungen, sei es über Konstruktionen unter Zugrundelegung des § 25 Abs. 2 StGB – stets ganz überwiegend auf die strafrechtliche Relevanz „des Abstimmungsverhaltens“ konzentriert haben. Es mag aber, zum anderen, einen zweiten Grund darin finden, dass naturgemäß dasjenige Nichtstun, das nicht als zeitlich koinzidierende Kehrseite eines aktiven Tuns daherkommt, sondern einem mehrdeutigen Verhalten erst nachfolgt, als strafrechtlich relevant nicht so leicht in den Blick gerät. Schon das dem eindeutig und allein aktiven Tun zeitlich nachfolgende Unterlassen erfährt in der deutschen Strafrechtswissenschaft bislang ja eine äußerst stiefmütterliche Behandlung.³³ Dabei liegt die Lösung unseres Problems, wie

ist, gleichzeitig zu lesen und nicht zu lesen, ist es (schon faktisch) nicht möglich, die „falsche“ Stimme (gegen den Rückruf) abzugeben und es gleichzeitig zu unterlassen, die „falsche“ Stimme abzugeben. Sehr wohl möglich ist es aber, „falsch“ zu votieren, und es gleichzeitig zu unterlassen, die „richtige“ Stimme (für den Rückruf) abzugeben. Nur diese Sachverhalte, in denen das Tun ein Element des in Frage stehenden Verhaltens, das Unterlassen aber ein anderes Element desselben Verhaltens betrifft, können überhaupt strafrechtlich relevant werden. Insoweit lässt sich dann immer noch zwischen Sachverhalten unterscheiden, in denen Tun und Unterlassen zeitlich zusammenfallen (um die es hier geht) und solchen, in denen Tun und Unterlassen zeitlich auseinanderfallen (i.d.S. etwa Heinrich [Fn. 15], Rn. 867 f.).

³⁰ Dazu grds. Mitsch (Fn. 20), § 21 Rn. 27.

³¹ Ähnlich Mitsch (Fn. 20), § 21 Rn. 27.

³² Beachte noch Fn. 29 a.E.

³³ Vgl. Heinrich (Fn. 15), der der Ansicht ist, dass das spätere Unterlassen von einem vorangegangenen Tun regelmäßig verdrängt wird. Ebenso z.B. Ransiek, JuS 2010, 490 (492).

wir noch sehen werden, tatsächlich in der Anknüpfung an die sich an die Gremienentscheidung anschließende Umsetzung dieser gemeinsamen Entscheidung. Beschließen die Geschäftsführer aber einstimmig, den in Frage stehenden Rückruf zu unterlassen, so ist regelmäßig im Unternehmen nichts weiter zu veranlassen; der gebotene Rückruf wird schlicht nicht angeordnet. Dass es sich bei diesem Verhalten, erkennt man es erst einmal als möglicherweise strafrechtlich relevant, um ein (weiteres) Unterlassen handelt, liegt auf der Hand. Und wieder stellt sich die Frage der Abgrenzung von Tun und Unterlassen nicht.

Diese Trennung in drei unterschiedliche Verhaltensweisen setzt zum einen die Akzeptanz mehrdeutiger Verhaltensweisen in dem hier beschriebenen Sinn und insoweit die Einsicht voraus, dass eine apriorische Begrenzung auf einen Verhaltensaspekt weder erforderlich noch zulässig ist. Zum anderen ist zu beachten, dass es sich bei dem Unterlassen der „richtigen“ Stimmabgabe und dem (nachfolgenden) Unterlassen der Anordnung des Rückrufs um zwei völlig verschiedene Unterlassungen handelt, die dementsprechend auch in unterschiedlicher Weise strafrechtlich relevant werden können.³⁴ Nimmt man aber eine solche klare Trennung vor und erörtert die virulenten Fragen dann jeweils dort, wo sie tatsächlich eine Rolle spielen, lässt sich die Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der an einem einheitlichen Mehrheitsentscheid beteiligten Geschäftsführer überzeugend lösen:

2. Die Abgabe der „falschen“ Stimme gegen den Rückruf – aktives Tun

a) Die Ursächlichkeit des Beschlusses

Verfolgt man die Kausalkette ausgehend von den Körperverletzungs- oder ggfs. gar Todeserfolgen bei den Verbrauchern der Sprays zurück, so lässt sich zunächst feststellen, dass jedenfalls der Gremienbeschluss, die bereits bei den Zwischenhändlern lagernden Sprays nicht zurückzurufen, kausal für die eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolge ist. Dabei ist freilich zu beachten, dass ein bloßes Hinwegdenken des Beschlusses noch nicht weiterhilft. Da die potentiell schädlichen Sprays bereits bei den Zwischenhändlern zur Auslieferung an die Endverbraucher bereitlagen, ändert das bloße Hinwegdenken des Beschlusses zum Nichtstun nichts an der üblichen Auslieferung der Sprays an die Verbraucher. Auf der Grundlage dieser gedanklichen Operation tritt der tatbestandsmäßige Erfolg nämlich ebenso ein, sodass der Schluss unausweichlich scheint, dass schon der Beschluss nicht ursächlich für die eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolge ist. Durch den Beschluss, die Sprays nicht zurückzurufen, ist, so könnte man meinen, auf den bereits durch deren Produktion und Vertrieb angestoßenen Kausalverlauf überhaupt nicht eingewirkt worden.

Schaut man indes genauer hin, wird deutlich, dass die gegenteilige Entscheidung – nämlich die Anordnung des Rückrufs – den drohenden Erfolg sehr wohl verhindert hätte. Beschließen die Geschäftsführer nämlich den Rückruf des fraglichen Produkts, ergeht die Anordnung der Rücksendung an

³⁴ Rotsch (Fn. 6), Fall 24, Rn. 3478.

die Zwischenhändler bzw. ggfs. an die Verbraucher, die Produkte werden zurückgesandt³⁵ und die fraglichen tatbestandsmäßigen Erfolge bleiben aus. Das spricht dafür, dass der Beschluss, den Rückruf nicht anzuordnen, durchaus ursächlich für den Erfolg gewesen ist. Zu diesem Ergebnis gelangt man aber nur dann, wenn man nicht nur den Beschluss, den Rückruf nicht anzuordnen, hinwegdenkt, sondern gleichzeitig den gegenteiligen Beschluss, den Rückruf anzuordnen, hinzudenkt.

Fraglich ist freilich, ob ein solches Hinzudenken zulässig ist. Bei der Anwendung der *conditio*-Formel herrscht weitgehend Einigkeit, dass hypothetische Kausalverläufe nicht hinzugesagt werden dürfen.³⁶ Dabei ist allerdings zu beachten, dass diese Regel nur solche Bedingungen betrifft, die an Stelle der hinwegzudenkenden Handlung – gleichsam als den Erfolg herbeizuführen geeignete Ersatzursachen – wirksam geworden wären. Gestattet und geboten ist es hingegen, solche Umstände hinzuzudenken, die den Erfolg verhindert hätten, wenn die Handlung nicht stattgefunden hätte.³⁷ Retende Kausalverläufe sind also hinzuzudenken.³⁸

Wendet man diese Grundsätze auf unsere Konstellation an, so ergibt sich Folgendes: Hinwegzudenken ist der konkrete Beschluss, den Rückruf nicht anzuordnen. Da nunmehr der gegenteilige Beschluss der Anordnung des Rückrufs als rettender Kausalverlauf und damit die Umsetzung der Rückrufanordnung³⁹ hinzuzudenken ist, entfällt der tatbestandsmäßige Erfolg. Damit steht die Kausalität des Gremienbeschlusses für den Eintritt der tatbestandsmäßigen Erfolge fest.

Somit lässt die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer sich jedenfalls nicht bereits deshalb ablehnen, weil es dem von ihnen bewirkten Umstand des einstimmigen Gremienbeschlusses an der erforderlichen Ursächlichkeit für den Erfolg mangelte.

b) Die Ursächlichkeit der Einzelstimme

Allerdings genügt es jedenfalls nach traditioneller Sichtweise nicht, dass der Gremienbeschluss insgesamt kausal für den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges geworden ist.⁴⁰ Denn Gegenstand des strafrechtlichen Vorwurfs ist immer nur das konkrete Verhalten eines individuellen Täters. Dementsprechend müssten die drei Geschäftsführer (A, B und C) ihrerseits *jeweils* kausal für den Beschluss, den Rückruf zu unterlassen, und damit *jeweils* ursächlich für den Körperverletzungs- oder ggfs. Todeserfolg bei dem Verwender des Sprays geworden sein. Bleibt man für die Beantwortung dieser Frage nach der konkreten Kausalität des Einzelverhaltens für den tatbestandlichen Erfolg i.S.d. §§ 223, 212 StGB bei der Anwendung der *conditio-sine-qua-non*-Formel stehen, so drängt sich ein von allen für unhaltbar gehaltener Ausweg auf, den

denn auch im „Lederspray“-Verfahren die Verteidigung der angeklagten Geschäftsführer vorgebracht hat. Bei mit mehr als der einfachen Mehrheit zustande gekommenen Beschlüssen könne jeder der an der Abstimmung Beteiligten sich darauf berufen, dass das Ergebnis sich durch sein gegenteiliges Abstimmverhalten nicht verändert hätte.⁴¹ Zwar hätte sich das Stimmenverhältnis verschoben (2:1 statt 3:0); dies hätte aber das Resultat – Nichtvornahme der geforderten Handlung – nicht beeinflusst. Auf der Grundlage der *conditio*-Formel ist aber nur dasjenige Verhalten ursächlich, dass nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfällt. Dasjenige Verhalten hingegen, das hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfällt, ist nicht kausal. Mit dieser Argumentation könne nun jeder der an der Abstimmung beteiligten Geschäftsführer die fehlende Kausalität seines Abstimmverhaltens nachweisen.⁴² Ein existierender Geschäftsführerbeschluss, der ursächlich für den Eintritt des Todes eines anderen Menschen geworden ist, wäre ohne jegliche Ursache zustande gekommen.⁴³ Ein unhaltbares und ganz offensichtlich falsches Ergebnis!⁴⁴

Der in jüngerer Zeit vermehrt⁴⁵ und auch vom BGH⁴⁶ für richtig gehaltene Ausweg über die Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB ist aber überhaupt nur dann eröffnet, wenn die Kausalität des Einzelverhaltens tatsächlich nicht überzeugend begründet werden kann. Daher ist zunächst ein Blick auf die denkbaren Begründungen der Ursächlichkeit der Stimmabgabe und ihre Überzeugungskraft zu werfen:

aa) Alternative Kausalität

Zum Teil wird davon ausgegangen, dass es sich um einen Fall alternativer Kausalität handle.⁴⁷ Mit der insoweit für richtig gehaltenen Umformulierung der *conditio*-Formel – „Von mehreren Bedingungen, die zwar alternativ, nicht aber kumulativ hinweggedacht werden können, ohne dass der Erfolg entfiere, ist jede für den Erfolg ursächlich“⁴⁸ – komme man dann zur Annahme von Kausalität.⁴⁹

Das ist aber nicht richtig. Zum einen überzeugt die Behandlung der hier virulenten Fälle von Mehrfachkausalität und die von der h.M. vorgenommene Unterscheidung von der

³⁵ Beachte bereits oben Fn. 6.

³⁶ Lesenswert hierzu noch immer *Samson*, Strafrecht I, 7. Aufl. 1988, S. 18 ff.

³⁷ *Samson* (Fn. 36), S. 21.

³⁸ *Kühl* (Fn. 15), § 4 Rn. 18 m.w.N.

³⁹ Beachte bereits oben Fn. 6.

⁴⁰ Vgl. aber noch unten c).

⁴¹ BGHSt 37, 106 (132); *Schünemann*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2007, § 25 Rn. 196; *Kühl* (Fn. 15), § 4 Rn. 20b; jeweils m.w.N.

⁴² Vgl. dazu bereits Fn. 41.

⁴³ Vgl. bereits Fn. 3.

⁴⁴ BGHSt 37, 106 (132).

⁴⁵ Siehe etwa *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht. Strafrecht, Verfassungsrecht, Regelungsalternativen, 1996, S. 61; *Kuhlen*, NStZ 1990, 570; *Hilgendorf*, NStZ 1994, 563.

⁴⁶ BGHSt 37, 106 (129).

⁴⁷ *Kindhäuser*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 10 Rn. 41; *ders.* (Fn. 15), Vor § 13 Rn. 95 ff.

⁴⁸ *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 45.

⁴⁹ *Kindhäuser* (Fn. 15), Vor § 13 Rn. 95 m.w.N.

sog. kumulativen Kausalität schon in der Sache nicht.⁵⁰ Weshalb im Rahmen der ex post festzustellenden Kausalität plötzlich die ex ante zu beurteilende grundsätzliche Eignung zur Schadensverursachung tatbestandlich relevant sein soll, lässt sich nicht überzeugend erklären.⁵¹ Schon grundsätzlich ist daher eine Fallgruppe der alternativen Kausalität nicht anzuerkennen; die von der h.M. unterschiedenen Sachverhalte sog. alternativer und kumulativer Kausalität sind in Wahrheit gleich zu behandeln.⁵² Aber auch auf dem Boden der h.M., die Fälle alternativer Kausalität grundsätzlich anerkennt, liegt eine solche Konstellation hier nicht vor: Denn anders als dort ist hier jede Bedingung (die Einzelstimme) gerade nicht allein erfolgsgünstig. Über die Annahme alternativer Kausalität kann das Problem der Ursächlichkeit der Einzelstimme daher nicht gelöst werden.

bb) Kumulative Kausalität

Andere – wie Roxin – gehen hingegen in der Sache von kumulativer Kausalität aus und bejahen die Ursächlichkeit der Einzelstimme, indem sie lediglich für erforderlich halten, „dass die Stimme jedes Einzelnen zusammen mit den weiteren für die (rechtswidrige) Mehrheit erforderlichen Stimmen eine hinreichende Bedingung für den Erfolg setzt.“⁵³ Puppes Einwand, deren Argumentation Roxin sich in der Sache hier anschließt,⁵⁴ hierbei handele es sich nicht um kumulative Kausalität,⁵⁵ will Roxin nicht zulassen.⁵⁶ Dabei verkennt er freilich, dass die h.M. in den klassischen Fällen kumulativer Kausalität jede Bedingung für den Erfolg für notwendig hält.⁵⁷ Im Hinblick auf die überzählige (in unserem Ausgangsbeispiel: dritte) Stimme ist das aber gerade nicht der Fall. Auch ein Fall der kumulativen Kausalität liegt daher nicht vor.

cc) Kombination von alternativer und kumulativer Kausalität

Etwas erstaunlich muten diejenigen vereinzelt Ansätze an, die die Grundsätze der alternativen mit denjenigen der kumulativen Kausalität verbinden wollen.⁵⁸ Kausalität sei in den Fällen der Gremienentscheidungen deshalb gegeben, weil bei einem Mehrheitsbeschluss zwischen derjenigen Anzahl an

Stimmen, die gerade noch nicht zur Mehrheit führen, und der letzten „mehrheitsbeschaffenden“ Stimme ein Verhältnis der kumulativen Kausalität bestehe; die Frage, welche der einzelnen noch zur Verfügung stehenden Stimmen wirksam werde, sei dagegen ein echter Fall der alternativen Kausalität, da insoweit ganz gleichgültig sei, welche Stimme letztlich den Ausschlag gebe.⁵⁹

Freilich bleibt Kudlich eine Erklärung dafür schuldig, weshalb zur Lösung der Kausalitätsproblematik im Rahmen von Gremienentscheidungen die Lösungsansätze zweier Konstellationen verbunden werden sollen, die beide nicht vorliegen. Abgesehen davon, gilt auch insoweit der bereits oben gemachte Einwand, dass es nicht überzeugend ist, Konstellationen sog. alternativer Kausalität von denjenigen sog. kumulativer Kausalität zu unterscheiden.⁶⁰ Auch auf diese Weise lassen sich die Probleme „überbedingter“ Erfolge nicht lösen.

dd) Puppes Lösung über die Lehre vom notwendigen Bestandteil einer hinreichenden Mindestbedingung

Puppe nimmt Kausalität auf der Grundlage der Theorie von der gesetzmäßigen Bedingung dann an, wenn die Einzelursache „ein notwendiger Bestandteil einer von möglicherweise mehreren erfüllten nach allgemeinen Regeln hinreichenden Erfolgsbedingung ist.“⁶¹ Und, an anderer Stelle: „Es muss sich also um einen notwendigen Bestandteil einer nach Naturgesetzen hinreichenden Mindestbedingung handeln.“⁶² Die Mindestbedingung für das Zustandekommen eines Gremienbeschlusses erhalte man, indem man „so viele Stimmen zusammenfasse, wie für die Mehrheit erforderlich sind.“⁶³ Dabei könne offen bleiben, wie die anderen Beteiligten abgestimmt haben.⁶⁴

Samson hat gegen diese Argumentation seit jeher eingewandt, sie stelle nichts anderes dar, als die Anwendung des hypothetischen Eliminationsverfahrens der *conditio-sine-quanon-Formel*.⁶⁵ Macht man nun anhand der einstimmigen Gremienentscheidung in unserer Ausgangskonstellation die Probe aufs Exempel, so ergibt sich Folgendes: Fasst man zunächst so viele Stimmen zusammen, wie im Falle der einstimmigen 3:0-Entscheidung gegen den Rückruf erforderlich sind, um zu einer Mehrheitsentscheidung zu gelangen, so benötigt man hierfür zwei Stimmen (nur beispielhaft: Die Stimme von A und die Stimme von B). Diese beiden Stimmen ergeben dann die für den Eintritt der in Frage stehenden tatbestandsmäßigen Erfolge hinreichende Mindestbedingung.

⁵⁰ Eingehend Rotsch, in: Heinrich/Jäger u.a. (Hrsg.), *Strafrecht als Scientia Universalis*, Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag am 15. Mai 2011, 2011, S. 377 (382 ff.). A.A. Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 13 ff. Rn. 108a.

⁵¹ Rotsch (Fn. 50), S. 387 f.

⁵² In den klassischen Giftfällen bedeutet das, dass in beiden Konstellationen jeweils (nur) wegen Versuchs zu bestrafen ist, vgl. Rotsch (Fn. 50), S. 391 ff.

⁵³ Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl. 2006, § 11 Rn. 19.

⁵⁴ Roxin (Fn. 53), § 11 Rn. 19 mit Fn. 46.

⁵⁵ Puppe, JR 1992, 32; vgl. dazu noch sogleich unter dd).

⁵⁶ Roxin (Fn. 53), § 11 Rn. 19 mit Fn. 48.

⁵⁷ Vgl. nur Kühl (Fn. 15), § 4 Rn. 21 m.w.N.

⁵⁸ Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), *StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 2. Aufl. 2014, Vor § 13 Rn. 43.

⁵⁹ Kudlich (Fn. 58), Vor § 13 Rn. 43. Ebenso Hardtung/Putzke, *Examinatorium Strafrecht AT*, 2016, Rn. 242.

⁶⁰ Vgl. oben aa).

⁶¹ Puppe, JR 1992, 30 (32).

⁶² Puppe (Fn. 50), Vor §§ 13 ff. Rn. 103 a.E. m.w.N. (*Hervorhebung* a.a.O.). Zum Ursprung dieser Auffassung Kindhäuser, ZIS 2016, 574 (579 f. m.w.N.).

⁶³ Puppe (Fn. 50), Vor §§ 13 ff. Rn. 108.

⁶⁴ Puppe (Fn. 50), Vor §§ 13 ff. Rn. 108.

⁶⁵ Samson, in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, 2004, S. 259 (265 f.).

Jede dieser Stimmen ist also notwendiger Bestandteil der Mindestbedingung und damit kausal. Abgesehen davon, dass schon *Knauer* völlig zu Recht die Frage gestellt hat, wodurch das Vorgehen *Puppes* methodisch legitimiert ist,⁶⁶ unterläuft *Puppe* ein gedanklicher Fehler, wenn sie – wie alle – bei der Beurteilung der Kausalfrage von dem konkreten präsumtiven Täter ausgeht. Prüft man nämlich z.B. die Strafbarkeit des Geschäftsführers C und erörtert die Kausalität seines Abstimmverhaltens für den Erfolg, so benötigt man unter Zugrundelegung der Auffassung von *Puppe* – neben der Stimme von C – (nur) eine weitere Stimme gegen den Rückruf. Diese addiert man dann mit der Stimme von C zur hinreichenden Mindestbedingung und stellt im Folgenden fest, dass die gegen den Rückruf votierende Stimme des C notwendiger Bestandteil dieser hinreichenden Mindestbedingung und damit kausal ist.

Dieses Vorgehen ist logisch falsch und stellt einen Zirkelschluss dar. Hält man – wie *Puppe*⁶⁷ – zu Recht⁶⁸ an der Notwendigkeit einer logischen Bestimmung des Bedingungsverhältnisses fest, geht kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass die überzählige Stimme *nicht* kausal ist, da sie *kein notwendiger Bestandteil* der Mindestbedingung ist.⁶⁹ Auf der Grundlage von *Puppes* Argumentation ließe sich aber nun bei einer getrennten und sukzessiven Prüfung der Strafbarkeit von A, B und C für jeden der drei Geschäftsführer jeweils Kausalität des Abstimmverhaltens begründen, indem man jeweils sein Abstimmverhalten mit einer (welcher?) weiteren Stimme kombiniert, und die dritte Stimme vernachlässigt. Das stellt einen Zirkelschluss dar, weil es das auf seine Kausalität hin zu prüfende Einzelverhalten bereits als kausal voraussetzt. Und es ist logisch falsch, weil dieses Verfahren zu dem unzutreffenden Ergebnis führt, dass es drei notwendige Bestandteile (nämlich die Stimmen von A, B und C) der hinreichenden Mindestbedingung, die aus nur zwei Stimmen zusammengesetzt ist, gibt. Dieses Vorgehen ist ebenso unhaltbar wie die von der Verteidigung im „Lederspray“-Verfahren geltend gemachte und von allen für „nicht rechters“⁷⁰ gehaltene „Flucht in die *conditio*-Formel“⁷¹.

ee) *Hinzudenken des rechtmäßigen Abstimmverhaltens?*

Nach dem oben⁷² zur Kausalität des Gremienbeschlusses Gesagten drängt sich aber ein anderer Ausweg auf. So könnte man nämlich auf die Idee kommen, die Kausalität des einzelnen Abstimmverhaltens mit dem Argument zu bejahen, es sei nicht nur das konkrete rechtswidrige Verhalten des einzelnen Geschäftsführers hinweg-, sondern außerdem das hypothetische rechtmäßige Verhalten sämtlicher Geschäftsführer hin-

zuzudenken. Hierbei handele es sich um rettende Kausalverläufe, die bei der Beurteilung der Kausalität hinzugedacht werden dürften.⁷³ Damit ändere sich aber das Ergebnis der Gremienentscheidung, die nunmehr auf einen Rückruf gerichtet sei. Unterstellt man dann noch, dass dieser Rückruf auch ausgeführt wird,⁷⁴ bleiben die tatbestandsmäßigen Erfolge der Körperverletzung bzw. des Todes der Verbraucher aus. So gelangt man dann vermeintlich zu dem Ergebnis der Kausalität des Abstimmverhaltens aller drei Geschäftsführer; eines Auswegs über § 25 Abs. 2 StGB bedarf es dann augenscheinlich nicht. Diesen Weg will neuerdings denn auch in der Tat *Bloy* gehen.⁷⁵

Dieser Überlegung liegt aber ein gedanklicher Fehler zugrunde. Selbst wenn man es für zulässig hält, die rechtswidrige Stimmabgabe eines Geschäftsführers hinweg- und an *deren* Stelle *dessen* rechtmäßiges Stimmverhalten hinzuzudenken, ist es nicht gestattet, außerdem noch das rechtmäßige Verhalten der beiden anderen Geschäftsführer hinzuzudenken.⁷⁶ Anders als in denjenigen Fällen, in denen das Hinzudenken rettender Kausalverläufe üblicherweise diskutiert und für zulässig gehalten wird,⁷⁷ wirkt hier (beispielhaft:) A auf das Verhalten der beiden anderen Geschäftsführer (beispielhaft:) B und C gerade nicht ein.⁷⁸ B und C stehen auch nicht zur Rettung des Rechtsgutes bereit, sondern stimmen – unabhängig von A – gegen den Rückruf und nehmen daher ihrerseits eine rechtsgutsbeeinträchtigende Handlung vor. Dass es sich bei ihnen um „durch die Rechtsordnung prinzipiell motivierbare Menschen“⁷⁹ handelt, ändert daran nichts. So ist zwar das Hinzudenken eines bereitstehenden rettenden Kausalverlaufs geboten; ihn zu erfinden, ist aber unzulässig. Auch *Bloy* gelangt auf dem Boden seiner Ansicht zu dem Ergebnis, dass sämtliche Geschäftsführer ursächlich für den Eintritt der in Rede stehenden tatbestandsmäßigen Erfolge geworden sind. Dieses Ergebnis ist aber unzutreffend:

ff) *Zwischenergebnis zur Kausalität des einzelnen Abstimmverhaltens*

Hält man an dem Erfordernis einer logischen Bestimmung des Bedingungsverhältnisses fest,⁸⁰ so wird man einräumen müssen, dass die überzählige Stimme nicht kausal ist. Zu diesem Ergebnis gelangt man jedenfalls dann, wenn man darauf beharrt, dass ein Umstand notwendige Bedingung des Erfolges sein muss. Notwendige Bedingung des tatbestandsmäßigen Erfolges ist die überzählige Stimme aber nicht. Zu keinem anderen Ergebnis kommt aber auch die Ansicht von *Puppe*, die es für entscheidend hält, dass der betreffende Umstand notwendiger Bestandteil einer hinreichenden Min-

⁶⁶ *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 120 ff. (121). Dagegen scharf *Puppe* (Fn. 50), Vor § 13 ff. Rn. 106 in Fn. 125.

⁶⁷ *Puppe* (Fn. 50), Vor §§ 13 ff. Rn. 102 f.

⁶⁸ Vgl. auch *Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl. 2010, S. 79 ff.

⁶⁹ Ausdrücklich ebenso bereits *Knauer* (Fn. 66), S. 121.

⁷⁰ Siehe BGHSt 37, 106 (132).

⁷¹ *Rotsch*, Individuelle Haftung in Großunternehmen, 1998, S. 119.

⁷² Unter a).

⁷³ Siehe hierzu grundsätzlich bereits oben a).

⁷⁴ Beachte bereits oben Fn. 6, 35 und 40.

⁷⁵ *Bloy*, in: *Bloy/Böse/Hillenkamp/Momsen/Rackow* (Hrsg.), Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, 2010, S. 35 (55 f.).

⁷⁶ So aber ausdrücklich *Bloy* (Fn. 75), S. 56.

⁷⁷ *Samson* (Fn. 36), S. 21.

⁷⁸ Beachte Fn. 6 a.E.

⁷⁹ *Bloy* (Fn. 75), S. 56.

⁸⁰ Siehe oben unter dd) mit Fn. 68.

destbedingung ist. Auch hieran fehlt es bei der überzähligen Stimme. Es bleibt also dabei, dass es sog. „überbedingte Erfolge“ in Wahrheit nicht gibt.⁸¹

Wer mit allerlei Kniffen und Tricks die *conditio*-Formel umformuliert, anpasst und verbiegt, verschleiert die seit *Engisch*⁸² eigentlich bekannte Tatsache, dass wir Kausalität entweder (er)kennen (oder von den Naturwissenschaftlern mitgeteilt bekommen) oder sie aber nicht kennen und uns dann auch die *conditio*-Formel oder die Lehre von der gesetzmäßigen Bedingung nicht weiterhilft. Logisch ist es zwingend, dass die im Rahmen einer einfachen Mehrheitsentscheidung überzählige Stimme nicht kausal sein kann. Diese logische Erkenntnis sollte man nicht unter Strafwürdigkeitsaspekten eskamotieren.

Aus alledem folgt nun freilich eine prekäre Schwierigkeit. Hält man es nämlich für richtig, dass von drei gegen den Rückruf eines potentiell gefährlichen Produkts abgegebenen Stimmen (nur) zwei kausal sind, so ist damit noch nicht die für das Strafrecht relevante Frage beantwortet, welche beiden der drei Stimmen kausal sind und welche Stimme nicht ursächlich für den Erfolg ist. Diese Frage lässt sich ohne Willkür nicht beantworten. Damit ist aber auf dem Boden der h.M., die sich einem rein normativen Kausalitätsverständnis bislang versperrt,⁸³ eine überzeugende Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit jedes einzelnen Geschäftsführers über an deren jeweiliges Einzelverhalten anknüpfende Kausalitätserwägungen in *dubio pro reo* nicht möglich.

Dementsprechend haben der BGH⁸⁴ und mittlerweile (beim Vorsatz- wie beim Fahrlässigkeitsdelikt) eine stark im Vordringen befindliche Literaturansicht⁸⁵ die Lösung über eine Anknüpfung an das Gesamtverhalten der an der Abstimmung beteiligten Geschäftsführer gesucht. Voraussetzung dafür soll sein, dass die Beteiligten als Mittäter gem.

§ 25 Abs. 2 StGB gehandelt haben.⁸⁶ Ob und inwieweit diese Lösung trägt, ist nun im Folgenden zu untersuchen.

c) Der Ausweg über § 25 Abs. 2 StGB

Will man die Tragfähigkeit der Mittäterschaftslösung in den Fällen der Gremienentscheidung einer genaueren Überprüfung unterziehen, so sind zunächst zwei verschiedene Fragen auseinanderzuhalten. Im Zuge des „Lederspray“-Urteils des deutschen Bundesgerichtshofs⁸⁷ und der „Rolling Stones“-Entscheidung des schweizerischen Bundesgerichts⁸⁸ hat in der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Literatur die Rechtsfigur der fahrlässigen Mittäterschaft weithin Anerkennung gefunden.⁸⁹ So stellt etwa der „Rolling Stones“-Fall ein Paradebeispiel für einen Sachverhalt dar, in dem zwar sicher ist, dass das Verhalten eines der beiden Beteiligten den in Frage stehenden tatbestandsmäßigen Erfolg (in casu: den Tod des Opfers) verursacht hat; freilich ließ sich nicht aufklären, welcher Beteiligte letztlich die unmittelbar erfolgsursächliche Handlung vorgenommen hatte.⁹⁰ Vorsatz war den Beteiligten nicht nachzuweisen.⁹¹ Auch in diesem Fall bloßer Fahrlässigkeit lässt es die überwiegende Ansicht zu, die unbekannt bzw. nicht nachweisbare Kausalität des Einzelverhaltens über die Figur der Mittäterschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB zu überwinden. Das hat zur Anerkennung der sog. „fahrlässigen Mittäterschaft“ geführt.⁹² Bei dieser Frage geht es freilich um die Übertragbarkeit der Grundsätze von der „kausalitätsersetzenden Mittäterschaft“ auf Fahrlässigkeitsdelikte und damit erst um eine zweite, nachgeordnete Frage. Sie soll hier ausgeblendet bleiben.⁹³

Eine andere, davon zu unterscheidende Frage ist aber, ob die Mittäterschaftslösung überhaupt – also beim Vorsatzdelikt und unabhängig von ihrer erst nachrangigen Übertragbarkeit auf das Fahrlässigkeitsdelikt – zu überzeugen vermag. Nach ihr kommt es bekanntlich nicht mehr darauf an, dass die Ursächlichkeit des einzelnen, in Frage stehenden Verhaltens (das ist hier das einzelne Abstimmverhalten) nachgewiesen (bzw. dogmatisch überzeugend begründet) werden kann. Entscheidend ist vielmehr nur noch zweierlei: Zum einen muss (nur) das Gesamtverhalten ursächlich für den in Frage stehenden tatbestandsmäßigen Erfolg geworden sein. Zum

⁸¹ Siehe bereits *Rotsch* (Fn. 50), S. 382 ff. In der Sache insoweit ebenso *Kindhäuser*, ZIS 2016, 574 (580 f.).

⁸² *Engisch*, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931.

⁸³ Vgl. hierzu *Rotsch* (Fn. 50), S. 389 ff. Auch ein solches normativierendes Kausalitäts- (bzw. besser: Zurechnungsverständnis) würde in diesen Fällen freilich eine Strafbarkeit wegen vollendeten Delikts ebenfalls nicht begründen können. Wollte man auf die bloße, mit der Stimmabgabe bewirkte Risikoerhöhung abstellen (vgl. *Rotsch* [Fn. 50], S. 390 ff.), fehlt es spätestens an der – ebenfalls ex post festzustellenden – „Risikorealisation im Erfolg“. Denn so wenig wie die überzählige Stimme kausal ist, so wenig hat sie sich als risikosteigernd im tatbestandsmäßigen Erfolg verwirklicht. Daher hilft auch *Hoyers* probabilistischer Kausalbegriff (vgl. *Hoyer*, GA 1996, 160) insoweit nicht weiter; siehe zutreffend *Knauer* (Fn. 66), S. 123 ff. Beachte noch unten Fn. 124.

⁸⁴ BGHSt 37, 106 (129 ff.).

⁸⁵ *Knauer* (Fn. 66), S. 133 ff.; *Roxin* (Fn. 53), § 11 Rn. 19; *Heinrich* (Fn. 15), Rn. 999 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fn. 48. Bereits zuvor ebenso *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 56 ff.; *Dencker*, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 127 ff., 177 ff.

⁸⁶ BGHSt 37, 106 (129).

⁸⁷ BGHSt 37, 106.

⁸⁸ BGE 113 IV, 58. Die spätere Entscheidung BGE 126 IV, 84, in der das schweizerische Bundesgericht (in französischer Sprache) klarstellt, dass es eine fahrlässige Mittäterschaft nicht geben könne (a.a.O., 88), ist in Deutschland bislang freilich unbeachtet geblieben.

⁸⁹ *Rotsch*, in: Paeffgen/Böse/Kindhäuser/Stübinger/Verrel/Zaczyk (Fn. 18), S. 887 (887 f. m.w.N.).

⁹⁰ *Rotsch* (Fn. 89), S. 887 (901 f.).

⁹¹ BGE 113 IV, 58.

⁹² Dieser Konstruktion bedarf es jedenfalls bei den Fahrlässigkeitsdelikten in Wahrheit nicht, vgl. hierzu ausführlich und kritisch *Rotsch* (Fn. 89), S. 887 (905 ff.).

⁹³ Gegen ihre Notwendigkeit – und für die Annahme einer fahrlässigen Einzeltäterschaft – *Rotsch* (Fn. 89), S. 887 (906 f.).

anderen muss dieses Gesamtverhalten durch in Mittäterschaft begangene Einzelbeiträge begründet worden sein. Damit setzt Mittäterschaft nicht mehr Kausalität (schon des Einzelverhaltens), sondern Kausalität (erst des Gesamtverhaltens) Mittäterschaft voraus.

In der deutschen strafrechtswissenschaftlichen Literatur ist dieser Ansatz bereits lange vor der „Lederspray“-Entscheidung insbesondere von *Herzberg*⁹⁴ und schließlich im Folgenden auch prominent von *Dencker*⁹⁵ vertreten worden.

Dieser Auffassung ist bekanntermaßen insbesondere von *Puppe* Zirkelschlüssigkeit vorgeworfen worden.⁹⁶ Das überzeugt freilich nicht. Auch wenn es gute Gründe dafür gibt, an dem Erfordernis der Kausalität des Einzelverhaltens auch bei mittäterschaftlicher Begehungsweise festzuhalten,⁹⁷ handelt es sich bei ihr aber doch nicht um eine sachlich-logisch zwingende Voraussetzung der Strafbarkeit.⁹⁸ Unter systematisch-inhaltlichen Gesichtspunkten ist die Ansicht von der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft daher durchaus vertretbar. Sie führt aber natürlich nur dann zu einer Strafbarkeit jedes der an der Abstimmung beteiligten Geschäftsführer für die Abgabe der „falschen“ Stimme, wenn *insoweit* die Voraussetzungen des § 25 Abs. 2 StGB vorliegen. Das ist aber in Wahrheit bei einer Anknüpfung an das Abstimmverhalten selbst erstaunlicherweise nach keiner Ansicht der Fall:

aa) Zu den Voraussetzungen der Mittäterschaft

Die Voraussetzungen der Mittäterschaft sind im Einzelnen umstritten.⁹⁹ Einig ist man sich inhaltlich aber immerhin insoweit, als § 25 Abs. 2 StGB jedenfalls eine gemeinsame Tatausführung und einen gemeinsamen Tatentschluss voraussetzt, wobei der gemeinsame Tatentschluss der gemeinsamen Tatausführung zeitlich vorausgehen muss.¹⁰⁰ Es lohnt sich,

⁹⁴ *Herzberg* (Fn. 85), S. 56 ff.

⁹⁵ *Dencker* (Fn. 85), S. 217 ff.

⁹⁶ *Puppe*, JR 1992, 32: „Das Vorgehen ist zirkelschlüssig. Die Mittäterschaft setzt bereits einen kausalen Beitrag des Mittäters voraus.“ In der Sache („Vertauschung von Voraussetzung und Folge“) immer noch ebenso *dies*. (Fn. 50), Vor §§ 13 ff. Rn. 94. Ebenso *Hoyer*, GA 1996, 161 (166 ff., 172 ff.). Umgekehrt *Bloy*, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 375.

⁹⁷ *Rotsch* (Fn. 89), S. 897.

⁹⁸ *Rotsch* (Fn. 89), S. 897.

⁹⁹ Vgl. dazu eingehend *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (682 ff.). Systematisch wird dort für die vorrangige Prüfung der „gemeinsamen Tatausführung“ und eine sich erst anschließende Erörterung des „gemeinsamen Tatentschlusses“ plädiert; inhaltlich wird ein restriktives Mittäterschaftsverständnis für richtig gehalten, das im Rahmen der gemeinsamen Tatausführung a) die Kausalität des Einzelbeitrags und b) die Wesentlichkeit des kausalen Einzelbeitrags, und als Voraussetzung des gemeinsamen Tatentschlusses a) den Tatentschluss zur gemeinschaftlichen Tatbegehung und b) die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses fordert; vgl. auch noch die Übersicht bei *Rotsch*, ZJS 2012, 680 (689).

¹⁰⁰ Vgl. nur *Kühl* (Fn. 15), § 20 Rn. 103 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen. Wollte man hierin den Grund für die

diese Feststellung zu präzisieren. Damit ist nämlich nicht ein bloßes chronologisches Aufeinanderfolgen von (gemeinsamem) Tatentschluss und (gemeinsamer) Tatausführung gemeint, sondern der – auch bei der Alleintäterschaft geltende – ontologisch zwingende Umstand beschrieben, dass der Täter zunächst den Vorsatz der Tatbegehung fassen muss, bevor er diesen in die Tat umsetzen kann. Zum Zeitpunkt der Tat muss der Vorsatz dann aber immer noch vorliegen.¹⁰¹ Wann der Zeitpunkt der Tat gegeben ist, bestimmt sich nach h.M. nach den §§ 8, 22 StGB: Maßgeblich ist insoweit derjenige Zeitpunkt, in dem die tatbestandsmäßige Handlung im Sinne des unmittelbaren Ansetzens zur Tatbestandsverwirklichung vorgenommen wird.¹⁰² Für die Mittäterschaft nach § 25 Abs. 2 StGB bedeutet dies, dass der präsumtive Mittäter vor der Erbringung seines Tatbeitrags im Rahmen der gemeinsamen Tatausführung gemeinsam mit dem bzw. den anderen Mittäter(n) den Entschluss zur gemeinschaftlichen Tatbegehung gefasst haben muss und diesen auch im Zeitpunkt der Vornahme seiner Tathandlung noch nicht aufgegeben haben darf. Wenden wir diese in der Sache von allen für richtig gehaltenen Grundsätze nun aber auf den Sachverhalt der Abgabe der „falschen“ Stimme – also das aktive Tun – an, so müssen wir feststellen, dass die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht vorliegen:

bb) Zum Vorliegen der Voraussetzungen der Mittäterschaft bei der Abgabe der „falschen“ Stimme gegen den Rückruf

Dabei fehlt es zunächst nicht an der ganz grundsätzlichen Voraussetzung, dass das Gesamtverhalten kausal für den tatbestandsmäßigen Erfolg ist. Dieses Erfordernis ist, wie wir oben¹⁰³ gesehen haben, der Ausgangspunkt der Überlegung, überhaupt auf die Konstruktion über die Rechtsfigur des § 25 Abs. 2 StGB zurückgreifen zu können. Unabhängig davon, dass überzählige Stimmen nicht kausal sind, ist die von den drei Geschäftsführern herbeigeführte Gremienentscheidung gegen den Rückruf sehr wohl ursächlich für den in Frage stehenden tatbestandsmäßigen Erfolg.¹⁰⁴ Dieses Erfordernis liegt also vor.

Es mangelt auch nicht an der gemeinsamen Tatausführung. Diese liegt bei der Anknüpfung an das aktive Tun in der satzungsgemäßen gemeinschaftlichen Abgabe der jeweiligen Stimme gegen den Rückruf durch die Geschäftsführer.

Es liegt aber der erforderliche gemeinsame Tatentschluss nicht vor. Da die Struktur der Mittäterschaft voraussetzt, dass der Entschluss zur Begehung der Straftat und ihre Ausfüh-

von der h.M. favorisierte Prüfungsreihenfolge der Mittäterschaftsvoraussetzungen sehen, verkannte man freilich, dass auch der Einzeltäter zwingend zunächst den Vorsatz zur Tatbegehung fassen muss, bevor er (im Rahmen des Vorsatzdelikts) strafrechtlich relevant agieren kann. Dennoch verlangt dort aber – zu Recht – niemand, man müsse deshalb den subjektiven vor dem objektiven Tatbestand prüfen.

¹⁰¹ Vgl. *Vogel*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Fn. 41), § 15 Rn. 52.

¹⁰² *Vogel* (Fn. 101), § 15 Rn. 53 m.w.N.

¹⁰³ Unter c).

¹⁰⁴ Siehe oben a).

zung nicht zusammenfallen dürfen,¹⁰⁵ kann der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem der gemeinsame Tatentschluss vorliegen muss, jedenfalls nicht mit dem Zeitpunkt identisch sein, in dem dasjenige Verhalten erfolgt, das die gemeinsame Tatausführung begründet.¹⁰⁶ Eine vor der Abstimmung liegende gemeinsame Tatverabredung ist aber nicht ersichtlich. Aus der Verabredung zur Geschäftsführersitzung lässt sich jedenfalls dann nicht konstruieren, wenn dabei nicht bereits eine Verständigung über das (rechtswidrige) Abstimmverhalten stattfindet¹⁰⁷. Die bloße Einigung auf die Durchführung einer Geschäftsführersitzung und satzungsgemäßen Abstimmung stellt keine Verabredung zu einer Straftat dar, sondern entspricht im Gegenteil dem Pflichtenkreis der Geschäftsführung. Diese Verabredung ist also per se strafrechtlich irrelevant.

Auch im Übrigen liegen die Voraussetzungen eines gemeinsamen Tatentschlusses aber nicht vor. Der gemeinsame Tatentschluss i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB setzt sich nämlich – entgegen weit verbreiteter Ansicht¹⁰⁸ – aus einem subjektiven und einem objektiven Element zusammen.¹⁰⁹ In der Sache muss ein gemeinsamer Entschluss zur Begehung einer gemeinsamen Straftat vorliegen.¹¹⁰ Sehen wir noch etwas genauer hin: Zunächst muss der Täter den Vorsatz fassen, mit anderen gemeinschaftlich eine Straftat zu begehen. Bei diesem subjektiven Element des gemeinsamen Tatentschlusses handelt es sich um den spezifischen Vorsatz des Mittäters.¹¹¹ In unserem Kontext bedeutet das, dass der einzelne Geschäftsführer den Vorsatz fasst, im Rahmen der Geschäftsführersitzung gegen den Rückruf des möglicherweise gesundheitsschädlichen Produkts zu stimmen. Dabei nimmt er mindestens billigend in Kauf, dass mindestens ein weiterer Geschäftsführer ebenfalls in dieser Weise stimmt und so mindestens eine einfache Mehrheit gegen den Rückruf zustande kommt. Er hat also den strafrechtlich relevanten Vorsatz zur Verwirklichung einer gemeinsam zu begehenden Straftat gefasst.

Wollen mehrere eine vorsätzliche Straftat gemeinschaftlich begehen, genügt es aber nicht, wenn die präsumtiv Betei-

ligten sich die gemeinschaftliche Straftatbegehung lediglich für sich selbst (als möglich) vorstellen. Vielmehr ist es darüber hinaus erforderlich, dass jeder von dem Vorsatz des jeweils anderen zur gemeinschaftlichen Tatbegehung weiß und diese auch will.¹¹² Dieser Wille muss wechselseitig mitgeteilt werden; dies begründet die Gemeinsamkeit des Tatentschlusses.¹¹³ Dabei handelt es sich um das objektive Element des gemeinsamen Tatentschlusses.¹¹⁴ In dem hier interessierenden Zusammenhang müssten die Geschäftsführer sich also vor der Abstimmung ihr beabsichtigtes rechtswidriges Abstimmverhalten wechselseitig mitgeteilt haben. Daran fehlt es aber.¹¹⁵

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es im Rahmen der Anknüpfung an das aktive Tun – das rechtswidrige Abstimmverhalten gegen den Rückruf – an dem objektiven Erfordernis der gemischt subjektiv-objektiven Voraussetzung des gemeinsamen Tatentschlusses fehlt. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB liegen daher insoweit nicht vor. Damit kann aber jedenfalls im Rahmen der Abgabe der „falschen“ Stimme gegen den Rückruf die Kausalitätsproblematik nicht über einen Rückgriff auf § 25 Abs. 2 StGB gelöst werden.

3. Die Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme für den Rückruf – (Erstes) Unterlassen

Nichts anderes gilt freilich, wenn man an das mit dem aktiven Tun zeitlich koinzidierende erste Unterlassen – die Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme für den Rückruf – anknüpft. Zwar fehlt es wie beim aktiven Tun nicht an der Ursächlichkeit des Geschäftsführungsbeschlusses für den in Frage stehenden tatbestandsmäßigen Erfolg. Denn ob der Gremienbeschluss durch die einheitliche Stimmabgabe gegen die Vornahme des Rückrufs oder durch die einheitliche Nichtabgabe der Stimme für den Rückruf zustande gekommen ist, ändert insoweit freilich nichts. Aber auch für die Ursächlichkeit der jeweiligen Einzelstimme gilt das im Rahmen des aktiven Tuns Gesagte sinngemäß ebenso: Zwar nimmt die h.M. beim Unterlassen eine Modifikation der Kausalitätsbestimmung in dem Sinne vor, dass ursächlich nur solche Bedingungen sind, bei deren Hinzudenken der fragliche Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfällt.¹¹⁶ Denkt man aber für die überzählige Stimme das rechtmäßige Stimmverhalten hinzu, ändert sich an der Entscheidung gegen den Rückruf nichts. Der tatbestandsmäßige Erfolg entfällt daher bei einer 2:1 Entscheidung gegen den Rückruf nicht nur mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht, sondern er tritt

¹⁰⁵ Schild, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 50), § 25 Rn. 139.

¹⁰⁶ Vgl. Roxin, JR 1991, 206; Erb, JuS 1992, 197 (200); Rotsch (Fn. 71), S. 121.

¹⁰⁷ Siehe dazu oben Fn. 6 a.E.

¹⁰⁸ Die überwiegende Ansicht hält den gemeinsamen Tatentschluss für die subjektive Voraussetzung der Mittäterschaft, dagegen bereits Rotsch (Fn. 89), S. 887 (889 m.w.N. in Fn. 10). Vgl. aber insbesondere auch Schild (Fn. 105), § 25 Rn. 125 ff. (128). Für die Lösung unseres Problems spielt das im Ergebnis freilich keine entscheidende Rolle; die hier vertretene Ansicht erlaubt nur einen präziseren Blick auf diejenige konkrete Voraussetzung der Mittäterschaft, an deren Vorliegen es fehlt.

¹⁰⁹ Rotsch (Fn. 89), S. 889 ff.; ders., ZJS 2012, 680 (684 f.).

¹¹⁰ Hierzu und zum Folgenden Rotsch (Fn. 89), S. 889 ff.; ders., ZJS 2012, 680 (684 f.). Vgl. Schild (Fn. 105), § 25 Rn. 125 ff.

¹¹¹ Rotsch, ZJS 2012, 684 f.

¹¹² Rotsch, ZJS 2012, 685 m.w.N.

¹¹³ Daran fehlt es beim „einseitigen Einpassungsentschluss“ (vgl. Rotsch, ZJS 2012, 685 m.w.N.), weshalb nach hier vertretener Ansicht schon deshalb sukzessive Mittäterschaft nicht möglich ist, vgl. bereits Fn. 5.

¹¹⁴ Rotsch (Fn. 86), S. 891 f.; ders., ZJS 2012, 685.

¹¹⁵ Vgl. Fn. 6 a.E.

¹¹⁶ Sie spricht dann meist von „hypothetischer“ oder „Quasi“-Kausalität, vgl. Wessels/Beulke/Satzger (Fn. 7), Rn. 1000; Kühl (Fn. 15), § 18 Rn. 35; Weigend, in: Laufhütte/Rissingvan Saan/Tiedemann (Fn. 41), § 13 Rn. 70.

ebenso sicher ein wie bei dem entsprechenden einstimmigen Votum.

Genauso wie die Kausalitätsproblematik sich im Rahmen der unterlassenen Abgabe der „richtigen“ Stimme ebenso stellt wie bei der Abgabe der „falschen“ Stimme, funktioniert aber hier wie dort der Ausweg über § 25 Abs. 2 StGB nicht. Hier wie dort ist zwar das Gesamtverhalten kausal und auch an der gemeinsamen Tatausführung fehlt es nicht. Auch die erste Voraussetzung des gemeinsamen Tatentschlusses – das subjektive Erfordernis des Vorsatzes zur Begehung einer gemeinschaftlichen Straftat – liegt vor. Denn wer vorsätzlich hinsichtlich der rechtswidrigen Stimmabgabe handelt, der weist auch mindestens bedingten Vorsatz im Hinblick auf das damit koinzidierende Unterlassen der rechtmäßigen Stimmabgabe auf. Allein: Es fehlt hier wie dort an der Gemeinsamkeit des Tatentschlusses und damit an einer Voraussetzung der Mittäterschaft. Auch im Rahmen der Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme für den Rückruf kann daher die Kausalitätsproblematik nicht über einen Rückgriff auf § 25 Abs. 2 StGB gelöst werden.

4. Die Umsetzung der einstimmigen Gremienentscheidung – (Zweites) Unterlassen

Lässt sich nach alledem an das Abstimmverhalten selbst richtigerweise kein strafrechtlicher Vorwurf knüpfen, so gerät nun freilich das sich an die Herbeiführung der Gremienentscheidung anschließende Verhalten der Geschäftsführer in den Blick. Es besteht in der Umsetzung der Gremienentscheidung und lässt sich leicht deshalb übersehen, weil es als weiteres Unterlassen einem aus Begehungs- und Unterlassungskomponenten bestehenden mehrdeutigen Verhalten erst nachfolgt.¹¹⁷ Dieses zweite Unterlassen besteht also in der dem Ergebnis der Gremienentscheidung entsprechenden unterbliebenen Anordnung des Produktrückrufs. Dieses Verhalten ist ebenso zweifelsfrei als Unterlassen zu identifizieren wie die Abgabe der „falschen“ Stimme als aktives Tun und die Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme als (erstes) Unterlassen unproblematisch einzuordnen war.

Legt man die Erkenntnis zugrunde, dass das jedem Geschäftsführer gebotene Rettungsverhalten spätestens jetzt – wie bei dem ersten Unterlassen – nur die gemeinsame Entscheidung für den Produktrückruf sein kann,¹¹⁸ stellen sich hier freilich erneut dieselben Kausalitätsprobleme wie bereits beim ersten Unterlassen bzw. dem aktiven Tun. Damit bleibt auch hier wieder nur der Ausweg über § 25 Abs. 2 StGB.

Hier offenbart sich nun freilich Entscheidendes: Denn während es zum Zeitpunkt der Stimmabgabe bei der Herbeiführung der Gremienentscheidung sowohl für die Bege-

hungskomponente wie auch für das Unterlassungselement an der (objektiven) Gemeinsamkeit des Tatentschlusses – der Verabredung zur Verwirklichung einer gemeinschaftlich zu begehenden Straftat – fehlte, kann nunmehr in dem späteren Zeitpunkt des sich anschließenden Unterlassens hinsichtlich der Tatverabredung an die zeitlich vorangehende Gremienentscheidung angeknüpft werden. Die Tatausführung im Rahmen des zweiten Unterlassens besteht nämlich (erst) darin, dass die Geschäftsführer einer ihnen gemeinsam obliegenden Handlungspflicht – der Anordnung des Rückrufs – nicht nachgekommen sind. Mit dieser Tatbegehung fiele die mit der Gremienentscheidung getroffene Tatverabredung aber zeitlich nicht zusammen.

Bleibt die Frage, ob die an den gemeinsamen Tatentschluss zu stellenden Anforderungen diesbezüglich gegeben sind. Das ist aber in der Tat der Fall: Zunächst handelt jeder der Geschäftsführer vorsätzlich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit seines Abstimmverhaltens¹¹⁹ und nimmt daher den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges mindestens billigend in Kauf. Hinzu kommt (nur) hier nun aber, dass es auch an der Gemeinsamkeit des Tatentschlusses nicht fehlt. Denn durch ihr jeweiliges Abstimmverhalten im Rahmen der Herbeiführung des Geschäftsführungsbeschlusses gegen die Anordnung eines Produktrückrufs haben die Geschäftsführer sich darauf verständigt, die für die Abwendung des tatbestandlichen Erfolgs erforderliche Handlung nicht vorzunehmen. Da ihnen klar war, dass sie dieser gemeinsamen Handlungspflicht als Geschäftsführer auch nur gemeinsam nachkommen konnten und sie sich mit ihrem Abstimmverhalten gegen deren Befolgung entschieden haben, haben sie sich gemeinsam zu einer gemeinschaftlichen Tatbegehung – nämlich einem gemeinschaftlichen Unterlassen – verabredet. Dass dies durch geheime Stimmabgabe erfolgt, ändert hieran selbstverständlich nicht das Mindeste.

Dagegen lässt sich hier – anders als im Rahmen der Anknüpfung des strafrechtlichen Vorwurfs an das Abstimmverhalten selbst – nicht einwenden, bei einer solchen Argumentation fielen Tatentschluss und Tatausführung zusammen. Denn die Tatausführung ist hier das sich der Kollegialentscheidung erst anschließende Unterlassen, während die Kollegialentscheidung die vorbereitende Absprache hierzu darstellt.

III. Die Konstellation nicht einheitlicher Stimmabgabe bei ungeklärter Zuordnung des Abstimmverhaltens

Werfen wir auf der Grundlage des bisher Gesagten noch einen kurzen Blick auf die neben der Grundkonstellation der einheitlichen Entscheidung gegen den Produktrückruf denkbare zweite problematische Konstellation. Unsere drei Geschäftsleiter führen nämlich auch dann einen Geschäftsfüh-

¹¹⁷ Siehe bereits oben II. 1. (S. 4).

¹¹⁸ Vgl. Rotsch (Fn. 6), Fall 24, Rn. 3519. Dabei handelt es sich um eine Konsequenz aus der vom BGH angenommenen Generalverantwortung und Allzuständigkeit der Geschäftsleitung in Krisen- und Ausnahmesituationen (BGHSt 37, 106 [123 f.]). Nach Ansicht des BGH können sich deren einzelne Mitglieder daher auch nicht von einer strafrechtlichen Verantwortung – etwa durch entsprechende Regelung in der Satzung – freizeichnen.

¹¹⁹ Insoweit spielt es dann auch keine Rolle mehr, ob man im Rahmen der Stimmabgabe an das aktive Tun oder das Unterlassen anknüpft. Denn der Vorsatz des einzelnen Geschäftsführers ist stets derselbe; er erstreckt sich nämlich in beiden Fällen auf die Abgabe der „falschen“ und die damit koinzidierende Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme und damit auch jeweils auf den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges.

rungsbeschluss gegen den Rückruf herbei, wenn das Abstimmungsergebnis 2:1 lautet, da hier unterstellt worden ist, dass Mehrheitsbeschlüsse mit einfacher Mehrheit getroffen werden können.¹²⁰

Es liegt an sich auf der Hand, dass jedenfalls derjenige, der für den Rückruf gestimmt hat, nicht strafbar sein kann. Die exakte dogmatische Begründung hierfür ist aber nicht so offensichtlich. Und es wird sich zeigen, dass das Abstimmverhalten des dritten, sich rechtmäßig verhaltenden Geschäftsführers Auswirkungen auf die Strafbarkeit auch derjenigen Geschäftsführer hat, die gegen den Rückruf votiert haben.

Zunächst steht fest, dass derjenige, der die „richtige“ Stimme für den Rückruf abgibt, nicht kausal sein kann. Denn die einfache Mehrheitsentscheidung setzt notwendig das Vorhandensein der beiden „falschen“ Stimmen, nicht aber das der „richtigen“ Stimme voraus. Denkt man die „richtige“ Stimme hinweg, bleiben die beiden „falschen“ Stimmen bestehen; die Entscheidung gegen den Rückruf ergeht genauso. Auf dem Boden der mittäterschaftsaffirmativen Auffassung hilft das dem rechtmäßig agierenden Geschäftsführer aber nicht ohne Weiteres. Wenn nämlich § 25 Abs. 2 StGB unklare oder nicht beweisbare Kausalität des Einzelverhaltens dann für unschädlich erklärt, wenn das kausale Gesamtverhalten mittäterschaftlich herbeigeführt worden ist, dann muss dies auch in demjenigen Fall gelten, in dem – wie hier – die Kausalität des Einzelverhaltens nicht nur nicht nachweisbar, sondern sicher nicht gegeben ist. Teilt man die Ansicht von der kausalitätsersetzenden Mittäterschaft in grundsätzlicher Hinsicht, dann ist dies auch konsequent, weil die Strafbarkeit dann nicht mehr über das kausale Einzelverhalten, sondern nur noch darüber begründet wird, dass die nicht kausale Beteiligung an einer kausalen Gesamtbedingung gerade unter den Voraussetzungen der Mittäterschaft erfolgte. Anders ausgedrückt: Sollte der Geschäftsführer, der im Rahmen der Abstimmung für den Rückruf votiert, mittäterschaftlich i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB gehandelt haben, machte er sich dennoch strafbar, obwohl positiv feststeht, dass sein Verhalten nicht kausal ist.

Diese Voraussetzungen der Mittäterschaft liegen aber für den rechtmäßig votierenden Geschäftsführer freilich nicht vor. Für ihn lässt sich von vornherein allenfalls auf das der Stimmabgabe nachfolgende Unterlassen – die Umsetzung der Mehrheitsentscheidung – abstellen. Denn mit der Abgabe der „richtigen“ Stimme kann naturgemäß an eine Abgabe der „falschen“ bzw. eine Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme nicht angeknüpft werden, da es an ihr jeweils fehlt. Wie in der Ausgangskonstellation der einheitlichen Entscheidung könnte der strafrechtliche Vorwurf sich aber darauf richten, nach der Herbeiführung des Gremienbeschlusses den Produktrückruf gemeinschaftlich mit den anderen Geschäftsführern unterlassen zu haben. Freilich müsste hierzu – wie oben in der Grundkonstellation – in dem Abstimmverhalten im Rahmen der Gremienentscheidung die gemeinsame Tatverabredung erblickt werden können. Daran fehlt es für den rechtmäßig abstimmenden Geschäftsführer aber. Denn derjenige,

der für den Rückruf eines möglicherweise gesundheitsschädlichen Produkts votiert, mag zwar die Möglichkeit erkennen, dass die beiden anderen Geschäftsführer jeweils die „falsche“ Stimme gegen den Rückruf abgeben und daher die kognitive Komponente des *dolus eventualis* aufweisen. Durch die Abgabe der richtigen Stimme zeigt er aber, dass er das Zustandekommen einer Mehrheitsentscheidung gegen den Rückruf und damit letztlich auch den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs nicht will. Es fehlt ihm daher an dem voluntativen Vorsatzelement.

In dem Fall, in dem feststeht, welcher Geschäftsführer wie votiert hat, folgt daraus zunächst die Straflosigkeit desjenigen, der die „richtige“ Stimme für den Rückruf abgegeben hat. Die beiden Geschäftsführer, die gegen den Rückruf gestimmt haben, sind jeweils kausal und haben sich strafbar gemacht; eines Rückgriffs auf § 25 Abs. 2 StGB bedarf es hier nicht.

Hinsichtlich der Strafbarkeit der rechtswidrig votierenden Geschäftsführer viel interessanter ist freilich die andere Konstellation, in der sich das Abstimmverhalten nicht aufklären lässt, also unklar bleibt, welcher Geschäftsführer für und welche Geschäftsführer gegen den Rückruf gestimmt haben.¹²¹ Hier wird man zunächst bei der Prüfung der Kausalität des Einzelverhaltens eines jeden Geschäftsführers in *dubio pro reo* davon ausgehen müssen, dass er derjenige ist, der die „richtige“ Stimme für den Rückruf abgegeben hat. Anders als in den Fällen der einheitlichen Entscheidung gegen den Rückruf bleibt nun aber auch der Rückgriff auf § 25 Abs. 2 StGB versperrt. Denn selbst dann, wenn man erst an das zweite Unterlassen – d.i. die Umsetzung des Geschäftsführungsbeschlusses, s.o. – anknüpft, fehlt es dem rechtmäßig Votierenden am voluntativen Vorsatzelement (s.o.). Dieser Mangel an den Voraussetzungen des gemeinsamen Tatenschlusses ist aber in *dubio pro reo* jedem der Geschäftsführer zugute zu halten. In dieser Konstellation lässt sich eine Strafbarkeit daher selbst dann nicht begründen, wenn man den Ausweg über die Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB für grundsätzlich gangbar hält.¹²²

IV. Ergebnis

Die Diskussion um die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder der Geschäftsleitung für rechtswidrige Gremienentscheidungen leidet zunächst an einer voreiligen apriorischen Festlegung auf die strafrechtlich vermeintlich ausschlaggebende Begehungsform. Vermeidet man eine solche Vorabfestlegung richtigerweise und prüft die Abgabe der Stimme gegen den Rückruf (= aktives Tun), die Nichtabgabe

¹²⁰ Oben unter II. vor 1.

¹²¹ Insoweit entspricht diese Konstellation dem Sachverhalt im „Rolling Stones“-Fall, den das schweizerische Bundesgericht in BGE 113 IV, 58 entschieden hat (hierzu und zu weiteren Fällen siehe *Rotsch* [Fn. 89], S. 901 f.).

¹²² Knüpft man an das aktive Tun bzw. das erste Unterlassen (Abgabe der „falschen“ Stimme, Nichtabgabe der „richtigen“ Stimme), an, gilt dies entsprechend, so dass es in der Konstellation unaufkläraren Abstimmverhaltens nicht erst an der (objektiven) Gemeinsamkeit des Tatenschlusses, sondern bereits am (subjektiven) Tatenschluss selbst fehlt.

der Stimme für den Rückruf (= Unterlassen) sowie die Umsetzung des Gremienbeschlusses gegen den Rückruf (= Unterlassen)¹²³ chronologisch auf das Vorliegen der Strafbarkeitsvoraussetzungen, so ergibt sich Folgendes: In den Fällen der einheitlichen Entscheidung sämtlicher Geschäftsführer gegen den Rückruf ist nur diejenige Anzahl an Stimmen für den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges kausal, die für das Zustandekommen des Beschlusses notwendig ist. Überzählige Stimmen können schon nicht kausal sein. Lässt man dann ganz grundsätzlich zu, dass es für die Begründung der Strafbarkeit ausreicht, wenn die kausale Gesamtentscheidung (der Gremienbeschluss) von den an der Abstimmung Beteiligten mittäterschaftlich i.S.d. § 25 Abs. 2 StGB herbeigeführt worden ist, so muss diese Rechtsfigur bei jedem an der Abstimmung beteiligten Geschäftsführer in Ansatz gebracht werden, da in dubio pro reo jeder der Geschäftsführer die überzählige Stimme abgegeben hat. Sowohl für das aktive Tun wie auch für das erste Unterlassen ergibt sich dann aber, dass es für alle Beteiligten am gemeinsamen Tatentschluss fehlt, sodass eine Strafbarkeit – entgegen der höchstrichterlichen Rechtsprechung und h.L. – an diese Verhaltensweisen nicht geknüpft werden kann. Eine solche mittäterschaftliche Verantwortlichkeit ergibt sich vielmehr erst dann, wenn man an den bislang übersehenen Umstand anknüpft, dass auch die Umsetzung des Beschlusses gegen den Rückruf als strafrechtlich relevantes Unterlassen in Betracht kommt.¹²⁴

¹²³ Man könnte außerdem auf die Idee kommen, den Geschäftsführern strafrechtlich zum Vorwurf zu machen, dass sie nach der Gremienentscheidung gegen den Rückruf die zuständige Behörde nicht informierten (zu diesem Ansatz *Rotsch* [Fn. 6], Fall 24, Rn. 3534 ff.). Dabei stellt sich die Frage, ob die Mitglieder der Geschäftsführung zum sog. „Whistleblowing“ (hierzu grds. *Rotsch/Wagner*, in: *Rotsch* [Hrsg.], *Criminal Compliance*, Handbuch, 2015, § 34 C. Rn. 58) berechtigt oder sogar verpflichtet sind. Im Anwendungsbereich des ProdSG folgt eine solche Pflicht aus § 6 Abs. 4 und 5 ProdSG. Aber auch sonst wird das sich in diesem Kontext ergebende Problem der Kollision von gesellschaftsrechtlicher Geheimhaltungspflicht (vgl. für die GmbH §§ 43 Abs. 1, 85 GmbHG) und strafrechtlicher Handlungspflicht jedenfalls bei drohenden Lebensgefahren zugunsten der strafrechtlichen Handlungspflicht aufzulösen sein, sodass jedenfalls in diesen Fällen auch auf diesem Wege eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Geschäftsführer begründet werden kann, vgl. *Rotsch* (Fn. 6), Fall 24, Rn. 3535 ff.

¹²⁴ Das gilt freilich nur, wenn man überhaupt bereit ist, Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB auch bei fehlender Kausalität des Einzelbeitrags anzunehmen. Eine Stellungnahme zu diesem Streit findet sich bei *Rotsch* (Fn. 89), S. 897. Für ein restriktives Mittäterschaftsverständnis ausdrücklich und ausführlich *Rotsch*, *ZJS* 2012 680 (682 ff.; 689). Den Gegnern einer mittäterschaftsaffirmativen Auffassung bleibt freilich – je nach Deliktstatbestand – immer noch der Rückgriff auf eine Versuchsstrafbarkeit. Dieser letzte „Ausweg“ ist freilich in der Konstellation nicht aufkläraren Abstimmverhaltens von vornherein versperrt, weil es dort mit dem voluntativen Vorsatzelement an einer subjektiven Tatbestandsvoraus-

In der zweiten denkbaren Konstellation der einfachen Mehrheitsentscheidung bei unaufklärarem Abstimmverhalten scheidet eine Strafbarkeit dagegen stets aus, da es nicht nur an der Kausalität des Einzelverhaltens fehlt, sondern auch die Voraussetzungen der Mittäterschaft nicht gegeben sind.

zung fehlt, sodass man hier auch mit einem Rekurs auf §§ 22, 23 StGB nicht weiterkommt.